



UNIVERSIDAD DE GRANADA



DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL

**EL DELITO DE ATENTADO A LA
AUTORIDAD, A SUS AGENTES Y A LOS
FUNCIONARIOS PÚBLICOS**

**Los profesionales de la Administración de
Justicia como sujetos de la acción de este delito**

TESIS DOCTORAL REALIZADA POR
EDUARDO C. RODRÍGUEZ-CANO GIMÉNEZ-LA CHICA
Y DIRIGIDA POR NURIA CASTELLÓ NICÁS

AÑO 2011

Editor: Editorial de la Universidad de Granada
Autor: Eduardo C. Rodríguez Cano Giménez La Chica
D.L.: GR 904-2012
ISBN: 978-84-694-5729-0

*A mis padres,
a mi mujer,
a mis hermanos,
a mis hijos
y a Nuria*

“Autoridad discutida, es autoridad muerta; y sin perjuicio de reclamar contra ella en un tiempo y lugar, no hay más que acatarla cuando manda, porque de otra manera su prestigio y misión desaparecen.”

(GONZÁLEZ Y SERRANO, 1885)

AGRADECIMIENTOS

La meta que me he propuesto de llevar a cabo esta tesis doctoral no hubiera sido posible, sin la ayuda anónima de aquéllos que han confiado y me han apoyado en mi trabajo y en mi desarrollo intelectual, en esta etapa de postgrado y a lo largo de mi vida.

Por ello he de comenzar, dejando constancia de mi agradecimiento más sincero a quién ha hecho posible como gran maestra, dejando que me nutra de ese pozo de sabiduría que como gran tesoro guarda en su mente, pero sobre todo en su corazón y que de forma generosa desde que comencé mis estudios de derecho hasta este momento siempre ha dedicado su tiempo a mi formación intelectual y humana; y que, además, me ha servido de ayuda en mi andanza profesional como abogado, la Profesora. Dra. Dña. Nuria Castelló Nicás.

Tener la oportunidad de trabajar con ella, ha supuesto una experiencia tremendamente enriquecedora, encontrando en su tesón y en su constancia mi mayor aprendizaje.

Pero no puedo dejar de agradecer a mi padre, que como jurista ha sido siempre mi gran maestro, que como libro abierto, siempre me ha mostrado el camino a seguir cuando se terciaba hostil la encrucijada de mi vida personal y sobre todo profesional.

A mi madre, que con el mero hecho de darme la vida, ha hecho posible que esta obra se haya llevado a cabo.

Del mismo modo, a mi hermano José Juan, que con su generoso apoyo y dedicación, ha hecho posible que pueda compatibilizar mi actividad profesional con la investigadora y personal.

Y a mi mujer, que con su fe, su apoyo, comprensión y motivación diaria, han hecho posible que en los momentos de baja autoestima y de duda creyera en mí mismo.

Finalmente a mis hijos Mario y Eduardo, pues su vitalidad es la mía, estímulo y sentido de mi alma y mi corazón.

A todos y cada uno de ellos, desde la emoción y la sinceridad, y sobre todo desde el amor y pasión que siento por todos ellos, mi mayor expresión de gratitud de por vida.

ÍNDICE

-AGRADECIMIENTOSpág.4

-ÍNDICEpág. 6

-ABREVIATURASpág. 10

-INTRODUCCIÓNpág. 12

-CAPÍTULO PRIMERO.- EL DELITO DE ATENTADO EN LOS TEXTOS PUNITIVOS ESPAÑOLESpág.18

I.- REFERENCIA HISTÓRICA......pág. 18

II.- DERECHO PROYECTADOpág. 27

III.- EL DELITO DE ATENTADO EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995....pág.33

-CAPÍTULO SEGUNDO.- BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.....pág. 39

I.- BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE ATENTADO: EL ORDEN PÚBLICO BAJO EL PRISMA DEL PRINCIPIO DE AUTORIDAD.....pág. 39

1.1.- Cuestiones preliminarespág.39

1.2.-Doctrina actual del orden social como bien jurídico protegido y del principio de autoridad.....pág.55

1.3.- Concepto actual de orden público.....pág. 71

-CAPÍTULO TERCERO.- LOS SUJETOS.....pág. 85

I.- EL SUJETO ACTIVO. ESPECIAL REFERENCIA AL ARTÍCULO 552 DEL CÓDIGO PENAL.....pág. 85

II.- EL TITULAR DEL BIEN JURÍDICO EN EL DELITO DE ATENTADO: EL SUJETO PASIVO.....pág. 103

2.1.- Los conceptos de autoridad, de agente de la autoridad y de de funcionario público como representantes del orden público-social y del principio de autoridad en el Texto punitivo.....pág. 114

2.1.1.-Cuestiones previas	pág. 114
2.1.2.- <i>El artículo 24 del Código penal</i>	pág. 130
2.1.3.- <i>Autoridad</i>	pág. 141
2.1.4.- <i>Agentes de la Autoridad</i>	pág. 150
2.1.5.- <i>Funcionarios Públicos</i>	pág. 157
2.2.- <u>Los conceptos de autoridad, de agente y de funcionario público a lo largo de la jurisprudencia</u>	pág. 172
2.2.2.- <i>Autoridad</i>	pág. 172
2.2.1.- <i>Agentes de la autoridad</i>	pág. 180
2.2.3.- <i>Funcionarios Públicos</i>	pág. 193
2.3.- <u>Especial referencia a los miembros de la Administración de Justicia en el artículo 24.1 del Texto punitivo</u>	pág. 215
2.3.1.- <i>Antecedentes y marco normativo</i>	pág. 215
2.3.2.- <i>Jueces y Magistrados</i>	pág. 227
2.3.3.- <i>Secretarios Judiciales</i>	pág. 232
2.3.4.- <i>Ministerio Fiscal</i>	pág. 234
2.3.5.- <i>Abogados del estado</i>	pág. 239
2.3.6.- <i>Procuradores</i>	pág. 241
2.4.- <u>El abogado como sujeto pasivo del delito de atentado</u>	pág. 244
2.4.1.- <i>Cuestiones previas</i>	pág. 244
2.4.2.- <i>Especial consideración a la profesión de abogado como funcionario y como autoridad</i>	pág. 250
2.4.3.- <i>Especial referencia al abogado del turno de oficio para su inclusión en el artículo 24 del Texto punitivo en su consideración como autoridad y como funcionario público</i>	pág. 289
2.5.- <u>Referencia a la consideración de autoridad del personal público de la educación y la sanidad</u>	pág. 309
2.6.- <u>Toma de posición</u>	pág. 322

<u>-CAPÍTULO CUARTO.- LA ACCIÓN TÍPICA EN EL DELITO DE ATENTADO</u>	pág. 330
I.- CUESTIONES PRELIMINARES	pág. 330
II.- ACOMETIMIENTO	pág. 344
III.- EMPLEO DE FUERZA	pág. 359
IV.-INTIMIDACIÓN GRAVE	pág. 378
V.-RESISTENCIA ACTIVA GRAVE	pág. 400
VII.- EL SUBTIPO AGRAVADO DE EMPLEO DE ARMAS O MEDIOS PELIGROSOS	pág. 431
VIII.- EL REQUISITO DE HALLARSE EN EL EJERCICIO LEGÍTIMO DE SU CARGO O CON MOTIVO DE ÉSTE	pág. 442
8.1.- <u>Antecedentes jurisprudenciales</u>	pág. 442
8.2.- <u>Doctrina y jurisprudencia actual</u>	pág. 447
<u>-CAPÍTULO QUINTO.- CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN EN EL DELITO DE ATENTADO</u>	pág. 463
I.-INTRODUCCIÓN	pág. 463
II.-SUPUESTOS DIVERSOS DE CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN EN ESTE DELITO	pág. 465
<u>-CAPÍTULO SEXTO.- CULPABILIDAD EN EL DELITO DE ATENTADO</u>	pág. 496
I.-LA IMPUTABILIDAD	pág. 496
II.- EL DOLO	pág. 507
III. EL ERROR	pág.528
IV.- EL MIEDO INSUPERABLE	pág. 550
<u>-CAPÍTULO SÉPTIMO.- FORMAS DE APARICIÓN EN EL DELITO DE ATENTADO</u>	pág. 560
I.-EL “ITER CRÍMINIS”	pág. 560

II.-AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN.....	pág. 571
III.-CONCURSO DE INFRACCIONES PENALES.....	pág. 585
<u>-CAPÍTULO OCTAVO.- CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO DE ATENTADO.....</u>	pág. 609
I.- EL FUNDAMENTO DE LA PENA EN ESTE DELITO.....	pág. 609
II.- RESPONSABILIDAD CIVIL.....	pág. 627
<u>-CAPÍTULO NOVENO.- LA FALTA DE ATENTADO DEL ARTÍCULO 634 DEL TEXTO PUNITIVO.....</u>	pág. 642
<u>-CONCLUSIONES.....</u>	pág. 652
<u>-AUTORES Y BIBLIOGRAFÍA.....</u>	pág. 659
<u>-RELACIÓN CRONOLÓGICA DE JURISPRUDENCIA.....</u>	pág. 674

ABREVIATURAS

AP- Audiencia Provincial.

ART- Artículo.

ATC - Auto del Tribunal Constitucional.

ATS- Auto del Tribunal Supremo.

BOE - Boletín Oficial del Estado.

CE - Constitución Española de 1978.

CIT - Cita.

CP - Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código penal.

ED – Editorial.

EDJ - Referencia jurídica de la bases de datos, el Derecho
Jurisprudencia.

EDL - Referencia jurídica de la bases de datos, el Derecho
Legislación.

EST- Estatuto.

ETC – Etcétera.

EOMF- Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal

FJ- Fundamento jurídico.

LO - Ley Orgánica.

LOPJ - Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

LORPM - Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la
responsabilidad penal de los menores.

Nº-Número.

NÚM – Número.

PÁG/PÁGS - Página/Páginas.

PTE – Presidente.

REC- Recurso.

REF - Referencia.

RGLJ- Revista General de Legislación y Jurisprudencia.

RGTO- Reglamento.

RJ - Referencia Jurídica.

RTC - Referencia Tribunal Constitucional.

SAP- Sentencia Audiencia Provincial.

SS - Sentencias.

ss – Siguietes.

SR – Señor.

STC - Sentencia del tribunal Constitucional.

StGB- Strafgesetzbuch (Código Penal-Alemania)

STS - Sentencia del Tribunal Supremo.

TÍT- Título.

TOL- Tirant On Line.

VGR- Verbigracia

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación tiene el cometido del análisis de una de las conductas de oposición al ejercicio de las funciones de la autoridad, el agente y el funcionario público contempladas en los artículos 550 y siguientes del actual Texto punitivo, y en concreto la del delito de atentado, por tanto en este trabajo de investigación se tratará desde el bien jurídico, el sujeto pasivo hasta la punibilidad contemplando de una forma estructurada todos los elementos que integran la teoría jurídica del delito y haciendo un especial análisis de las modalidades comisivas de acometimiento, empleo de fuerza, intimidación y resistencia, pues la desobediencia bien puede tratarse de un delito distinto, por sus características y por el tema central de este trabajo difiere del delito de atentado y, por tanto, puede ocupar el estudio de un trabajo aparte.

He querido citar al inicio de este trabajo de investigación a GONZÁLEZ Y SERRANO¹, pues viene muy a colación en este delito, y aunque parezca exagerado, la afirmación que el mismo ofrece acerca de la autoridad podría tener plena operatividad en los tiempos en los que hoy vivimos, en los que el principio de autoridad desde su actual perspectiva funcional está en crisis, recordemos, en este sentido, cómo ha desaparecido la consideración de la autoridad del profesor en las escuelas, en los institutos en incluso en las

¹GONZÁLEZ Y SERRANO, JOSÉ: “El nuevo Código penal”, 3ª edición, 1885, págs. 203- 204: “Autoridad discutida, es autoridad muerta; y sin perjuicio de reclamar contra ella en un tiempo y lugar, no hay más que acatarla cuando manda, porque de otra manera su prestigio y misión desaparecen.”

universidades, o el caso de los médicos o de otras profesiones que tan dignamente favorecen al desarrollo de cualquier sociedad moderna.

Pero es más, no sólo estos profesionales, sino aquéllos otros que realmente representan al orden público en ambientes de hostilidad en los que está en juego incluso su integridad física, como es el caso de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado o como el caso que en este trabajo de investigación se concretan aquéllos profesionales de la Administración de Justicia, cuyo bien jurídico afectado es el orden público que representan a nuestro Estado Social Democrático y de Derecho; por tanto el orden público es representado por esos sujetos a través del principio de autoridad desde su perspectiva funcional, y es desde este punto de vista desde el que hay que entender aquéllas palabras de GONZÁLEZ Y SERRANO que parecen cobrar sentido en la actualidad.

En este trabajo de investigación, se hace un exhaustivo análisis del bien jurídico protegido en el delito de atentado, partiendo de la rúbrica que lo nomina en el Título XXII de dicho cuerpo legal como delitos contra “el orden público”, y para ello se parte del principio de autoridad, su significado en el pasado y el que ha de merecer en el presente dentro de nuestro sistema Constitucional, Democrático y de Derecho.

En cuanto al sujeto pasivo y partiendo, pues, de ese espíritu democrático, unido a un espíritu garantista, se hace igualmente una crítica a las actuales tesis que pretenden considerar a los profesionales

de la sanidad y de la educación como autoridad simplemente por casos aislados de violencia contra éstos profesionales, a los cuales, como a cualquier otro ciudadano, el Derecho penal, da respuesta a esos ataques individualizados.

En este sentido pongo de manifiesto las carencias que ofrecen tanto la actual regulación del delito de atentado como el actual artículo 24 del Texto punitivo, y en concreto éste último pues debería ofrecer una más razonable definición de autoridad a efectos penales y sobre todo en relación con los profesionales que conforman la Administración de Justicia.

Del mismo modo trato de transmitir que quién realmente tiene que verse agraviado por esas conductas de atentado que lesionan los bienes jurídicos, es el Estado como sujeto pasivo en sí mismo considerado, al que se le impide un correcto funcionamiento de sus instituciones y órganos a través de esas conductas que recaen en los sujetos que en sus funciones lo representan, por ello se hace una crítica y una propuesta de regulación del actual artículo 24 en relación con los artículos 550 y 551 del Texto punitivo y que son los que dotan de contenido al delito de atentado en sus distintas modalidades comisivas.

Además de ello, junto con las figuras del Juez, el Secretario Judicial, el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el Procurador, pongo especial interés en la figura de otro profesional, el cual ni siquiera se ha planteado por la doctrina su consideración como autoridad y que como veremos es el representante del Derecho

Fundamental de la Tutela Judicial Efectiva en todos los procedimientos, cumpliendo con ello no sólo una función básica para la Administración de Justicia, sino necesaria para nuestro sistema Constitucional, nos referimos a la figura del Abogado.

Aunque de una forma más exhaustiva, como sujeto pasivo del delito de atentado de este profesional, más elocuente aún resulta su trato cuando hablamos del bien jurídico protegido, pues, los valores, son los que al fin y al cabo han de regir las metas de cualquier sociedad democrática madura.

Lo que pretende este trabajo de investigación es, de un lado proponer una modificación del artículo 24 del Texto punitivo que le de cierta lógica al concepto de autoridad para el Derecho penal, y de otro equiparar penalmente lo que la Constitución y la LOPJ consideran quienes son las piezas fundamentales de una Sala de Justicia en aras a favorecer en última instancia al ciudadano, que en multitud de ocasiones no ve respetados de una forma ecuánime sus derechos cuando quiere hacerlos valer a través de su Abogado, y que en parte se debe a la falta de consideración de autoridad y de funcionario público que a día de hoy no le es concebida a éstos profesionales del derecho, ni por la doctrina, ni por el legislador, ni por los tribunales de justicia.

Si hay una parte en todos los procedimientos que representa al Estado y con ello al ciudadano, es el Ministerio Fiscal, pero también el Abogado es parte en esos procedimientos dirigiendo siempre a

referidos ciudadanos, de ahí la importancia de su consideración que como autoridad y funcionario público merece, y más aún cuando actúa de oficio.

Además del Abogado, entiendo que es discutible que el Texto punitivo en su artículo 24 dé especial carácter de autoridad al Ministerio Fiscal y no lo haga expresamente al Juez, al Secretario Judicial, al Abogado del Estado o al Procurador, puesto que intervienen todos ellos en los mismos procedimientos y siempre en representación de Derecho Constitucional Fundamental de la Tutela Judicial Efectiva, por tanto la actual regulación de referido precepto genera una desigualdad y un desequilibrio en nuestro sistema, de ahí la necesidad de esta modificación penal propuesta de *lege ferenda*.

En cuanto a estos profesionales a los que hago referencia y su actuación en el ámbito penal, que es la materia objeto de estudio de este trabajo de investigación, tienen una sobre exposición directa y permanente, no esporádica, con la violencia y la hostilidad que genera el delito a través del delincuente y su entorno social como sujeto activo de todos los delitos que componen el Texto punitivo, lo cual justifica sobradamente, no sólo la condición de funcionarios públicos, sino su consideración de autoridad y que da lugar a nuestra proposición de *lege ferenda* para modificar el artículo 24 del Texto punitivo, pues como referimos con anterioridad, dichos profesionales representan el Derecho Fundamental a la Tutela Judicial Efectiva de todos los ciudadanos, sujetos pasivos también de los delitos tipificados

en el Código Penal, y por tanto es de orden público considerar autoridad a estos profesionales.

Finalmente, apuntar que la sistemática y la metodología de esta obra apoyada siempre en la doctrina y la jurisprudencia, parte de la base de definir primero los conceptos que son objeto de estudio, para luego analizarlos y criticarlos, y finalmente proponer, lo que entendemos a nuestro juicio es la mejor solución a los problemas que se han ido planteando en nuestro estudio.

La finalidad es trasladar no solo al lector de esta obra como ciudadano que comprenda tal necesidad, sino al legislador, que para hacer una tutela judicial más efectiva para el justiciable modifique el artículo 24 del Texto punitivo en el sentido propuesto de *lege ferenda* en este trabajo de investigación.

CAPÍTULO PRIMERO.- EL DELITO DE ATENTADO EN LOS TEXTOS PUNITIVOS ESPAÑOLES

I.- REFERENCIA HISTÓRICA

Ya desde antiguo, en el **Código penal de 1822**², en cuya elaboración se sentaron las bases y espíritu de la legislación francesa, encontramos una referencia expresa a las autoridades y a los funcionarios, además de en otros título de dicho Código, en su Título VI rubricado “De los atentados contra las autoridades establecidas, ó contra los funcionarios públicos cuando proceden como tales; y de los que les usurpan o impiden el libre ejercicio de sus funciones, ó les compelen en ellas con fuerzas o amenazas”.

El artículo 135 de dicho Texto punitivo señalaba como funcionarios a los interventores, promotores fiscales y jueces árbitros por lo relativo al negocio en que lo sean, y los corredores de lonjas y cambios con título. Son también funcionarios públicos en el orden penal en lo relativo a sus oficios los curiales; a saber, los agentes fiscales, relatores, escribanos, cancilleres, registradores, alguaciles, porteros oficiales y demás dependientes subalternos de los tribunales y juzgados, aunque sean nombrados por estos, como también los procuradores y los agentes con título.

² CÓDIGO PENAL ESPAÑOL, Decretado por las Cortes en 8 de Junio, sancionado por el Rey, y mandado promulgar en 9 de julio de 1822, Madrid, en la Imprenta Nacional, año de 1822.

Atendiendo pues al contenido rubricado en el Título VI, en primer lugar, nos encontramos con un primer grupo de delitos consistentes en ataques contra la persona del funcionario y sus autoridades; un segundo grupo de delitos que consisten en la usurpación de funciones públicas y, finalmente un tercer grupo de delitos consistentes en impedir el ejercicio de la función pública, compeliéndola con la fuerza o con amenazas.

Es en los artículos 326 y 327 donde distinguiendo funcionarios de autoridades civiles, militares y eclesiásticas y elaborando una larga lista de los mismos como diputados a cortes, magistrados, jueces, generales, etc., cuando se hallen ejerciendo sus funciones o por razón de su ministerio, estableciendo literalmente el artículo 326 de referido cuerpo legal que “el que con el designio de matar a algún Diputado de Cortes, Secretario de Estado y de Despacho, Consejero de Estado, Magistrado o Juez, Gefe político ó alcalde, General en jefe o de división, Capitan o comandante general de provincia, ó Gobernador militar, Prelado eclesiástico, individuo de Diputación Provincial ó de ayuntamiento, ó cualquier otro funcionario que ejerza jurisdicción y autoridad pública, civil, militar o eclesiástica, le acometiere, ó hiciere alguna otra tentativa contra la vida de cualquiera de estas personas cuando se hallen ejerciendo sus funciones ó por razón de su ministerio, sufrirá por solo este atentado, aunque no llegue a herir ni á consumir el delito principal, la pena de cuatro a ocho años de presidio ú obras públicas, y perderá además los empleos, sueldos y honores

que obtuviere. El que en igual caso cometiere igual atentado contra cualquier otro funcionario público, sufrirá por este solo hecho una reclusión de uno a cinco años.”

Finalmente, el referido Código penal de 1822, en su artículo 333 castigaba a los que voluntariamente y a sabiendas impidieren o estorbaren a los tribunales o jueces, o cualquier otra autoridad pública, civil, etc., en el libre ejercicio de sus funciones.

En el **Código penal de 1848**³, observamos una merma en la protección a la autoridad y al funcionario público, donde en el Título II del Libro I, marcaba como bien jurídico protegido la “Seguridad interior del Estado y orden público”.

En su artículo 189 señala que “cometen atentado contra la Autoridad:

1º. Los que sin alzarse públicamente, emplean fuerza o intimidación para alguno de los objetos señalados en los delitos de rebelión y sedición.

2º. Los que cometen o resisten con violencia, o emplean fuerza o intimidación contra la autoridad pública o sus agentes cuando aquélla ó estos ejercieren las funciones de su cargo, y también cuando no las ejercieren, siempre que sean conocidos o se anuncien como tales.”

A efectos de pena en el delito de atentado señalaba el artículo 190 de referido Cuerpo legal que “los atentados comprendidos en el

³ CÓDIGO PENAL DE ESPAÑA, sancionado por S.M. en 19 de marzo de 1848, arreglado a los Reales Decretos de 21 y 22 de septiembre de 1848, 30 de mayo y 2 junio de 1849, 7 y 8 de junio de 1950. Tercera edición, Barcelona, Imprenta y Librería politécnica de Tomás Gorchis, calle del Carmen junto a la universidad, 1950.

artículo anterior serán castigados con la pena de prisión menor en su grado medio á prisión mayor en el mismo grado y multa de 100 á 500 duros, siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes:

1º Si la agresión se verifica á mano armada.

2º Si los reos fueren funcionarios públicos

3º Si los delincuentes pusieren manos en la autoridad, ó en las personas que acudieren á su auxilio.

4º Si por consecuencia de la coacción de la autoridad hubiere accedido á las exigencias de los delincuentes.

Si los reos fueren reincidentes, la pena en el primer caso será la de prisión menor en su grado máximo á prisión mayor y multa de 100 á 500 duros, y en el segundo la de prisión correccional en su grado máximo á prisión menor y multa de 50 á 250 duros.

El que de hecho ó de palabra injuriare gravemente á alguno de los cuerpos colegisladores hallándose en sesión, ó á alguna de sus comisiones en los actos públicos en que los representan”.

Finalmente en su artículo 193 establecía que, “para todos los efectos de las disposiciones penales respecto de los que cometen atentado ó desacato contra la autoridad ó funcionarios públicos, se entienden que ejercen aquella constantemente los ministros de la corona y las autoridades de funciones permanentes ó las llamadas á ejercerlas en todo caso y circunstancias”.

La reforma que dio lugar al **Código penal de 1850**, pretendía reforzar á las autoridades y funcionarios públicos, estableciendo por

primera vez en la historia punitiva española un nuevo concepto de delito de atentado, que ha perdurado hasta el Texto punitivo de 1995.

El Libro II de referido texto legal delimita el bien jurídico protegido, y así rubrica “De los delitos contra la seguridad del Estado y el orden público”, nominando en el Capítulo III “De los atentados y desacatos contra la autoridad y otros desórdenes públicos.”

Establecía su artículo 189 que “cometen atentado contra la autoridad:

1.º Los que sin alzarse públicamente, emplean fuerza o intimidación para alguno de los objetos señalados en los delitos de rebelión o sedición.

2.º Los que acometen o resisten con violencia, o emplean fuerza o intimidación contra la autoridad pública o sus agentes cuando aquella o éstos ejercieren las funciones de su cargo y también cuando no las ejercieren, siempre que sean conocidos o se anuncien como tales.”

En relación a estos delitos en el Código penal de 1850, señala JAVATO MARTÍN⁴, “que hay que destacar la equiparación que el legislador efectúa de los atentados y los desacatos, con los desórdenes públicos, a través del enunciado de la rúbrica del Capítulo III. Aunque parece que nos hallamos ante un supuesto de defectuosa redacción enmendado en textos posteriores, no se puede descartar la hipótesis de

⁴ JAVATO MARTÍN, A.M.: “El delito de atentado. Modelos legislativos. Estudio histórico-dogmático y de derecho comparado”, Granada 2005, pág. 294.

que el legislador de 1850 concibiera los atentados y los desacatos como un desorden público.”

Un ejemplo de lo que señala este autor, se basa en el argumento de PACHECO⁵, el que establece que “si al pasar de la rebelión a la sedición hemos descendido un buen grado en la escala de la criminalidad todavía es mayor el descenso desde la segunda de aquéllas, la sedición, a los desórdenes públicos de que vamos a ocuparnos en este capítulo. Ya no se trata aquí de variar la forma de gobierno (...) intentase impedir la prisión de cualquier reo ordinario, cometiese solo con exactitud apellida la ley una resistencia, un desorden.”

Por ello para PACHECO⁶ la introducción de este precepto se debió, al igual que lo sucedido en los desacatos, al deseo de armar a la autoridad frente a “cualquier espíritu hostil”, pues “si no hubiese mucha prudencia y mucha parsimonia para aplicar este artículo, el despotismo local correrá suelto y sin freno... La autoridad y sus subalternos suelen entre nosotros mandarlo todo y a todos, y nada tan fácil como decir que sus preceptos se dictan en asuntos al servicio público.”

El **Texto Punitivo de 1870**, contiene dos rúbricas en el Título II de los “delitos contra la Constitución” y en el Título III que denomina

⁵ PACHECO: “El Código penal concordado y comentado”, Tomo II, Madrid 1861, pág. 225.

⁶ PACHECO: “El Código penal concordado y comentado”, Tomo II, Madrid 1861, pág. 225.

“delitos contra el orden público” y, asimismo, el Capítulo IV que pasa a denominarse “de los atentados contra la autoridad y sus agentes, resistencia y desobediencia.”

GROIZARD⁷ refería respecto de este Texto punitivo que estas infracciones afectan al orden público, pero no revisten la gravedad de la rebelión y sedición, estando despojadas de todo carácter político, por tanto, su consideración de injustos contra el orden público, viene dada por el hecho de que se cometen contra las personas que están al cuidado de su conservación.

El artículo 263 de este Texto punitivo, establecía que “cometen atentado:

1.º Los que sin alzarse públicamente emplearen fuerza o intimidación para alguno de los objetos señalados en los delitos de rebelión y sedición.

2.º Los que acometieren a la Autoridad o a sus agentes, o emplearen fuerza contra ellos, o los intimidaren gravemente, o les hicieren resistencia también grave, cuando se hallaren ejerciendo las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas.”

Pero nuestra mayor atención respecto de este Texto punitivo, la centramos en su artículo 277, el cual define por primera vez a efectos penales a la autoridad evidenciando una similitud con el actual artículo 24 del Código Penal de 1995⁸, y así señala que “para los

⁷ GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, ALEJANDRO: “El Código penal de 1870 concordado y comentado”, Tomo III, 2ª edición, Madrid 1911, pág. 655.

⁸ ARTÍCULO 24.1 DE LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL: “A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí

efectos de los artículos comprendidos en los tres capítulos precedentes, se reputará Autoridad al que por sí sólo o como individuo de alguna corporación o Tribunal, ejerciere jurisdicción propia.”

El **Código penal de 1928**, mantiene en su Título III, Libro II el bien jurídico protegido como “Delitos contra el orden público”, y concretando el Capítulo V “de los atentados, resistencia y desobediencia graves.”

Alega JAVATO MARTÍN⁹ que respecto de los anteriores Códigos penales, la resistencia desaparece como una de las conductas integradoras del delito de atentado, haciendo sólo mención al acometimiento, empleo de fuerza o intimidación grave; se incluye como sujetos pasivos a los funcionarios públicos, se refuerza la protección a la autoridad y desaparece el atentado impropio.

En el **Código penal de 1932**, la estructura de los delitos de atentado y resistencia, como Código republicano, se mantiene de forma idéntica a la contenida en el Código penal de 1870.

El **Código Penal de 1944** y que dio lugar a la versión del **Texto Refundido de 1973**, vuelven a rubricar en su Título II, cuyo bien jurídico protegido pasa nuevamente a nominarse como “Delitos contra la seguridad interior del Estado”, rubricándose el Capítulo IV “De los

solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal”.

⁹ JAVATO MARTÍN, A.M.: “El delito de atentado. Modelos legislativos. Estudio histórico-dogmático y de derecho comparado”, cit. pág. 299.

atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, y de la resistencia y desobediencia”, siendo los artículos 231 a 238 los que contienen los tipos penales aludidos en la rúbrica del Capítulo IV, por tanto la estructura es similar a las mantenidas por los Códigos penales de 1870 y 1932, mostrando con ello el legislador cierta continuidad respecto de la política criminal, salvo por el endurecimiento de las penas en estos delitos.

II.- DERECHO PROYECTADO

En los últimos quince años se han producido cuatro intentos de elaboración de un nuevo Código penal que resultase coherente con los valores democráticos de la Constitución española.

Todos ellos pretendían una mejor perspectiva democrática adoptando un modelo de tutela privilegiada de la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, y así encontramos el Proyecto de Código penal de 1980, la Propuesta de Anteproyecto de Código penal de 1983, el Proyecto de Código penal de 1992 y el Proyecto de Código penal de 1994.

Según JUANATEY DORADO¹⁰ “ninguno de estos textos introduce cambios esenciales en la regulación de las conductas de desobediencia a la autoridad o a sus agentes, salvo modificaciones sustanciales en las penas y el cambio de denominación de la rúbrica bajo la que se ubican estos tipos penales. El título de «Delitos contra la seguridad interior del Estado» desaparece en todos los proyectos y se sustituye bien por el de «Delitos contra los poderes y orden públicos» bien por el de «Delitos contra el orden público».”

El **Proyecto de Código penal de 1980** sitúa estas conductas en el Título XII bajo la rúbrica de “Delitos contra los poderes y

¹⁰ JUANATEY DORADO, CARMEN: “El delito de desobediencia a la autoridad”. Valencia 2001, cit. págs. 1-10.

orden públicos”, y el Capítulo IV se nomina “De los atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, y de la resistencia y desobediencia.” Estos delitos, asimismo, están articulados del número 540 al 544.

Llama la atención, en fin de cuentas, cómo se ha cercenado el Texto punitivo de 1973, al haberse eliminado los delitos de atentado cualificado contemplados en la Ley de Seguridad del Estado.

El artículo 540, mantiene una redacción similar a la que ofrecía el artículo 231 del Texto punitivo de 1973, añadiendo un párrafo que refería “si el ataque tuviere por causa u origen su condición o actividad militar.”

Sostiene JAVATO MARTÍN¹¹ que el artículo 541 conserva las mismas circunstancias y penalidad entre atentados contra la autoridad, sus agentes y funcionarios públicos y, respecto del artículo 542, señala que se regula de una forma autónoma el tratamiento punitivo de las personas que acudieren al auxilio de la autoridad, sus agentes y funcionarios.

Resulta interesante el tenor literal del artículo 543, según el cual “los que, sin estar comprendidos en el artículo 540, resistieren a la autoridad o a sus agentes, o los desobedecieren gravemente en el ejercicio de las funciones de su cargo, serán castigados con la pena de arresto de seis a doce fines de semana y multa de tres a seis meses.”

Encontramos igualmente las faltas de desobediencia bajo la

¹¹ JAVATO MARTÍN, A.M.: “El delito de atentado. Modelos legislativos. Estudio histórico-dogmático y de derecho comparado”, cit. pág. 309.

rúbrica del Título V como “Faltas contra el orden público”, en el artículo 681, números 4.º y 5.º.

Las conductas típicas mantienen la misma redacción que el texto de 1973, variando sólo la pena que en el Proyecto es la de arresto de uno a seis fines de semana y multa de diez a treinta días.

La **Propuesta de Anteproyecto de 1983** sostenía exactamente la misma regulación que la contenida en el Proyecto de 1980, salvo leves variaciones de tipo gramatical.

Según JAVATO MARTÍN¹², sobre ella se realizan dos correcciones, la primera de fondo en la que se elimina el delito de atentado impropio y la desobediencia a las órdenes del gobierno, atendiendo así a las unánimes críticas doctrinales que recaían sobre éste tipo de figuras delictivas y, la segunda es el emparentar a este delito con la rebelión y la sedición.

Asimismo anómala resulta la pervivencia de un tipo de desobediencia a las órdenes del gobierno surgida para atajar la difícil situación social que perduró tras la Guerra Civil española de 1936.

Para el autor¹³ la segunda cuestión introducida por la Propuesta de Anteproyecto de 1983, tenía un sello más de estilo, de economía legislativa, esto es, la previsión como sujeto pasivo de los miembros de las Fuerzas Armadas.

Por lo que se refiere a la regulación contenida en los **Proyectos**

¹² JAVATO MARTÍN, A.M.: “El delito de atentado. Modelos legislativos. Estudio histórico-dogmático y de derecho comparado”, cit. págs. 309-310.

¹³ JAVATO MARTÍN, A.M.: “El delito de atentado. Modelos legislativos. Estudio histórico-dogmático y de derecho comparado”, cit. págs. 309-310.

de Código penal de 1992 y de 1994, puede decirse que prácticamente no hay variaciones entre uno y otro, siendo interesante abordar exclusivamente la de 1994.

El Proyecto de 1994 nomina bajo la rúbrica del Título XIX “Delitos contra el orden público”, designando su Capítulo III “De los atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, y de la resistencia y desobediencia.”

Y así el artículo 541 establece a la letra que “1. Los que sin estar comprendidos en el artículo 534 resistieren a la autoridad o sus agentes, o los desobedecieren gravemente en el ejercicio de sus funciones, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año.

2. Con la misma pena se castigará al que resistiere o desobedeciere gravemente órdenes de fuerza armada definida en el artículo 539.2.”

El número 2 del artículo 541 es una novedad introducida por este Proyecto de 1994 y por el anterior, el Proyecto de 1992.

En cuanto a las faltas, el artículo 622 incluido en el Título IV y rubricado “De las faltas contra el orden público” sanciona a “los que faltaren al respeto y consideración debida a la autoridad o sus agentes, o los desobedecieren levemente, cuando ejerzan sus funciones, serán castigados con la pena de multa de diez a sesenta días.”

Para JUANATEY DORADO¹⁴ “esta nueva regulación me parece acertada, pues simplifica las cosas (funde en un único párrafo

¹⁴ JUANATEY DORADO, CARMEN: “El delito de desobediencia a la autoridad”.

los dos números que recogen los proyectos anteriores y el Código de 1973) y resuelve de ese modo el problema que se planteaba con la regulación anterior sobre si la desobediencia leve del artículo 570.1 exigía o no que la autoridad actuase en el ejercicio de sus funciones.”

JAVATO MARTÍN¹⁵ sostiene que “el Proyecto de 1944 no pasó inalterado al Derecho positivo sino que experimentó en sede parlamentaria importantes modificaciones. Desde una óptica meramente formal, se procede a la corrección en la redacción y la estructuración de determinados artículos. Así ocurre en la definición de delito de atentado del art. 550 o en la señalización o determinación del marco punitivo que aparece desglosado en el Código de 1995 en los artículos 551 y 552. Más interesantes son las alteraciones sustanciales. En este sentido se reduce el catálogo de circunstancias a las dos primeras contenidas en el art. 535 del P. 1994, procediéndose a una reformulación de las mismas. Desaparecen los “supertipos de atentados”. Como pálido reflejo o reminiscencia de los mismos, pervive únicamente el trato punitivo reforzado –no excesivo por otra parte- conferido a las altas autoridades del Estado, que se ubica inmediatamente después de la fijación de la pena simple del art. 551-1. No acertamos a comprender el desigual grado de protección (pena inferior en grado) que se dispensa a los auxiliares, diferenciación valorativa que parece desenterrar la protección personal de los sujetos

¹⁵ JAVATO MARTÍN, A.M.: “El delito de atentado. Modelos legislativos. Estudio histórico-dogmático y de derecho comparado”, cit. pág. 313.

públicos, soslayando lo que debe de ser el bien jurídico protegido por esta clase de injustos en un Estado democrático, a saber, el correcto y armónico ejercicio de las funciones públicas. Finalmente reseñar la eliminación de la resistencia y desobediencia grave a fuerza armada.”

III.- EL DELITO DE ATENTADO EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995

Señala el Texto punitivo de 1995 en su exposición de motivos, en cuanto a la justificación de un nuevo Código que “en cuarto lugar, y en consonancia con el objetivo de tutela y respeto a los derechos fundamentales, se ha eliminado el régimen de privilegio de que hasta ahora han venido gozando las injerencias ilegítimas de los funcionarios públicos en el ámbito de los derechos y libertades de los ciudadanos. Por tanto, se propone que las detenciones, entradas y registros en el domicilio llevadas a cabo por autoridad o funcionario fuera de los casos permitidos por la ley, sean tratadas como formas agravadas de los correspondientes delitos comunes, y no como hasta ahora lo han venido siendo, esto es, como delitos especiales incomprensible e injustificadamente atenuados.”

Una de las novedades que encontramos en este nuevo Código Penal en consonancia con la más moderna percepción doctrinal y jurisprudencial del orden público en un Estado democrático y de derecho, es la desaparición del delito de desacato y así se refiere la exposición de motivos acerca de las injerencias de los funcionarios y a la a la eliminación del régimen de privilegio que éstos gozaban.

En este Texto punitivo, se recoge el delito de atentado, desobediencia y resistencia en los artículos 550 a 556¹⁶.

¹⁶ LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE DEL CÓDIGO PENAL:

Este articulado se encuentra ubicado dentro del Capítulo II del título XXII rubricándolo como “De los atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, y de la resistencia y desobediencia”.

Asimismo en la rúbrica del Título XXII nomina el legislador en esta ocasión el bien jurídico protegido como “Delitos contra el orden público”, al igual que ya lo hiciera en los Códigos penales de

“Artículo 550

Son reos de atentado los que acometan a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, o empleen fuerza contra ellos, los intimiden gravemente o les hagan resistencia activa también grave, cuando se hallen ejecutando las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas.

Artículo 551.1. Los atentados comprendidos en el artículo anterior serán castigados con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de tres a seis meses si el atentado fuera contra autoridad y de prisión de uno a tres años en los demás casos.

2. No obstante lo previsto en el apartado anterior, si la autoridad contra la que se atentare fuera miembro del Gobierno, de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, del Congreso de los Diputados, del Senado o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, de las Corporaciones locales, del Consejo General del Poder Judicial o Magistrado del Tribunal Constitucional, se impondrá la pena de prisión de cuatro a seis años y multa de seis a doce meses.

Artículo 552

Se impondrán las penas superiores en grado a las respectivamente previstas en el artículo anterior siempre que en el atentado concorra alguna de las circunstancias siguientes:

1ª) Si la agresión se verificara con armas u otro medio peligroso.

2ª) Si el autor del hecho se prevaliera de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.

Artículo 553

La provocación, la conspiración y la proposición para cualquiera de los delitos previstos en los artículos anteriores, será castigada con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente.

Artículo 554 .1. El que maltratase de obra o hiciere resistencia activa grave a fuerza armada en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, será castigado con las penas establecidas en los arts. 551 y 552, en sus respectivos casos.

2. A estos efectos, se entenderán por fuerza armada los militares que, vistiendo uniforme, presten un servicio que legalmente esté encomendado a las Fuerzas Armadas y les haya sido reglamentariamente ordenado.

Artículo 555

Las penas previstas en los arts. 551 y 552 se impondrán en un grado inferior, en sus respectivos casos, a los que acometan o intimiden a las personas que acudan en auxilio de la autoridad, sus agentes o funcionarios.

Artículo 556

Los que, sin estar comprendidos en el art. 550 resistieren a la autoridad o sus agentes, o los desobedecieren gravemente, en el ejercicio de sus funciones, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año.”

1870 y de 1928.

Las escasas variaciones introducidas por el Código penal de 1995 en relación con la regulación prevista en el Código penal derogado, se suprime la rúbrica del título bajo el que se ubicaba el delito de desobediencia a la autoridad en el Código anterior “De los delitos contra la seguridad interior del Estado”, que se sustituye por la de “Delitos contra el orden público.”

En cuanto al tipo penal de atentado sostiene JUANATEY DORADO¹⁷ “desde el punto de vista lingüístico, por un lado, se incurre en una incorrección gramatical al eliminar la preposición «a» de la frase «...resistieren a la autoridad o (a) sus agentes»; por otro lado, se suprime la expresión «ejercicio de las funciones del cargo» y se sustituye por la más simple de «ejercicio de sus funciones». En mi opinión, esta última modificación no tiene mayor relevancia práctica que la puramente gramatical.”

Además, en referencia a la pena de este delito, la misma experimenta un notable aumento.

El Código penal de 1995 suprime la pena de multa, pero sustituye la pena de arresto mayor, de un mes y un día a seis meses de arresto mayor, por la de prisión de seis meses a un año.

Para JUANATEY DORADO¹⁸ “tal endurecimiento punitivo me parece censurable, pues si ya puede resultar discutible la previsión de

¹⁷ JUANATEY DORADO, CARMEN: “El delito de desobediencia a la autoridad”, págs. 1 a 10.

¹⁸ JUANATEY DORADO, CARMEN: “El delito de desobediencia a la autoridad”, págs. 1 a 10.

una sanción penal para la protección de tales conductas, más discutible resulta el establecer directamente una pena de prisión, sobre todo si se tiene en cuenta que el nuevo Código prevé penas de naturaleza menos lesiva que, a mi juicio, resultarían más adecuadas desde el punto de vista de la proporcionalidad.”

En cuanto a las faltas, el artículo 634 del Código Penal de 1995, ubicado dentro del Título IV y que rubrica como “Faltas contra el orden público”, castiga a “Los que faltaren al respeto y consideración debida a la autoridad o sus agentes, o los desobedecieren levemente, cuando ejerzan sus funciones, serán castigados con la pena de multa de diez a sesenta días.”

En definitiva y como señalaba la referida autora¹⁹ “como puede apreciarse, el nuevo Código penal no introduce cambios de fondo en la regulación de la desobediencia que, sustancialmente, como ya he indicado más arriba, sigue siendo igual a la prevista en el Código anterior. A partir de este momento, pues, me ocuparé del análisis de los aspectos, en mi opinión, más relevantes del delito de desobediencia y de las diferentes interpretaciones dogmáticas y jurisprudenciales existentes sobre los mismos (ya versen sobre el derogado artículo 237 del Código penal de 1973, ya sobre el vigente artículo 556 del nuevo Código penal).”

Finalmente, en cuanto al concepto penal de autoridad, agente de la autoridad o funcionario público contemplados en el artículo 24 del

¹⁹ JUANATEY DORADO, CARMEN: “El delito de desobediencia a la autoridad”, págs. 1 a 10.

Texto punitivo y que a su vez complementan el contenido de los artículos 550 y siguientes respecto del delito de atentado, la doctrina y la jurisprudencia siguen teniendo problemas y contradicciones a la hora de encuadrar en estas conductas a ciertos profesionales, pero este tema se analizará en capítulos posteriores de esta obra, resaltando que hasta la última reforma que ha sufrido el Texto punitivo de 1995 por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, tampoco se ha modificado el artículo 24, motivo por el cual en esta obra también se incluye una propuesta de *lege ferenda*.

Esta última reforma, ha mantenido intactos, igualmente, los artículos 550 a 556 del Texto punitivo, a excepción del apartado 2 del artículo 551, el cual en el año 2000, con más de cinco años de vigencia del llamado nuevo Código Penal de 1995, fue modificado por el artículo 1.7 de la Ley Orgánica 7/2000 de 22 diciembre 2000.

La reforma que afectó a este artículo era solo y exclusivamente para incluir dentro de este tipo penal, que contempla una mayor punibilidad cuando el delito de atentado se perpetra contra autoridades, a los miembros de las Corporaciones Locales, que sorprendentemente no estaban contemplados de una forma expresa por el artículo 24 del Texto punitivo de 1995, siendo así que la jurisprudencia desde antiguo, como podrá comprobarse en capítulos posteriores, ya incluía a los mismo, esto es, Alcaldes, Concejales, etc.

Por este motivo, entiendo más sencillo, lógico, razonable y sistemático lo que ofrece mi propuesta de *lege ferenda* que se expondrá más adelante, en cuanto que dota de contenido al artículo 24

del Texto punitivo en el sentido propuesto, evitaría entre otras cosas, conforme a la evolución de la sociedad, ir modificando y parcheando el Texto punitivo que ya tenemos, según convenga o no considerar a un colectivo profesional autoridad a efectos penales.

CAPÍTULO SEGUNDO.- BIÉN JURÍDICO PROTEGIDO

I.- BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE ATENTADO: EL ORDEN PÚBLICO BAJO EL PRISMA DEL PRINCIPIO DE AUTORIDAD

1.1.- Cuestiones preliminares

Antes de comenzar a exponer las diversas teorías referentes al bien jurídico protegido en el delito de atentado, es necesario hacer una primera aproximación a la parte general del Derecho penal, que es la que dota de contenido a este elemento del delito.

JESCHECK²⁰ sostiene que el bien jurídico constituye la base de la estructura e interpretación de los tipos. Pero el bien jurídico no puede identificarse sin más con la *ratio legis*, sino que ha de poseer un sentido social propio, previo a la norma penal y en sí mismo decidido, pues de lo contrario sería incapaz de servir a su cometido sistemático, de baremo de contenido y límites del precepto penal y de valoraciones.

Según esto, el bien jurídico ha de entenderse como valor ideal del orden social jurídicamente protegido, en cuyo mantenimiento tiene interés la comunidad y que puede atribuirse, como a su titular, tanto al particular como a la colectividad, es decir, se trata de un “valor

²⁰ H.H-WEIGEND JESCHECK, T.W.: “Tratado de Derecho Penal. Parte General”, Traducción por Miguel Olmedo Cardenete, Granada 2002, págs. 275-276.

abstracto del orden social protegido jurídicamente, en cuya defensa está interesada la comunidad y cuya titularidad puede corresponder a un individuo o a la colectividad.”

Para este autor, además, el bien jurídico en Derecho penal tiene que cumplir tres funciones:

La primera, es que “los tipos delictivos están orientados hacia uno o varios bienes jurídicos. La cuestión de si existen disposiciones penales sin relación alguna con el bien jurídico y de si aquéllas serían admisibles desde una perspectiva liberal es negada mayoritariamente. Sin embargo en delitos como la provocación al escándalo público, maltrato de animales, afrentas a confesiones religiosas, ofensas a la memoria de los fallecidos o las “mentiras sobre Auschwitz”, los bienes protegidos tienen su raíz exclusiva en las convicciones valorativas de la sociedad. Desde luego éstas también pueden definirse como bienes jurídicos pero su fundamento punitivo no se aloja en el hecho de que sea socialmente dañoso, sino en el mantenimiento de determinadas convicciones de la moral social que, deben de ser protegidas a través de la sanción penal. Pero con carácter general, el bien jurídico es el concepto central del tipo de acuerdo con el cual son determinados todos sus elementos objetivos y subjetivos y, con ello, simultáneamente, viene a ser un importante medio de ayuda de la interpretación.”

La segunda función, para JESCHECK²¹, como pieza básica en la estructura del tipo, es que “el bien jurídico constituye un punto de vista decisivo para la clasificación de los distintos grupos de tipos penales (vgr., delitos contra la vida, contra el patrimonio, contra la seguridad del tráfico). Y más allá de este aspecto la ordenación global de las disposiciones penales en la Parte Especial (orden legal) sigue la idea básica de que, a través de la agrupación y clasificación de los bienes jurídicos, debe de ser alcanzado un orden jerárquico de los valores protegidos.”

Finamente dicho autor²², como tercera función establece que “hay bienes jurídicos del individuo (bienes jurídicos individuales) (por ejemplo, vida, libertad, propiedad) dentro de los cuales forman un subgrupo aquellos que poseen un contenido eminentemente personal (así, la integridad corporal, honor), así como bienes de la colectividad (bienes jurídicos universales) (vgr., la protección de los secretos del Estado, la seguridad de la circulación vial, la autenticidad del dinero). La distinción es determinante, por ejemplo, para la admisibilidad de la legítima defensa al igual que para la posibilidad de que el sujeto afectado de una forma inmediata por el hecho, pueda consentir eficazmente en la lesión del bien jurídico. Asimismo, el bien jurídico tiene relevancia para el concepto de la acción continuada y para la determinación del “ofendido” en el sentido de las disposiciones de

²¹ H.H-WEIGEND JESCHECK, T.W.: “Tratado de Derecho Penal. Parte General”, cit. pág. 277.

²² H.H-WEIGEND JESCHECK, T.W.: “Tratado de Derecho Penal. Parte General”, cit. pág. 277.

Derecho procesal penal que depende de quién sea titular del bien jurídico protegido.”

Concluye JESCHECK²³, diferenciando el bien jurídico con el objeto material, pues “los bienes jurídicos no deben comprenderse como objetos accesibles a la percepción del sentido, sino que son valores espirituales del orden social sobre los que descansa la seguridad, el bienestar y la dignidad de la existencia de la comunidad. Por el contrario, el objeto real sobre el que se lleva a cabo la acción típica se denomina objeto material de la acción (o del ataque). El objeto material, puede aparecer de diferentes formas: como unidad psíquico corporal (cuerpo o vida de una persona), como valor social (fama o crédito del injuriado), como valor económico (patrimonio), como cosa (pieza de caza) o como una situación real (utilidad de un objeto). El bien jurídico y el objeto material están relacionados como la idea y su manifestación, pero conceptualmente no deben confundirse. El injusto del resultado reside en el menoscabo real del objeto material. Por el contrario el bien jurídico como valor ideal que está sustraído a la intervención del autor puede, ciertamente, ser despreciado y también atacado en su materialización a través del objeto de la acción pero, en realidad, nunca puede ser lesionado.”

Para ROXIN²⁴, lo fundamental de esos valores o bienes es que vengan dados por la norma Suprema, es decir, por la Constitución, y

²³ H.H-WEIGEND JESCHECK, T.W.: “Tratado de Derecho Penal. Parte General”, cit, págs. 277-278.

así, señala que “el punto de partida correcto consiste en reconocer que la única restricción previamente dada para el legislador se encuentra en los principios de la Constitución. Por tanto, un concepto de bien jurídico vinculante político criminalmente sólo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la Ley Fundamental, de nuestro Estado de Derecho, basado en la libertad del individuo a través de los cuales se le marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado. En consecuencia se puede decir: los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema.”

Para el autor²⁵ la concepción del bien jurídico por la norma no es estática, sino que se halla enclavada dentro de las finalidades exigidas por la Constitución, pues “está abierta al cambio social y a los progresos del conocimiento científico. Así por ejemplo, la punición de las acciones exhibicionistas es ilícita porque las mismas ponen en peligro la paz pública. Pero si con el trascurso de tiempo se impusiera entre la población la opinión de que tal conducta sólo supone un síntoma de perturbación psíquica no peligroso para la colectividad, su punición no serviría ya para proteger bienes jurídicos, sino para impedir un mera inmoralidad, y tendría que suprimirse.”

²⁴ ROXIN, CLAUS: “Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito”. Traducción de la 2ª edición por Luzón Peña, Diego Manuel, editorial Civitas, Madrid 2006, págs. 55 y 56.

²⁵ ROXIN, CLAUS: “Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito”, cit. págs. 57 y 58.

He de apuntar, ahora y en referencia al delito que tratamos, que ha olvidado ROXIN, añadir a ese párrafo, la existencia de bienes jurídicos inmutables, no sólo estáticos y que forman parte básica del propio contrato social que viene reflejado en las Constituciones, como la vida o la integridad física, pero el que a nosotros nos interesa por el estudio que estamos llevando a es el propio orden público-social que se ve constreñido con el delito de atentado, y que entraña la voluntad de todos esos ciudadanos que entregaron su libertad animal para transformarla en libertad social como apuntaba ROUSSEAU²⁶, sea individual o colectiva y siempre bajo la conciencia de su libre albedrío, de ahí que siendo éste bien jurídico inmutable, la norma que lo tutela deberá de adecuar un sistema de protección según el momento y la necesidad social en la que nos halleemos.

En este sentido, reconoce ROXIN²⁷ que “un concepto de bien jurídico como el anteriormente descrito, no proporcionaría una definición de la que se pudieran derivar conclusiones ya acabadas. Un concepto así no es posible y tendría que ser necesariamente erróneo, ya que reduciría la difícil búsqueda de la evolución ulterior correcta a

²⁶ ROUSSEAU, J.J.: “El contrato Social”, traducción Enrique Azcoaga, Madrid 1969, cap. V: “Este mismo acto de asociación convierte al instante la persona particular de cada contratante en un cuerpo moral y colectivo, compuesto de tantos miembros como voces tiene la asamblea; cuyo cuerpo recibe del mismo acto su unidad, su ser común, su vida y su voluntad. Esta persona pública, que se constituye como producto de la unión de todas las otras, recibía antiguamente el nombre de Civitas, y ahora el de República o de Cuerpo Político, denominándose el Estado cuando es pasivo, soberano cuando es activo, y potencia cuando es comparada con sus semejantes. En cuanto a los asociados, éstos toman colectivamente el nombre de pueblo y en particular se llaman ciudadanos, como partícipes de la autoridad soberana, y súbditos, por estar sometidos a las leyes del Estado. Pero estos términos se confunden a menudo y se toma el uno por el otro. Basta que sepamos distinguirlos cuando se usan en toda su precisión.”

²⁷ ROXIN, CLAUS: “Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito”, cit. págs. 58 y ss.

una ciega deducción conceptual. Por el contrario, el concepto de bien jurídico sólo proporciona un criterio de enjuiciamiento que hay que desarrollar en la materia jurídica y que el legislador y el aplicador del Derecho tienen que consultar en la creación e interpretación de cada precepto concreto. El concepto de bien jurídico ha de ser puesto por tanto en la Parte especial... Baste con aludir a que por las dificultades de delimitación en el caso concreto no se puede poner en tela de juicio la capacidad práctica de rendimiento del concepto de bien jurídico, sino que ésta se demuestra precisamente en que el principio del bien jurídico hace visibles los problemas del límite del ius puniendi estatal y puede llevar a una solución racional de los mismos.”

Finalmente sostiene el autor²⁸ que “la misión del Derecho penal como protección de bienes jurídicos es ampliamente reconocida en la doctrina moderna. Sin embargo no se ha ganado mucho con ello, ya que el concepto de bien jurídico, aunque no se lo reduzca a la *ratio legis*, se describe del modo más diverso y frecuentemente resulta bastante vaga su operatividad para la elaboración de un concepto material de delito. Así se caracteriza el bien jurídico como un “bien vital” reconocido socialmente como valioso, como “valor jurídico” o “interés jurídico”, como interés jurídicamente reconocido “en un determinado bien como tal en su manifestación general, como “la pretensión de respeto emanada de supuestos de hecho valiosos, en la medida en que los órganos estatales han de reaccionar con

²⁸ ROXIN, CLAUS: “Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito”, cit. pág. 70.

consecuencias jurídicas ante su lesión no permitida”, o como “unidad funcional valiosa. Y Kienapfel denomina bienes jurídicos a “valores, instituciones y estados jurídico penalmente protegidos, que son imprescindibles para la ordenada convivencia humana”. Debido a estas divergencias, que frecuentemente son difícilmente precisables en cuanto a su alcance, el relativo consenso sobre el cometido jurídico-penal de la protección de bienes jurídicos reposa sobre fundamentos inseguros. Por eso el concepto material de delito y la teoría del bien jurídico siguen contándose aún entre los problemas básicos menos clarificados con exactitud del Derecho penal.”

En consonancia con la doctrina alemana, para COBO DEL ROSAL²⁹, el bien jurídico protegido es todo valor de la vida humana protegido por el Derecho, pues con el término valor no contraemos el bien jurídico tan solo a su acepción individual y personalista, dotando con ello al bien jurídico de un carácter subjetivo, sino que esa desmedida tendencia individualizadora debe ser sustituida por una más amplia y compleja concepción consecuencia de planteamientos sociales comunitarios que encajan perfectamente con la idea y la estructura del valor.

Por ello concluye este autor coincidiendo con JESCHEK, que junto con esos valores individuales existen otros sociales, comunitarios y públicos, con lo que la esencia del bien jurídico no solo será individual, sino también social, pública y comunitaria, que

²⁹ COBO DEL ROSAL, M / VIVES ANTÓN, TOMÁS S.: “Derecho Penal Parte General”; 4ª Edición conforme al Código Penal de 1995. Valencia, 1996, págs. 293-294.

generará auténticos bienes jurídicos (valores), independientes de los individuales, y dignos de protección y tutela penal.

RODRIGUEZ RAMOS³⁰, en referencia a la antijuricidad, aduce que el objeto formal del delito, también es conocido bajo el nombre de bien jurídico protegido, interés protegido, objeto de ataque. Desde esta perspectiva, todo tipo penal intenta proteger determinados valores, bienes o intereses (vida, integridad corporal, patrimonio, administración de justicia, etc.), cuyo ataque y consiguiente lesión o puesta en peligro es la esencia de la antijuricidad.

Para OCTAVIO DE TOLEDO³¹, una definición del bien jurídico como objeto de protección de las normas penales anterior al tipo, en el que como consecuencia de la configuración democrática del Estado y partiendo del artículo 1.1 de nuestra Norma Suprema, se atribuye al bien jurídico el carácter de límite del poder punitivo estatal, se expresa mediante la formulación del llamado “principio de exclusiva protección de bienes jurídicos.”

La primera manifestación del ejercicio de éste se halla en el propio origen de la ley punitiva, con la que se definen ciertos comportamientos como delictivos a través de los tipos que en ella se contienen.

³⁰ RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS: “Compendio de Derecho Penal (Parte General)”; Tercera Edición, Octubre de 1986, pág. 155.

³¹ OCATVIO DE TOLEDO Y UBIETO, EMILIO/ HUERTA TOCILDO, SUSANA: “Derecho Penal. Parte General. Teoría jurídica del Delito”; Segunda edición 1986, pág. 76.

Por esto, hemos de deducir de una forma evidente que el bien jurídico, en realidad no se origina con el tipo, aunque éste lo denote y lo perfile, pues de otro modo, no podría limitar la decisión de crearlo.

Desde esta perspectiva del criterio limitador, el tipo es la forma de ataque al bien jurídico definida por la ley como delictiva. En este sentido, lo que del bien jurídico se incorpora al tipo es un aspecto negativo, esto es, su lesión o puesta en peligro.

En definitiva, el bien jurídico es un valor, no solo individual sino colectivo o supraindividual, por tanto tiene un sentido social propio existente antes que la propia norma penal que lo tutela y protege cuando es lesionado o puesto en peligro por el sujeto activo, es decir, el delincuente, pues es el que genera una acción humana tendente a agravar esos valores que con la forma de bien jurídico representan a la colectividad, pues como señala JESCHECK³², ello merma la confianza en la convivencia de las personas que conforman esa sociedad.

Esos valores o bienes jurídicos tutelados por la norma penal, según BECCARIA³³ cuando se refiere a las tres consecuencias del

³² H.H-WEIGEND JESCHECK, T.W.: “Tratado de Derecho Penal. Parte General”, cit. pág. 8: “Las normas jurídico penales no protegen a los bienes jurídicos sencillamente en su existencia, sino únicamente frente a acciones humanas. Por eso al Derecho penal no le interesan catástrofes naturales inevitables, incluso aunque éstas causen graves daños. De significado jurídico-penal son únicamente las consecuencias de la voluntad humana que desatiende la pretensión de validez del bien jurídico, socavando así la base de confianza necesaria en la convivencia de las personas. El desvalor de acción del hecho punible reside en la acción peligrosa objeto del ataque. El Derecho penal materializa la protección de bienes jurídicos, pues busca mantener la concordancia entre la voluntad de los destinatarios de la norma y las exigencias del Ordenamiento jurídico. El delito se muestra así, simultáneamente, como la lesión del bien jurídico y la infracción del deber.”

origen de las penas y del derecho a castigar, aseguraba que estaban ínsitos en la propia naturaleza del contrato social, por ello es necesario la creación de Leyes que obliguen a todos los miembros de la sociedad a respetar esos valores contenidos en el propio contrato social, siendo éste último el fundamento de la antijuricidad, es decir la lesión o puesta en peligro de esos valores o bienes jurídicos y los mecanismos de protección establecidos en la norma penal para castigar esa puesta en peligro o lesión.

En consonancia con esta idea de BECCARIA de que el bien jurídico representa los valores esenciales de la sociedad, JESCHECK³⁴ refiere que los bienes jurídicos no deben comprenderse como objetos accesibles a la percepción, sino que son valores espirituales del orden social sobre los que descansa la seguridad, el

³³ BECCARIA BONESANA, CESARE: “De los delitos y las penas”, 1984, págs. 47-48; Edición original “Dei delitti e delle pene”, 1704: “La primera consecuencia de esos principios es que sólo las leyes pueden decretar las penas sobre los delitos; y esta autoridad no puede residir más que en el legislador, que representa a toda la sociedad unida por un contrato social. Ningún magistrado (que es parte de la sociedad) puede justamente infligir penas contra otro miembro de la misma sociedad. Ahora bien: una pena aumentada más allá del límite fijado por las leyes es la pena justa más otra pena; por tanto, un magistrado no puede bajo ningún pretexto de celo o de bien público aumentar la pena establecida contra un ciudadano delincuente.

La segunda consecuencia es que el soberano, que representa a la misma sociedad, no puede formar sino leyes generales que obliguen a todos los miembros, pero no puede juzgar sobre si uno ha violado el contrato social, puesto que entonces la nación se dividiría en dos partes, una representada por el soberano que afirma la violación del contrato, y la otra por el acusado, que la niega; es, por tanto, necesario que un tercero juzgue sobre la verdad del hecho. He aquí la necesidad de un magistrado, cuyas sentencias sean inapelables y que consistan en afirmaciones o negaciones de hechos particulares.

La tercera consecuencia es que si se probase que la atrocidad de las penas, ya que no inmediatamente opuesta al bien público y al fin mismo de impedir los delitos, fuese por lo menos inútil, también en tal caso sería no sólo contraria a las virtudes benéficas (que son el efecto de una razón ilustrada, que prefiere mandar a los hombres felices más que a un rebaño de esclavos entre los que se establezca una perpetua circulación de temor y de crueldad), sino que sería también contraria a la justicia y a la naturaleza del mismo contrato social”.

³⁴ H.H-WEIGEND JESCHECK, T.W.: “Tratado de Derecho Penal. Parte General”, cit. pág. 277.

bienestar y la dignidad de la existencia de la comunidad, pues para dicho autor³⁵ este es el sentido que en todo Estado liberal tiene que tener el bien jurídico protegido como conjunto de valores.

Descendiendo a nuestra propia realidad y sistema judicial, para el Tribunal Constitucional³⁶ esos valores o bienes jurídicos deben de ser de máxima relevancia y trascendencia social³⁷, como lo son la vida, integridad corporal, libertad y seguridad, entre otros, pues de lo

³⁵ H.H-WEIGEND JESCHECK, T.W.: “Tratado de Derecho Penal. Parte General”, cit. pág. 9: “El acento de protección de bienes jurídicos como misión preferente del Derecho penal es una característica de la concepción liberal del Estado. Detrás de ello está el convencimiento de que la cualidad interna de la acción humana no puede ser sometida al enjuiciamiento del Derecho penal, pues únicamente pueden ser reconocidas las manifestaciones externas de la conciencia. En contra de esta concepción habla, en cambio, la circunstancia de que, a la larga, la protección de bienes jurídicos sólo puede ser alcanzada si en los ciudadanos se produce una actitud positiva hacia los bienes jurídicos. Por ello, la teoría ético-social del Derecho penal considera el castigo del “declive activo de los valores básicos del actuar jurídico” como función primaria. La consecuencia última de esta visión sería, sencillamente, la graduación de las amenazas penales de acuerdo con el grado de desvalor de la acción, lo que conduciría a la punición generalizada de la tentativa y a la desconsideración del resultado en la consumación del hecho punible, en la tentativa acabada y en el delito imprudente. Pero éste no es ni el punto de vista del Derecho vigente ni la intención del legislador para el futuro. La misión del Derecho penal no se acomoda sin contradicciones en una construcción monista, sino que únicamente puede ser explicada de forma plenamente coherente si la protección de bienes jurídicos y su incidencia sobre la voluntad de la acción de los destinatarios de la norma, son entendidas como funciones valorativamente equivalentes, recíprocamente complementarias, así como condicionantes y limitadoras.”

³⁶ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLENO de fecha 25 de marzo de 1993, nº 111/1993, BOE 100/1993, de 27 de abril de 1993, rec. 298/1991. Ponente: RODRÍGUEZ BEREIJO, ÁLVARO (EDJ 1993/2984): “Todo ello concuerda perfectamente con la identificación del “título” a que alude el art. 321.1 CP con un “título académico 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 pudiere suponer la lesión o puesta en peligro de tales bienes jurídicos”.

³⁷ AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SALA 2ª de fecha 14-7-2008, nº 218/2008, rec. 7509/2006: “la doctrina que hemos elaborado señala que, en este último supuesto, la decisión ha de ponderar otros criterios relevantes, entre los cuales se encuentran la gravedad y naturaleza de los hechos enjuiciados y el bien jurídico protegido, su trascendencia social” (también se recoge este criterio en los ATC de fecha 5-11-2007, 13-10-2003, 30-09-2002).

contrario y en base al principio de intervención mínima hay otros valores o bienes jurídicos que pertenecerían al arcano del derecho administrativo sancionador, tal y como sostiene MORILLAS CUEVA³⁸.

Se hace necesario, antes de comenzar a analizar el significado del principio de autoridad en el delito de atentado en nuestra era Constitucional, referir el origen histórico de este delito, y que se encuentra en la antigua Roma como un ataque a la “*Potestas*” o Poder de mando de los Magistrados Públicos, ya que a su “*Dignitas*” atacaban otros delitos como la “*Iniuria*”.

Ya en el siglo XIX autores como PACHECO³⁹, VIZMANOS/ÁLVAREZ⁴⁰, CASTRO Y OROZCO/ORTÍZ DE ZÚÑIGA⁴¹ o GONZÁLEZ Y SERRANO⁴² entendían todos ellos en referencia a los delitos de atentado contra la autoridad, que habría que dotar a estos

³⁸ MORILLAS CUEVA, LORENZO: “Derecho Penal Español, parte general. Fundamentos conceptuales y metodológicos del derecho Penal. Ley Penal”, Madrid, 2004, pág. 130: “En definitiva, dicho cometido, del que se deriva el principio de intervención mínima, junto con las circunstancias en las que se mueve nuestra sociedad, conducen, sobre la base de protección de bienes jurídicos como función esencial que da lugar a otro principio de vital importancia para el sistema derivado del Estado social y democrático de Derecho –principio de protección de bienes jurídicos-, a esa dicotomía también ya analizada de reducción- ampliación de la esfera penal, en la que, precisamente por la vigencia del principio en estudio ha de prevalecer siempre la primera, sin que eso suponga ningún menoscabo esencial en la defensa de la sociedad, de acuerdo con los objetivos generales que interesan a la comunidad esculpida en los valores constitucionales fundamentales.”

³⁹ PACHECO J.F.: “El Código penal concordado y comentado”. Tomo II, Madrid 1848, págs. 29 y 230.

⁴⁰ VIZMANOS, TOMÁS /ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C: “Comentarios al Código penal”. Tomo II, Madrid 1848, pág.129.

⁴¹ DE CASTRO Y OROZCO, JOSÉ / ORTÍZ DE ZÚÑIGA, MANUEL: “Código Penal Reformado”, Madrid 1850, pág. 33.

⁴² GONZÁLEZ Y SERRANO, JOSÉ: “El nuevo Código penal”, 3ª edición, 1885, cit. págs. 203- 204.

delitos de una especial protección, dándole fuerza y dotándola de prestigio, pues en esta época el fundamento de esta figura jurídica estaba basado en la conservación del orden social, y ello llevaba aparejado los hábitos de obediencia y subordinación que en algunos casos justificaba incluso el exceso de autoridad.

Uno de estos excesos del principio de autoridad era justificado por VIZMANOS⁴³, para el que “ciertamente una autoridad puede excederse en el ejercicio de sus funciones, puede obrar imprudentemente, cometer una tropelía contra un particular; pero la resistencia de un particular a la autoridad pública por medios violentos, la ley no puede legitimarla, si ha de haber orden en la sociedad y si se quiere que en ésta se conserven los hábitos de obediencia y subordinación. Las personas agraviadas tendrán el derecho de quejarse contra los desmanes de la autoridad y buscar en otra superior la completa reparación de sus agravios por todos los medios que el orden administrativo y judicial autoricen y permitan; pero apelar a la violencia contra la autoridad y sus agentes, sería provocar una lucha salvaje entre los particulares y los encargados de conservar el orden público. Esta apelación a los medios de fuerza es el delito que se caracteriza y se castiga por el artículo que estamos comentando.”

⁴³ VIZMANOS, TOMÁS /ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C: “Comentarios al Código penal”, págs.130-131.

Pero un exponente más claro de esta corriente de juristas del siglo XIX lo encontramos en GROIZARD⁴⁴, el cual justifica la consideración de injustos contra el orden público de atentados, resistencia y desobediencia pues se cometen contra los encargados de su mantenimiento, por ello para este autor la vinculación entre el orden público y el principio de autoridad, no lo concibe allí donde los encargados de velar por los intereses generales y por todo lo relacionado con la administración del Estado no estén revestidos de la autoridad y consideración necesarias al eficaz ejercicio de toda función pública.

GONZÁLEZ Y SERRANO⁴⁵ llegó más allá aduciendo que “no sólo se castigan los verdaderos atentados sino resistir a sus preceptos y desobedecerlos; y no puede ser otra cosa. Autoridad discutida, es autoridad muerta; y sin perjuicio de reclamar contra ella en un tiempo y lugar, no hay más que acatarla cuando manda, porque de otra manera su prestigio y misión desaparecen.”

Esta idea de principio de autoridad y orden público está vigente en la doctrina y la jurisprudencia hasta la entrada en vigor de nuestra Carta Magna en 1978. A partir de entonces entran en crisis los referidos principios que justifican el delito de atentado y, como analizaremos, el concepto de estos principios ha evolucionado en el sentido de resaltar el ejercicio de las funciones como correcto

⁴⁴ GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, ALEJANDRO: “El Código penal de 1870 concordado y comentado”, Tomo III, 2ª edición, Madrid 1911, cit. págs. 600 y 702.

⁴⁵ GONZÁLEZ Y SERRANO, JOSÉ: cit. “El nuevo Código penal”, págs. 203-204.

desempeño de la actividad estatal, conceptos que ya no llevan aparejada la idea de un autoritarismo especialmente ceñido a los delitos de atentado, resistencia y desobediencia.

Pero ello no significa que el concepto del principio de autoridad de alguno de estos autores, como ya apuntase al inicio de este trabajo refiriéndome a GONZÁLEZ Y SERRANO⁴⁶, no gocen de una eficacia en nuestra actual era constitucional, pues aunque el concepto del principio de autoridad, como más adelante veremos, ha ido evolucionando hasta tener un carácter funcional incardinado en otro concepto actual que es el orden público, hay una evidente crisis en la que hay un descrédito de todo aquello que significa autoridad por parte en general de la ciudadanía, pues desde los inicios de la educación de la persona, la autoridad de los padres o de los profesores ha sido mermada hasta el punto de erradicar como causa de justificación el derecho de corrección que tenían los padres y los tutores sobre los menores. La solución no puede ser otra que la que ya existía, pues si hemos de ir hacia una sociedad más democrática y tolerante, ello no puede ni debe hacerse en merma de la autoridad del Estado y de las personas que en el ejercicio de su profesión o cargo las represente, pues sólo se trata de imponer el respeto debido a los mismos, en aras a la mejor conservación del orden público en nuestra aún inmadura democracia.

⁴⁶GONZÁLEZ Y SERRANO, JOSÉ: “El nuevo Código penal”, págs. 203- 204: “Autoridad discutida, es autoridad muerta; y sin perjuicio de reclamar contra ella en un tiempo y lugar, no hay más que acatarla cuando manda, porque de otra manera su prestigio y misión desaparecen.”

1.2.-Doctrina actual del orden social como bien jurídico protegido y del principio de autoridad

Hubo una interesante discusión doctrinal respecto del principio de autoridad y su relación con el orden social que mantuvieron OCTAVIO DE TOLEDO y MUÑOZ CONDE y que ha sido recogida por algunos autores, y que de algún modo, unos y otros de los que han ahondado en esta materia, tienen en el estudio de ella la influencia de uno u otro autor, como es el caso de JUANATEY DORADO⁴⁷.

Concluye la autora que OCTAVIO DE TOLEDO afirma que patrocinar que la dignidad de la función pública forma parte directa o indirecta del orden público significa estar anclado en un pasado descrito por Freud en términos de “fuerzas mágicas” y de “tabúes”⁴⁸, y de ahí que propugne una necesaria desmitificación de la *auctoritas* y de la *dignitas*, operación en la que no caben excesivas medias tintas.

⁴⁷ JUANATEY DORADO, CARMEN: “El delito de desobediencia a la autoridad”, cit. págs. 1 a 15.

⁴⁸ Para GARCÍA BENÍTEZ y usando las palabras de FREUD el tabú “se manifiesta esencialmente en prohibiciones y restricciones. Las personas y las cosas tabúes pueden ser comparadas a objetos que han recibido una carga eléctrica. Constituyen la sede de una terrible fuerza que se comunica por el contacto y cuya descarga trae consigo las más desastrosas consecuencias, cuando el organismo que la provoca no lo es lo suficientemente fuerte para resistirla... La solución al problema criminal en el hombre primitivo era clara: Ciertas conductas consideradas como crimen son, a la vez, tabú, por lo tanto no deben realizarse, no pueden tocarse. Por extensión, la prohibición no puede censurarse y, por lo general, ni siquiera mencionarse. Por esto no existe criminología en el hombre primitivo, ya que no le es dado tocar temas que son tabú, no hace tentativa por explicar el crimen, ni elabora plan para prevenirlo, pues éste está ya dado.

El criminal, o sea aquel que ha violado el tabú es automáticamente segregado del grupo social, y no es raro que él mismo se separe, pues una de las características del tabú es que el castigo surge en principio por una fuerza interior que lleva al culpable a confesar su hecho o autopunirse.”: GARCÍA BENÍTEZ, ANTONIO: “Los orígenes de la pena”, Sevilla 2009, págs. 12 y ss.

Según JUANATEY DORADO⁴⁹ en cuanto a este debate doctrinal, y más en la línea de OCTAVIO DE TOLEDO y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, identifica el bien jurídico protegido en el delito de desobediencia del anterior artículo 237, actual 556 del Código penal, con el principio de autoridad. Pero como se desprende de las resoluciones del Tribunal Supremo citadas por esta autora, no es ya la idea de subordinación, la posición relevante de autoridades y funcionarios, su situación privilegiada lo que se protege, sino “el principio de autoridad entendido funcionalmente”, esto es, en su función de protección jurídica de la comunidad.

A este análisis llevado a cabo por JUANATEY DORADO, se suma otra autora, CUERDA ARNAU⁵⁰, para la cual el planteamiento de MUÑOZ CONDE está mediatizado por el loable deseo de evitar una amplísima noción de orden público que pueda operar como límite genérico a las libertades.

Para esta autora el fin al que tiende su interpretación puede igualmente conseguirse sin necesidad de incorporar a los tipos un requisito que la ley no contempla, y que, en último término, tampoco parece exigir el propio MUÑOZ CONDE cuando aborda el estudio de los delitos que nos ocupan.

Por lo demás, lo que parece indicar la supresión de los desacatos

⁴⁹ JUANATEY DORADO, CARMEN: “El delito de desobediencia a la autoridad”, cit. págs. 1 a 15.

⁵⁰ CUERDA ARNAU, M.L.: “Los delitos de atentado y resistencia”, Epígrafe III, Bien Jurídico, TOL349.199 ©www.tirantonline.com, 2003, págs. 1 a 19.

no es necesariamente que el legislador haya optado por aquél concepto restringido de orden público, sino que ha renunciado a proteger una determinada concepción del principio de autoridad cuyo ejemplo paradigmático lo eran tales delitos o, al menos, la interpretación tradicional que de aquellos hizo un sector de la doctrina y de la jurisprudencia, pero hemos de discrepar, pues para nosotros la desaparición del delito de desacato supone un auténtico avance democrático en el Texto punitivo actual y que como señalábamos, debe de servir de base , para la supresión de antiguas figuras delictivas más propias del pensamiento del siglo XIX.

La cuestión es para CUERDA ARNAU⁵¹ admitir la existencia de una genérica conexión con la noción de orden público en la medida en que las conductas que nos ocupan tendrán normalmente aptitud, siquiera sea abstracta, para poner en peligro el orden regular de la convivencia, pero debiendo quedar claro que la alteración de dicho orden no es elemento esencial de la infracción.

Refiere la autora que lo mismo acontece, en fin, con algunos otros tipos recogidos en el Título XXII, razón por la cual concluía que la referencia que en la rúbrica del mismo se hacía al orden público como bien jurídico categorial debía entenderse hecha en sentido amplio, pues sólo así podía dar cabida a las diferentes figuras que se agrupaban bajo la misma.

Para CUERDA ARNAU, tal conclusión ni conduce

⁵¹ CUERDA ARNAU:“Los delitos de atentado y resistencia”, Epígrafe III, Bien Jurídico, TOL349.199 ©www.tirantonline.com, 2003, págs. 1 a 19.

necesariamente a atribuir a la noción de orden público el contenido que se le otorga desde una concepción autoritaria del Estado, ni, menos aún, impide entender, como parece creer OCTAVIO DE TOLEDO, el principio de autoridad de acuerdo con lo que demanda la idea de Estado democrático de Derecho; por ello para dicho autor, la actual noción del principio de autoridad tiene un carácter funcional.

Lo que se protege aquí, según CUERDA ARNAU⁵² no es la autoridad en sí, sino en relación al ejercicio de las funciones públicas correspondientes, lo que permite pasar de la protección de los órganos a la protección de las funciones, por lo que habría que limitar el ámbito de aplicación de estos tipos, sin necesidad de vincularlos a la lesión del orden público en sentido estricto; basta para ello con reformular el contenido del principio de autoridad o, si se prefiere, del concepto de dignidad de la función pública.

A partir de ahí, para CUERDA ARNAU no hay inconveniente alguno en aceptar que el concreto bien jurídico protegido en tales tipos es dicha dignidad, entendida como requisito imprescindible del buen funcionamiento de los poderes públicos, que, en cuanto poderes legítimos, precisan y merecen el respeto de los ciudadanos. Así lo viene entendiendo nuestra jurisprudencia ordinaria y también el Tribunal Constitucional, quien, refiriéndose al delito de desobediencia, concreta el objeto de protección en “la dignidad” y las condiciones de ejercicio de la legítima función pública, también

⁵² CUERDA ARNAU: “Los delitos de atentado y resistencia”, cit. págs. 1 a 19.

llamado “principio de autoridad” y que apuntaba la Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de octubre de 1997⁵³.

Tal delimitación produce una restricción del ámbito punitivo, pues no sólo exige excluir del ámbito de los tipos las conductas que no

⁵³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLENO, SENTENCIA 2-10-1997, nº 161/1997, BOE 260/1997, de 30 de octubre de 1997, rec. 4198/1996. Pte: VIVER PI-SUNYER, CARLES (EDJ 1997/5477), cit.: “DECIMO.- Antes de enjuiciar la alegada desproporción de la sanción desde la perspectiva suscitada por el órgano cuestionaste, conviene precisar, como “*prius*” lógico de este enjuiciamiento, los bienes o intereses que la norma cuestionada pretende proteger.

Esta primera aproximación al problema de proporcionalidad suscitado podría incluso conducir ya a su resolución desestimatoria “si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la preservación de bienes o intereses, no sólo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes (STC 111/1993, f. j. 9º)” (STC 55/1996, f. j. 7º).

Como se desprende de la rúbrica del capítulo en el que se inscribe “delitos contra la seguridad del tráfico”, de la caracterización como “conductor” de su sujeto activo y de la naturaleza de la conducta que las pruebas a las que se refiere trata de verificar -conducción de un vehículo a motor- no cabe duda de que la de protección de la seguridad en el tráfico rodado forma parte de las finalidades esenciales del art. 380 CP. La propia expresión de esta finalidad inmediata lleva a la constatación de otra mediata: el riesgo que se trata de evitar -la seguridad que se trata de proteger- lo es fundamentalmente para “la vida o la integridad de las personas” (art. 381), bienes que se integran así en el ámbito de protección de la norma.

Una segunda inferencia de la finalidad de la norma cuestionada tiene su origen en la catalogación expresa del tipo como de desobediencia grave, previsto en el art. 556 CP. La punición de la desobediencia trata, por una parte, de proteger el “orden público”, tal como indica el título en el que se ubica el delito. Dicho orden público se entiende en la doctrina y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo bien como orden jurídico, bien como paz social, o como clima de tranquilidad en la esfera no íntima o privada de los ciudadanos, o como coexistencia social, pacífica y adecuada de las relaciones interindividuales. Si bien este primer aspecto del objeto de protección puede verse como una mera abstracción del ya definido como seguridad del tráfico, que sería el orden y el sector concreto de lo público que se trata de asegurar, debe destacarse una segunda finalidad protectora propia del tipo penal de desobediencia, cual es la constituida por la dignidad y las condiciones de ejercicio de la legítima función pública -también llamado principio de autoridad-, aspecto este de protección que acentúa el Abogado del Estado en el presente proceso.

La constatación anterior de las finalidades de la norma cuestionada, corroborada por el debate parlamentario habido en la tramitación de la disposición, demuestra la razonabilidad de la medida y no tiene mayores ambiciones de precisión que las que sirven al análisis de la alegación de posible desproporción de la pena del art. 380 CP. A partir de dicha conclusión no requiere mayor fundamentación, por su obviedad, la afirmación del carácter socialmente relevante de los bienes protegidos. La indiscutible trascendencia del mismo debe, sin duda, tenerse muy presente al enjuiciar la proporcionalidad de las penas previstas. Por lo demás, que la norma no persigue dichas finalidades legítimas a través de la punición del ejercicio de derechos fundamentales, y en concreto del derecho de defensa, del derecho del detenido a no declarar, del derecho a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable, y del derecho a la presunción de inocencia, es algo que ya hemos argumentado y concluido en el fundamento anterior.”

resultan idóneas para atacar o poner en peligro el ejercicio de la función pública, sino también para interpretar de un modo extraordinariamente riguroso el requisito típico de que el sujeto se halle en el ejercicio de las funciones o de que la conducta se produzca con ocasión de las mismas, y obliga a reconocer un derecho de resistencia frente a actuaciones que no representan el ejercicio de la función objeto de tutela.

JIMÉNEZ DÍAZ⁵⁴, en su interesante toma de posición señala respecto de los rasgos que definen el bien jurídico protegido en este tipo de delitos, y en concreto respecto del delito de desacato que “a) entender que el mismo es escuetamente el principio de autoridad; b) considerar afectado mediante tales infracciones al orden público, ya sea en su acepción amplia, ya sea en la estricta; c) patrocinar que lo realmente preservado es el normal funcionamiento de la vida del Estado o, si se quiere, de la actividad pública; d) propugnar que los bienes tutelados en los desacatos son los de dimensión particular (honor/libertad-seguridad) aunque cualificados por la condición autoritaria del sujeto pasivo; o e) defender la pluriofensividad de esta clase de infracciones, entendiéndolo, por tanto, que se están protegiendo tanto intereses estatales como individuales.”

Para MUÑOZ CONDE⁵⁵, en cuanto al principio de autoridad, la

⁵⁴ JIMÉNEZ DÍAZ, MARÍA JOSÉ: “Los delitos de desacato en el Código Penal Español”, Madrid 1992, cit. pág. 151.

⁵⁵ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: “Derecho Penal, Parte Especial”, cit. págs. 864-865.

mayoría de las veces de personas que ejercen autoridad para preservar la paz pública en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana, pero cuando no es así, hay que hacer una interpretación restrictiva y no calificar automáticamente de atentado cualquier agresión sobre una persona revestida formalmente de carácter de autoridad, siendo necesario castigar aquellos casos en los que el abuso de ese principio de autoridad lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos de terceros.

COBO DEL ROSAL⁵⁶, en un planteamiento más avanzado y acorde a nuestra actual forma de Estado, señala que el bien jurídico protegido identificado con el principio de autoridad, no puede ser hoy tras el advenimiento del Estado Social y Democrático de derecho configurado por nuestra Constitución de 1978, el objeto de protección de la presente figura delictiva en el marco del Código Penal de 1995.

Debe conectarse, según dicho autor, el atentado con la protección de la función pública que desempeñan las autoridades, sus agentes o funcionarios públicos.

Al igual que VIVES ANTÓN o CARBONELL MATEU, dicho autor señala que se trata de un bien jurídico de carácter supraindividual que es la “dignidad funcional” como requisito necesario para el buen funcionamiento de los poderes públicos.

COBO DEL ROSAL, en la misma línea que MUÑOZ CONDE, refiere que la extralimitación en el ejercicio de la función por parte de

⁵⁶ COBO DEL ROSAL, MANUEL / QUINTANAR DÍEZ, MANUEL: cit. “Derecho Penal Español, parte especial”, págs. 1107-1108.

la autoridad, sus agentes o funcionarios públicos, tiene la virtualidad de evaporar cualquier valor susceptible de protección penal, y por tanto, la imposibilidad de utilizar la presente figura delictiva.

A mi juicio, es más adecuada la postura de QUERALT JIMÉNEZ⁵⁷, pues refuerza el auténtico principio de autoridad basándolo en una auténtica legítima defensa de la autoridad o el agente cuando se hallan en el ejercicio de su cargo o profesión, pues para este autor, no sólo se considera que el delito de atentado protege al orden público, entendiéndose que no es sostenible que protejan el principio de autoridad.

Parte de la concepción contraria, esto es, la autoridad en todo caso, es un resultado que requiere no sólo la legitimación formal, que se presume por ser nuestro sistema formalmente democrático, sino la material, que como apunta QUERALT JIMÉNEZ, se gana día a día; es decir, el hecho de ser un agente oficial no dota al portador de tal condición de ninguna prerrogativa específica.

Continúa este autor, en la postura de que cuando la autoridad o sus agentes, cometen un desafuero, pierden la condición de tales, supone retirar el sustrato material de la legítima defensa, con lo que, prosiguiendo en esta línea argumental, podrían obtenerse absurdas conclusiones: se ejerce legítima defensa contra nada, cuando se está precisamente, ante un desafuero de envergadura.

⁵⁷ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: “Derecho Penal Español, parte Especial”, quinta edición revisada y actualizada, editorial Atelier, libros jurídicos, pág. 1127.

Finaliza su postura QUERALT JIMÉNEZ⁵⁸ argumentando que esta tesis se basa en un amago semántico de consecuencias autoritarias.

Entiendo que esas consecuencias a las que QUERALT se refiere, más que autoritarias, como ya he mantenido anteriormente, obedecen más bien a un auténtico mecanismo de autoprotección del principio de autoridad cuya finalidad desde una perspectiva funcional es preservar el orden público democrático y la paz social.

Como hemos podido comprobar hasta este momento, el bien jurídico protegido es de carácter supraindividual⁵⁹ o colectivo, siendo reflejada esta doble naturaleza por la mayoría de los autores.

⁵⁸ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: “Derecho Penal Español, parte Especial”, cit. pág. 1127.

⁵⁹ SOTO NIETO, FRANCISCO: “Aproximación y diferencias entre los delitos de atentado y resistencia”, 2003: “Cuando de precisar el bien jurídico protegido en estos delitos se trata, se ha venido aludiendo tradicionalmente a la necesidad del refuerzo de la autoridad, de protección de los agentes públicos, con vistas al logro del mejor acatamiento y cumplimiento de las funciones encomendadas. La función pública, el servicio público, han de merecer acatamiento y respeto, el principio de autoridad ha de prevalecer y hacerse sentir en aras de una convivencia en armonía y orden en el seno de una sociedad constituida. También se ha señalado como bien tutelado por estos delitos el orden público, nervio y sustentáculo del desenvolvimiento de la vida pública, salvaguarda de las relaciones nacidas y forjadas en su seno. No deja de aludirse a la dignidad de la función pública, pero no en el sentido de aureola o sobre potencia sino de garantía de operatividad y eficacia, de conjuración de cualquier subversión o arbitrariedad.

Con indudable acierto y cumplida justificación se centra por PRATS CANUT la idea de bien jurídico protegido en el delito de atentado. Actualmente en el marco constitucional que supone la Constitución Española de 1978 --comenta-- deviene improbable seguir fundando la caracterización del bien jurídico en criterios de autoridad y jerarquía, y por contra debe de buscarse, justamente en las necesidades propias de la función pública, como servicio a los ciudadanos, cuya alteración redundaría en perjuicio de éstos, los cuales tienen el derecho a reclamar que la función pública se ejerza conforme a derecho, tanto por parte de los agentes como por parte de terceros que se relacionan con éstos, y ahí es donde cabe buscar la fundamentación de estos delitos. Por tanto el atentado al bien jurídico debe de trascender a la mera relación interpersonal entre agresor y víctima, hacia la alteración o riesgo para la convivencia ciudadana, fuera de este ámbito estos delitos no merecerían un trato diferencial al del que se otorga a los delitos comunes.

Según la sentencia de 13 de junio de 2001 (LA LEY 6049/2001), de naturaleza supraindividual, en el delito de atentado se ataca lo que se ha venido en

Casi todos estos autores abordan el estudio del bien jurídico protegido no sólo en relación al delito de atentado que es el que centra nuestro estudio, sino que integran en su estudio el delito de resistencia, de desobediencia o el desaparecido desacato.

En este sentido JIMÉNEZ DÍAZ⁶⁰ en referencia al delito de desacato, entiende que se trata de un delito pluriofensivo siendo de un lado su naturaleza supraindividual ya que su comisión abarca las conductas de injuria, insulto, calumnia o amenaza, ésta última sigue siendo hasta la actualidad un modalidad comisiva integrada en el tipo de atentado previsto y penado en los artículo 550 y siguientes del

llamar principio de autoridad. Realmente se castiga la lesión de la dignidad funcional en cuanto constituye una exigencia de la garantía del buen funcionamiento y ejercicio de las facultades inherentes al cargo que se desempeña, dada la trascendencia que para el cumplimiento de los fines del Estado tiene el respeto debido a sus órganos. Para las sentencias de 5 de junio de 2000 (LA LEY 9345/2000), 22 de diciembre de 2001 (LA LEY 3099/2002) y 18 de febrero de 2003 (LA LEY 1790/2003), hoy en día el bien jurídico protegido, más que el tradicional principio de autoridad, lo constituye la garantía del buen funcionamiento de los servicios y funciones públicas”.

⁶⁰ JIMÉNEZ DÍAZ, MARÍA JOSÉ: “Los delitos de desacato en el Código Penal Español”, Madrid 1992, cit. pág. 152. “...Así pues, se trata de un delito *pluriofensivo*.”

En cuanto al primero de ellos, de *naturaleza individual* (que por razones sistemáticas abordaremos al final de este epígrafe), es evidente que con los desacatos se ataca, o desde la perspectiva contraria se protege, y ello por dos razones diferentes:

a) No podemos olvidar que las conductas que configuran el desacato son la injuria, el insulto, la calumnia y la amenaza.

b) Si no se estimara tutelado en los desacatos el bien individual perteneciente al sujeto ofendido (honor, libertad/seguridad), su ataque, además de dar lugar al correspondiente delito de desacato, habría de desencadenar también el pertinente delito privado de injurias, calumnias o amenazas, originándose en estos casos una situación concursal con una única conducta. De otra forma, esto es. Si tras partir de la no tutela de los intereses particulares en los desacatos. Tampoco se diera lugar al delito común y por ende al concurso, se estaría negando a los funcionarios y sujetos investidos de autoridad la protección penal conferida a tal clase de bienes cuando sus titulares son meramente particulares.

El segundo de *naturaleza estatal*, es el que efectivamente caracteriza al delito que estudiamos, ya que, por una parte, le confiere independencia respecto a los delitos comunes que le sirven de base y, por otra, determina su inclusión entre las infracciones contra la seguridad interior del Estado.”

Texto punitivo, y de otro su naturaleza estatal, donde es el orden público del Estado el titular del bien jurídico protegido por la citada norma penal.

Históricamente, la doctrina y la jurisprudencia han venido manteniendo como núcleo del bien jurídico tutelado en el delito de atentado, el principio de autoridad, entendido como un orden público equivalente a orden social y que ya hemos referido anteriormente.

Ya en nuestra era Constitucional encontramos autores como RODRIGUEZ DEVESA⁶¹, OCTAVIO DE TOLEDO⁶², MUÑOZ CONDE⁶³ o COBO DEL ROSAL⁶⁴ para los cuales el bien jurídico protegido es el orden público; y éste ha de entenderse como el mantenimiento por parte de las instituciones del Estado de la tranquilidad y la paz en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana, es decir, entendido también tradicionalmente por la doctrina y la jurisprudencia como orden social, concepto que como señalábamos con anterioridad está en crisis desde que se aprobó la Constitución Española, pues hasta la fecha tanto la doctrina como la jurisprudencia lo han hecho evolucionar.

⁶¹ RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.: “Derecho penal español, Parte Especial II”, Valladolid 1990.

⁶² OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, EMILIO: cit. “El bien jurídico protegido en los capítulos VI y VII del título II del Código penal” Código Penal Comentado 1977.

⁶³ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: cit. “Derecho penal, Parte Especial”, Valencia 1990.

⁶⁴ COBO DEL ROSAL, MANUEL / QUINTANAR DÍEZ, MANUEL: “Derecho Penal Español, parte especial”, 2ª edición revisada y puesta al día con las últimas reformas, editorial Tirant Lo Blanch, cit. págs. 1107 a 1115.

Para RODRIGUEZ DEVESA⁶⁵, la conexión existente entre el orden público con el principio de autoridad se reflejaba en el paralelismo entre los delitos de atentado y desacato.

El bien jurídico es idéntico en ambos casos, sólo que en el primero se da un ataque material contra el mismo, mientras que en el desacato es exclusivamente moral o inmaterial, más relacionado con el tipo penal de la calumnia o la injuria.

Se lesiona el principio de autoridad, la dignidad de la función cuya relación con el orden público se pone de relieve pensando que no hay disciplina social y política posible si los órganos a través de los que el Estado cumple sus fines no son respetados.

El orden público según este autor dependería de dos factores, de un lado el respeto de los órganos a través de los cuales se concreta la voluntad de la ley en un Estado de Derecho y, de otro, la paz de los lugares de uso común; también, por extensión, del normal funcionamiento de los servicios públicos.

Y así conviene recordar la postura de JAVATO MARTÍN⁶⁶, el cual refiere que no solo es que se trate de un bien jurídico pluriofensivo, sino que al igual que señalaba COBO DEL ROSAL⁶⁷,

⁶⁵ RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.: “Derecho penal español, Parte Especial II”, Valladolid 1965, cit. págs. 165 y 206.

⁶⁶ JAVATO MARTÍN, A.M.: “El delito de atentado. Modelos legislativos. Estudio histórico-dogmático y de derecho comparado”, Granada 2005, cit. págs. 340-341.

⁶⁷ COBO DEL ROSAL, MANUEL /. VIVEN ANTÓN, T.S.: “Derecho Penal Parte General”, cit. págs. 293-294, “junto con esos valores individuales existen otros sociales, comunitarios y públicos, con lo que la esencia del bien jurídico no solo será individual, sino también social, pública y comunitaria, que generará auténticos bienes jurídicos (valores), independientes de los individuales, y dignos de protección y tutela penal.”

entiende que el bien jurídico inmediato sería el correcto funcionamiento de los órganos estatales o el normal desenvolvimiento de las funciones públicas, mientras que el bien jurídico mediato y de una forma complementaria, sería el orden público entendido en sentido material y restringido, como tranquilidad o paz en las manifestaciones de la vida ciudadana, por ello, concluye dicho autor, que el delito de atentado debería de ser caracterizado como un delito de peligro para el orden público.

OCTAVIO DE TOLEDO⁶⁸, afirma que dicho principio de autoridad conlleva a la idea de subordinación, la posición relevante de autoridades y funcionarios, su situación privilegiada, entendiendo estos tipos como la consagración penal de una especie de fuero que diferencia la clase funcional del resto de los mortales.

El mismo autor⁶⁹, mantiene que esta es la idea que se halla en numerosas sentencias del Tribunal Supremo y que configuran una clara línea jurisprudencial en la que señala como botón de muestra la de 18 de febrero de 1975, y que afirma que “en todos los delitos comprendidos en los Capítulos VI y VIII del Título II del Código Penal, late y palpita la doble idea de sancionar la irrespetuosidad, la falta de acatamiento, de sumisión y de subordinación, así como los ataques de diversa índole dirigidos a la Autoridad, a sus agentes y a los funcionarios públicos, y de concederles una protección penal

⁶⁸ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, EMILIO: cit. “El bien jurídico protegido en los capítulos VI y VII del título II del Código penal”.

⁶⁹ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, EMILIO: cit. “El bien jurídico protegido en los capítulos VI y VII del título II del Código penal”.

especial y más rigurosa, pues, por una parte es preciso tutelar las funciones públicas que desempeñan para asegurar su digna y eficaz ejecución, y por otra, necesitan un amparo más severo y eficaz a causa de sus deberes profesionales.”

Sigue argumentando este autor⁷⁰ que en el plano de la doctrina científica, la postura que puede encontrarse, entre muchos otros ejemplos, en un autor como RODRIGUEZ DEVESA⁷¹ que vinculaba el principio de autoridad con una noción amplísima de orden público.

Para este último, en efecto, el bien jurídico protegido en estas figuras sería “el principio de autoridad, la dignidad de la función, cuya relación con el orden público se pone de relieve pensando que no hay disciplina social y política posible si los órganos a través de los que el Estado cumple sus fines no son respetados.”

En opinión de este autor⁷² “ese monstruoso concepto de orden público sólo puede caracterizar a un Estado autoritario” que, en este aspecto, viene a suponer una vuelta a la situación del antiguo régimen, en el que los delitos contra el rey, contra el Estado, contra los funcionarios reales y contra las funciones desempeñadas por éstos se amalgaman bajo el denominador común de la lesa majestad, esto es, una situación en que la función pública no aparece todavía

⁷⁰ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, EMILIO: cit. “El bien jurídico protegido en los capítulos VI y VII del título II del Código penal”.

⁷¹ RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.: cit. “Derecho penal español, Parte Especial II”.

⁷² OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, EMILIO: cit. “El bien jurídico protegido en los capítulos VI y VII del título II del Código penal”.

diferenciada de quienes la ejercitan.

Es por lo que concluye, que son rasgos propios de ese régimen el principio de autoridad, los fueros privilegiados, la idea de sometimiento o el poder de imperio.

De ahí que tras la evolución de nuestro sistema democrático, el Código Penal de 1995, erradicase la figura del desacato, ello es así, pues ello implicaba, reducir el principio de autoridad, que lo es en interés general de toda la sociedad, al interés particular e individual, esto es, el honor del funcionario, todo un avance democrático que debería de servir de ejemplo en la erradicación de algunas figuras penales más propias de un Régimen Autoritario y que aún persisten en nuestro Texto punitivo, como pueden ser los delitos contra el honor de determinadas personas que representan una institución del Estado como la monarquía, pero como no es el caso a tratar en esta obra, sirva solo de crítica constructiva para la mejora de un auténtico Texto punitivo con espíritu garantista y no inquisitivo.

Por ello, el principio de autoridad como instrumento del orden público del Estado, no es que debamos entenderlo sustituido o confundirlo con el bien jurídico orden público-social, sino que el mismo es el medio con el cual el sujeto pasivo autoridad, funcionario o agente protegen referido bien jurídico (orden público), pero siempre dentro de unos límites y, así encontramos por ejemplo en las consecuencias de la extralimitación de ese principio de autoridad, que según la jurisprudencia no operarían en el delito de atentado cuando se de la misma, pero lo claro y evidente es que tampoco se puede

suavizar tanto el principio de autoridad hasta el punto de dejarlo sin sentido, tal y como sucede en la actualidad, pues en realidad es a través del mismo del que se consigue una mejor convivencia democrática y paz social, evitando así avanzar hacia una sociedad anárquica.

Ello se puede conseguir, como más adelante se verá, atribuyendo un carácter exclusivo de autoridad a los profesionales más significativos que conforman la Administración de Justicia, pues es a través de ésta donde el Derecho Penal en su carácter ejemplificador impone la paz social.

1.3.- Concepto actual de orden público

Con anterioridad señalábamos, que los bienes jurídicos son valores que contienen no sólo un aspecto individual, sino colectivo, siendo siempre el Estado el último perjudicado, de ahí que en todos los procesos penales el Ministerio Fiscal se muestre parte en representación del Estado, aplicando la Ley penal como coacción como aduce JESCHECK⁷³.

En este sentido conviene recordar a ROUSSEAU⁷⁴, para el que “el hombre ha nacido libre y, sin embargo, vive en todas partes encadenado. Incluso el que se considera amo no deja de ser menos esclavo por ello que los demás. ¿Cómo se ha operado este cambio? ¿Qué es lo que puede imprimirle cierto sello legítimo? Creo poder resolver esta cuestión”.

⁷³ H.H-WEIGEND JESCHECK, T.W.: “Tratado de Derecho Penal. Parte General”, cit. págs.7-8: “El Derecho penal tiene como finalidad la protección de bienes jurídicos. Todas las normas jurídico-penales están basadas en un juicio de valor positivo sobre bienes vitales que son imprescindibles para la convivencia de las personas en la comunidad y que, por ello, deben ser protegidos a través de la coacción estatal mediante el recurso a la pena pública. Tales bienes vitales básicos son, por ejemplo, la vida de las personas, la integridad corporal, la libertad personal de acción y ambulatoria, la propiedad, el patrimonio, la seguridad del tráfico, la incorruptibilidad de los funcionarios públicos, el Ordenamiento constitucional, la paz pública, la seguridad exterior del Estado, la intangibilidad de los órganos estatales extranjeros y de los emblemas, la seguridad de las minorías nacionales, étnicas y culturales, que deben ser preservadas de su exterminio o tratamiento indigno, la paz internacional, etc. También hay bienes vitales que consisten exclusivamente en convicciones morales de la sociedad profundamente enraizadas, tal y como sucede por el bien protegido por el precepto penal que sanciona el maltrato de animales. A través de la asunción de estos valores por el ámbito de protección del Ordenamiento jurídico, aquéllos se convierten en bienes jurídicos. Todas las disposiciones penales del derecho positivo alemán tienen por objeto la protección de uno o varios bienes jurídicos. El desvalor de resultado del hecho punible reside en la lesión o en la concreta puesta en peligro del objeto de una acción o de un ataque (por ejemplo, la vida de una persona, de la seguridad vial de alguien que circula), que pretende ser asegurado por la disposición penal como manifestación externa o titularidad del bien jurídico protegido.”

⁷⁴ ROUSSEAU, J.J.: “El contrato Social”.

La solución viene dada, según dicho autor, por “El Contrato Social” que hacen los hombres para convivir unos con otros y la creación del Estado o Cuerpo Político.

Los asociados, señala ROUSSEAU, toman colectivamente el nombre de pueblo y particularmente el de ciudadanos, como partícipes de la autoridad soberana, y el de súbditos por estar sometidos a las Leyes del Estado.

Se aprecia en el origen del Estado Democrático un principio voluntario de sumisión a la autoridad del mismo y a sus Leyes, expresión de la voluntad general, según ROUSSEAU, y derivado de ello, un principio de sumisión a la autoridad que ostentan los ciudadanos a quien el Estado, formado por la voluntad de todos, concede poder de gobierno o mando.

A diferencia del Estado absoluto en que la autoridad del Rey proviene de Dios y no puede ser discutida, en el Estado democrático es otorgada por los ciudadanos y limitada por las leyes que éstos elaboran, de ahí que ROUSSEAU entienda por República “Todo Estado regido por Leyes.”

Estas consideraciones elementales, se suelen olvidar en el tratamiento de la esencia del delito de atentado, pero si lo relacionamos con la jurisprudencia constitucional en epígrafes anteriores citada, veremos que la justificación de ROUSSEAU⁷⁵ y de su contrato social, no son más que otra denominación de orden

⁷⁵ ROUSSEAU, J.J.: cit. “*El contrato Social*”, traducción Enrique Azcoaga, Madrid 1969.

público y social, y así recordemos que dicho Alto Tribunal en atención al Derecho de manifestación, en la Sentencia 59/1990⁷⁶, de 9 de marzo, refiere que “no toda noción del orden público puede justificar restricciones del derecho de manifestación, especialmente mediante sanciones penales, sino tan sólo aquellos que atenten contra los principios básicos de convivencia en una sociedad democrática, como pueden serlo aquéllas manifestaciones tendentes a alterar la seguridad del Estado o de los demás ciudadanos o que pongan en peligro sus vidas o sus bienes. Por tanto, no sería suficiente con que se altere el orden público (siempre se altera), sino que además es necesario que dicha alteración suponga “un peligro cierto para las personas o los bienes”.

Un concepto más actualizado de orden público, lo vuelve a ofrecer el Tribunal Constitucional (STC de fecha 8 de mayo de

⁷⁶ SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO SALA1ª, 29-3-1990, nº 59/1990, BOE 107/1990, de 4 de mayo de 1990, rec. 1639/1987. Pte: GIMENO SENDRA, VICENTE (EDJ 1990/3535): “...Bien es cierto que los derechos fundamentales no tienen un carácter absoluto; su ejercicio está sometido a determinados límites. Uno primero lo establece la propia Constitución en el orden público; pero no toda noción del orden público puede justificar restricciones del derecho de manifestación, especialmente mediante sanciones penales, sino tan sólo aquellos que tengan tal entidad que atenten contra los principios básicos de convivencia en una sociedad democrática, como pueden serlo aquellas manifestaciones tendentes a alterar la seguridad del Estado o de los demás ciudadanos o que pongan en peligro sus vidas o sus bienes. Por tanto, no sería suficiente con que se altere el orden público (que siempre se altera), sino que además es necesario que dicha alteración suponga "un peligro cierto para las personas o los bienes"....En este sentido, hemos tenido ocasión de declarar que dicho concepto de orden público ha adquirido una nueva dimensión a partir de la vigencia de la Constitución de 1978 (STC 43/1986) y que "el ejercicio del derecho de reunión y de manifestación forma parte de aquellos derechos que, según el art. 10 CE, son el fundamento del orden político y de la paz social", por lo que "el principio de libertad del que es una manifestación exige que las limitaciones que a él se establezcan respondan a supuestos derivados de la Constitución y que en cada caso resulte indubitadamente probado que se ha traspasado efectivamente el ámbito de libertad constitucional fijado" (STC 101/1985).”

1995⁷⁷), interpretando el concepto de orden público a la luz de los principios del Estado social y democrático de Derecho consagrados por la Constitución, debiendo entenderse que esa noción de orden se refiere a una situación de hecho, el mantenimiento del orden en sentido material en lugares de tránsito público, no al orden como sinónimo de respeto a los principios y valores jurídicos y metajurídicos que están en la base de la convivencia social y son fundamento del orden social, económico y político.

El mantenimiento de ese orden social a través de las autoridades, los funcionarios y los agentes de la autoridad, se logra a través de

⁷⁷ SENTENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SALA 2ª, 8-5-1995, nº 66/1995, BOE 140/1995, de 13 de junio de 1995, rec. 1693/92. Pte: VIVER PI-SUNYER, CARLES (EDJ 1995/2054):“En cuanto al contenido del límite previsto en el art. 21,2 CE, la alteración del orden publico con peligro para "personas o bienes", debe advertirse de entrada que para delimitar su alcance no resulta ni necesario en la práctica ni correcto en el plano teórico, entrar a definir de modo abstracto y general el concepto de orden público. Esto es así porque el mentado precepto constitucional no se refiere genéricamente al orden público sin más, sino al orden público con peligro para personas o bienes y esta situación de peligro, como comprobaremos de inmediato, no es un elemento adjetivo que simplemente modula o califica externamente un concepto previo de orden público, sino un elemento sustantivo que define el contenido de ese concepto. Por otra parte, esta noción de orden público con peligro para personas o bienes debe analizarse en el contexto del precepto constitucional del que forma parte, es decir, como límite del derecho fundamental de reunión en lugares de tránsito público.

Desde esta perspectiva, para resolver la cuestión así acotada basta con señalar lo siguiente: primero, que, interpretado ese concepto de orden público con peligro para personas y bienes a la luz de los principios del Estado social y democrático de Derecho consagrado por la Constitución, debe entenderse que esa noción de orden se refiere a una situación de hecho, el mantenimiento del orden en sentido material en lugares de tránsito público, no al orden como sinónimo de respeto a los principios y valores jurídicos y metajurídicos que están en la base de la convivencia social y son fundamento del orden social, económico y político. El contenido de las ideas o las reivindicaciones que pretenden expresarse y defenderse mediante el ejercicio del derecho de manifestación y concentración pública no puede ser sometido a controles de oportunidad política ni a juicios en los que se emplee como canon el sistema de valores que cimientan y dan cohesión al orden social en un momento histórico determinado. Al ponderar la aplicación el límite del art. 21,2, los poderes públicos deben garantizar el ejercicio del derecho de reunión por parte de todos en condiciones de igualdad y sin discriminación alguna en razón del contenido de los mensajes que los promotores de las concentraciones pretenden transmitir (salvo, claro es, que ese contenido infrinja la legalidad).”

aquéllos individuos que velan por el mantenimiento de esos valores a los que se refería el Tribunal Constitucional y ello, como señala MUÑOZ CONDE⁷⁸, porque la violencia es consustancial a todo sistema de control social y el orden jurídico, y el Estado no es más que el reflejo o superestructura de un determinado orden social incapaz por sí mismo de regular la convivencia de modo organizado y pacífico.

En cuanto a la voluntad del legislador, LÓPEZ GARRIDO y GARCÍA ARÁN⁷⁹ establecen que “lo público y lo privado, lo colectivo y lo individual, lo general y lo particular, armonizado en un proyecto común en la Constituciones políticas, puede, sin embargo, en la realidad de la vida aparecer frente a frente, ocasionando violentas colisiones que lleguen a turbar la paz pública y hasta poner en peligro la esencia misma de las instituciones. Cuando eso sucede el estado jurídico se altera: y el derecho que tiene todo ciudadano a la tranquilidad pública sufre, se menoscaba o se destruye. Ahora bien, la lesión de este derecho es la fuente de los verdaderos delitos contra el orden público.”

Por ello el Tribunal Supremo (STS de 25 de febrero de 1987⁸⁰), apunta que el orden es el ingrediente de la paz, pero la paz es una

⁷⁸ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO/ GARCÍA ARÁN, MERCEDES: “Derecho Penal. Parte General”, 6ª edición, Valencia 2004.

⁷⁹ LÓPEZ GARRIDO, DIEGO / GARCÍA ARÁN, MERCEDES: “El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador”, Madrid 1996, pág. 200.

⁸⁰ JIMÉNEZ VILLAREJO, JOSÉ, voto particular a la SENTENCIA DE 25 DE FEBRERO DE 1987 DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA SEGUNDA, Pte: MOYNA MÉNGUEZ, JOSÉ HERMENEGILDO (EDJ 1987/1551):“Y no cabe argüir, como se ha hecho a veces por esta misma Sala, que la alteración de la paz es,

realidad que surge como necesidad de los conflictos, que solo se pueden resolver mediante la justicia.

Podría concluirse que la noción de orden público no puede asociarse al concepto de paz social entendida ésta meramente como la tranquilidad en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana, pues además este concepto no debe de aplicarse aisladamente al delito de atentado, por cuanto dicho delito en sí no quebranta el orden público en su sentido de convivencia externa⁸¹, puesto que es la propia

en todo caso, intencionada en cuanto consecuencia accesoria del mismo acto de interrupción del Tráfico vial, esto es. del mismo acto perturbador del orden, ya que, de un lado, la mencionada alteración de la paz se imputaría, de aceptar este planteamiento, a título de dolo directo de segundo grado, modalidad del dolo lógicamente incompatible con un tipo delictivo que hemos caracterizado como de tendencia interna intensificada y. de otro, habría que objetar al meritado razonamiento jurisprudencial que el orden y la paz públicas no son categorías absolutamente intercambiables -de suerte que no quepa alterar el primero sin atentar también y necesariamente contra la segunda- pues uno y otro concepto aparecen claramente deslindados en el Artículo 246 del Código Penal. El orden es, sin duda, un ingrediente de la paz -acaso será mejor decir que es uno de sus efectos- pero la paz es una realidad más amplia y profunda que surge, no sin conflictos. cuando en la convivencia social se realiza la justicia. En la Sentencia de instancia se dice taxativamente que el grupo que cortó, con su presencia sostenida, el tráfico que fluía por la carretera N- 344 decidió hacerlo para presionar al Gobierno a fin de que enviase fondos para el empleo comunitario. Hay que entender que esa finalidad probada, referida en última instancia al reconocimiento efectivo del derecho al trabajo de los manifestantes, no sólo excluye cualquier otra no demostrada, sino muy especialmente la de alterar la paz pública o social, uno de cuyos fundamentos, según el Artículo 10.1 de Constitución es justamente el reconocimiento de la dignidad de las personas y de los derechos inviolables que le son inherentes, exclusión que resulta aún más evidente si se tiene en cuenta la forma pacífica como. según el relato histórico de la Sentencia recurrida, se produjo la concentración. Todo ello conduce directamente a la conclusión de que, en virtud de la ausencia del elemento subjetivo tantas veces mencionado, la alteración del orden indiscutiblemente producido en la ocasión de autos no puede ser subsumida en el tipo delictivo que se contiene en el Artículo 246 del Código Penal y que, en consecuencia, procede la estimación de este motivo del recurso.”

⁸¹ SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 27-9-1999, nº 1321/1999, rec. 3593/1998. Pte: MARAÑÓN CHÁVARRI, JOSÉ ANTONIO (EDJ 1999/335729): “En los delitos de desórdenes públicos se sancionan actos dañinos para la paz pública o integrantes de transgresiones del orden de la comunidad. La paz pública equivale al conjunto de condiciones externas que permiten el normal desarrollo de la convivencia, según Sentencia de esta Sala de 29.11.94 EDJ1994/9225.”

Constitución y el Alto Tribunal que interpreta la misma y que, como hemos visto condiciona y limita dicho concepto de orden público.

Hay autores que van más allá y ofrecen una alternativa al concepto de orden público por entender que éste está desfasado, y así LORENTE VELASCO⁸², refiere que “como alternativa al –en nuestra opinión- desfasado “orden público” planteamos un criterio sistemático acorde con nuestros tiempos, que goza de tratamiento constitucional que encaja perfectamente con los delitos de atentado, resistencia y desobediencia, que no es otro que el concepto de seguridad ciudadana, el cual viene recogido en el artículo 104 de nuestra Carta Magna, y a diferencia del orden público, sí que cuenta con una Ley Orgánica de desarrollo, concretamente con la Ley 10/1992 de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.”

Asimismo dicha autora refiere que “el concepto de orden público no nos convence en absoluto ni tan siquiera como criterio sistemático, por lo que nos mostramos a favor de su total supresión, debiendo ser sustituido por conceptos más acordes con el Estado Social y Democrático de Derecho, y que posean una base constitucional, y en tal caso, nada más adecuado que el concepto de seguridad ciudadana. Y es que, desde el nacimiento de la CE hasta nuestros días, se ha venido produciendo una progresiva sustitución del término “orden público” por el de “seguridad ciudadana”, siendo especialmente significativa ésta.”

⁸² LORENTE VELASCO, S.M.: “Delitos de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos y de resistencia y desobediencia.”, tesis dirigida por el Catedrático de Derecho Penal del Departamento de derecho Penal de Granada, DON MIGUEL OLMEDO CARDENETE, Diciembre 2009.

Así, apunta LORENTE VELASCO, la necesidad de suprimir el término “orden público” y sustituirlo por el de “seguridad ciudadana”, pues según dicha autora encaja perfectamente con la naturaleza y el bien jurídico protegido por los artículos 550 a 556 del Texto punitivo, siendo, por tanto, posible sustituir dicho término en todos los tipos penales ubicados bajo el Título XXII.

A nuestro parecer, no se trata de nominar el bien jurídico orden público o seguridad ciudadana, o quizás orden social, que sería aún más correcto de acuerdo con la teoría del contrato social elaborada por ROUSSEAU⁸³ y que es el fundamento de cualquier Estado moderno; pues el término seguridad ciudadana se identifica más bien sólo con uno de los aspectos que en su definición de orden público ofrecía el Tribunal Constitucional, cual es el de la convivencia externa, de una forma más individualizada, sería pues sólo una parte del Estado, la seguridad de los ciudadanos la que se beneficiaría de ese cambio, pero ¿qué pasaría con el resto de instituciones del Estado si cambiamos la rúbrica del Título XXII?; pues que el Estado se vería difuminado en el Derecho Punitivo, y el principio de autoridad en su sentido más moderno, como fundamento de los delitos recogidos en los artículos 550 a 556 del Texto punitivo, perdería su razón de ser.

Piénsese además, que lo correcto al atribuir al concepto orden público, el de social, tiene su base en la visión del Estado actual, en el que las prestaciones sociales como derechos de los ciudadanos, como

⁸³ ROUSSEAU, J.J.: cit. “El contrato Social”.

son la sanidad, la educación o la justicia gratuita, se ejercen a través de Instituciones Públicas, con personal público, que en este caso no le corresponde la parcela de la seguridad ciudadana.

Como ya han expuesto algunos autores, cuyas elocuciones comparto, así como la más moderna jurisprudencia, se mantiene que más que el principio de autoridad, se protege la garantía del buen funcionamiento de los servicios y funciones públicas (SSTS 883/2008⁸⁴; 607/2006⁸⁵, 4-5; 670/2002⁸⁶), para que sean eficaces,

⁸⁴ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 17-12-2008, nº 883/2008, rec. 1045/2008. Pte: RAMOS GANCEDO, DIEGO ANTONIO (EDJ 2008/272879): “Sin embargo, la doctrina jurisprudencial actualmente mayoritaria, ha actualizado la radicalidad de este criterio, y ya a partir de las SS.T.S. de 3 de octubre de 1.996 y 11 de marzo de 1.997, ha dado entrada en el tipo de resistencia no grave "a comportamientos activos al lado del pasivo que no comportan acometimiento propiamente dicho". La STS de 18 de marzo de 2.000 se refiere a la resistencia típica como aquella consistente en el ejercicio de una fuerza eminentemente física (...), de forma que si dicha resistencia se manifiesta de forma activa y alcanza los caracteres de grave, entra en juego la figura del art. 550 C.P. Por ello los elementos normativos a ponderar se refieren, por una parte, a la actividad o pasividad de la conducta del sujeto activo y, por otra, a la mayor o menor gravedad de la oposición física del mismo sujeto al mandato emanado de la autoridad o sus agentes en el ejercicio legítimo de sus funciones, debiendo igualmente subrayarse que hoy en día el bien jurídico protegido, más que el tradicional principio de autoridad, lo constituye la garantía del buen funcionamiento de los servicios y funciones públicas (STS 996/2000, de 5 de junio: aplica el art. 556 en supuesto en que el detenido "aprovechando que le quitaron los grilletes para firmar una diligencia, dio un tirón para desasirse del agente que le tenía cogido e intentó golpearle, tirándose al suelo, donde fue reducido por varios agentes mientras daba patadas a los mismos sin llegar a producirles lesiones"); similar STS 370/2003, de 15 de marzo.”

⁸⁵ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 4-5-2006, nº 607/2006, rec. 526/2005. Pte: SAAVEDRA RUIZ, JUAN (EDJ 2006/80841): “La S.T.S. de 18/3/00, como recuerda la de 22/12/01, se refiere a la resistencia típica como aquella consistente en el ejercicio de una fuerza eminentemente física, que supone el resultado exteriorizado de una oposición resuelta al cumplimiento de aquello que la autoridad y sus agentes conceptúan necesario, en cada caso, para el buen desempeño de sus funciones, de forma que si dicha resistencia se manifiesta de forma activa y alcanza los caracteres de grave, entra la figura del artículo 550 C.P. Por ello, los elementos normativos a ponderar se refieren, por una parte, a la actividad o pasividad de la conducta del sujeto activo, y, por otra, a la mayor o menor gravedad de la oposición física del mismo sujeto al mandato emanado de la autoridad o sus agentes en el ejercicio legítimo de sus funciones, debiendo igualmente subrayarse que hoy en día el bien jurídico protegido, más que el tradicional principio de autoridad, lo constituye la garantía del buen funcionamiento de los servicios y funciones públicas, siendo el ánimo o propósito específico de la ofensa exigible en ambos tipos penales (S.T.S. 04/03/02).

siendo un mismo bien jurídico, aunque sean varios los sujetos pasivos.

La necesidad y legitimación que tiene la sociedad democrática de hacer cumplir las normas por medio de sus agentes no implica que su única función sea la de velar por la seguridad ciudadana, sino también por la seguridad del Estado y de sus funciones, por ello entiendo que carece de sentido la tesis antes expuesta por la autora LORENTE VELASCO⁸⁷.

Sólo hemos de acudir a analizar una de tantas Sentencias, del Tribunal Constitucional para ver que el concepto de orden público es

Es preciso destacar esta última consideración a propósito del bien jurídico que hoy se entiende protegido en los tipos penales de atentado o resistencia pues ello implica que los agentes de la autoridad en el ejercicio de sus funciones están revestidos de un plus ordenado a la eficacia de aquéllas. Por otra parte, en el desempeño de las misiones que corresponden a los agentes de la autoridad se producen situaciones que suponen cierto grado de conflictividad con las personas sujetas a las mismas y que lógicamente generan con frecuencia reacciones adversas, como es el caso de la detención de una persona donde se presenta con frecuencia la resistencia. Con ello queremos decir que es preciso examinar cada caso concreto (S.S.T.S. núm. 370/2003 o 776 y 912/2005, además de las citadas).”

⁸⁶ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 3-4-2002, nº 670/2002, rec. 2159/2000. Pte: GRANADOS PÉREZ, CARLOS (EDJ 2002/10509): “La Sentencia de esta Sala 2350/2001, de 12 de diciembre EDJ2001/54512, resume la posición de la jurisprudencia sobre el delito de resistencia señalando que el artículo 556 C.P. constituye un tipo residual en relación con el 550 que se refiere a la resistencia activa grave, basándose su distinción desde siempre (antiguos artículos 231.2 y 237 C.P. 1973) en el entendimiento de asignar al segundo (550) una conducta activa en tanto que se configura el tipo de resistencia menos grave o simple en un comportamiento de pasividad, criterio reforzado desde la publicación del Código Penal de 1995 por cuanto el artículo 550 incorpora la expresión activa predicándola de la resistencia grave que constituye una de las formas del delito de atentado, junto al acometimiento, empleo de fuerza o intimidación, frente a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, mientras que el artículo 556, que no menciona a los funcionarios públicos entre los sujetos pasivos del delito, se limita a exigir la resistencia sin especial calificación a la autoridad o sus agentes, equiparándola a la desobediencia grave, todo ello siempre que aquéllos se encuentren en el ejercicio de sus funciones (S.S.T.S. 21/12/95, 23/3/95, 18/3 y 5/6/00). No obstante, también existe una corriente jurisprudencial que atenúa la radicalidad de tal criterio dando entrada en el tipo de resistencia no grave a comportamientos activos al lado del pasivo que no comportan acometimiento propiamente dicho (S.S.T.S. de 3/10/96 u 11/3/97 y la citada más arriba de 5/6/00).”

⁸⁷ LORENTE VELASCO, S.M.: cit., “Delitos de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos y de resistencia y desobediencia.”

una noción de carácter supraindividual, pero también individual cuanto existe un sujeto pasivo mediato que lo representa. Como botón de muestra valga la Sentencia del Tribunal Constitucional⁸⁸ de 15 de diciembre de 1994 en la que se afirma que "...los conceptos "seguridad pública" y "orden público" son nociones constitucionalmente diferenciables (...) Parece obvio que en un Estado social y democrático de Derecho la noción de seguridad pública no puede circunscribirse al "puro orden o tranquilidad de la calle", sino que debe abarcar todas aquellas medidas que tienden a asegurar el regular funcionamiento de las instituciones. La noción de seguridad pública refleja aquella parte de la actuación administrativa que consiste en un aseguramiento preventivo o en una realización urgente, y no demorable, del derecho; y esta función le corresponde al Estado de modo exclusivo e irrenunciable. Estas potestades ordinarias nada tienen que ver con la "seguridad pública", que en el supuesto de que se trata sólo puede entenderse vinculada al ejercicio por el Estado de sus poderes de excepción como consecuencia de alteraciones muy graves de aquel normal funcionamiento y, en todo caso, cuando ya se hubieran agotado o resultasen insuficientes los poderes ordinarios atribuidos a la Generalidad."

En este mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2000, en la que se mantiene que "los atentados, la resistencia y la desobediencia tutelan... la protección del correcto

⁸⁸ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (PLENO) NÚM. 117/1984 DE 15 DE DICIEMBRE (RTC 1994,117).

ejercicio de las funciones que corresponden a las autoridades, sus agentes y funcionarios públicos, e indirectamente se protege a las instituciones que representan, al propio estado, a la paz pública y en definitiva al orden público, que es el título que abraza a todas estas figuras delictivas”.

Otra autora, ROIG TORRES⁸⁹, en referencia al Orden Público, cree que en consonancia con los Tribunales no es el bien jurídico protegido en el delito de atentado, pues en cualquier caso tal consideración siembra algunas dudas para dicha autora.

Apoyándose la misma en la teoría que al respecto mantiene OCTAVIO DE TOLEDO⁹⁰, las dudas surgen cuando se plantea, a la luz de la regulación vigente de los delitos de atentado, desobediencia o resistencia, a la hora de concretar el ilícito, como delito de lesión o puesta en peligro.

La dificultad, pues, para dicha autora, estriba en que estas infracciones objeto de tutela son de carácter supraindividual.

A mi parecer, el bien jurídico orden público es de naturaleza supraindividual, en el sentido de que el Estado es un ente que representa a la colectividad, pero alguien tiene que representarlo, es decir, el agente, la autoridad o el funcionario público, pues como sujetos pasivos mediatos en defensa del bien jurídico protegido “orden público-social”, tienen una especial sobreexposición a la comisión

⁸⁹ ROIG TORRES, MARGARITA: “El Delito de Atentado”, cit. págs. 57-58.

⁹⁰ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, EMILIO: cit., “El bien jurídico protegido en los capítulos VI y VII del Código penal”, en Código Penal Comentado 1977 pág. 134.

delictiva en el desempeño de esa protección del bien jurídico supraindividual señalado.

Por ello, si se tratase de un concurso de nominaciones del Título XXII, que no lo es, lo que parece claro y evidente es que el significado de orden público afecta a todo lo que es la protección de nuestro sistema democrático de derecho, y que como parte del mismo “contrato social” al que ROUSSEAU⁹¹ hacía referencia, podría nominarse el bien jurídico que tratamos como “orden público y social del Estado”, pues se ceñiría a una realidad más lógica y por tanto necesaria.

En cuanto ese pacto social al que alude ROUSSEAU, FERRI⁹² manifiesta que “el hombre es responsable de todo acto que realice sólo y en tanto vive en sociedad. Viviendo en sociedad, el hombre recibe las ventajas de la protección y de la ayuda para el desenvolvimiento de la propia personalidad física, intelectual y moral. Por ello debe también sufrir las restricciones y sanciones correspondientes que aseguran aquél mínimo de disciplina social, sin el que no es posible ningún consorcio civil”, añadiendo respecto del principio de la defensa social, basado en la prevención justificada por la peligrosidad social y en la represión como respuesta a la peligrosidad criminal que “la peligrosidad del delincuente constituye, por tanto, el criterio (subjetivo) fundamental que va sustituyendo al criterio clásico

⁹¹ ROUSSEAU, J.J.: cit., “El contrato Social”.

⁹² FERRI, ENRICO: “Principios de Derecho Criminal”, Madrid 1933, págs. 270 y ss.

(objetivo) de la entidad del delito”, cumpliendo la función jurídica para el autor de “conseguir la adaptación (en la ley, en la sentencia y en la ejecución) de la sanción represiva a la personalidad del delincuente en razón del delito cometido y en vista de su readaptación a la vida libre.”

Es por lo que siendo el bien jurídico protegido en el delito de atentado, el orden público desde una perspectiva funcional del principio de autoridad como ya señalaran algunos autores y que comparto, la mayoría de las instituciones del Estado representan a esa sociedad democrática, que además requiere de un sistema público social que integre y ayude a los más desfavorecidos, de ahí que la salud pública o la justicia gratuita sean baluartes políticos resaltados por nuestra Carta Magna, de ahí que entiendo que el “bien jurídico protegido” por la norma debería de ser el “orden público” con la connotación de “social”.

CAPÍTULO TERCERO.- LOS SUJETOS.

I.- EL SUJETO: ACTIVO. ESPECIAL REFERENCIA AL ARTÍCULO 552 DEL CÓDIGO PENAL

Numerosa Jurisprudencia del Tribunal Supremo señala que el “*animus*” o elemento subjetivo del injusto “se presume si el sujeto activo conoce el carácter público de la víctima”, aunque la presunción perezca si se prueba la existencia de un móvil divergente, lo que vendría a anular ya no sólo el dolo sino el propio injusto de este delito. En este sentido se pronuncian las Sentencias de 3 de marzo de 1994 (RJ 1994, 1684⁹³): “El dolo de este delito -se dice en la Sentencia de 9

⁹³ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL) NÚM. 431/1994 DE 3 MARZO (RJ 1994\1684) PONENTE: SOTO NIETO, FRANCISCO: “SEGUNDO.- La doctrina de esta Sala viene exigiendo, como requisito subjetivo del delito de atentado, la presencia de un «animus» o dolo específico, que puede manifestarse de forma directa, supuesto de perseguir el sujeto con su acción la ofensa o menoscabo del principio de autoridad o de la función pública, o merced al dolo de segundo grado, también llamado de consecuencias necesarias, cuando, aun persiguiendo aquél otras finalidades, le consta la condición de autoridad o funcionario del sujeto pasivo y acepta que aquel principio quede vulnerado por causa de su proceder. El que realiza alguna de las conductas enumeradas en el tipo del artículo 231 conociendo la cualidad personal de la autoridad, sus agentes, o del funcionario público, forzosamente se ha de representar el menosprecio que ello resulta para el principio de autoridad o de dignidad y respeto que merece la función pública, no importando que las finalidades perseguidas por el infractor sean de tipo particular [cfr. Sentencias de 11 marzo 1980 (RJ 1980\1046), 1 junio 1987 (RJ 1987\4059), 7 mayo 1988 (RJ 1988\3496), 26 abril 1990 (RJ 1990\3338), 12 mayo 1992 (RJ 1992\3868) y 10 noviembre 1993 (RJ 1993\8495)]. El dolo de este delito -se dice en la Sentencia de 9 julio 1990 (RJ 1990\6262)-, en tanto conocimiento de los elementos del tipo objetivo, contiene ya todos los elementos que demuestran que el autor quiso obrar contra un agente de la autoridad, pues quien atenta contra quien sabe que se está desempeñando como tal, quiere también hacerlo contra la autoridad que el agente representa. Sólo el error [artículo 6 bis, a), del CP], en consecuencia, puede determinar la exclusión del dolo del delito del artículo 236 del CP.

El ánimo de ofensa, menosprecio o falta de respeto va ínsito en los actos desplegados cuando no constan circunstancias concurrentes que permitan inferir otra motivación ajena a las funciones públicas del ofendido; así Sentencias de 10 y 17 julio y 24 septiembre 1986 (RJ 1986\4307 , RJ 1986\4330 y RJ 1986\4829), 9 octubre 1987 (RJ 1987\7269), 7 mayo 1988 y 4 junio 1992 (RJ 1992\5447).

julio 1990 (RJ 1990\6262)-, en tanto conocimiento de los elementos del tipo objetivo, contiene ya todos los elementos que demuestran que el autor quiso obrar contra un agente de la autoridad, pues quien atenta contra quien sabe que se está desempeñando como tal, quiere también hacerlo contra la autoridad que el agente representa.”; Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1992 (RJ 1992, 1179⁹⁴): De

Cuando la autoridad o el agente -y el funcionario público- actúa en el ámbito de sus atribuciones y dicha condición es conocida del sujeto, la acción violenta sobre su persona, dentro de las especificaciones objetivas de dicho artículo y directamente relacionadas con el ejercicio de tales funciones o con ocasión de las mismas, evidencia la voluntad de acometer, emplear fuerza, intimidar o resistir, y el ánimo de vulnerar o dejar malparado el principio de autoridad, imprescindible para que la sociedad mantenga los niveles mínimos de convivencia organizada [cfr. Sentencias de 1 diciembre 1987 (RJ 1987\9516), 28 noviembre 1988 (RJ 1988\9698), 14 febrero y 4 junio 1992 (RJ 1992\1179), y 10 noviembre 1993].”

⁹⁴ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL) DE 14 FEBRERO 1992 (RJ 1992\1179), PONENTE: BARBERO SANTOS, MARINO:“De acuerdo con el recurrente, en el factum se destaca el elemento objetivo: acometimiento intimidativo a agente de la Autoridad que se encontraba en el ejercicio de sus funciones y, también, el subjetivo: conocimiento del carácter de guardias civiles de tales agentes, reglamentariamente uniformados y con los distintivos del cuerpo, y el ánimo de despreciar el principio de autoridad de los mismos desobedeciendo la orden de alto, hasta el punto de saltarse el control establecido en la carretera, dañando a otro coche y obligando a uno de los agentes a saltar fuera de la carretera para no ser alcanzado.

Carece de interés exponer cuáles son los elementos que integran el delito de atentado de conformidad con la doctrina de esta Sala, puesto que no es esa la cuestión que el motivo plantea. El punto a resolver es si dado el factum, que es obligado respetar por la vía casacional elegida, concurre o no el elemento subjetivo consistente en el ánimo de despreciar el principio de autoridad.

La exigencia de tal ánimo específico, tendencial, de menospreciar, menoscabar, vilipendiar o faltar el respeto debido al principio de autoridad, es una constante en la jurisprudencia de esta Sala.

En contradicción, sin embargo, con esta exigencia suele estimarse que tal ánimo existe cuando se conoce el carácter público del sujeto pasivo y la autoridad que como tal encarna al llevar no obstante adelante el acto de acometimiento, afirmándose, incluso, en algunas Sentencias [v. gr., 16-6-1989 (RJ 1989\5139), 4-7-1991 (RJ 1991\5532)] que el animus se presume si el sujeto activo conoce el carácter público de la víctima. Mientras en otras [S. 28-11-1988 (RJ 1988\9698)] más matizadamente se sostiene que «conociendo la cualidad personal de la autoridad o sus agentes, forzosamente se ha de representar el menosprecio que de ello resulta para el principio de autoridad, a no ser que se pruebe la existencia de un móvil divergente que por su entidad vendría a anular ya no sólo el dolo, sino el propio injusto de este delito.

Las presunciones respecto de la existencia de elementos integrantes de la figura de delito son, evidentemente, de repudiar. Cosa distinta es que de la constatación de los componentes objetivos del tipo se infiera lógicamente, de acuerdo con las reglas de la experiencia, la presencia del componente subjetivo. En todo caso el conocimiento del carácter público del sujeto pasivo e, incluso, de su

acuerdo con el recurrente, en el factum se destaca el elemento objetivo: acometimiento intimidativo a agente de la Autoridad que se encontraba en el ejercicio de sus funciones y, también, el subjetivo: conocimiento del carácter de guardias civiles de tales agentes, reglamentariamente uniformados y con los distintivos del cuerpo, y el ánimo de despreciar el principio de autoridad de los mismos desobedeciendo la orden de alto, hasta el punto de saltarse el control establecido en la carretera, dañando a otro coche y obligando a uno de los agentes a saltar fuera de la carretera para no ser alcanzado.; (STS 26 de enero de 1996 (RJ 1996, 621⁹⁵), en cuanto a la culpabilidad

eventual agresión, no puede llevar a afirmar que la pretensión del autor era la de menospreciar el principio de autoridad y que, por tanto, se cometió atentado. Si así fuere habría que considerar parricidio doloso toda muerte de una persona vinculada por lazos paterno-filiales, por el simple hecho de conocer el autor tal parentesco cuando cometió la acción. El respeto al principio de legalidad impide llegar a tales extremos. La constancia del elemento cognoscitivo es independiente de la del elemento volitivo. La distinción secular entre culpa con previsión y dolo eventual se apoya en tal distinción.

En el caso a enjuiciar es evidente que el procesado conocía que le fue dado el alto por la Guardia Civil. Pero el verbo que determina el comportamiento activo es, precisamente, el de desobedecer, no el de acometer. No se dice, en absoluto, que el recurrente «pretendiera» atropellar al Guardia Civil, ni siquiera que se representara la posibilidad de tal «atropello». Se dice únicamente que habiéndole dado el alto los agentes de la autoridad «lejos de obedecer, aceleró la marcha, lo que obligó a un Guardia Civil a saltar fuera de la calzada para evitar ser atropellado». Clara la desobediencia, en absoluto lo es -dada la descripción histórica- el acometimiento. El que por encontrarse el Guardia en la calzada pudiera ser atropellado por la aceleración de la marcha del vehículo, no quiere decir que pretendiera atropellarlo. Y sin tal pretensión, o al menos sin la voluntad de atropellar al Guardia Civil, no cabe delito de atentado.”

⁹⁵ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL) NÚM. 69/1996 DE 26 ENERO; (RJ 1996\621) ; PONENTE: DE VEGA RUIZ, JOSÉ AUGUSTO:“QUINTO.- El segundo motivo del Fiscal se refiere al tercero de los hechos al principio consignados. Se denuncia la indebida inaplicación de los artículos 231.2 y 232.1 por cuanto que el puñetazo propinado al Fiscal es merecedor, según se expone, de una consideración jurídica de entidad superior a la estimada por la Audiencia. El Fiscal, pues, estima insuficiente la condena como autor únicamente de una falta de lesiones.

Es cierto, tal se afirma por la parte recurrente, que el delito de atentado a la Autoridad protege a los funcionarios investidos de tal condición frente a comportamientos que poniendo en peligro su integridad o su libertad, suponen e implican un menoscabo del respeto que deben merecer por el ejercicio de sus funciones y una perturbación de las condiciones en que normalmente se desarrollan

como se indicado el ánimo tendencial y específico de menoscabar el principio de autoridad, elemento subjetivo del injusto que se presume si el sujeto activo conoce el carácter público de la víctima (Sentencia de 3 marzo 1994), aunque la presunción perezca si se prueba la existencia de un móvil divergente que por su entidad vendría a anular ya no sólo el dolo sino el propio injusto de este delito (Sentencia de 14 febrero 1992); y la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2000 (RJ 2000, 940⁹⁶): “El elemento subjetivo del tipo va inserto

El delito se desenvuelve en tres aspectos distintos: a) en cuanto a la acción se precisa el acometimiento o la agresión física contra quien está investido de autoridad, como sinónimo o consecuencia de la fuerza, de la intimidación o de la resistencia, siempre grave, en cualquier caso perturbadora que tal autoridad representa; b) en cuanto a la antijuridicidad es preciso que el sujeto pasivo se encuentre en el ejercicio de la función o con ocasión de las mismas, por lo cual si se traspasan los límites de la legalidad el delito no surge, afirmándose por eso, en las Sentencias de 24 junio 1994 (RJ 1994\9349) y 13 noviembre 1992 (RJ 1992\9655), que la notoria extralimitación del sujeto pasivo en el ejercicio de sus funciones, le priva de la especial protección y le convierte en un mero particular, no si se trata de extralimitaciones leves (Sentencia de 3 febrero 1993 [RJ 1993\651]); y c) en cuanto a la culpabilidad ha de ponerse de relieve el ánimo tendencial y específico de menoscabar el principio de autoridad, elemento subjetivo del injusto que se presume si el sujeto activo conoce el carácter público de la víctima (Sentencia de 3 marzo 1994 [RJ 1994\1684]), aunque la presunción perezca si se prueba la existencia de un móvil divergente que por su entidad vendría a anular ya no sólo el dolo sino el propio injusto de este delito (Sentencia de 14 febrero 1992 [RJ 1992\1179]).”

⁹⁶ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL) NÚM. 1710/1999 DE 10 FEBRERO (RJ 2000\940); PONENTE: EXCMO SR. ADOLFO PREGO DE OLIVER Y TOLIVAR: “TERCERO.- El motivo segundo, también al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la indebida aplicación de los artículos 231 y 236 del Código Penal, así como del artículo 582.1º del Código Penal de 1973 (RCL 1973\2255 y NDL 5670).

Según el recurrente no concurren los elementos necesarios de la figura típica básica de atentado del artículo 231 en relación con el artículo 236 como figura específica de agresión a Agentes de la Autoridad, ya que además de no existir agresión por su parte contra los Agentes el elemento de la lucha no conlleva necesariamente el subjetivo de menosprecio a la Autoridad, y en este caso su reacción fue propia de quien sufre miedo y tensión por una situación que le supera y apura, al ver que sin motivo le retenían, registraban y procedían a su detención.

La negación del acometimiento físico no puede admitirse cuando el hecho probado -de inexcusable respeto en esta vía casacional- afirma que cuando los miembros de la Guardia Civil «tras su oportuna identificación procedían a detener a Manuel R. éste acometió de forma muy violenta, mediante puñetazos y patadas a los Agentes logrando tirarles al suelo, hasta que, finalmente, fue reducido por los Agentes quienes procedieron a su detención».

En cuanto al elemento subjetivo del tipo, integrado por la intención de menospreciar el principio de autoridad de los Agentes que actúan en el ejercicio de

en el acometimiento contra quien se sabe Agente de la Autoridad y en el ejercicio de sus funciones, puesto que salvo circunstancias concurrentes que permitan inferir otra motivación ajena a las funciones públicas del ofendido (Sentencia de 7 de mayo de 1988 (RJ 1988\3496)) quien atente contra quien sabe que se está desempeñando como tal quiere también hacerlo contra la autoridad que el Agente representa (Sentencia de 9 de julio de 1990 (RJ 1990\6262) sin que se requiera una especial decisión del autor de atentar contra la Autoridad diferente a la decisión de realizar la acción (Sentencia de 22 de febrero de 1991.”

Para JAVATO MARTÍN⁹⁷ el sujeto activo del tipo descrito en el artículo 550 del Texto punitivo⁹⁸, puede serlo cualquiera, ya sea una persona o una pluralidad de ellas.

sus funciones, puede manifestarse tanto de forma directa, cuando el sujeto persiga con su acción la ofensa o menoscabo del principio de autoridad, o de la función pública, como mediante dolo de segundo grado o de consecuencias necesarias, cuando aun persiguiendo aquél otras finalidades le consta la condición de autoridad o funcionario del sujeto pasivo y acepta que aquel principio quede vulnerado por causa de su proceder (Sentencia de 3 de marzo de 1994 [RJ 1994\1684]). El elemento subjetivo del tipo va inserto en el acometimiento contra quien se sabe Agente de la Autoridad y en el ejercicio de sus funciones, puesto que salvo circunstancias concurrentes que permitan inferir otra motivación ajena a las funciones públicas del ofendido (Sentencia de 7 de mayo de 1988 [RJ 1988\3496]) quien atente contra quien sabe que se está desempeñando como tal quiere también hacerlo contra la autoridad que el Agente representa (Sentencia de 9 de julio de 1990 [RJ 1990\6262]) sin que se requiera una especial decisión del autor de atentar contra la Autoridad diferente a la decisión de realizar la acción (Sentencia de 22 de febrero de 1991 [RJ 1991\1345]).

El acometimiento del acusado contra los Agentes que le iban a detener, realizado por razón del ejercicio de tal función integra el delito apreciado.”

⁹⁷ JAVATO MARTÍN, A.M: “El delito de atentado. Modelos legislativos. Estudio histórico-dogmático y de Derecho comparado”, cit. págs. 344-345.

⁹⁸ LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE DEL CÓDIGO PENAL:

“Artículo 550

Son reos de atentado los que acometan a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, o empleen fuerza contra ellos, los intimiden gravemente o les hagan

Refiere JAVATO MARTÍN⁹⁹, que la jurisprudencia había venido excluyendo a las personas constituidas en autoridad cuando se hallaban en el ejercicio de sus funciones y no estaban ligadas al ofendido por vínculos de subordinación o dependencia jerárquica. Se entendía que en estos supuestos estaba ausente lo que constituía el fundamento y la razón de ser de la incriminación delictiva, a saber, la rebeldía u ofensa al principio de autoridad, señalando como botón de muestra, la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1890, en la que “como quiera que lo mismo en los delitos de atentados que en los de desacato, se pena por el legislador el acto de rebeldía contra la Autoridad (...) cualquiera que sea la persona que la comete y carácter de que se encuentra investido (...), es evidente que dicha nota especial excluye la posibilidad legal de que no pueden comprenderse entre ellos ni el atropello que un superior cometa con un inferior dentro del círculo de sus relaciones, aun cuando ambos tengan el carácter de autoridades, ni los abusos, de cualquier índole que sean, que una autoridad comete con otra en los casos de verdadero conflicto de jurisdicciones.”

Pero según dicho autor¹⁰⁰, esta interpretación jurisprudencial, admitida por un amplio sector de la doctrina, fue duramente criticada por Cerezo Mir, el que afirmaba que si el acto de autoridad es

resistencia activa también grave, cuando se hallen ejecutando las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas.”

⁹⁹ JAVATO MARTÍN, A.M: “El delito de atentado. Modelos legislativos. Estudio histórico-dogmático y de Derecho comparado”, cit. págs. 344-345.

¹⁰⁰ JAVATO MARTÍN, A.M: “El delito de atentado. Modelos legislativos. Estudio histórico-dogmático y de Derecho comparado”, cit. págs. 344-345.

jurídicamente obligatorio, lo es no sólo para el particular o el inferior jerárquico, sino también, y ante todo, para las autoridades del mismo rango o de un rango superior, pues la agresión por parte de estas, supone, la infracción de un deber del cargo, siendo esta última tesis la acogida por la jurisprudencia, señalando como muestra la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1992 (RJ Ar 4177)¹⁰¹.

Finalmente JAVATO MARTÍN¹⁰², señala que la nueva configuración que el Código penal de 1995 otorga a la agravante reflejada en el artículo 232.2 del Texto punitivo refundido de 1973,

¹⁰¹ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE MAYO DE 1992, PONENTE HUET GARCÍA, FRANCISCO (RJ 1992/41779): “El delito de atentado para supuestos como el de autos, requiere los siguientes elementos: 1) que el sujeto pasivo sea una autoridad, 2) que esta autoridad se halle en ejercicio de sus funciones o el acto integrante del atentado se verifique con ocasión de aquéllas, 3) el sujeto activo del delito se ha de hallar impuesto de la condición de autoridad de la misma y tener un ánimo tendencial de menospreciar o menoscabar el principio de autoridad, de faltar al respeto debido a quienes lo encarnan y 4) la dinámica comisiva ha de estar constituida por alguna de las modalidades recogidas en el precepto [SS. 30-5-1988 (RJ 1988\4109), 21-2-1989 (RJ 1989\1618), 24-2-1989 (RJ 1989\1655) y 10-7-1991 (RJ 1991\5719)].

Es claro, dada la intangibilidad de los hechos probados, que en la conducta del acusado Juan María L. V., se dan todos los elementos del tipo delictivo; el agredido era autoridad en el ejercicio de sus funciones y estas circunstancias eran conocidas del agresor y con su conducta menoscaba el principio de autoridad y faltaba al respeto debido a quien lo encarnaba. No era ésta su finalidad. Pero que el dolo sea de segundo grado no excluye la concurrente del elemento intencional.

No ocurre lo mismo con el otro acusado H. H. El Tribunal Supremo venía excluyendo de antiguo, la posibilidad de que se diera el delito de atentado entre Autoridades, Agentes de la Autoridad y funcionarios públicos, siempre que se hallen en ejercicio de sus funciones y el ofensor no estuviera ligado al ofendido por deberes de subordinación o dependencia jerárquica (SS. 3-7-1909 y 8-7-1922). Esta tesis como doctrina general, no ha sido asumida con posterioridad por el Tribunal Supremo, pues, como pone de relieve la doctrina, si el acto de la autoridad o funcionario es jurídicamente obligatorio, lo es no sólo para el particular, sino también para aquéllos. Sin embargo en el marco circunstancial de cada delito, esta doctrina no puede ser del todo excluida en supuestos como el de autos, donde la motivación particular, fruto de la diaria convivencia en pequeñas localidades próximas, determina la conducta del agresor. Aquí el dolo ni siquiera de segundo grado, se da, pues una autoridad no quería menoscabar o menospreciar a la otra, ni se representaba su condición de tales sino que simplemente con su ilícito proceder, dada la enemistad entre ambos, trataba de solventar, una querrela privada.”

¹⁰² JAVATO MARTÍN, A.M: “El delito de atentado. Modelos legislativos. Estudio histórico-dogmático y de Derecho comparado”, cit. pág. 346.

que consideraba como sujeto activo al funcionario público, parece haberse desterrado definitivamente la polémica de nuestro ordenamiento; pues la inclusión en el artículo 552¹⁰³ del referido cuerpo legal de la autoridad y sus agentes, junto a los funcionarios ha venido a reconocer por vía legislativa la posibilidad de atentados entre estos sujetos, con independencia de la relación de jerarquía, subordinación entre el ofensor y el ofendido.

Según QUERALT JIMÉNEZ¹⁰⁴, sujeto activo será cualquiera que no sea funcionario público. Si se trata de autoridad se impone, además, la pena de inhabilitación absoluta según reza el artículo 552 del Texto punitivo; por tanto, este precepto es de aplicación a los delitos de los capítulos I a III del Título XXII del Libro II de dicho cuerpo legal.

En este mismo sentido MUÑOZ CONDE¹⁰⁵ señala que “sujeto activo puede ser cualquiera, aunque la cualidad de autoridad, agente de ésta o funcionario público en el sujeto activo determine la agravación de la pena (art. 552.2º).”

¹⁰³ LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE DEL CÓDIGO PENAL:

“Artículo 552

Se impondrán las penas superiores en grado a las respectivamente previstas en el artículo anterior siempre que en el atentado concorra alguna de las circunstancias siguientes:

1ª) Si la agresión se verificara con armas u otro medio peligroso.

2ª) Si el autor del hecho se prevaliera de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.”

¹⁰⁴ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: “Derecho Penal Español, parte Especial”, cit. pág. 1125-1126.

¹⁰⁵ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: “Derecho Penal, Parte Especial”, cit. pág. 863.

En este orden de cosas QUINTERO OLIVARES¹⁰⁶ señala al respecto que “es cierto que en relación con la regulación anterior se produce una ampliación del radio de acción de la agravante, toda vez que el artículo 232.2 CP/1973 señalaba: “si los reos fueren funcionarios públicos”, sin embargo el tratamiento diferenciado de la Autoridad y sus agentes carecería de sentido, por tanto es correcta dicha ampliación.”

Sigue argumentando el autor que “por el contrario lo más significativo de la reformulación de la agravante no estriba tan sólo en la mención de los sujetos equiparada a lo prescrito en el artículo 24 CP, sino que no basta con la mera condición de tal sino que se exige el prevalimiento del cargo. Ello implica la introducción de un elemento normativo que ya con relación a otros delitos había planteado muchos problemas, creando en algunos supuestos lagunas de punibilidad.”

Asimismo para QUINTERO OLIVARES¹⁰⁷ “parece correcto que no se sancione sin más a quién es autoridad o funcionario cuando su conducta no ha guardado relación con su cargo, pero de ahí a exigir el prevalimiento va un buen trecho, es por ello que nos parece que hubiese sido preferible usar la misma referencia que cuando la autoridad o funcionario es víctima de delito de atentado, es decir, sería una agravante cuando se encuentre en el ejercicio de su cargo, con lo cual se produciría una equiparación de las situaciones en que la

¹⁰⁶ QUINTERO OLIVARES, GONZALO /MORALES PRATS FERMÍN: “Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal”, séptima edición (revisada, ampliada y puesta al día) Pamplona, págs. 2065-2066.

¹⁰⁷ QUINTERO OLIVARES, GONZALO / MORALES PRATS, FERMÍN: “Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal”, cit. págs. 2065-2066.

autoridad o funcionario es víctima o agresor. Ciertamente es difícil que ejercite funciones que le son propias a través de un atentado, pero recuérdese que lo único que debe pretenderse es excluir de la agravación los comportamientos de funcionario o autoridad, de tal suerte que aquí la referencia al ejercicio de su cargo es meramente descriptiva y no material.”

Concluye dicho autor¹⁰⁸ “con relación a dicha agravante el Tribunal Supremo había señalado antiguamente que correspondía excluir del radio de acción de la misma los supuestos en que los funcionarios se hallen en el ejercicio de sus funciones y el ofensor no estuviere ligado al ofendido por deberes de subordinación o dependencia jerárquica (STS 3 de julio de 1909), pero dicha doctrina centrada en el puro concepto de jerarquía y autoridad no es defendible, es por ello que en la actualidad el Tribunal Supremo entiende que dicha tesis como doctrina general no puede ser asumida, toda vez que si el acto de funcionario o autoridad víctima del atentado es de obligatorio cumplimiento para el particular, no puede dejar de serlo para quien es autoridad o funcionario.”

SERRANO GÓMEZ¹⁰⁹ en referencia al artículo 552 del Texto punitivo, apunta que el legislador debía de haber prescindido de estos supuestos de agravación, pues ya se contemplan dentro de la circunstancia agravante 7ª del artículo 22 del referido cuerpo legal, es

¹⁰⁸ QUINTERO OLIVARES, GONZALO /MORALES PRATS, FERMÍN: “Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal”, cit. págs. 2065-2066.

¹⁰⁹ SERRANO GÓMEZ, ALFONSO / SERRANO MAILLO, ALFONSO: “Derecho Penal. Parte Especial”, Madrid 2008, pág. 1.031.

decir, “prevalerse del carácter público que tenga el culpable”, que de acuerdo con la regla 3ª del artículo 66 en tal caso los Jueces y Tribunales impondrán la pena en la mitad superior de la establecida por la Ley. Con ello sería suficiente, concluye el autor.

QUINTANAR DÍEZ¹¹⁰ señala que este precepto distingue la concreta penalidad del atentado en función del sujeto pasivo de la acción, y ello nos lleva a la delimitación de los conceptos de autoridad, agente de ésta y funcionario público. El concepto de autoridad y funcionario público no ofrece ninguna duda dadas las previsiones del artículo 24 del Código penal.

Mantiene este autor¹¹¹ que La Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado 2/1986 de 13 de marzo, establece sin embargo, a los efectos del delito de atentado que “cuando se cometa delito de atentado empleando en su ejecución armas de fuego, explosivos u otros medios de análoga peligrosidad que puedan poner en peligro la integridad física de los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad, tendrán, al efecto de su protección penal, la consideración de autoridad.”

Finaliza QUINTANAR DÍEZ¹¹² manteniendo que “de ello se deriva, sin embargo, que cuando los miembros de los Cuerpos y

¹¹⁰ QUINTANAR DÍEZ, MANUEL/ COBO DEL ROSAL, MANUEL: “Derecho Penal Español, parte especial”, 2ª edición revisada y puesta al día con las últimas reformas, editorial Tirant Lo Blanch, cit. pág. 1092.

¹¹¹ QUINTANAR DÍEZ, MANUEL/ COBO DEL ROSAL, MANUEL: “Derecho Penal Español, parte especial”, cit. pág. 1092.

¹¹² QUINTANAR DÍEZ, MANUEL/ COBO DEL ROSAL, MANUEL: “Derecho Penal Español, parte especial”, cit. pág. 1092.

Fuerzas de Seguridad del Estado, según sean sujetos pasivos de la acción de atentado, deberá de aplicarse la agravante del artículo 552.1, lo que además de la consideración a los efectos del artículo 551.1 de autoridad de estos agentes, choca con el cabal respeto del “*non bis in idem*” que expresamente además ha sido vedado por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo; esto significa que debe de aplicarse exclusivamente la pena prevista para el tipo básico y, por tanto, recibirá un peor tratamiento desde la perspectiva de su protección penal, que si fuese considerado simplemente agente o funcionario con la concurrencia de la agravante del artículo 552.1 del Código penal”, pues, a juicio de QUINTANAR DÍEZ¹¹³, esta situación debe resolverse con base en las reglas del concurso aparente de leyes y, muy concretamente a través del principio de alternatividad que prevé el artículo 8.4 del Texto punitivo, a favor de la aplicación del artículo 551 de dicho cuerpo legal.

ROIG TORRES¹¹⁴, refiere al igual que otros autores, que el delito de atentado es un delito común que puede cometer cualquiera, como se deduce de la forma genérica “*los que*” utilizada por el legislador en el artículo 550 del Texto punitivo. Por otra parte según dicha autora, nada impide que pueda realizarlo quien tiene la condición de autoridad, agente o funcionario, incluso, frente a otro empleado público, como corrobora la redacción actual del artículo 552.2 de referido cuerpo legal.

¹¹³ QUINTANAR DÍEZ, MANUEL/ COBO DEL ROSAL, MANUEL: “Derecho Penal Español, parte especial”, cit. pág. 1092.

¹¹⁴ ROIG TORRES, MARGARITA: “El Delito de Atentado”, cit. págs. 85-87.

Esta autora ¹¹⁵apunta que el Tribunal Supremo en Sentencia de 25 de enero de 1873 negó que el atentado pudiera darse entre autoridades, agentes y funcionarios, siempre que la acción se produjese durante el ejercicio de sus funciones y con ocasión de aquéllas, y el autor no se hallare ligado al agraviado por una relación de subordinación o dependencia, en cuyo caso perviviría dicho ilícito, y así en dicha Sentencia se enjuiciaba a un alcalde de barrio y a varios serenos y municipales que habían ocasionado una reyerta como consecuencia de una discusión acerca de quién tenía más autoridad para intervenir en un altercado nocturno.

Por el contrario, afirma ROIG TORRES¹¹⁶, que el actual artículo 552.2 del Texto punitivo experimenta una mayor penalidad cuando el autor es autoridad, agente o funcionario, pero para aplicar esta modalidad agravada es necesario que se prevalega de su condición pública para cometer el delito, al igual que el legislador ya lo hace en otros delitos especiales impropios, sancionando la conducta con una pena superior cuando la lleva a cabo un funcionario, en tanto éste hace un mal uso de su cargo en detrimento del correcto funcionamiento de las funciones públicas.

En este sentido, ya desde el siglo XIX la jurisprudencia venía definiendo como sujeto activo de delitos especiales a los funcionarios, y por ejemplo el caso de un Médico¹¹⁷ en relación a un delito de

¹¹⁵ ROIG TORRES, MARGARITA: “El Delito de Atentado”, cit. págs. 85-87.

¹¹⁶ ROIG TORRES, MARGARITA: “El Delito de Atentado”, cit. págs. 85-87.

falsedad en documento público, después de que muriese la testadora, se simula por el procesado, que es médico, un testamento y emite un certificado de defunción, considerando el Tribunal Supremo, Sala 2ª, en Sentencia núm. 70, de fecha 21 de octubre de 1910, que “respecto al tercero, que a tenor de lo que dispone el artículo 416 del Código penal, son funcionarios públicos los que, por disposición inmediata de ley, o por elección popular o por nombramiento de Autoridad competente participan del ejercicio de funciones públicas; y como el art. 77 de la ley de 17 de julio de 1870 impone al facultativo que hubiere asistido al finado la obligación de expedir una certificación que, salva prueba en contrario, hace fe para los efectos legales y forma parte de la documentación oficial con que se acredita el fallecimiento, es forzoso entender que, con arreglo a este precepto, el Médico que certifica, con las formalidades por el legislador establecidas, la

¹¹⁷ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª, NÚM. 70, DE FECHA 21 DE OCTUBRE DE 1910: “Colección Legislativa de España, Sentencias del Tribunal Supremo en materia criminal, salas segunda y tercera, volumen II de 1910”, pág. 158: “Que afirmándose en el veredicto después de muerte la testadora, se simuló por el procesado un testamento con el propósito deliberado de que tuviese fuerza y se consumase la ficción, no cabe fraccionar el hecho despojando a los accidentes que le integran de su lógico y natural enlace; por lo cual, si el culpable, de acuerdo con otros, ejecutó actos directos para la consumación de la falsedad del documentos, sería ilógico dividir la continencia del acto, que sólo se podía ultimar mediante la elección del testamento a escritura pública, quedando éste de otro modo ineficaz y sin valor alguno.

Que habiéndose autenticado el testamento por los medios que la ley establece para revestirle el carácter de documento oficial y público, no puede limitarse la responsabilidad a los que intervinieran en la presentación y adverbación de aquél ante la autoridad judicial, sino también a quien, habiendo intervenido en su confección, contribuyó directamente a que con posterioridad se revistiese de fuerza legal un documento esencialmente falso.

Que afirmando el Jurado que el Médico de la asistencia de la enferma, adoptó, muerta ésta cuantas disposiciones creyó conducentes a la posible construcción del testamento falso, alterando además la hora de la defunción a los efectos del registro civil, es indudable su participación como autor del delito de falsedad en documento público.

Que siendo funcionarios públicos los Médicos cuando expiden certificaciones para los actos del Registro civil, no puede menos de reconocerse tal carácter al procesado, que como facultativo de asistencia en la enfermedad de la finada, autorizó el certificado de su defunción, faltando a la verdad en su contenido”

defunción de una persona, ejerce un función oficial, y adquiere, en relación con este acto, el carácter de funcionario público.”

Por tanto, como en el caso del Médico, es esencial entender, que el sujeto activo cuando además es funcionario o autoridad merece un plus de reproche por parte del Derecho penal y así lo refleja acertadamente el artículo 552.2 del Texto punitivo, ello aunque parezca una obviedad, tiene su razón de ser en el principio de responsabilidad al que están sometidos aquellos profesionales que en el ejercicio de su cargo o profesión representan el orden público.

Finalmente, he de señalar que cuando se habla de que el autor del delito puede ser cualquiera, hemos de incluir también a las personas jurídicas, a tenor de la reforma que se ha sucedido con la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, concretamente su artículo 31 bis¹¹⁸ que viene a establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas, acabando con el

¹¹⁸ LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE DEL CÓDIGO PENAL, artículo 31 bis: “1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.

En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las

clásico brocardo jurídico-penal “*societas delinquere non potest*”, por tanto, también podrán ser consideradas tras esta reforma como autores del delito de atentado las personas jurídicas, a excepción del Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras

respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.

3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente.

4. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.

b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.

c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.

d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.”

que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general tal y como contempla el precepto, pero ello plantea serias dudas cuando menos.

He de considerar desacertada esta regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pues el Derecho penal desde su existencia siempre ha concretado y regulado conductas humanas que son dañinas y perjudiciales para la sociedad, pero siempre conductas.

Por tanto, un ente como lo es una persona jurídica, carece de voluntad propia para llevar a cabo conductas, y así, para determinar qué tipo de conducta se ha realizado, si es imprudente, o si es dolosa, qué tipo de dolo o de qué grado de dolo se trata, no es evaluable en Derecho penal la conducta de tal ente.

La antigua regulación ya preveía en referido artículo 31¹¹⁹, la responsabilidad penal de los administradores de las personas jurídicas, pues al ser personas físicas son los únicos que pueden realizar las conductas tipificadas en el Texto punitivo.

Por ello, entiendo, que ninguna persona jurídica podrá llevar a cabo las modalidades comisivas tipificadas en el delito de atentado y

¹¹⁹ LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE DEL CÓDIGO PENAL, artículo 31: “El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.”

que más adelante estudio tal y como el acometimiento, la resistencia o la intimidación grave, ni tampoco las previstas para la falta del artículo 634 del Texto punitivo, sin embargo sí podrán llevarla a cabo sus administradores.

Como ejemplo en el delito de desobediencia, cuando se desobedece un mandato de la autoridad por parte del representante legal de la persona jurídica, pues la persona jurídica en sí no tiene capacidad ni voluntad propia para decidir si desobedece o no ese mandato de la autoridad.

Finalmente, en cuanto a la exclusión del Estado y sus distintas Administraciones como personas jurídicas responsables, contraviene lo que como sujetos pasivos son contemplados en los diversos títulos del Texto punitivo, como ejemplo los delitos contra la Administración Pública, contra la Administración de Justicia, etc., por ello la pretensión del legislador de querer atribuir a cualquier ente lo que conforma el pensamiento humano desde su libre albedrío, esto es, la capacidad de actuar por sí, conociendo y queriendo es del todo desafortunada, pues rompe las reglas más esenciales del Derecho penal.

II.- EL TITULAR DEL BIEN JURÍDICO EN EL DELITO DE ATENTADO: EL SUJETO PASIVO

Para el Derecho penal, el sujeto pasivo del delito es quién está en posesión del bien protegido por el precepto individualizado contenido en el Texto punitivo, pero además es sujeto pasivo aquel que se ve baldado o puesto en peligro por el delito.

Existe una gran amplitud de autores que se acogen a esta definición de sujeto pasivo en el Derecho penal, encontrando entre muchos autores a COBO DEL ROSAL Y VIVES¹²⁰ o a CEREZO MIR¹²¹.

Dicho concepto, además, se diferencia del perjudicado, en cuanto a la definición general de sujeto pasivo y que es preciso distinguir, mientras que el sujeto pasivo será el agraviado personalmente por el hecho delictivo, el perjudicado es un concepto más amplio comprende tanto al sujeto pasivo que en muchas ocasiones coincidirá con el perjudicado, como al propio perjudicado; asimismo el perjudicado en otras serán terceros que aunque no hayan sido agraviados por la acción penal, si se han visto afectados por ésta, como es el caso del homicidio, en el que los perjudicados serán los

¹²⁰ COBO DEL ROSAL, MANUEL Y VIVEN ANTÓN, TOMÁS S.: “Derecho Penal Parte General”, cit. pág. 331: “Sujeto pasivo del delito es el titular del bien jurídico protegido por la norma concreta o, dicho desde otra perspectiva, el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por el delito”.

¹²¹ CEREZO MIR, JOSÉ: “Curso de Derecho Penal Español, Parte General”; editorial Tecnos, tercera edición, pág. 299: “El sujeto pasivo es el portador del bien jurídico lesionado, puesto en peligro o agredido”.

familiares del finado, como indican autores como CERESO MIR¹²² o a COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTÓN¹²³.

En cuanto al sujeto pasivo del delito de atentado, referir que lo más característico de este tipo de delitos, ateniéndonos a como el legislador ha rubricado el título XXII, delitos contra el orden público y concretamente el capítulo II, de los atentados contra la autoridad, sus agentes, los funcionarios públicos, y de la resistencia y la desobediencia, es que sujeto pasivo y bien jurídico protegido están íntimamente relacionados, de tal manera que no se puede hablar de sujeto pasivo sin aludir al bien jurídico protegido, al igual que sucede en el resto de delitos que conforman el Texto punitivo, y así se pronuncian ROIG TORRES¹²⁴, COBO DEL ROSAL/ VIVES

¹²² CERESO MIR, JOSÉ: “Curso de Derecho Penal Español, Parte General”, cit. pág. 300: “Es preciso distinguir los conceptos de sujeto pasivo y perjudicado. Este último tiene una mayor amplitud, pues comprende toda persona que haya sufrido un perjuicio material o moral por la comisión del delito aunque no sea portador del bien jurídico lesionado, puesto en peligro o agredido. Nuestro Código Penal distingue claramente ambos conceptos, al disponer en el artículo 104: «La indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también a los que se hubiesen irrogado, por razón del delito, a su familia o a un tercero». En el homicidio el sujeto pasivo es la persona que se ha visto privada de la vida y perjudicados pueden serlo, además, sus familiares o las personas que dependen de ella”.

¹²³ COBO DEL ROSAL, MANUEL Y VIVEN ANTÓN, TOMÁS S.: “Derecho Penal Parte General”, cit. pág. Nº. 333: “Normalmente coincidirán las cualidades de sujeto pasivo y perjudicado. Pero puede suceder, y de hecho sucede a menudo, que el delito dañe, no solo al sujeto pasivo del mismo, sino a terceros. Quien sustrae una cosa, puede perjudicar con ello, no sólo a su dueño, sino también a otras personas, v.g. a los acreedores de éste. Cuando se da muerte a otro no sólo se le produce a él el perjuicio supremo de quitarle la vida, sino que se lesionan los legítimos intereses que otros pudieran tener en ella (p.e., sus hijos menores). Haciéndose eco de esta distinción entre el sujeto pasivo y el perjudicado, la L.E.Crim. habla de ofendido (que puede designar al sujeto pasivo), y de perjudicado (término más amplio que comprende también a los terceros a quienes el delito haya producido cualquier clase de perjuicio) (v.g. artículos 281 y 783).

¹²⁴ ROIG TORRES, MARGARITA: “El Delito de Atentado”, cit. pág. 117, “Acabamos de ver quiénes son sujetos pasivos de la acción en el atentado, y en concreto qué se entiende por autoridad, agente de la misma y funcionario en el

ANTÓN¹²⁵ o JAVATO MARTÍN¹²⁶. Para dichos autores no hay frontera cuando se habla de un bien jurídico cuyo titular es el interés general del Estado que luego se concreta en las personas físicas como sujetos pasivos del delito cuando ostentan la potestad pública del

marco de este ilícito. Resta ahora por dilucidar quién es el sujeto pasivo del delito, respuesta que dependerá, como es sabido, del bien jurídico protegido que se defienda.

Por nuestra parte hemos sostenido que el objeto de tutela es el principio de autoridad concebido en términos funcionales, como potestad del estado de adoptar e imponer determinadas decisiones en pro del interés general, exigiendo el respeto por parte de los ciudadanos como medio indispensable para asegurar el desenvolvimiento regular de la actividad pública. De acuerdo con ello, podemos afirmar la cualidad de sujeto pasivo del estado, en tanto que titular originario de esa autoridad. Ahora bien, desde el momento en que dicha potestad se personifica en los empleados públicos, concretándose en ellos la exigencia de respeto, se constituyen en beneficiarios directos de la protección arbitrada en esa infracción frente a las ofensas de los administrados. Por otra parte, si llegan a sufrir daños personales, serán sujetos pasivos de las correspondientes infracciones contra la integridad física o la vida”.

¹²⁵COBO DEL ROSAL, MANUEL Y VIVES ANTÓN, TOMÁS S.: “Derecho Penal Parte General”, cit. pág. 331: “es indispensable trazar la frontera entre el sujeto cuyos bienes o intereses resultan lesionados por el delito y la persona sobre la que, eventualmente, recae la acción punible. La propiedad de una persona puede resultar quebrantada si se le sustraen los bienes que se encuentran en posesión de un tercero, aunque pueda ser éste el sujeto sobre el que recae la acción. Sólo la titularidad del bien jurídico determina la condición del sujeto pasivo”.

¹²⁶JAVATO MARTÍN, A.M: “El delito de atentado. Modelos legislativos. Estudio histórico-dogmático y de Derecho comparado”, cit. págs. 346-347: “Sujeto pasivo de la acción es la autoridad, sus agentes o funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas.

Anteriormente a la reforma de 1944, salvo el breve paréntesis del Código de 1928, sólo aparecían mencionados las autoridades y sus agentes siendo a partir de esta fecha cuando el legislador inserta en el tipo de atentado a la tercera categoría señalada, los funcionarios. JASO ROLDÁN y RODRÍGUEZ DEVESA estimaban que nos hallábamos ante una ampliación meramente aparente pues todos los funcionarios públicos o bien eran autoridades o bien agentes de la misma. De manera certera, este planteamiento fue criticado por CEREZO. Si bien el amplio concepto de funcionario del antiguo art. 119 permitía afirmar que toda autoridad era funcionario público, no se podía sostener la tesis a la inversa, no todo funcionario podía considerarse autoridad.

Para poder ampliar la tutela penal a todos los funcionarios públicos la jurisprudencia previa a 1944 venía efectuando una interpretación extensiva del concepto de agente de la autoridad. Se incardinaban en el mismo no sólo los funcionarios que sirven a la autoridad mediante actos de índole ejecutivo, sino también aquellos con cometidos meramente asesores. En otras ocasiones, nuestro Alto Tribunal se valía de la mención que a los funcionarios públicos se efectuaba en la agravante de “puesta de manos” en aras a postular con carácter general su condición de sujetos pasivos del delito.

Esta manera de operar era harto discutible. Se estaba procediendo a una interpretación contra reo dudosamente compatible con el principio de legalidad. En estos términos se manifestaron GROIZARD y LÓPEZ REY Y ARROYO.”

Estado como interés general, cuando en el ejercicio de sus funciones velan por éste.

Respecto de esta última postura, JUANATEY DORADO¹²⁷ critica a Vives Antón aduciendo que cuando el sujeto pasivo es el Estado la lesión al bien público conlleva la lesión de los bienes privados respecto de quien asume el ejercicio de la función pública o autoridad, pues para el autor, “la Autoridad o funcionario será también sujeto pasivo propio, en la medida en que el delito contempla una pluralidad de ofensas, incluyendo, en parte, las que afectan a sus bienes particulares.”

Sin embargo, para otros autores, como QUERALT JIMÉNEZ¹²⁸ o PRATS CANUT¹²⁹, al tratarse de delitos contra los

¹²⁷ JUANATEY DORADO: “El delito de desobediencia a la autoridad”. TOL62.305 ©www.tirantonline.com; Doctrina, fecha 20/11/2001. Epígrafe 4.2.1 Planteamiento, cit. pág. Nº 1: “Titular del bien jurídico protegido por la norma y, por tanto, sujeto pasivo del delito es el Estado. Por ello, no estoy de acuerdo con Vives cuando manifiesta que la anterior afirmación -que el sujeto pasivo del delito es el Estado- «no puede sostenerse de un modo tajante porque, en general, la lesión del bien público envuelve, de modo inescindible, la de bienes privados. Tal es, v.gr., lo que sucede en el caso de la intimidación, o del acometimiento. La Autoridad o funcionario será también sujeto pasivo propio, en la medida en que el delito contempla una pluralidad de ofensas, incluyendo, en parte, las que afectan a sus bienes particulares»”.

¹²⁸ QUERALT JIMÉNEZ, JOAN J.: “Derecho Penal Español. Parte Especial”, quinta edición, Editorial Atelier, libros jurídicos, cit. pág.1.126: “En puridad, al igual que sucede en los delitos de los funcionarios contra el ejercicio de los derechos cívicos, lo que está en juego es el Estado de Derecho. Rechtsstaalichkeit –la estatalidad de Derecho- y el ciudadano es el objeto material del delito. Pues bien, aquí el funcionario recibe la acción como objeto material del delito. Pues bien, aquí el funcionario recibe la acción como objeto de la misma, no como titular de un derecho colectivo, que es de lo que se trata en este capítulo”.

¹²⁹ QUINTERO OLIVARES, GONZALO (y otros): “Comentarios a la Parte Especial de Derecho Penal”, séptima edición, Pamplona, cit. pág. 2056: “Fuera de ese ámbito de delitos no merecerían un trato diferencial del que se otorga a los delitos comunes que aquí operan como referencia, amenazas y coacciones, ya que al tratarse de bienes jurídicos personalísimos no puede establecerse diversa intensidad de protección en función del destinatario, la especialidad de sanción debe de encontrar se fundamento en la pluriofensividad del delito, sin perjuicio de que insistamos en ello al hablar de los delitos contra el orden público «stricto sensu»”.

funcionarios públicos en los que la acción la recibe una persona concreta, estaríamos ante un hecho delictivo pluriofensivo.

Pero es CUERDA ARNAU¹³⁰, quién realmente ha profundizado más al tratar el bien jurídico protegido, que estamos ante un tipo delictual pluriofensivo al señalar que esta era la postura mantenida en el antiguo delito de desacato, en el que la víctima no solo era el Estado y sus instituciones, sino los bienes particulares del funcionario en concreto, y así, habla de que existe un sujeto pasivo del delito que sería el Estado, y un sujeto pasivo de la acción¹³¹.

Aduce la autora que esta distinción no puede considerarse baladí, pues si se acepta tal postura, nunca cabrá apreciar un concurso cuando la conducta haya dirigido la acción contra varios servidores

¹³⁰ CUERDA ARNAU: “Los delitos de atentado y resistencia”, Epígrafe III, bien jurídico, cit. pág. 6, editorial TOL349.199 ©www.tirantonline.com, año 2003, cit.: “Como es sabido, la naturaleza pluriofensiva de la infracción fue la tesis mayoritariamente asumida en relación con el delito de desacato, al tiempo que esa misma doctrina mayoritaria negaba tal carácter a los delitos que nos ocupan, pues se estimaba que, a diferencia de lo que en aquél acontecía, en éste cabía separar el bien colectivo de los bienes particulares del funcionario que pudieran resultar menoscabados (41). Lo procedente en tales casos era recurrir al concurso de delitos. Esa es, a mi juicio, la tesis correcta (42), ya que, a efectos de determinar la naturaleza respectiva de los tipos, hay que atender exclusivamente al bien o bienes que resulten específicamente protegidos”.

¹³¹ CUERDA ARNAU: “Los delitos de atentado y resistencia”, Epígrafe IV, sujetos, cit. págs. 1-2, editorial TOL349.199 ©www.tirantonline.com, año 2003: “Aunque existe acuerdo en entender que el bien jurídico protegido en estos tipos es la función pública o, si se prefiere, el principio de autoridad funcionalmente entendido, no es infrecuente que se afirme que los sujetos pasivos de tales delitos son los funcionarios, las autoridades y los agentes de la autoridad (59). Entiendo, sin embargo, que, una vez delimitado de aquel modo el objeto de protección, lo coherente es reservar la condición de sujeto pasivo en sentido estricto al Estado, pues es él quien ostenta la titularidad de tal función, que los servidores públicos se limitan a ejercer. El que, en efecto, puedan resultar afectados de modo inescindible bienes particulares del concreto funcionario no es suficiente -por las razones que en su momento expuse- para considerarlo sujeto pasivo propio, aunque sí baste para estimarlo sujeto pasivo de la acción (60). La distinción no es baladí, siquiera sólo sea porque, si se acepta lo anterior, nunca cabrá apreciar un concurso cuando la conducta se haya dirigido contra varios servidores públicos, sin perjuicio, claro está, de que sí quepa un tal concurso con las lesiones que eventualmente se le hayan producido a cada sujeto concreto”.

públicos, sin perjuicio, de que sí quepa tal concurso con las lesiones que eventualmente se le hayan producido a cada sujeto concreto, pero esta postura entendemos que no es acertada, en primer lugar, porque hay Sentencias del Tribunal Supremo, como la de fecha 31 de diciembre de 2001¹³² en la que tras mantener que son los propios empleados públicos los sujetos de la infracción, siendo éstos varios, pues se trataba de una patrulla policial, condena al autor de dichos delitos por un solo atentado¹³³, aunando como sujeto pasivo del delito y de la acción, tanto a los agentes de la autoridad, como a la institución democrática del Estado que éstos representan, por lo que, si estamos ante un hecho delictivo pluriofensivo, es contradictoria la postura mantenida por la citada autora, al entender que hay un sujeto pasivo del delito que es el Estado y otro de la acción que es el funcionario u agente, pues tanto el Estado como las autoridades, funcionarios o agentes que lo representan son tanto sujetos pasivos del delito como de la acción.

Por tanto sería más correcto entender como señalaba CERESO MIR¹³⁴ o COBO DEL ROSAL¹³⁵, que la autoridad, sus agentes o el

¹³² SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO NÚM. 2516/2001(RJ 2002/824), PONENTE, GARCÍA ANCOS, GREGORIO.

¹³³ En esta misma línea se pronunciaba el Tribunal Supremo en sus orígenes, su SALA 2ª, EN SENTENCIA NÚM. 53, DE FECHA 26 DE SEPTIEMBRE DE 1882 (Colección Legislativa de España, Sentencias del Tribunal Supremo en materia criminal, salas segunda y tercera, segundo semestre de 1882) al señalar en sus considerandos que: “El acometimiento a mano armada, hecho en un acto simultáneo a dos guardias municipales, no puede considerarse más que como un solo delito, atentatorio al principio de Autoridad que dichos funcionarios representen en actos del servicio”.

¹³⁴ CERESO MIR, JOSÉ: “Curso de Derecho Penal Español, Parte General”, cit. pág. 300.

funcionario público son los sujetos pasivos de este delito, siendo el Estado como representante de la sociedad en general el perjudicado.

Quien desde antiguo resolvió ya esta cuestión acerca de la pluriofensividad, en concreto fue el ilustrado MARQUÉS DE BECCARIA¹³⁶, aludiendo a los delitos de lesa majestad quien señalaba que “Todo delito, aunque sea privado, ofende a la sociedad; pero no todo delito intenta su destrucción inmediata”.

Por tanto, esta cita de BECCARIA bien podría aclarar este debate doctrinal, en el sentido de que siempre es la Sociedad representada a través de los poderes del Estado y a sus vez, ciudadanos que como autoridades, agentes o funcionarios preservan el interés que representa la sociedad, la afectada.

Por tanto, aunque el delito de atentado no persiga en sí, como finalidad, por el autor que lo comete la destrucción inmediata de la sociedad, si la agravia, perjudica y ofende, pues quien atenta contra el orden público, a su vez atenta contra el profesional que vela por éste en interés general de la sociedad y, aunque dicho autor dirija la acción hacia dicho profesional igualmente la dirige contra quién representa a esta, por ello entiendo que igualmente el sujeto pasivo del delito lo es

¹³⁵ COBO DEL ROSAL, MANUEL/ VIVEN ANTÓN, TOMÁS S.: “Derecho Penal Parte General”, cit. pág. 333.

¹³⁶ BECCARIA BONESANA, CESARE: “De los delitos y las penas”, cit. pág. 41: “Delitos de lesa majestad. Los primeros y máximos delitos, puesto que son los más dañosos, son los delitos de lesa majestad. Sólo la tiranía y la ignorancia, que confunden los vocablos y las ideas más claras, pueden dar ese nombre, y por consiguiente la máxima pena, a delitos de diferente naturaleza, y hacer así a los hombres, como en mil otras ocasiones, víctimas de una palabra. Todo delito, aunque sea privado, ofende a la sociedad; pero no todo delito intenta su destrucción inmediata”.

tanto el Estado y sus instituciones-orden público como el profesional que en el ejercicio de su cargo las representa y que, no obstante por ello, también puede ver lesionados sus bienes particulares, pues precisamente sabe que es un riesgo que tiene que asumir en el ejercicio de dichas funciones.

A su vez, JUANATEY DORADO¹³⁷, manifiesta que la tesis de VIVES ANTÓN¹³⁸ criticada por Cuerda Arnau, en la que señalaba que “el sujeto pasivo del delito es el Estado ya que no puede sostenerse de un modo tajante porque, en general, la lesión del bien público envuelve, de modo inescindible, la de bienes privados”, es válida para los delitos de atentado y resistencia, pero no para el de desobediencia.

Como advierten COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN¹³⁹, de

¹³⁷ JUANATEY DORADO: “El delito de desobediencia a la autoridad”. TOL62.305 ©www.tirantonline.com; Doctrina, fecha 20/11/2001. Epígrafe 4.2.1 Planteamiento, cit. pág. 1: “Titular del bien jurídico protegido por la norma y, por tanto, sujeto pasivo del delito es el Estado. Por ello, no estoy de acuerdo con Vives cuando manifiesta que la anterior afirmación -que el sujeto pasivo del delito es el Estado- «no puede sostenerse de un modo tajante porque, en general, la lesión del bien público envuelve, de modo inescindible, la de bienes privados. Tal es, v.gr., lo que sucede en el caso de la intimidación, o del acometimiento. La Autoridad o funcionario será también sujeto pasivo propio, en la medida en que el delito contempla una pluralidad de ofensas, incluyendo, en parte, las que afectan a sus bienes particulares» (135). Aunque Vives realiza estas consideraciones a propósito del delito de atentado, más adelante, al analizar el delito de desobediencia a la autoridad, nos dice que son aplicables también a este último tipo penal (136). Personalmente, creo que tales observaciones son válidas para el delito de atentado e, incluso, para la resistencia no constitutiva de atentado, pero no para el delito de desobediencia regulado en el artículo 556 -anterior 237- del Código penal”.

¹³⁸ VIVES ANTÓN, T.S/ CARBONELL MATEU, J.C: “Derecho Penal. Parte Especial Delitos contra el orden público”, cit. pág. 150.

¹³⁹ COBO DEL ROSAL, MANUEL/ VIVES ANTÓN, TOMÁS S.: “Derecho Penal Parte General”, cit. pág. 331: “Correlativamente a la antigua distinción entre un bien jurídico inmediato y otro mediato se ha planteado la de un sujeto pasivo mediato y otro inmediato. Según este criterio, en toda suerte de delitos habría un sujeto pasivo mediato constituido por la comunidad o, para algunos, por el Estado, cuyos intereses genéricos resultan, en última instancia, afectados por cualquier clase de infracción.

la misma manera que se puede hablar de un bien jurídico mediato y otro inmediato, podrían hacerlo de un sujeto pasivo mediato y otro inmediato, y que en el caso que nos ocupa, será sujeto pasivo mediato el Estado y el otro será siempre el titular del derecho protegido por el Texto punitivo.

En contra de esta postura de sujeto pasivo mediato e inmediato encontramos a CEREZO MIR¹⁴⁰ en el sentido de “El que sólo el Estado pueda aplicar una pena o una medida de seguridad, dado el carácter público del Derecho penal, no quiere decir que el Estado sea sujeto pasivo mediato o inmediato de todos los delitos”.

Vuelve a resultar contradictoria la teoría de que el sujeto pasivo del delito es el Estado y el sujeto pasivo de la acción es la autoridad, sus agentes o el funcionario público, tal y como señalaba Cuerda Arnau, pues siempre el agraviado de cualquier delito público o semipúblico lo es el Estado o alguna de sus instituciones, cualquiera que sea su forma, pues nunca olvidemos la naturaleza supraindividual del bien jurídico tutelado privilegiadamente por la norma.

Otros autores como MANUEL QUINTANAR DÍEZ¹⁴¹ o FRANCISCO MUÑOZ CONDE¹⁴², sostienen que el sujeto pasivo es

La admisibilidad del bien jurídico mediato del llamado sujeto pasivo mediato pudiera ser discutible y, en cualquier caso, ambos conceptos resultan dogmáticamente poco útiles, pues por su carácter excesivamente genérico y abstracto no desempeñan ninguna función a la hora de precisar la concreta estructura de la infracción punible”.

¹⁴⁰ CEREZO MIR, JOSÉ: “Curso de Derecho Penal Español, Parte General I. Introducción. Teoría jurídica del delito/1”, cit. pág. 299.

¹⁴¹ COBO DEL ROSAL, MANUEL (y otros): “Derecho Penal Español. Parte Especial”, editorial Dykinson, S.L., cit. pág. 1.091: “El sujeto pasivo del presente delito lo constituyen los poderes públicos y, en último extremo la Administración

la autoridad, sus agentes o los funcionarios públicos y se limitan a remitir al artículo 24 del Texto punitivo, para definir a los mismos, pero sin entrar en el anterior debate respecto del sujeto pasivo del delito de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos.

En resumen, y recordando nuevamente a BECCARIA¹⁴³, en referencia al Derecho penal, decir que la justicia humana, o sea, la política, no siendo más que una relación entre la acción y el estado variable de la sociedad, puede variar a medida que llega a ser necesaria o útil a la sociedad aquella acción; por tanto, tomando como referencia estas palabras, bien podrían interpretarse en el sentido de que ,es la sociedad, representada por el Estado, la que se ve afectada de una forma general como sujeto pasivo de todos los delitos, siendo la política como justicia humana la que busca como fin castigar a quien agravia a la sociedad¹⁴⁴ representada por el Estado.

En conclusión, y adoptando el mismo criterio que COBO DEL ROSAL, diremos que, es el Estado en su concepción más amplia el

del Estado, siendo la autoridad, sus agentes, los funcionarios públicos sujetos pasivos de la acción”.

¹⁴² MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: “Derecho Penal. Parte Especial”, Valencia 2007, cit. pág. 864: “El sujeto pasivo es la autoridad, sus agentes o los funcionarios públicos.”

¹⁴³ BECCARIA BONESANA, CESARE: “De los delitos y las penas”; cit. 41: “La justicia divina y la justicia natural son por su esencia inmutables y constantes, puesto que la relación entre dos mismos objetos es siempre la misma; pero la justicia humana, o sea, la política, no siendo más que una relación entre la acción y el estado variable de la sociedad, puede variar a medida que llega a ser necesaria o útil a la sociedad aquella acción, lo cual no se comprende bien sino por quien analice las complicadas y muy mudables relaciones de las combinaciones civiles”.

¹⁴⁴ BECCARIA BONESANA, CESARE: “De los delitos y las penas”; cit. pág. 88: “Hemos visto cual es la verdadera medida de los delitos, es decir, el daño a la sociedad”.

que además de “su interés genérico en la no comisión de cualquier delito, es auténtico y genuino sujeto pasivo en aquellos delitos en que directamente ostente la condición de titular del bien jurídico por ellos lesionado¹⁴⁵”, siempre claro está que haya sido también sujeto pasivo del delito la autoridad, sus agentes o el funcionario público en el ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas en representación del mismo.

¹⁴⁵ COBO DEL ROSAL, MANUEL/ VIVEN ANTÓN, TOMÁS S.: “Derecho Penal Parte General”, 1996, cit. págs. 331-332.

2.1.- Los conceptos de de autoridad, de agente de la autoridad y de funcionario público como representantes del orden público-social y del principio de autoridad para el Texto punitivo

2.1.1.- Cuestiones previas

Como hemos tenido ocasión de estudiar, el Título XXII del Texto punitivo bajo la rúbrica de delitos contra el orden público, incardina entre otros los delitos de atentado, desobediencia y resistencia tipificados entre los artículos 550 y 556 de dicho cuerpo legal, relacionado siempre con el principio de autoridad, pero siempre bajo el prisma de un bien jurídico de carácter supraindividual y, como es lógico, este tipo de delitos pretende proteger también un bien jurídico de carácter individual, es decir, al funcionario o la autoridad que en el ejercicio de la función por la cual representa a ese orden social ve lesionado de una forma individual su integridad física o moral.

En esta línea refiere CUERDA ARNAU¹⁴⁶, que hemos de hablar de pluriofensividad, pues el sujeto activo del delito de atentado, de un lado acomete contra el orden social y el principio de autoridad representado por un sujeto pasivo que no solo es el Estado en cualquiera de sus formas, sino la persona que está investida de carácter público y de autoridad en representación del mismo.

Al llevar a cabo esta distinción como delito pluriofensivo,

¹⁴⁶ CUERDA ARNAU: “Los delitos de atentado y resistencia”, cit. págs. 1 a 19.

vemos aflorar algunas dudas, que como sostiene CUERDA ARNAU¹⁴⁷, en el caso del atentado se está utilizando este concepto en su sentido más propio, para el que la pluriofensividad se hace depender del hecho de que existan varios bienes inmediatamente tutelados por la norma sin que, por tanto, se tome en consideración a ese efecto el que eventualmente puedan existir, junto al objeto de protección, otro u otros objetos de la lesión, como antes indicábamos: la integridad física o el honor propio o individual de quien en el ejercicio de sus funciones representa a la Administración en cualquiera de sus formas.

La autora, en la misma línea anteriormente apuntada por JIMÉNEZ DÍAZ¹⁴⁸, refiere que la naturaleza pluriofensiva de la infracción fue la tesis mayoritariamente asumida en relación con el desaparecido delito de desacato, al tiempo que esa misma doctrina mayoritaria negaba tal carácter a los delitos que nos ocupan, pues se estimaba que, a diferencia de lo que en aquél acontecía, en éste cabía separar el bien colectivo de los bienes particulares del funcionario que pudieran resultar menoscabados.

Lo procedente en tales casos para CUERDA ARNAU es recurrir al concurso de delitos, siendo esa la tesis correcta, ya que, a efectos de determinar la naturaleza respectiva de los tipos, hay que atender

¹⁴⁷ CUERDA ARNAU: “Los delitos de atentado y resistencia”, cit. págs. 1 a 19.

¹⁴⁸ JIMÉNEZ DÍAZ, MARÍA JOSÉ: “Los delitos de desacato en el Código Penal Español”, cit. pág. 152.

exclusivamente al bien o bienes que resulten específicamente protegidos.

No obstante, el que los concretos bienes particulares del agredido no sean el objeto de protección y deba darse entrada al concurso, no obsta para reconocer que sí son objeto de la lesión.

Por tanto una vez hecha esta delimitación, la otra definición del bien jurídico individual afectado por el delito de atentado, hemos de reconducirla al artículo 24 del Código Penal, y que como recogíamos en el epígrafe anterior, nos define quien está en posesión de ese valor que es representar como funcionario, autoridad o agente de la misma al orden público, ostentando para ello el principio de autoridad, estableciendo dicho precepto en su apartado primero que “a los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal”.

De otro lado dicho cuerpo legal considera funcionario público a “todo el que por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas”.

Todos los autores estudiosos de este tema se centran en la definición que el artículo 24 del Texto punitivo ofrece del sujeto

pasivo, es decir, no solo el Estado como ya se señaló, sino además, la autoridad, sus agentes, o los funcionarios públicos (FRANCISCO MUÑOZ CONDE¹⁴⁹, MANUEL COBO DEL ROSAL-MANUEL-QUINTANAR DÍEZ¹⁵⁰, ADOLFO CARRETERO SÁNCHEZ¹⁵¹ o MARGARITA ROIG TORRES¹⁵² entre otros).

¹⁴⁹ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: “Derecho Penal. Parte Especial”, Valencia, 2007, cit. pág. 864: “El sujeto pasivo es la autoridad, sus agentes o los funcionarios públicos. El concepto de tales lo ofrece el art. 24 (cfr. también infla capítulo XLI.)”

¹⁵⁰ COBO DEL ROSAL, MANUEL (y otros): “Derecho Penal Español. Parte Especial”, Madrid 2005, cit. pág. 1091: “El sujeto pasivo del presente delito lo constituyen los poderes públicos y, en último extremo la Administración del Estado, siendo la autoridad, sus agentes, los funcionarios públicos sujetos pasivos de la acción. Los conceptos de autoridad y funcionario público quedan delimitados en el artículo 24 del Código Penal.”

¹⁵¹ CARRETERO SÁNCHEZ, ADOLFO: “El delito y falta de atentado, resistencia y desobediencia contra la autoridad y sus agentes: una visión realista entre el exceso y el defecto en su aplicación penal práctica”, Diario La Ley, N° 6481, 12 Mayo. 2006, Ref. D-120, Ed. LA LEY, págs. 15-16: “Sujeto pasivo de este delito serán la autoridad, sus agentes o los funcionarios públicos.

El concepto de autoridad o funcionario a los efectos de integrar el tipo del art. 550 CP (LA LEY 3996/1995) lo proporciona el art. 24 CP (LA LEY 3996/1995),...

No se deben contraponer los conceptos de autoridad y funcionario público, que, como señala COBO DEL ROSAL ⁽²⁵⁾, están en relación de género y especie, ya que todo funcionario público es autoridad aunque no tenga una vinculación permanente con la Administración.

Según el art. 7.1 LOCFS (LA LEY 619/1986), «En el ejercicio de sus funciones, los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad tendrán a todos los efectos legales el carácter de agentes de la autoridad», por lo que tanto los miembros de la Policía Nacional, Guardia Civil, Policía Autonómica y Policía local son agentes de la autoridad.

Los vigilantes de seguridad privada no son autoridad al no reconocerles esta condición la LOCFS ni la Ley 23/1992 de 30 de julio (LA LEY 2258/1992), de Seguridad Privada, pero pueden adquirir esta condición si son acometidos o intimidados cuando «acudan en auxilio de la autoridad, sus agentes y funcionarios», como dice el art. 555 CP (LA LEY 3996/1995), aunque se impongan a los agresores las penas de los arts. 550 (LA LEY 3996/1995) y 551 (LA LEY 3996/1995) en un grado inferior.

¹⁵² ROIG TORRES, MARGARITA: “El Delito de Atentado”, cit. pág. 94, “Pues bien, la definición de esos dos términos se recoge, como es sabido, en el artículo 24 del Código Penal, cuya dicción -«a los efectos penales se reputará autoridad» y «se considerará funcionario público»-, pone de manifiesto que los conceptos que allí se definen son específicos para el Derecho punitivo”.

En consonancia con esta definición ofrecida por el artículo 24 del Texto punitivo, apunta el Tribunal Supremo¹⁵³ que lo “verdaderamente característico y lo que les dota de la condición

¹⁵³ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 16-6-2003, Nº 866/2003, REC. 1081/2002. PTE: MARTÍN PALLÍN, JOSÉ ANTONIO (EDJ 2003/92807): “3.- El punto de debate, se centra exclusivamente en la determinación de, si el personal laboral contratado para ejercer sus funciones en el ámbito de un organismo público, adquiere la condición de funcionario, a los efectos de la especificidad de los delitos que pudiera cometer en el desempeño de las funciones encomendadas.

El artículo 24.2 del Código Penal vigente mantiene la cláusula amplia que ha sido tradicional en nuestra historia legislativa, atribuyéndole esta condición, no sólo a los que la ley asigna directamente la condición de funcionario, sino también a todos aquellos que por elección o por nombramiento de la autoridad competente, participe en el ejercicio de funciones públicas. Esta última cláusula permite dar un sentido amplio al concepto de funcionario, ya que la consideración de tal viene determinada por la participación, de alguna manera, en el ejercicio de funciones públicas, estableciéndose una atribución de las notas características de los funcionarios por la materialidad de estar en un organismo público y realizar actividades que sólo podrían ser llevadas a cabo por personas a las que se atribuye esta condición.

3.- La posición del personal laboral contratado tiene una doble vertiente, por un lado, su vinculación con la Administración es de carácter estrictamente temporal y condicionada a la duración del contrato y, por otro, el ejercicio material de funciones públicas, de igual naturaleza y contenido que las que realizaría una persona que tuviese un reconocimiento legal de sus funciones, produce una equiparación a estos efectos concretos.

El criterio meramente funcional, para la asignación de la condición de funcionario público, ha llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a mantener, de manera uniforme y constante, que el concepto de funcionario público, a efectos penales, es más extenso que el que derivaría de una estricta concepción administrativa. No se puede olvidar que el Código Penal, no obliga a mantener una visión estrictamente normativa del concepto de funcionario, ya que no define al funcionario desde un punto de vista legal, sino que emplea deliberadamente la expresión "se considera", desmarcándose de todo rigor legalista.

Se ha dicho, por alguna sentencia, que los funcionarios de empleo en contraposición a los funcionarios de carrera, tienen similar o semejante cuadro de derechos y obligaciones, con independencia de su estabilidad o permanencia en el puesto. Lo verdaderamente característico y lo que les dota de la condición pública, es la función realizada dentro de un organigrama de servicios públicos. En el caso presente, la actuación de la acusada, como traductora intérprete para la Brigada de Extranjería y Documentación del Cuerpo Nacional de Policía, se desempeñaba en la Oficina de Extranjeros, ubicada en la Delegación Provincial de Trabajo. La oficina fue creada para la regularización de ciudadanos extranjeros en España. Su funciones eran las de atender al público de habla marroquí, recepción de solicitudes de regularización y documentación anexa a las mismas y grabación en las bases de datos informáticas, de los datos correspondientes a dichas solicitudes. Estas actividades dotan de, un carácter público- administrativo al desempeño de funciones que, en otro caso, podrían haber sido encomendadas a funcionarios de carrera, que tuviesen estos conocimientos. Por consiguiente no se puede discutir su carácter de funcionaria pública.

pública, es la función realizada dentro de un organigrama de servicios públicos.”

Hemos visto que el delito de atentado pretende la protección de un bien jurídico supraindividual que es el orden público del Estado y un sujeto pasivo que es la autoridad o funcionario público que represente a referido ente en el ejercicio de sus funciones, dada la naturaleza pluriofensiva de referido delito.

En cuanto a la naturaleza del artículo 24 del Texto punitivo, para JAVATO MARTÍN¹⁵⁴ existen tres tipos de argumentos distintos ofrecidos por la doctrina.

El primero de ellos, afirma que se trata de una norma de interpretación contextual auténtica, puesto que dicho artículo no crea un concepto de funcionario público, limitándose a indicar lo que ha de entenderse como funcionario público para la aplicación de algunos tipos penales, teoría liderada por DEL TORO MAZAL¹⁵⁵ o ANTÓN ONECA¹⁵⁶.

Otra corriente liderada por COBO DEL ROSAL¹⁵⁷ se manifiesta a favor de la naturaleza constitutiva y no interpretativa de esta norma penal; para éste el concepto de funcionario público es un concepto

¹⁵⁴ JAVATO MARTÍN, A.M.: “El delito de atentado. Modelos legislativos. Estudio histórico-dogmático y de Derecho comparado”, cit. págs. 348-349.

¹⁵⁵ DEL TORO MARZAL: “Comentarios al Código Penal”; VVAA, T.II, Barcelona 1972.

¹⁵⁶ ANTÓN ONECA: “Derecho Penal”; 2ª Edición, Madrid 1986, pág. 96.

¹⁵⁷ COBO DEL ROSAL, MANOLO: “Examen crítico del párrafo 3.º del artículo 119 del Código penal español (sobre el concepto de funcionario público a efectos penales)”; en RGLJ 1962 núm. 112, cit. pág. 225.

normativo, jurídico, autónomo e independiente respecto del concepto de funcionario público que encontramos en otras ramas del derecho.

Finalmente, otro sector doctrinal minoritario encabezado por QUERALT JIMÉNEZ¹⁵⁸ y OCTAVIO DE TOLEDO¹⁵⁹ mantienen que el término funcionario se utiliza como objeto de una definición, pero no como definición o concepto del mismo. El legislador ha empleado el término en sentido coloquial sin más pretensión que la de manifestar un pensamiento.

Es la última jurisprudencia la que aunando los criterios que ya habían adoptado algunos Tribunales menores y el Supremo en alguna ocasión respecto de considerar autoridad a profesores o médicos, la que cuestiona de una forma permanente el significado del principio de autoridad, por cuanto sólo se solía atribuir a otros sectores más relacionados con la Justicia o con los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, lo que parece más lógico tal y como he apuntado anteriormente, y así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1991¹⁶⁰ mantiene que “el delito de atentado requiere que el

¹⁵⁸ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: “Delitos contra la administración pública en el nuevo código penal. Una aproximación desde la nueva regulación de la prevaricación administrativa, en Estudio y aplicación práctica del código penal de 1995”; Tomo II. Parte Especial. Editorial Colex, 1997, cit. pág. 421.

¹⁵⁹ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO EMILIO: “La prevaricación del funcionario público”; Madrid 1980, cit. págs.141 y ss.

¹⁶⁰ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª 26-2-1991. PTE: HUERTA Y ALVAREZ DE LARA, ANTONIO (EDJ 1991/2062): “PRIMERO.- El motivo primero del recurso, formulado al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL1882/1, denuncia la indebida aplicación del artículo 231.2 en relación con el artículo 236, ambos del Código Penal, fundamentándolo en que el delito de atentado requiere que el sujeto pasivo tenga la condición de funcionario público y en la sentencia consta que el lesionado era "profesor de Universidad" pero no que tuviera la condición de funcionario público en el momento en que ocurrieron los hechos; los citados preceptos invocados como

sujeto pasivo tenga la condición de funcionario público y en la sentencia consta que el lesionado era "profesor de Universidad" pero no que tuviera la condición de funcionario público en el momento en que ocurrieron los hechos”, igualmente la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1993¹⁶¹ se pronuncia “al considerar al

infringidos sancionan a los que atentan contra los agentes de la Autoridad o funcionarios públicos, acometiéndolos, empleando fuerza contra ellos, intimidaren gravemente cuando se hallaren en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ella y de la declaración de hechos probados de la sentencia recurrida aparece cómo el agredido era Catedrático de Anatomía de la Facultad de Medicina del País Vasco, por lo que ostentaba la condición de funcionario público, con forma a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 119 del Código Penal y con la Ley General de Educación, lo que era conocido por el procesado que era estudiante de esa Facultad y examinado por un Tribunal que presidía el citado Catedrático al que agredió y lesionó con ocasión de las funciones docentes que ejercía la víctima que anteriormente le había examinado, como antes se dice, y suspendido en la asignatura de Anatomía 11; por tanto quedan comprendido los catedráticos en el artículo 119 del Código Penal, criterio que con reiteración ha venido manteniendo esta Sala.”

¹⁶¹ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 20-5-1993, Nº 1183/1993, REC. 1807/1992. PTE: MONER MUÑOZ, EDUARDO (EDJ 1993/4753): “PRIMERO.- El primer motivo de impugnación, se formaliza al amparo del núm. 1.º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y en el mismo se denuncia infracción por aplicación indebida de los arts. 236 y 231 del Código Penal, al considerar al médico como funcionario público. En primer término, hay que resaltar que según el relato fáctico, la víctima ejercía sus funciones no en consulta privada, sino que las prestaba en el Servicio de Urgencia de la Seguridad Social de Roquetas, y poseía el nombramiento de médico sustituto debidamente autorizado por la Dirección Provincial de SAS.

El art. 119 del Código Penal -dice la Sentencia de esta Sala de 9 de octubre de 1991- alude a tres formas de acceder al funcionariado, bien por disposición inmediata de la ley, por elección o por nombramiento de la autoridad competente, siempre que se participe del ejercicio de funciones públicas. Y esta última es la que concurre en el médico de la Seguridad Social, perjudicado por el delito, cuyo nombramiento había sido autorizado por la Dirección Provincial de SAS. Los funcionarios de empleo, en contraposición a los de carrera, tienen similar cuadro de derechos y obligaciones que los reconocidos a los funcionarios en propiedad. Y ello no tanto por su estabilidad en el ejercicio del cargo, sino porque las funciones por ellos ejercidas; son idénticas a las llevadas a cabo por titulares, por lo que su calificación de pública resulta indiscutible, ampliándose así los condicionamientos del art. 119 del Código Penal) porque dicha actividad funcional pública debe referirse a ejercitar alguna actividad que por su carácter social y trascendencia colectiva está encomendada al Estado, provincia o municipio, o entes públicos dependientes más o menos directamente de los mismos, y no puede dudarse de tal cualidad a los Servicios de la Seguridad Social, Instituto Nacional de la Salud, o su correlativo si se halla transferido a una Comunidad Autónoma, vinculados a la administración pública. Concretamente, la Sentencia de esta Sala de 15 de noviembre de 1973, estimó que un médico de la Seguridad Social es funcionario público a efectos del art. 119 del Código Penal y las de 15 de junio de 1979 y 7 de abril de 1981, declararon que los farmacéuticos, médicos y enfermeras que por disposición legal se incorporan a la prestación de un servicio social a cargo del -antiguo-Instituto Nacional de Previsión,

médico como funcionario público. En primer término, hay que resaltar que según el relato fáctico, la víctima ejercía sus funciones no en consulta privada, sino que las prestaba en el Servicio de Urgencia de la Seguridad Social de Roquetas, y poseía el nombramiento de médico sustituto debidamente autorizado por la Dirección Provincial de SAS... porque dicha actividad funcional pública debe referirse a ejercitar alguna actividad que por su carácter social y trascendencia colectiva está encomendada al Estado, provincia o municipio, o entes públicos dependientes más o menos directamente de los mismos, y no puede dudarse de tal cualidad a los Servicios de la Seguridad Social, Instituto Nacional de la Salud, o su correlativo si se halla transferido a una Comunidad Autónoma, vinculados a la administración pública”; también la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 27 de noviembre de 1995¹⁶² para la que “el recurrente no ha discutido la

cine depende del Estado, les otorga los requisitos necesarios para alcanzar el carácter de funcionario público. y ello aunque la jurisdicción laboral sea la competente Para entender de las cuestiones contenciosas que surjan entre ellos, lo que no obsta a tal consideración de funcionarios públicos a los fines de la legislación penal. El motivo ha de rechazarse.”

¹⁶² SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MURCIA, SEC. 2ª, 27-11-1995, REC. 98/1995. PTE: JOVER CARRIÓN, MARÍA (EDJ 1995/10026): “PRIMERO.- Se basa, en primer lugar, el presente recurso en que ha existido una errónea valoración de la prueba practicada, toda vez que de la misma no se desprende que la conducta del acusado pueda quedar incardinada en el art. 231,2º CP, pues si bien el recurrente no ha discutido la condición de funcionario público que ostenta el director del centro escolar, rechaza que el mismo se hallara en el ejercicio de las funciones de su cargo cuando ocurrieron estos hechos, de lo que se desprende la ausencia de uno de los elementos constitutivos del tipo que no permite aplicar el art. 231,2º CP. Sin embargo, y frente a tal argumentación, se impone la valoración objetiva de los antecedentes probatorios que obran en las actuaciones y en el juicio oral y de todos ellos se desprende sin lugar a dudas que el acusado y su hijo visitaron al director en su despacho del centro escolar, así consta en el testimonio de la madre de uno de los alumnos y de profesores del centro, y fueron a visitarlo para hacerle entrega de unos dibujos que pretendían aportar, negándose a ello el director que en todo momento actuó en su condición de tal, ya que además le exigieron que les entregara un certificado, todo ello sólo puede ser solicitado de un funcionario público que se encuentra en el ejercicio de su actividad.

condición de funcionario público que ostenta el director del centro escolar, rechaza que el mismo se hallara en el ejercicio de las funciones de su cargo cuando ocurrieron estos hechos”, en el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 9 de noviembre de 2000¹⁶³ para la “que en el caso de autos, el

Precisamente el acometimiento se inició ante la negativa del director para atender las pretensiones del acusado y de su hijo de catorce años, momento que éstos a la salida del despacho acometieron al director agrediéndole físicamente, quien resultó lesionado, no constando acreditado que hubiera mediado un previo ataque por parte del director hacia el acusado y a su hijo, sino que muy al contrario ambos insultaron a aquél ya en el despacho, así se acredita en el testimonio de María del Carmen, que escuchó las expresiones procedentes del despacho en voces que no eran las del director, dando lugar que a la salida una de las profesoras llamara al 091 y un profesor se llevó al chico al patio.

SEGUNDO.- Todo ello nos lleva a la conclusión de que nos hallamos en presencia de un delito de atentado del art. 231,2º CP EDL1995/16398 , toda vez que concurren los requisitos objetivos y subjetivos que convienen a dicha figura delictiva: a) en cuanto a la actividad o acción, un acometimiento empleo o una fuerza, intimidación grave o resistencia también grave, como sinónimos de agresión física, acto de violencia material o perturbador del sentimiento de seguridad, o empleo de una fuerza en acción pasiva, todo ello contra persona que tenga la condición de funcionario público; b) en cuanto a la antijuridicidad, el sujeto pasivo estaba en el ejercicio de la función de su cargo, o con ocasión de la misma; y c) en lo referente a la culpabilidad se ha puesto de relieve el ánimo tendencial y específico de menoscabar el principio de autoridad, (SS 21 mayo 1987, 7,2, 14 y 20 diciembre 1986).”

¹⁶³ SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÁDIZ, SEC. 7ª, 9-11-2000, Nº 231/2000, REC. 233/2000. PTE: GUTIÉRREZ LUNA, MANUEL (EDJ 2000/55533): “PRIMERO.- Que, la sentencia recurrida, condena al apelante como autor de un delito de atentado y una falta de lesiones, ya que, estima que existió acometimiento a un funcionario público - Jefe de Estudios del Colegio S." de San Roque -, en el propio centro donde el mismo ejerce sus funciones como tal y en presencia de otras personas del centro que comprobaron lo acontecido, al tiempo que le causó lesiones, que no precisaron tratamiento médico.

Que, el único motivo del recurso interpuesto, pese a que no se mencione de forme expresa, lo constituye error en la apreciación de precepto legal, por cuanto estima inaplicable a los hechos enjuiciados el tipo penal del artículo 550 del Código Penal, así como su estimación de que, no se trató de menospreciar el principio de autoridad por parte de su defendido.

SEGUNDO.- Que, el delito de atentado, regulado en el artículo 550 del Código Penal, consiste en el acometimiento a la Autoridad, sus agentes o funcionarios públicos, cuando se hallen en el ejercicio de las funciones de su cargo o con ocasión de ellas. Que, los elementos que, ha de reunir la figura del atentado, conforme a la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo, han de ser los siguientes:

- a) La cualidad de funcionario público, autoridad o agente del sujeto pasivo de la acción.
- b) El que aquéllos se hallen en el ejercicio de sus cargos o con ocasión del ejercicio de los mismos.
- c) Que la acción pueda diversificarse en acometimiento, empleo de fuerza, o intimidación grave.

recurrente acudió al colegio público, del que el perjudicado es Jefe de Estudios, y tras conocer esa cualidad, que conlleva la de funcionario público conforme al artículo 24-2 del Código Penal, le zarandó, empujó, haciéndole objeto de lesiones, de las que curó sin precisar tratamiento médico”; asimismo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 12 de abril de 2006¹⁶⁴ establece que “así, el

d) Ánimo o propósito de ofender a la autoridad, sus agentes o funcionarios públicos, en detrimento del principio de autoridad.

Que, en el caso de autos, el recurrente acudió al colegio público, del que el perjudicado es Jefe de Estudios, y tras conocer esa cualidad, que conlleva la de funcionario público conforme al artículo 24-2 del Código Penal, le zarandó, empujó, haciéndole objeto de lesiones, de las que curó sin precisar tratamiento médico.

Que, el acometimiento, requisito imprescindible para la existencia de este delito, equivale a embestida, ataque o agresión, figurando en la praxis jurisprudencial - sentencia del T.S. de 30 de Abril de 1987, supuestos en los que se propina un puñetazo, una bofetada a los sujetos pasivos, se les empuja fuertemente, o se lucha contra ellos. El delito de atentado - sentencia de la AP Madrid de 30 Noviembre 1999 -, surge cuando hay ataque o acometimiento. En el caso que nos ocupa la Sala estima de forma indudable que existió acometimiento del condenado-recurrente frente al Sr. Jefe de Estudios del Colegio Público, ya que, mediaron frente al mismo, no solo empujones y zarandeos, sino al mismo tiempo, lesiones de las que no precisó tratamiento médico.

TERCERO.- Que, en cuanto al menoscabo del principio de autoridad exigido como requisito por la jurisprudencia, el propio T. S., - sentencia de 15 de Septiembre de 1.989 - ha venido entendiendo que para que se pueda entender cometido el delito es menester que haya concurrido tal elemento intencional, dada la naturaleza del bien jurídico protegido, reiterándose que el delito de atentado es perfectamente compatible con otros como los atentatorios a la vida o la integridad personal y a la propiedad, y que tal ánimo tendencial ha de entenderse ínsito en la propia acción, cuando ésta consista en un acto de acometimiento, ostentando el uniforme, o se conozca la condición de funcionario público de la persona acometida.

Es claro que, en el presente caso, se reúne el requisito examinado, toda vez que, el recurrente una vez llegó el conserje del Colegio público, al no atenderle en su petición, acudió el Jefe de Estudios de dicho Centro, Miguel Ángel, identificándose como tal frente a Francisco, comenzando el acometimiento hacia aquél, a partir de ese instante. Existió por consiguiente menoscabo del principio de autoridad, toda vez que, medió agresión hacia un funcionario público, en presencia de cuantas personas se hallaban en aquel momento en el lugar. Procede en consecuencia, la desestimación del recurso interpuesto y la confirmación de la sentencia recurrida.”

¹⁶⁴ SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÓRDOBA, SEC. 2ª, 12-4-2006, Nº 99/2006, REC. 179/2006. PTE: MORILLO-VELARDE PÉREZ, JOSÉ MARÍA (EDJ 2006/113884): “SEGUNDO.- Se consignó en el recurso y se desarrolló en la preceptiva vista la falta de tipicidad de los hechos en relación con el delito de atentado. Definido en el artículo 550 del Código Penal, esta figura delictiva engloba en la actualidad el acometimiento físico a la autoridad, sus agentes o los funcionarios públicos que se encuentren en el ejercicio de sus funciones, con independencia de que la violencia ejercida contra ellos tenga o no como motivo la

sujeto pasivo es profesor titular de un centro oficial de enseñanza, teniendo en tal calidad la condición de funcionario público; se hallaba impartiendo la clase que le correspondía y, a tal efecto, es indiferente el momento en que los hechos pudieron producirse, pues se mantiene

reacción frente a la previa actuación del acometido, siempre que, tratándose de resistencia, ésta tenga la consideración de grave.

Puede decirse que el contexto en que el atentado se produce viene definido por la existencia de un ámbito en el que se desarrollan legítimamente las funciones propias del cargo de quien actúa, o con ocasión de las mismas, y que la acción está constituida por un acto de acometimiento o de resistencia grave no pasiva frente a la legítima actuación de la autoridad, el agente o el funcionario, con descrédito del principio de autoridad que tales personas encarnan.

En el presente supuesto, según se desprende del relato de hechos probados que se ha mantenido en función de las consideraciones que constan en el fundamento precedente, las circunstancias concurrentes encajan en el presupuesto de hecho previsto en el art. 550 ya citado. Así, el sujeto pasivo es profesor titular de un centro oficial de enseñanza, teniendo en tal calidad la condición de funcionario público; se hallaba impartiendo la clase que le correspondía y, a tal efecto, es indiferente el momento en que los hechos pudieron producirse, pues se mantiene esa circunstancia hasta que el profesor la da por finalizada; tuvo lugar una alteración de su normal desarrollo que hizo necesario el restablecimiento de la disciplina mediante la conminación al apelante a que abandonara el aula, orden legítima que emanaba de las facultades atribuidas al docente por el ordenamiento jurídico en cuanto permite remover los obstáculos que impidan el ejercicio de su autoridad académica en pro del interés colectivo de los demás alumnos; frente a la desobediencia inicial del menor, y desasistido de cualquier otra ayuda de que intentó valerse, ejerció por sí mismo la coerción necesaria para lograr el acatamiento de aquella orden de expulsión, siendo entonces cuando el recurrente reaccionó con violencia, propinando dos golpes al profesor en el pecho en presencia del resto de los alumnos, que le causaron lesiones leves.

A juicio de la Sala, la tipicidad de la conducta es evidente. Se trata de un delito de atentado en su modalidad de resistencia grave y a ello no empece la intencionalidad específica del sujeto activo en cuanto que no reconoce más autoridad que la suya propia y se erige en juez y parte de sus propias situaciones, sin considerar en lo más mínimo la existencia del bien colectivo, fundamento de la autoridad que pretende salvaguardar las condiciones que propician el desarrollo de los derechos de todos.

De esta forma, le es ajena la autoridad del profesor, de la que no puede decirse, en contra de lo que sostiene el recurrente, que es meramente académica, sino que se extiende, como no puede ser de otra manera, a los aspectos materiales mínimos imprescindibles para que la docencia pueda desarrollarse con normalidad y provecho, lo que incluye, desde luego, atribuciones para el mantenimiento de la disciplina.

Desconociéndose este aspecto de la autoridad del docente, cuyo carácter de funcionario público resulta de su condición de profesor de centro oficial de enseñanza, se niega la base misma de su función y se degrada, de otra parte, la autoridad como concepto necesario de la vida democrática.

No se hace, pues, una interpretación extensiva de preceptos penales, ni siquiera por el hecho evidente de que el profesor que no reúna la condición de funcionario público no pueda ser objeto de atentado, pues la tipicidad del delito que se comenta tiene por objeto la protección del principio de autoridad en abstracto, pero con trascendencia también en el desarrollo de los servicios públicos, como es el de la educación.”

esa circunstancia hasta que el profesor la da por finalizada; tuvo lugar una alteración de su normal desarrollo que hizo necesario el restablecimiento de la disciplina mediante la conminación al apelante a que abandonara el aula, orden legítima que emanaba de las facultades atribuidas al docente por el ordenamiento jurídico en cuanto permite remover los obstáculos que impidan el ejercicio de su autoridad académica en pro del interés colectivo de los demás alumnos; frente a la desobediencia inicial del menor, y desasistido de cualquier otra ayuda de que intentó valerse, ejerció por sí mismo la coerción necesaria para lograr el acatamiento de aquella orden de expulsión, siendo entonces cuando el recurrente reaccionó con violencia, propinando dos golpes al profesor en el pecho en presencia del resto de los alumnos, que le causaron lesiones leves”, También la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca de 2 de mayo de 2005¹⁶⁵ aduce que “por cuánto el sujeto pasivo de la agresión es una educadora del Centro Nuestra Señora de la Paz que, a los efectos

¹⁶⁵ SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CUENCA, SEC. 1ª, 19-5-2005, Nº 9/2005, REC. 5/2004. PTE: CASADO DELGADO, ERNESTO (EDJ 2005/78258): “SEGUNDO.- Los hechos también son constitutivos de un delito de atentado previsto en el art. 550 y 551.1 último inciso del Código Penal art.550 art.551.1 por cuánto el sujeto pasivo de la agresión es una educadora del Centro Nuestra Señora de la Paz que, a los efectos previstos en el art. 24 del Código Penal, tiene la consideración de funcionario público.

En este sentido se ha pronunciado esta misma Sala en sentencia de fecha 02/05/05 recaída en Rollo 1/2005 derivado del Expediente de Reforma 38/2004 seguido en el Juzgado de Menores de Cuenca, en los siguientes términos "El primer motivo del recurso debe ser estimado en base a los razonamientos esgrimidos por el Ministerio Fiscal que esta Sala asume como propios y ello por cuánto, partiendo del propio relato de hechos contenido en la resolución recurrida, Laura ejercía en la fecha de comisión de los hechos función de educadora en el Centro " Nuestra Señora de la Paz " sito en la localidad de Villaconejos del Trabaque, en el desarrollo de la misma tuvo un incidente con el menor Gabino y en su condición de educadora manifestó al menor que se le iba a incoar expediente disciplinario por haber vertido contra ella insinuaciones soeces y por insultos.

previstos en el art. 24 del Código Penal, tiene la consideración de funcionario público” y finalmente la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 3 de abril de 2008¹⁶⁶ alude a que “dicho tipo

Pues bien, partiendo de la uniforme y reiterada interpretación jurisprudencial del art. 24 del Código Penal expresada en la sentencia y que preconiza en el ámbito penal un concepto de funcionario público más amplio que desde el punto de vista administrativo y viene representado por el hecho de participar del ejercicio de las funciones públicas por los mecanismos expresados en el precepto reseñado - disposición inmediata de ley, elección o nombramiento de autoridad competente - no cabe duda que el desempeño o ejercicio de funciones como educadora de un centro donde se cumplen por los menores las medidas impuestas por los órganos judiciales y que dicha función la realice como contratada por la Fundación OBelén, entidad que tiene concertado un acuerdo de colaboración entre la Comunidad Autónoma de Castilla La Mancha en materia de ejecución de dichas medidas, debe conducir a entender que la educadora participa del ejercicio de funciones públicas por " disposición inmediata de ley" al amparo del art. 45 de la L.O.R.P.M".

Así las cosas, constando acreditado en la causa que el acusado Álvaro se encontraba interno en el Centro Nuestra Señora de la Paz en cumplimiento de una medida acordada por la autoridad judicial, que el sujeto pasivo de la agresión es una educadora contratada por la Fundación Internacional OBelén que es quien gestiona el Centro, que la Fundación tiene concierto con la Junta de Comunidades de Castilla la Mancha para la ejecución de las medidas tanto administrativas como judiciales referidas a los menores de edad; que la agresión se ejecuta cuando la propia educadora se encuentra ejercitando las funciones propias de su cometido, la Sala no alberga duda alguna que nos encontramos en presencia del ejercicio por parte de la educadora de verdaderas funciones públicas, por lo que la conducta del procesado se Álvaro se incardina en el delito de atentado previsto en el art. 550 y 551.1 del Código Penal, concurriendo los elementos exigidos por el tipo penal, a saber:

- agresión del acusado a la educadora María Dolores.
- que el sujeto pasivo sea un funcionario público en los términos previstos en el artículo 24 del Código Penal.
- conocimiento del acusado de la función pública que desempeñaba la educadora en el momento de la agresión, siendo significativo que la agresión se produce cuando la educadora se encuentra cumplimentando un cuestionario de preguntas al procesado como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario en su contra .
- finalmente, menoscabo del principio de autoridad y dignidad pública que en ese momento encarnaba la educadora al encontrarse en el ejercicio de funciones educadoras y correctoras de medidas impuestas al menor por la autoridad judicial.”

¹⁶⁶ SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEVILLA, SEC. 1ª, 3-4-2008, Nº 185/2008, REC. 5144/2007. PTE: JURADO HORTELANO, INMACULADA (EDJ 2008/214010): “Centrándonos en el fondo del asunto, respecto a la absolución de los dos denunciados, hemos de traer a colación la sentencia de la Audic. Provincial de Barcelona de 25-02-08 , en cuanto a los acometimientos y agresiones de que últimamente están siendo objeto distintos profesionales además de los policías, tales como personal sanitario, docente, y que en dicha sentencia se concreta en cuanto al delito de atentado previsto en los artículos 550 y 551.1 y primer inciso del Código Penal, indicándose en la misma que " ...Dicho tipo penal no se refiere únicamente a los funcionarios agentes de las fuerzas del orden público, sino que desde hace varios años- como se verá en la sentencias que se citarán- se ha comprendido dentro de este ilícito penal a todos aquellos profesionales, en especial, los que trabajan como funcionarios - e incluso con el carácter de contratados en algunas ocasiones- dentro de la enseñanza, sanidad

penal no se refiere únicamente a los funcionarios agentes de las fuerzas del orden público, sino que desde hace varios años- como se verá en la sentencias que se citarán- se ha comprendido dentro de este ilícito penal a todos aquellos profesionales, en especial, los que trabajan como funcionarios - e incluso con el carácter de contratados en algunas ocasiones- dentro de la enseñanza, sanidad y servicios

y servicios sociales públicos, siempre que se hallen ejerciendo una función pública y conociendo el agresor dicha esencial circunstancia...

El concepto de funcionario público plasmado en el art. 24.1 del Código Penal no se refiere al concepto jurídico-administrativo, sino a la protección de la pacífica prestación del servicio público encomendado a la Administración, lo que viene proclamado en la propia Constitución..."

Lo expuesto en la anterior sentencia, cuyos argumentos compartimos, es similar además a la tesis expuesta por esta misma Sala de la Audiencia en resolución de fecha 19-09-07, en que se decía "... nuestro Tribunal Supremo en Sentencia, de 6 de noviembre de 2006, donde nos recuerda que "el concepto penal del funcionario público no es coincidente con el proporcionado por el derecho administrativo, por ello el Código Penal contiene una definición propia del funcionario público, distinto del administrativo, que aparece conformado por dos elementos esenciales: el título de incorporación y el ejercicio de funciones públicas. Junto a los anteriores elementos, merece especial atención el término partícipe que emplea para indicar la funcionalidad. " Asimismo el Alto Tribunal sostiene en la meritada resolución que "para una correcta determinación del carácter público de la actuación ha de partirse, necesariamente, de la concurrencia de una finalidad dirigida a satisfacer los intereses generales, el criterio teleológico al que hemos hecho referencia con anterioridad, esto es, a las potestades de la administración, legislativa, jurisdiccional y ejecutiva, y dentro de éstas las dirigidas a la satisfacción del bien común, enseñanza, justicia, hacienda, fomento, comunicaciones, seguridad, agricultura, sanidad, abastecimientos, etc. Criterio que ha de ser delimitado, a su vez, por el requisito subjetivo, en cuya virtud el órgano del que emane sea público, y otro objetivo, por el que se exige que la actividad sea regida por normas de carácter público, aunque la relación entre el sujeto que la realiza y el órgano pueda ser regulada por normas no públicas". En este caso, en que no consta ni siquiera el régimen de vinculación de la presunta víctima con el Servicio Andaluz de Salud, hay que tener en cuenta que el hecho se produce en el contexto de una perturbación del buen orden y funcionamiento del servicio sanitario, por lo que no cabe excluir un ataque al bien jurídico protegido por el Título XXII del Código Penal (delitos contra el orden público), en el que se encuadra el delito de atentado y que para algunos autores de la doctrina científica consiste en la tranquilidad o paz en las manifestaciones de la vida ordinaria, habiendo señalado nuestro Tribunal Supremo al respecto (Sentencias de 19 de enero de 1994 y 27 de octubre de 1995), que lo que se protege es el funcionamiento regular de la convivencia ciudadana y en ocasiones la paz pública, en cuanto que valor social preciso para que los ciudadanos puedan ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones en un ámbito de libertad y respeto mutuo; no pudiéndose tampoco dejar a un lado el envite al desempeño regular de la función pública que se trata de salvaguardar con este precepto, tal y como resaltó el Tribunal Supremo en su Sentencia, de 4 de marzo de 2002, al señalar que hoy en día el bien jurídico protegido, más que el tradicional principio de autoridad, lo constituye la garantía del buen funcionamiento de los servicios y funciones públicas..."

sociales públicos, siempre que se hallen ejerciendo una función pública y conociendo el agresor dicha esencial circunstancia.”

Sobre todo resulta interesante la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2007¹⁶⁷, pues entiende que “abandonada la conceptualización del bien jurídico protegido por el delito de atentado como referencia al principio de autoridad, se ha identificado aquél con el orden público, entendido como aquella situación que permite el ejercicio pacífico de los derechos y libertades públicas y el correcto funcionamiento de las instituciones y organismos públicos, y consiguientemente, el cumplimiento libre y adecuado de las funciones públicas, en beneficio de intereses que superan los meramente individuales.”

¹⁶⁷ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 4-12-2007, Nº 1030/2007, REC. 759/2007. PTE: COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, MIGUEL (EDJ 2007/243074): “Abandonada la conceptualización del bien jurídico protegido por el delito de atentado como referencia al principio de autoridad, se ha identificado aquél con el orden público, entendido como aquella situación que permite el ejercicio pacífico de los derechos y libertades públicas y el correcto funcionamiento de las instituciones y organismos públicos, y consiguientemente, el cumplimiento libre y adecuado de las funciones públicas, en beneficio de intereses que superan los meramente individuales.”

En definitiva, se sancionan a través de esos preceptos los hechos que atacan al normal funcionamiento de las prestaciones relativas al interés general que la Administración debe ofrecer a los ciudadanos. Aun cuando la mención a las Autoridades y a sus agentes como sujetos pasivos pudiera dar a entender que el delito de atentado se refiere exclusivamente a actos dirigidos contra quienes se caracterizan por tener mando o ejercer jurisdicción o contra quienes actúan a sus órdenes o bajo sus indicaciones (artículo 24 del Código Penal), la consideración de los funcionarios públicos como tales sujetos pasivos, amplía necesariamente al ámbito de estos últimos. Una limitación en atención al cumplimiento de funciones derivadas de resoluciones en las que se actúe con tal mando o jurisdicción, no encuentra precedentes definitivos en la jurisprudencia, que, por el contrario, se ha orientado a considerar como sujetos pasivos a los funcionarios públicos en cuanto vinculados al cumplimiento o ejecución de las funciones públicas antes referidas.”

2.1.2.- *El artículo 24 del Código Penal*

Antes de entrar a valorar el epígrafe en el que reflexiono y propongo de *lege ferenda* la modificación del artículo 24.1 del Texto punitivo, siquiera, aunque someramente, he de analizar primeramente cuál es el sentido que el referido artículo 24 otorga a los conceptos de autoridad, funcionario y agente de la autoridad y que desde luego son conceptos distintos a los que puedan otorgarle las leyes administrativas, coincidiendo en ello de forma unánime la doctrina.

Dicho esto, he de señalar inicialmente que, en muchas ocasiones, las figuras de la autoridad o sus agentes se confunden en la misma persona del funcionario público, como es el caso de la las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que además de ser agentes de la autoridad son funcionarios públicos; en esta dualidad habrá que atender al caso concreto, para descubrir en calidad de qué estaba ejerciendo sus funciones el sujeto pasivo, para poder determinar el cargo que le corresponde conforme a tal ejercicio.

El Código Penal de 1995, establece una definición válida tanto para sujetos activos como pasivos, pues es la única definición que encontramos al respecto en nuestro Texto punitivo, de un lado de lo que se entiende por autoridad y, de otro, lo que se entiende por funcionario público en su artículo 24¹⁶⁸, definición que a continuación

¹⁶⁸ ARTÍCULO 24 DE LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL:

“1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del

complementaremos con lo interpretado por la doctrina y la jurisprudencia, pues el concepto de autoridad o funcionario público que contiene este artículo, no suele coincidir con el concepto de funcionario u autoridad stricto sensu en el ámbito administrativo¹⁶⁹.

Para encuadrar estos sujetos pasivos en el delito de atentado hemos de centrar nuestra atención en los conceptos de funcionario u autoridad de los que se derivan dos requisitos inherentes al concepto penal que nos ocupa, el primero de ellos relativo a las modalidades de incorporación y el segundo referido a la naturaleza de la actividad en que participa y que concretaremos en el epígrafe relativo a los conceptos de autoridad, sus agentes y los funcionario públicos.

Todos los autores estudiosos de este tema se centran en la definición que el artículo 24 del Texto punitivo ofrece del sujeto

Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal.

2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas”.

¹⁶⁹ SERRANO GÓMEZ, ALFONSO / SERRANO MAILLO, ALFONSO: “Derecho Penal. Parte Especial”, cit. pág. 1.028: “El concepto penal del funcionario público no es coincidente con el proporcionado por el derecho administrativo, por ello el Código Penal contiene una definición propia del funcionario público, distinto del administrativo, que aparece conformado por dos elementos esenciales: el título de incorporación y el ejercicio de funciones públicas. Junto a los anteriores elementos, merece especial atención la interpretación del término “participe” que emplea para indicar la funcionalidad. Ambos elementos conforman el concepto de funcionario público a los efectos del Código Penal, de manera que es la concurrencia de ambos la que determina el exacto contenido, sin que pueda extenderse tal condición a toda persona que participa en el ejercicio de funciones públicas, pues el concepto penal requiere la concurrencia de ambos. Para situar el concepto es preciso atender no sólo la participación en el ejercicio de funciones públicas, pues en muchas ocasiones la Ley transfiere al ciudadano la realización de funciones públicas, sino también como elemento esencial, a la posesión del título habilitador de la condición de funcionario Público. Así, para que una persona pueda ser considerada funcionario público a los efectos penales es necesario que acceda a la función pública mediante alguno de los siguientes títulos: a) por disposición inmediata de la Ley; b) por elección; y c) por nombramiento de autoridad competente (Sent.6 nov.2006)”.

pasivo, es decir, no solo el Estado como ya se señaló, sino además, la autoridad, sus agentes, o los funcionarios públicos (MUÑOZ CONDE¹⁷⁰, COBO DEL ROSAL/ QUINTANAR DÍEZ¹⁷¹, CARRETERO SÁNCHEZ¹⁷² o ROIG TORRES¹⁷³ entre otros).

¹⁷⁰ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: “Derecho Penal. Parte Especial”, Valencia, 2007, cit. pág. 864: “El sujeto pasivo es la autoridad, sus agentes o los funcionarios públicos. El concepto de tales lo ofrece el art. 24 (cfr. también infla capítulo XLI.”

¹⁷¹ COBO DEL ROSAL, MANUEL (y otros): “Derecho Penal Español. Parte Especial”, editorial Dykinson, S.L., cit. pág. 1.091: “El sujeto pasivo del presente delito lo constituyen los poderes públicos y, en último extremo la Administración del Estado, siendo la autoridad, sus agentes, los funcionarios públicos sujetos pasivos de la acción. Los conceptos de autoridad y funcionario público quedan delimitados en el artículo 24 del Código Penal.”

¹⁷² CARRETERO SÁNCHEZ, ADOLFO: “El delito y falta de atentado, resistencia y desobediencia contra la autoridad y sus agentes: una visión realista entre el exceso y el defecto en su aplicación penal práctica”, Diario La Ley, Nº 6481, 12 May. 2006, Ref. D-120, Editorial LA LEY, cit. págs. 15-16: “Sujeto pasivo de este delito serán la autoridad, sus agentes o los funcionarios públicos.

El concepto de autoridad o funcionario a los efectos de integrar el tipo del art. 550 CP (LA LEY 3996/1995) lo proporciona el art. 24 CP (LA LEY 3996/1995),... No se deben contraponer los conceptos de autoridad y funcionario público, que, como señala COBO DEL ROSAL⁽²⁵⁾, están en relación de género y especie, ya que todo funcionario público es autoridad aunque no tenga una vinculación permanente con la Administración.

Según el art. 7.1 LOCFS (LA LEY 619/1986), «En el ejercicio de sus funciones, los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad tendrán a todos los efectos legales el carácter de agentes de la autoridad», por lo que tanto los miembros de la Policía Nacional, Guardia Civil, Policía Autonómica y Policía local son agentes de la autoridad.

Los vigilantes de seguridad privada no son autoridad al no reconocerles esta condición la LOCFS ni la Ley 23/1992 de 30 de julio (LA LEY 2258/1992), de Seguridad Privada, pero pueden adquirir esta condición si son acometidos o intimidados cuando «acudan en auxilio de la autoridad, sus agentes y funcionarios», como dice el art. 555 CP (LA LEY 3996/1995), aunque se impongan a los agresores las penas de los arts. 550 (LA LEY 3996/1995) y 551 (LA LEY 3996/1995) en un grado inferior.

¹⁷³ ROIG TORRES, MARGARITA: “El Delito de Atentado”, cit. pág. 94: “Pues bien, la definición de esos dos términos se recoge, como es sabido, en el artículo 24 del Código Penal, cuya dicción -«a los efectos penales se reputará autoridad» y «se considerará funcionario público»-, pone de manifiesto que los conceptos que allí se definen son específicos para el Derecho punitivo.”

En consonancia con esta definición ofrecida por el artículo 24 del Texto punitivo, no está demás volver a recordar que para el Tribunal Supremo¹⁷⁴ lo “verdaderamente característico y lo que les

¹⁷⁴ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 16-6-2003, Nº 866/2003, REC. 1081/2002. PTE: MARTÍN PALLÍN, JOSÉ ANTONIO (EDJ2003/92807): “Sostiene que fue contratada por la Administración del Estado en su condición de “personal laboral”....

...El punto de debate, se centra exclusivamente en la determinación de, si el personal laboral contratado para ejercer sus funciones en el ámbito de un organismo público, adquiere la condición de funcionario, a los efectos de la especificidad de los delitos que pudiera cometer en el desempeño de las funciones encomendadas.

El artículo 24.2 del Código Penal vigente mantiene la cláusula amplia que ha sido tradicional en nuestra historia legislativa, atribuyéndole esta condición, no sólo a los que la ley asigna directamente la condición de funcionario, sino también a todos aquellos que por elección o por nombramiento de la autoridad competente, participe en el ejercicio de funciones públicas. Esta última cláusula permite dar un sentido amplio al concepto de funcionario, ya que la consideración de tal viene determinada por la participación, de alguna manera, en el ejercicio de funciones públicas, estableciéndose una atribución de las notas características de los funcionarios por la materialidad de estar en un organismo público y realizar actividades que sólo podrían ser llevadas a cabo por personas a las que se atribuye esta condición.

3.- La posición del personal laboral contratado tiene una doble vertiente, por un lado, su vinculación con la Administración es de carácter estrictamente temporal y condicionada a la duración del contrato y, por otro, el ejercicio material de funciones públicas, de igual naturaleza y contenido que las que realizaría una persona que tuviese un reconocimiento legal de sus funciones, produce una equiparación a estos efectos concretos.

El criterio meramente funcional, para la asignación de la condición de funcionario público, ha llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a mantener, de manera uniforme y constante, que el concepto de funcionario público, a efectos penales, es más extenso que el que derivaría de una estricta concepción administrativa. No se puede olvidar que el Código Penal, no obliga a mantener una visión estrictamente normativa del concepto de funcionario, ya que no define al funcionario desde un punto de vista legal, sino que emplea deliberadamente la expresión “se considera”, desmarcándose de todo rigor legalista.

Se ha dicho, por alguna sentencia, que los funcionarios de empleo en contraposición a los funcionarios de carrera, tienen similar o semejante cuadro de derechos y obligaciones, con independencia de su estabilidad o permanencia en el puesto. Lo verdaderamente característico y lo que les dota de la condición pública, es la función realizada dentro de un organigrama de servicios públicos. En el caso presente, la actuación de la acusada, como traductora intérprete para la Brigada de Extranjería y Documentación del Cuerpo Nacional de Policía, se desempeñaba en la Oficina de Extranjeros, ubicada en la Delegación Provincial de Trabajo. La oficina fue creada para la regularización de ciudadanos extranjeros en España. Su funciones eran las de atender al público de habla marroquí, recepción de solicitudes de regularización y documentación anexa a las mismas y grabación en las bases de datos informáticas, de los datos correspondientes a dichas solicitudes. Estas actividades dotan de, un carácter público- administrativo al desempeño de funciones que, en otro caso, podrían haber sido encomendadas a funcionarios de carrera, que tuviesen estos conocimientos. Por consiguiente no se puede discutir su carácter de funcionaria pública.”

dota de la condición pública, es la función realizada dentro de un organigrama de servicios públicos.”

Es imprescindible sentar, que esta definición ofrecida por el artículo 24 del Código penal de 1995, afecta a la autoridad, a sus agentes y a los funcionarios públicos, no sólo como sujetos pasivos de los delitos de atentado, resistencia, desobediencia, etc., sino que en muchos de los preceptos del Texto punitivo los recoge como sujetos activos de multitud de delitos, como la malversación, la prevaricación, etc., como tipos cualificados, agravando las penas con la justificación de valerse de su cargo para llevar a cabo la comisión delictiva.

En cuanto a la naturaleza del artículo 24 del Texto punitivo, recordando nuevamente lo aducido por JAVATO MARTÍN,¹⁷⁵ existen tres tipos de argumentos distintos ofrecidos por la doctrina. El primer argumento sostiene que se trata de una norma de interpretación contextual auténtica, puesto que dicho artículo no crea un concepto de funcionario público, limitándose a indicar lo que ha de entenderse como funcionario público para la aplicación de algunos tipos penales, teoría liderada por DEL TORO MAZAL¹⁷⁶ o ANTÓN ONECA¹⁷⁷.

COBO DEL ROSAL¹⁷⁸ se manifiesta a favor de la naturaleza constitutiva y no interpretativa de esta norma penal; para éste el

¹⁷⁵ JAVATO MARTÍN, A.M: “El delito de atentado. Modelos legislativos. Estudio histórico-dogmático y de Derecho comparado”, Granada 2005, cit. págs. 348-349.

¹⁷⁶ DEL TORO MARZAL: “Comentarios al Código Penal”;VVAA, T.II, Barcelona 1972.

¹⁷⁷ ANTÓN ONECA: “Derecho Penal”; 2ª Edición, Madrid 1986, cit. pág. 96.

concepto de funcionario público es un concepto normativo, jurídico, autónomo e independiente respecto del concepto de funcionario público que encontramos en otras ramas del derecho.

QUERALT JIMÉNEZ¹⁷⁹ y OCTAVIO DE TOLEDO¹⁸⁰ mantienen que el término funcionario se utiliza como objeto de una definición, pero no como definición o concepto del mismo. El legislador ha empleado el término en sentido coloquial sin más pretensión que la de manifestar un pensamiento.

En este orden de cosas y en relación al concepto de orden público como núcleo del bien jurídico protegido en el delito de atentado, la Fiscalía General del Estado en la consulta realizada respecto de la inclusión como autoridad del personal de la sanidad y de la educación, con la casuística jurisprudencial más reciente relaciona el orden público con el libre ejercicio de los derechos y deberes fundamentales, que el art. 10.1 de la Carta Magna proclama como fundamento del orden político y de la paz social, justificando con ello la importancia que para esto tiene la seguridad ciudadana¹⁸¹,

¹⁷⁸ COBO DEL ROSAL, MANUEL: “Examen crítico del párrafo 3.º del artículo 119 del Código penal español (sobre el concepto de funcionario público a efectos penales)”; en RGLJ 1962 núm. 112, cit. pág. 225.

¹⁷⁹ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: “Delitos contra la administración pública en el nuevo código penal. Una aproximación desde la nueva regulación de la prevaricación administrativa, en Estudio y aplicación práctica del código penal de 1995”; Tomo II. Parte Especial. Editorial Colex, 1997, cit. pág. 421.

¹⁸⁰ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO EMILIO: “La prevaricación del funcionario público”; Madrid 1980, cit. págs. 141 y ss.

¹⁸¹ CONSULTA A LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO 2/2008 SOBRE LA CALIFICACIÓN JURÍDICO-PENAL DE LAS AGRESIONES A FUNCIONARIOS PUBLICOS EN LOS ÁMBITOS SANITARIO Y EDUCATIVO, cit.: “EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR EL DELITO DE ATENTADO: EL

(“La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”), pues “el concepto de orden público no sólo es de difícil concreción, sino que puede ser objeto de diversas acepciones.

legislador ha agrupado diversas figuras en el Título XXII del Libro II del Código penal, bajo la rúbrica de “Delitos contra el orden público”, entre las que se encuentra el delito de atentado, arts. 550 al 555. Dicha ubicación determina, por expresa decisión legislativa, la vinculación del bien jurídico protegido por este delito al concepto de orden público, aunque como seguidamente se expone, existen otros valores afectados también tutelados por dicho delito.

El concepto de orden público no sólo es de difícil concreción, sino que puede ser objeto de diversas acepciones. Así, desde una concepción estricta se le identifica con la preservación de la seguridad ciudadana a través de las potestades coercitivas de la administración y normas de policía; desde una posición más amplia se hace referencia al mismo “como sinónimo de respeto de los principios y valores jurídicos y meta-jurídicos que están en la base de la convivencia social y son fundamento del orden social, económico y político” (STC 66/1995, de 8 de mayo). Hay otras concepciones que asimilan el orden público al orden jurídico, particularmente en materia de adecuación de sentencias extranjeras al “orden público, es decir, con el Derecho del Estado –español-” (STC 265/1988).

La jurisprudencia más reciente relaciona el orden público con el libre ejercicio de los derechos y deberes fundamentales, que el art. 10.1 CE proclama como fundamento del orden político y de la paz social. Así, en la STS 4 de junio de 2000 se expresa que “en una sociedad democrática, en la que rigen una jerarquía de valores distinta a las de un régimen autoritario, no es adecuado identificar el bien jurídico protegido con el principio de autoridad, sino en la necesidad de que los agentes públicos, que actúan al servicio de los ciudadanos, gocen de la posibilidad de desempeñar sus funciones de garantía y protección sin interferencias ni obstáculos”, en el mismo sentido se pronuncia el ATS 22 de marzo 2002.

La STS 4 de diciembre de 2007 define el orden público como la “situación que permite el ejercicio pacífico de los derechos y libertades públicas y el correcto funcionamiento de las instituciones y organismos públicos, y consiguientemente, el cumplimiento libre y adecuado de las funciones públicas, en beneficio de intereses que superan los meramente individuales”.

La noción que se mantenga sobre el concepto orden público tiene incidencia en la determinación del sujeto pasivo en el delito de atentado, toda vez que si se entiende que la finalidad de la incriminación de estas conductas es la preservación de la seguridad ciudadana (orden público en sentido estricto), puede sostenerse que las autoridades, agentes y funcionarios a los que se refieren los arts. 550 y ss. CP son únicamente aquellos que ejercen funciones relacionadas con la conservación de ese orden; mientras que si se adopta una concepción amplia del orden público, el ámbito de sujetos pasivos puede extenderse, en principio, a todas las autoridades y funcionarios definidos como tales en el art. 24 CP, tengan o no asignado aquel tipo de atribuciones...

El sujeto pasivo del delito de atentado son las autoridades, sus agentes y los funcionarios públicos”.

Por tanto, de conformidad con la anterior jurisprudencia, se puede concluir que el bien jurídico protegido por el delito de atentado es el orden público en sentido amplio, en cuanto las conductas que le afectan están dirigidas a menoscabar la actuación de los sujetos expresados en la norma penal en el ejercicio regular de prestaciones relativas al interés general.”

Así, desde una concepción estricta se le identifica con la preservación de la seguridad ciudadana a través de las potestades coercitivas de la administración y normas de policía; desde una posición más amplia se hace referencia al mismo “como sinónimo de respeto de los principios y valores jurídicos y meta-jurídicos que están en la base de la convivencia social y son fundamento del orden social, económico y político.”

Como hemos visto, la jurisprudencia ha ido evolucionando en el sentido de establecer que el bien jurídico protegido en el delito de atentado, más que el tradicional principio de autoridad, lo constituye la garantía del buen funcionamiento de los servicios y funciones públicas, siendo el ánimo o propósito específico de la ofensa exigible en ambos tipos penales.

Es pues, esta tendencia y necesidad social de proteger algunos colectivos de funcionarios, lo que ha llevado a la Fiscalía General del Estado a enviar una circular a todo el territorio nacional, basada en la Consulta 2/2008¹⁸² en atención al personal de la administración de la sanidad y de la educación.

¹⁸² CONSULTA A LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO 2/2008 SOBRE LA CALIFICACIÓN JURÍDICO-PENAL DE LAS AGRESIONES A FUNCIONARIOS PUBLICOS EN LOS ÁMBITOS SANITARIO Y EDUCATIVO: “PLANTEAMIENTO DE LA CONSULTA: La reiteración de noticias referidas a agresiones y amenazas producidas contra personas que ejercen sus funciones en el ámbito de la sanidad y de la enseñanza, ha generado en la actualidad un amplio debate social sobre las medidas preventivas y represivas precisas para hacer frente a tales manifestaciones violentas. Diversas Comunidades Autónomas vienen desarrollando iniciativas con el objeto de prevenir y atender a los profesionales afectados, mediante la elaboración de protocolos de actuación, publicación de guías de orientación, asesoramiento jurídico y personación en las causas judiciales, e incluso a través de la adecuación de las infraestructuras y el establecimiento de nuevos diseños en los centros sanitarios. Dicho fenómeno ha trascendido al ámbito jurídico-penal, manifestándose, por un lado, a través de las divergentes concepciones

Creo además, que la influencia que tiene el llamado cuarto poder, es decir, los medios de comunicación, información y la prensa, magnifican en sus noticias supuestos aislados de agresiones a estos profesionales de la educación y la sanidad generando con ello una alarma social fantasma, y que, puede crear psicológicamente una convicción en la sociedad de que existe la necesidad de modificar cuantas leyes sean necesarias, incluidas las penales, en orden a considerar autoridad a estos profesionales, sin poner las miras en las necesidades reales de la sociedad en general.

Ello no obsta a que ya el Texto punitivo ofrezca a estos profesionales de la educación y la sanidad una protección específica en los artículos 550 y 551.1 en relación con el artículo 24¹⁸³ del Código Penal.

sobre la tutela penal aplicable, expresadas en diversas resoluciones judiciales dictadas en procedimientos en los que se han enjuiciado dichas agresiones, y, por otro, en las demandas específicas de protección planteadas por los colectivos profesionales afectados, interesando la imposición de mayores sanciones penales a dichas conductas, concretamente mediante la aplicación a dichos colectivos de la tutela penal que otorga el delito de atentado.

La Fiscalía Superior consultante se dirige a la Fiscalía General del Estado ante las diferentes posiciones manifestadas en las Juntas de Fiscalías Provinciales de su territorio celebradas al respecto, que son reflejo de la complejidad jurídico-penal que deriva de la interpretación de los ambiguos términos en los que el art. 550 CP define el delito de atentado, castigando como reos del mismo a los que acometan a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, o empleen fuerza contra ellos, los intimiden gravemente o les hagan resistencia activa también grave, cuando se hallen ejecutando funciones de sus cargos o con ocasión de ellas.”

¹⁸³ LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE CÓDIGO PENAL, artículo 24: “1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal.

2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas.”

La magnificación social a través de los medios de comunicación de las agresiones a estos profesionales se refleja en la realidad estadística y que la hallamos en la casuística jurisprudencial, pues son contados los casos de agresión en el ejercicio de su cargo a estos profesionales de la sanidad o de la educación.

A mi juicio, lo realmente relevante a la hora de considerar el merecimiento de autoridad o funcionario público para su subsunción en la norma prevista para del delito de atentado de los artículos 550 y siguientes del Texto punitivo, estriba, como ya apuntara el Tribunal Supremo en Sentencia¹⁸⁴ 15 de marzo de 2003, en el ámbito o el medio de conflictividad en el que desarrollan su actividad. Por tanto, lo lógico y lo razonable, al igual que sucede con los agentes de la autoridad, la especial protección que ofrece el Texto punitivo ha de tener su base en una sobreexposición del sujeto pasivo (autoridad, agente de ésta o funcionario público) a un entorno auténticamente hostil en el ejercicio de su cargo o profesión, esto es, una relación directa con el delito, el delincuente y su entorno social; es por ello que

¹⁸⁴ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 15-3-2003, nº 370/2003, rec. 521/2002. Pte: SAAVEDRA RUIZ, JUAN (EDJ 2003/6662): "... Es preciso destacar esta última consideración a propósito del bien jurídico que hoy se entiende protegido en los tipos penales de atentado o resistencia pues ello implica que los agentes de la autoridad en el ejercicio de sus funciones están revestidos de un plus ordenado a la eficacia de aquéllas. Por otra parte, en el desempeño de las misiones que corresponden a los agentes de la autoridad se producen situaciones que suponen cierto grado de conflictividad con las personas sujetas a las mismas y que lógicamente generan con frecuencia reacciones adversas, como es el caso de la detención de una persona donde se presenta con frecuencia la resistencia. Con ello queremos decir que el argumento empleado por la Audiencia en línea de principio no puede argüirse como regla general, siendo preciso examinar cada caso concreto, como es el descrito en el "factum", donde tampoco se atisba extralimitación alguna por parte de la Policía."

el estudio que más adelante haré de los profesionales que forman parte de la Administración de Justicia y que es el núcleo principal de este Trabajo de Investigación, está motivado precisamente en ese entorno hostil en el que dichos profesionales se encuentran hasta el punto que por representar al orden público del Estado a través de la Administración de Justicia quedan expuestos frente al delito, al delincuente y a su entorno social sus propios bienes jurídicos particulares.

Con ello tampoco quiero excluir a aquéllas personas que por su cargo público tienen ya una merecida protección en el Texto punitivo (vgr. miembros del Congreso, etc.)

En este orden de cosas y en relación a los profesionales de la educación o de la sanidad u otro tipo de profesionales que representen el orden público del Estado no están expuestos de una forma continua y permanente en el ejercicio de su cargo o profesión a esa hostilidad que por su relación directa con el delito, el delincuente y su entorno social, si quedan expuestos los agentes de la autoridad o ciertos profesionales de la Administración de Justicia.

Por ello si entendiéramos que demos considerar autoridad a éstos profesionales de la educación y de la sanidad, habría que considerar igualmente a cualquiera que ejerza una función pública, indistintamente del grado de peligrosidad que comporte el ejercicio de su cargo o profesión.

Además, si el artículo 24 del Texto punitivo viene a definir al funcionario público y a la autoridad, lo hace no sólo en el sentido de

sujeto pasivo, sino en el caso de sujeto activo de diversos delitos que en el mismo se hayan regulados, como lo pueda ser el delito de prevaricación, el cohecho, el abuso de autoridad, etc.; pero para poder comprobar además que sujetos pasivos son o no son autoridad, he de analizar la definición que al efecto ofrece el Texto punitivo y que precisamente a continuación paso a analizar.

Por tanto junto con el grado de peligrosidad que comporte para el sujeto pasivo su profesión o cargo por estar expuesto a un ambiente de hostilidad directamente relacionado con el delito, el delincuente y su entorno social, a la hora de considerar autoridad al profesional sobre el que recae el delito de atentado a la autoridad, hemos de tener en cuenta que tal merecimiento, desde una perspectiva funcional del principio de autoridad, además suponga una garantía del buen funcionamiento de los servicios y funciones públicas, en este caso y como más adelante se expondrá, de los servicios y funciones de la Administración de Justicia.

2.1.3.-Autoridad

Según la Real Academia de la Lengua Española¹⁸⁵ el concepto de autoridad tiene varias acepciones, en primer lugar, como “poder que gobierna o ejerce el mando de hecho o de derecho”; en segundo lugar como “potestad, facultad, legitimidad”; en tercer lugar en

¹⁸⁵ Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua; vigésima segunda edición, <http://www.rae.es>.

referencia al sujeto, como “prestigio y crédito que se reconoce a una persona o institución por su legitimidad o por su calidad y competencia en alguna materia”; en cuarto lugar, como “persona que ejerce o posee cualquier clase de autoridad”; y en quinto y último lugar como “Solemnidad, aparato”.

La primera jurisprudencia del recién creado Tribunal Supremo en el siglo XIX, definía el concepto de autoridad, en el sentido de que “la cualidad de Autoridad es inherente al cargo que se ejerce, y consiguientemente a las funciones emanadas del mismo¹⁸⁶”.

Para ROIG TORRES¹⁸⁷ “suele ser común en la doctrina la afirmación de que la autoridad es una categoría específica de funcionario público, dado que según veremos, en Derecho penal esta acepción planea sobre las funciones desempeñadas, sin requerirse especiales vínculos con la Administración, a diferencia de lo que sucede en Derecho administrativo. Luego como señala Orts Berenguer, es difícilmente concebible una autoridad que no participe en el ejercicio de funciones públicas. En cambio, esta característica no puede predicarse siempre en sentido inverso puesto que no todo funcionario es autoridad a efectos penales, en tanto que esta condición precisa, además de los requisitos genéricos para ser funcionario, otros específicos (tener mando o autoridad).”

¹⁸⁶ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª, NÚM. 253, DE FECHA 20 DE MARZO DE 1884 (Colección Legislativa de España, Sentencias del Tribunal Supremo en materia criminal, salas segunda y tercera, primer semestre de 1884, pág. 735).

¹⁸⁷ ROIG TORRES, MARGARITA: “El Delito de Atentado”, cit. pág. 93.

En este sentido recuerda CUERDA ARNAU¹⁸⁸, que “la condición de ejercer mando o jurisdicción propia va más allá y comporta la capacidad de decisión y la consiguiente facultad de ordenar la ejecución de lo dispuesto que el ordenamiento confiere a un sujeto “por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado”, según reza el art. 24.1, en relación con una potestad pública, ya sea administrativa, ya sea judicial.”

Para esta autora, el Texto punitivo veta expresamente la condición de autoridad a quienes se limitan a materializar la potestad de un superior u obran por delegación de éste, pues en estos casos no se ejerce jurisdicción propia sino delegada.

Resulta interesante la postura que mantiene CUERDA ARNAU¹⁸⁹, respecto de la Administración de Justicia, que los jurados

¹⁸⁸ CUERDA ARNAU: cit. “Los delitos de atentado y resistencia”.

¹⁸⁹ CUERDA ARNAU: cit. “Los delitos de atentado y resistencia”: “Por lo que se refiere al carácter que deba conferirse a los ciudadanos que formen parte de un tribunal del jurado, creo que están en lo cierto LLABRÉS y TOMÁS-VALIENTE (90) cuando se pronuncian a favor de otorgarles la cualidad de autoridad, lo que posibilita otorgar a su función la especial protección que se deriva del delito de atentado (91).

En efecto, como con toda rotundidad ha dicho GÓMEZ COLOMER (92), los jurados son jueces y ejercen, por tanto, función jurisdiccional por disposición inmediata de la ley, lo que impide ver en ellos a meros particulares que colaboran en el ejercicio de funciones públicas (93). Dando tal cosa por sentada, es igualmente evidente que los ciudadanos jurados ejercen, como miembros de un Tribunal, jurisdicción propia y no delegada, lo que obliga a atribuirles el carácter de autoridad, lo que, a mi juicio, debe predicarse tanto de los jurados titulares, como de los suplentes (94). Frente a lo anterior, no estimo decisivo ni el que la LOTJ omita conferirles de modo expreso este carácter, ni tampoco la interpretación a contrario de determinadas previsiones legislativas, según la cual la referencia expresa que a los mismos se hace para poder hacerlos responsables en ciertos tipos (v.g., art. 422) evidencia que no son funcionarios a efectos penales, pues en otro caso, no resultaría necesaria tal equiparación. Que lo primero es irrelevante resulta tan obvio que no merece la pena detenerse en ello, y, en cuanto a lo segundo, me adhiero plenamente a los argumentos con que LLABRÉS y TOMÁS-VALIENTE (95) han demostrado que el mantenimiento de la perturbadora previsión legal a que se hacía referencia sólo obedece a razones de inercia legislativa, sin que, por tanto, resulte consecuente extraer de ahí la conclusión apuntada.

que forman parte de la misma, aunque sea temporalmente, deben ser considerados autoridad, aunque no ejerzan mando ni tengan jurisdicción propia, quizás de forma delegada, que tampoco la tiene el Ministerio Fiscal, en el desarrollo de una vista oral, pues el único que tiene atribuida estas funciones es el Juez, pero ello no obsta que los jurados merezcan tal consideración.

QUINTERO OLIVARES¹⁹⁰ recuerda el concepto como “la capacidad que tiene una persona o un órgano colegiado de ejecutar una potestad pública, ejecutiva o judicial, por sí misma en un ámbito competencial objetivo y territorial, y no la tienen en cambio, todos aquellos funcionarios que ejecutan la actividad de la Administración pública o de justicia pero sólo materializando la potestad superior.”

Lo anterior no obsta, sin embargo, a reconocer que la función jurisdiccional desempeñada por los ciudadanos jurados se encuentra limitada temporalmente, lo que exige delimitar claramente el periodo en que aquellos ostentan la condición de autoridad a los efectos que nos ocupan. En cuanto al momento inicial me sumo nuevamente a la opinión de LLABRÉS y TOMÁS-VALIENTE, quienes cifran el comienzo de tal atribución en el trámite de juramento o promesa (art. 41.1 y 2 LOTJ), pues, dejando al margen algunas imprecisiones terminológicas de que adolece la LOTJ, sólo está en condiciones de ejercer la función que origina su consideración como autoridad quien haya prestado el juramento o promesa indicados (art. 41.4 LOTJ) (96). Dicha condición subsiste exclusivamente hasta el momento en que se produce el cese del Jurado en sus funciones, esto es, tras la lectura del veredicto (art. 66 LOTJ) o bien hasta el momento en que el Magistrado-Presidente acuerde, de conformidad con lo que la ley prescribe, la disolución anticipada del Jurado (arts. 47, 49, 50, 51 y 65 LOTJ). En este mismo sentido se manifiestan los autores citados (97), no obstante lo cual se inclinan por admitir la posibilidad de aplicar el tipo de atentado a los supuestos de ataques vindicativos contra quien fue -y por el hecho de haber sido- miembro del Jurado, dando entrada a dichas conductas a través de la fórmula «con ocasión» del ejercicio de sus funciones (98). Sin perjuicio de las consideraciones que realizaré al analizar tal requisito típico, debo avanzar mi discrepancia con tal planteamiento. Aunque se pueda estar de acuerdo con ellos cuando califican de grave disfunción (99) el que sí reciban una sanción específica las represalias a un testigo, perito o intérprete (art. 464.2 CP) y no se opere de manera paralela cuando de un jurado se trata, ello no nos habilita para soslayar el requisito típico de que el sujeto contra el que se dirigen las conductas constitutivas de atentado sea funcionario, autoridad o agente de ésta, que es lo que con toda claridad dice el art. 550.”

¹⁹⁰ QUINTERO OLIVARES, G y MORALES PRATS, F. (y otros): “Comentarios al nuevo Código penal”, pág.296.

En este orden de cosas y en postura contraria a considerar a los que ejercen jurisdicción delegada, JAVATO MARÍN¹⁹¹ manifiesta que “coinciden doctrina y jurisprudencia que los conceptos de funcionario y autoridad a efectos penales se mueven en una relación de género a especie. La autoridad sería un tipo de funcionario, aquel que tiene mando o ejerce jurisdicción propia.

Así pues la confluencia de estos dos atributos o rasgos es lo que nos permite diferenciar a la autoridad del resto de funcionarios.

Tener mando ha sido interpretado como la potestad de reclamar obediencia. En cuanto al ejercicio de jurisdicción, la doctrina considera que debe de entenderse en un sentido amplio. Jurisdicción a estos efectos no equivale a la función de juzgar desarrollada por jueces y tribunales, sino que sería la potestad de resolver asuntos de cualquier índole que sean sometidos a la consideración del funcionario. El legislador expresamente exige el carácter propio de dicha potestad. De esta forma no ostentarán la condición de autoridad, aquéllos que ejerzan jurisdicción de forma delegada.

Finalmente resaltar que el Código penal de 1995 otorga de manera novedosa la consideración de autoridad en el art. 24-1 a los miembros del Parlamento nacional, el europeo y los autonómicos. Esta mención expresa, sin embargo, no ha supuesto un cambio real respecto al Código de 1973 pues mayoritariamente se les venía considerando como autoridad al entender que ejercían mando:

¹⁹¹ JAVATO MARTÍN, A.M.: “El delito de atentado. Modelos legislativos. Estudio histórico-dogmático y de derecho comparado”, cit. págs.361-362.

Mediante esta cláusula de equiparación el legislador ha querido disipar cualquier duda que pudiera plantearse acerca de la condición de autoridad de los citados sujetos.”

JUANATEY DORADO ¹⁹² manifiesta que “la doctrina penal viene entendiendo que la condición de «autoridad» se adquiere por nombramiento o elección y se pierde cuando se cesa en el cargo, conforme a lo dispuesto en las leyes. El elemento definidor de la «autoridad» y que le separa del simple «funcionario público» es la característica de «tener mando» o «ejercer jurisdicción propia». A juicio de Del Toro Marzal, «se trata de un título individual, no colectivo, aunque el sujeto se halle incluido en un organismo colegiado. Así se desprende de las expresiones «al que por sí solo o como individuo de alguna Corporación o Tribunal», establecidas en el -anterior- artículo 119" (actual 24 del Código penal)». Y añade que dicho mando o jurisdicción han de perseguir una finalidad eminentemente pública, ya que «dada la naturaleza y trascendencia de las necesidades públicas que la Autoridad está llamada a satisfacer, se imponen a ésta deberes que han de ser cumplidos de modo continuo y (...) permanente.”

Manifiesta la autora¹⁹³ que “de acuerdo con los criterios elaborados por la doctrina penal española, los elementos «tener mando» o «ejercer jurisdicción propia», que definen a efectos penales

¹⁹² JUANATEY DORADO, CARMEN: cit. “El delito de desobediencia a la autoridad”.

¹⁹³ JUANATEY DORADO, CARMEN: cit. “El delito de desobediencia a la autoridad”.

a la «autoridad», han de reunir las siguientes características:

a) Por lo que respecta al «ejercicio de mando», según Del Toro Marzal, este elemento implica, a su vez, una serie de condiciones como son: a') voluntad de mando o de imperio que se concreta en el ejercicio *erga subditus* de un derecho de supremacía; a'') exigibilidad de obediencia para todos los ciudadanos pues, de lo contrario, «se quebrantaría el prestigio de los organismos decisores y se vulnerarían acuerdos de trascendencia social»; y a''') decisión y ejecución. «A efectos penales -indica el autor-, deben considerarse dos etapas en el ejercicio del acto autoritario: decisión y ejecución. Decisión es la resolución que la Autoridad adopta ante un hecho jurídico social de su competencia. Ejecución es la práctica material de la decisión».

Queralt, sin embargo, disiente de las anteriores consideraciones de Del Toro Marzal. Así, al analizar el elemento de «ejercicio de mando» afirma: «En general, en el marco actual de un Estado democrático de Derecho, por más que fuere necesario en el social, no es dable la potestad de los poderes públicos de «mandar» a los ciudadanos. Lo cual no quita para que, interpretada dicha nota rectamente, se circunscriba al sector que le es propio: el de la dirección interna de las Administraciones públicas y judicial». «Así las cosas -continúa-, la nota de mando (externo) -esto es, el mando en relación con los ciudadanos en general- ha de integrarse en la jurisdicción a la que alude el artículo 119.1 -actual 24.1- del CP, como concomitante a ella y derivada de la coacción que es propia al ordenamiento jurídico. Pues, subsistente el mando en la relación

jerárquica de subordinación, atribuirle categoría de autoridad al funcionario de él investido en la relación *erga omnes* es tanto como desnaturalizar la función de dicha categoría, tal como se concibe por la doctrina, que es la de exigir una mayor responsabilidad o de ofrecer una mayor protección penal al funcionario de ella investido». Y de todo ello concluye que: «En cualquier caso, la expresión «mando», que, no se olvide, fue introducida en 1944, tal como aquí se interpreta poco o nada viene a añadir a la formulación anterior. No pasa de ser un desahogo retórico del legislador autoritario a fin de que quedara más claro aún si cabe que la autoridad es la que manda».

b) En cuanto al otro de los elementos, el ejercicio de «jurisdicción propia», Del Toro Marzal indica que «no se entiende aquí por jurisdicción sólo el poder o la función de juzgar ni el conjunto de órganos judiciales que incorporan aquél y practican ésta. Se trata de una función a considerar, con Bergeron, como la correspondiente a un segundo grado de control social, que ejecuta las normas imperantes y que se compone de dos órganos: el poder administrativo y el poder judicial».

En este punto, Queralt expresa su conformidad con la afirmación de Del Toro Marzal, pero añade las siguientes precisiones a la misma. Por una parte, matiza que la exigencia de «jurisdicción propia» significa que, en la esfera administrativa, la jurisdicción delegada queda fuera del concepto que nos ocupa (154). Por otra parte, realiza una interpretación integradora de los términos «Corporación» y «Tribunal» a los que alude el anterior artículo 119 -

actual 24- del Código penal. Así, según este autor: «Por Corporación hay que entender las instituciones de Derecho público del Estado, desde los diversos parlamentos a las organizaciones jurídicas de la vida local, pasando por los órganos no jurisdiccionales de gobierno del poder judicial o de los colegios profesionales en tanto que valedores, legalmente instituidos, del ejercicio de determinadas profesiones»; y por lo que respecta a la expresión «Tribunal», a juicio de Queralt, la misma «se refiere a los de la Administración de Justicia, ya que todos los que reciben esta denominación y no sean judiciales, al estar ínsitos en la Administración pública, quedan incluidos en la órbita de la expresión corporación.»

Finalmente, hemos de señalar, que el legislador en el precepto cuando define a la autoridad exige como hemos visto que “tenga mando o ejerza jurisdicción propia” por tanto con la conjunción “ó”, nos señala que so se trata de un requisito cumulativo, sino alternativo, pues, con que se de cualquiera de los dos, esto es, mando o jurisdicción propia, estaríamos ante la figura de la Autoridad.

En este sentido, entendemos que también cabe hablar de “AUTORIDAD DE HECHO”, es decir, que aún sin reunir las condiciones legalmente establecidas, ya tengan carácter administrativo, militar, etc., lo importante a efectos del artículo 24.2 del Texto punitivo es a mi juicio, si realmente se ejerce autoridad como sujeto pasivo a la hora de la comisión delictiva, pues lo que le interesa al Derecho penal, es el ataque, lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado por la norma, y es, a través de esta autoridad de

hecho que ejerce el sujeto pasivo en representación del orden público-social, y que el autor con tal actuar menoscaba el principio de autoridad ínsito en el orden público que esta autoridad de hecho representa, pues tal merecimiento a efectos del artículo 24 del Texto punitivo, al fin y al cabo, contribuye a un mejor funcionamiento de la Administración en que el mismo se halla en el ejercicio de esa actividad o con ocasión de ella.

2.1.4.-Agentes de la Autoridad

Igualmente, el Diccionario de la Real Academia Española¹⁹⁴ de la Lengua, define al agente en primer término como el “que obra o tiene virtud de obrar”; en segundo término como “persona o cosa que produce un efecto”; en tercer término como “persona que obra con poder de otra”; y finalmente “en algunos cuerpos de seguridad, individuo sin graduación”.

Establece la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en su artículo 2, una definición de lo que podemos considerar como agentes de la autoridad, que son las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, y así señala que:

“Son Fuerzas y Cuerpos de Seguridad:

a) Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado dependientes del Gobierno de la Nación.

¹⁹⁴ Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua; vigésima segunda edición, <http://www.rae.es>.

b) Los Cuerpos de Policía dependientes de las Comunidades Autónomas.

c) Los Cuerpos de Policía dependientes de las Corporaciones locales.”

Al hilo de esta definición, CUERDA ARNAU¹⁹⁵ establece que la tercera categoría de personas a que el legislador se refiere como sujetos pasivos de la acción en estos tipos es la de “agentes de la autoridad”, sugiere dicha autora en una crítica a Quintero que éste pueda ser considerado un “tercer género” intermedio entre las autoridades y los funcionarios, conclusión que, obviamente, rechaza.

Efectivamente y como señala referida autora, el Texto punitivo no establece una definición de lo que deba entenderse por agentes de la autoridad, pero puede decirse que existe acuerdo en entender que son aquellos funcionarios públicos encargados de ejecutar las órdenes de la autoridad o, si se quiere, de realizar los actos materiales que sean precisos para llevarlas a término.

Para CUERDA ARNAU no gozarán de tal carácter quienes aún teniendo encomendadas funciones de mantenimiento del orden o de protección de personas o cosas carezcan de la condición de funcionarios públicos.

Tras una crítica a la posición mantenida por la Fiscalía General del Estado, CUERDA ARNAU¹⁹⁶, mantiene que el legislador podría decidir la inclusión en el concepto de alguno de estos supuestos, lo

¹⁹⁵ CUERDA ARNAU: cit. “Los delitos de atentado y resistencia”.

¹⁹⁶ CUERDA ARNAU: cit. “Los delitos de atentado y resistencia”.

que en ciertos casos que afectan al personal de seguridad privada pudiera resultar justificado.

Por ello, para esta autora, habría que reflexionar sobre la oportunidad de conferir tal carácter a personas que desempeñan tareas tradicionalmente reservadas a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, como es el caso, entre otros, de los guardias jurados.

JUANATEY DORADO¹⁹⁷ sintetiza que “en lo referente a los agentes de la autoridad, el Código penal actual, a diferencia de lo que hacía el de 1928, no ofrece definición alguna de los mismos, razón por la cual doctrina y jurisprudencia han tratado de dar contenido a este concepto. En general, puede afirmarse, de acuerdo con los criterios elaborados por la doctrina y la jurisprudencia españolas, que son agentes de la autoridad aquellos funcionarios públicos cuyo cometido es la ejecución de las decisiones de la autoridad.

Sigue aduciendo la autora¹⁹⁸ que “en relación con esto, Queralt se plantea si cabe otorgar también la cualidad de agentes de la autoridad a quienes «desempeñan funciones de auxilio a la autoridad, circunstancial o espontáneamente, o por venir obligados por su profesión que no está retribuida por el Estado», a lo que responde que «para ser considerado a efectos penales agente de la autoridad el individuo en cuestión tiene que ser también funcionario a los mismos efectos, es decir, su nombramiento ha de estar respaldado por una

¹⁹⁷ JUANATEY DORADO, CARMEN: cit. “El delito de desobediencia a la autoridad”.

¹⁹⁸ JUANATEY DORADO, CARMEN: cit. “El delito de desobediencia a la autoridad”.

prescripción de carácter legal. La mera calificación en vía reglamentaria no es suficiente para adquirir dicho concepto o rango penal.”

JUANATEY DORADO¹⁹⁹ afirma que “la opinión de Queralt en este punto no ha sido sin embargo unánimemente compartida por la jurisprudencia. De hecho, el problema -en numerosas ocasiones planteado- de si los vigilantes jurados de fincas, empresas o entidades, son o no agentes de la autoridad a efectos penales ha sido objeto de resoluciones contrapuestas dentro de la jurisprudencia penal. Así, entre otras, las sentencias de 29 de octubre de 1979, 10 de diciembre de 1983, 8 de noviembre de 1984, 29 de junio de 1985, y 18 de diciembre de 1990, amparándose en lo dispuesto en el artículo 18 del Real Decreto de 10 de marzo de 1978 -hoy derogado-, establecen que los vigilantes jurados de seguridad tendrán, en el ejercicio de su cargo, el carácter de agentes de la autoridad, siempre que presten servicio de uniforme. Por el contrario, las sentencias de 25 de octubre de 1991 y de 18 de noviembre de 1992 niegan a los vigilantes jurados la condición de agentes de la autoridad. La primera de estas dos últimas, cuyos argumentos de fondo se ratifican en la segunda, fundamenta su decisión en el hecho de que el artículo 18 del Decreto de 1978 supone no sólo una extensión del concepto de autoridad pública definido en el anterior artículo 119 -actual 24- del Código penal, sino también una ampliación de la punibilidad de los delitos previstos en el Código

¹⁹⁹ JUANATEY DORADO, CARMEN: cit. “El delito de desobediencia a la autoridad”.

penal para la protección de los agentes de la autoridad en el ejercicio de sus funciones. En consecuencia, sobre la base de que el Decreto no es fuente legítima -ni lo era con anterioridad a la Constitución- para disponer una ampliación de la punibilidad contenida en la ley penal, la sentencia rechaza que los vigilantes jurados ostenten la condición de agentes de la autoridad a efectos penales.”

Sigue aduciendo la autora²⁰⁰ que “en la actualidad, tras la publicación de la ley 23/92 de 30 de julio, de seguridad privada y del Reglamento que la desarrolla (Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre), tampoco puede decirse que el problema haya quedado resuelto. La nueva normativa, que deroga la anterior, no dice nada sobre si los vigilantes de seguridad privada tienen o no el carácter de agentes de la autoridad lo que plantea el problema de cómo interpretar ese silencio. La Fiscalía General del Estado ha afirmado que «aunque no quepa calificar de públicas sus funciones propias, en el ejercicio de las otras funciones de auxilio y colaboración con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad los vigilantes, dentro o fuera de los edificios, son titulares de la singular protección penal de que gozan los agentes de la autoridad y funcionarios públicos; esto es así porque en el - anterior- artículo 236, párrafo segundo, -actual 555- del Código Penal se equiparan a los atentados contra agentes de la autoridad y funcionarios públicos los acometimientos «a las personas que acudieren en auxilio de la autoridad, sus agentes o funcionarios». Esta

²⁰⁰ JUANATEY DORADO, CARMEN: cit. “El delito de desobediencia a la autoridad”.

asimilación se halla en armonía con la obligación de colaboración que se extrae tanto de las normas citadas de la Ley de 30 de julio de 1992, como de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo (RCL 1988/788), de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en donde tras otorgar el carácter de agentes de la autoridad a sus miembros (artículo 7.1) y negárselo a las personas que ejercen funciones de vigilancia, seguridad o custodia, para éstas se establece la obligación de «auxiliar o colaborar en todo momento con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad» (artículo 4.2)». En conclusión, la Fiscalía entiende que, aunque en la interpretación de estas normas deberá partirse de un criterio restrictivo, «los vigilantes privados que en cumplimiento de sus obligaciones colaboren o participen en el ejercicio de determinadas funciones públicas están protegidos penalmente como los agentes de la autoridad y funcionarios públicos.»

Sin embargo, juicio de la autora, “no está justificado considerar que los vigilantes jurados son, a efectos penales, agentes de la autoridad. Ni el hecho de que la Ley Orgánica 2/86 de 13 de marzo obligue a los vigilantes privados a «colaborar y auxiliar en todo momento con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad», ni el hecho de que el Código penal anterior, en su artículo 236, párrafo segundo, sancionase con la misma pena prevista para los atentados (en el actual, como ya he indicado, es la pena inferior en grado) a quienes acometieren a las personas que acudan en auxilio de la autoridad, sus agentes o funcionarios, permiten llegar a esa conclusión. Muy al contrario, el hecho de que el actual artículo 555 -anterior 236, párrafo

segundo-, establezca esa previsión específica se debe precisamente a que no siendo agentes de la autoridad tales personas no resultan amparadas por el párrafo primero de dicho precepto. Además, la interpretación que propone la Fiscalía podría llevar a otorgar la cualidad de agente de la autoridad a toda persona que acuda en auxilio de la autoridad, sus agentes o funcionarios, lo que parece claramente inaceptable, ya que en un Estado de Derecho debe hacerse una interpretación restrictiva del principio de autoridad en cuanto objeto de protección penal. En consecuencia, el silencio de la Ley de seguridad privada en relación con esta cuestión debe interpretarse en el sentido de negar el carácter de agente de la autoridad a los vigilantes privados. Por tanto, las órdenes que en el ejercicio de cualquiera de sus funciones pueda dictar un vigilante jurado, en ningún caso generan un deber de obediencia amparado penalmente.”

Concluye JUANATEY DORADO²⁰¹ “que sólo podrán considerarse agentes de la autoridad, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 556 del Código penal, aquellos a los que la ley otorgue tal carácter; esto es, aquellos a quienes la ley atribuye la facultad de ejecutar las decisiones de la autoridad (166). Una interpretación extensiva en este punto supondría una ampliación del objeto de protección de la norma contraria a los principios constitucionales que rigen la materia penal.”

A mi parecer, la problemática doctrinal antes expuesta en torno

²⁰¹ JUANATEY DORADO, CARMEN: cit. “El delito de desobediencia a la autoridad”.

a considerar como agentes de la autoridad a los vigilantes de seguridad, o de ofrecer una mayor punibilidad del tipo de atentado equiparando a los agentes de la autoridad a la autoridad, quedaría resuelta en el sentido que más adelante propondré de *lege ferenda*, y que viene teniendo su lógica precisamente en la relación que tiene aquellos profesionales que en el ejercicio de su cargo o profesión en relación directa con el orden público del Estado, está expuestos a un ambiente hostil en el que siempre se ven involucrados el delito, el delincuente y su entorno social, de ahí que, frente a otro tipo de profesionales que también representan el orden público del Estado en el ejercicio de su cargo o profesión no están sometidos de una forma permanente a ese ambiente.

2.1.5.-Funcionarios Públicos

El Diccionario de la Real Academia Española²⁰² de la Lengua define al funcionario como a la “persona que desempeña un empleo público” o como “empleado jerárquico, particularmente al estatal”.

El concepto de funcionario como se desprende de su propio concepto es el que desempeña un empleo público y como contraprestación a este obtiene una contraprestación económica o erario público.

²⁰² Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua; vigésima segunda edición, <http://www.rae.es>.

Dicho esto, señalar que la definición penal de funcionario público, no coincide con la definición que ofrece el derecho administrativo, pues la primera es bastante más amplia que la última.

Y así encontramos en el derogado artículo 1 del Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, la siguiente definición de funcionario público: “Los funcionarios de la Administración pública son las personas incorporadas a la misma por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el Derecho Administrativo”.

En la actualidad es Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, la que ofrece una acepción administrativa más moderna acerca del funcionario público, nominándolo en vez de funcionario público, empleado público, y así señala que “son empleados públicos quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales”.

Entendemos que esta última acepción recogida por del Estatuto Básico del Empleado Público, es más acertada, en el sentido, que independientemente del tipo de función que se realice para la Administración, lo importante es que dicha función es retribuida por dicha Administración en concepto de erario público, pero a mi parecer, no es la retribución lo que contempla la definición contenida en el artículo 24.2 del Texto punitivo, sino la participación en el ejercicio de funciones públicas.

En cuanto al caso que nos ocupa, para la doctrina, el concepto de funcionario público parte del repetido artículo 24.2 del Texto punitivo el cual considera “funcionario público a todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas”.

Apunta CUERDA ARNAU ²⁰³ que existen dos requisitos en la

²⁰³ CUERDA ARNAU: “Los delitos de atentado y resistencia” cit. págs. 3 a 6: “A) Modalidades de incorporación. El problema del llamado «funcionario de hecho»

Conforme a lo expuesto, resulta preciso que el sujeto participe en el ejercicio de funciones públicas en virtud de alguno de los tres títulos que señala el precepto, lo que inmediatamente suscita el problema de la condición que deba atribuirse al llamado «funcionario de hecho».

Tal denominación viene usándose en un doble sentido (64): de un lado, comprende al particular que se atribuye la cualidad de funcionario por propia iniciativa y, de otro, al sujeto que, habiéndose incorporado por alguna de las vías señaladas, no reúne las condiciones exigidas jurídicamente para ello, siendo ésta última su acepción más propia. En el primer caso, no hay duda de que no puede considerarse funcionario a quien, por una parte, no ha accedido a la función pública por ninguna de las vías arriba mencionadas y, ante todo, no ejerce sino que usurpa funciones públicas, lo que impide otorgar ese carácter a su actividad (65); por consiguiente, no ha lugar siquiera a plantearse la posibilidad de apreciar los tipos que nos ocupan cuando el destinatario de la acción sea uno de estos sujetos (v.g., frente a quien solicita la documentación haciéndose pasar por agente de la autoridad)(...)

B) Naturaleza de la actividad en que participa. La singular y superflua mención de la «fuerza armada»

Por lo que respecta a la naturaleza de la actividad el problema radica en delimitar qué deba entenderse por función pública a efectos penales.

Sin desconocer la dificultad de concreción que tal noción entraña, estimo que la formulación que menos problemas plantea es la que nos ofrece aquel sector de la doctrina y la jurisprudencia que entiende que para hablar de función pública es precisa la concurrencia de tres requisitos o elementos, a saber: a) subjetivo (función pública es la actividad llevada a cabo por un ente público); b) objetivo (función pública es la actividad realizada mediante actos sometidos al derecho público); y c) teleológico (función pública es aquella en la que se persiguen fines públicos) (73)

Partiendo de tal delimitación, habrá de negarse la condición de funcionario público a quienes prestan sus servicios en entidades que, aún persiguiendo fines públicos, carezcan del resto de condiciones arriba mencionadas; tal es el caso, por ejemplo, de las entidades privadas que tienen la concesión de un servicio público, sociedades mercantiles de carácter comercial cuyo capital mayoritario es de procedencia estatal y, en general, al resto de entes privados de creación pública a los que tanto se recurre últimamente para gestionar recursos públicos (74). Aplicando asimismo aquellos criterios, ningún reparo cabe oponer a estas alturas a la negativa a atribuir ese carácter a las autoridades eclesiásticas.(...)

El legislador ha decidido mantener en el art. 554 lo que aparenta ser una peculiar protección a la «fuerza armada», concepto que aparece definido en el apartado segundo, a cuyo tenor: «A estos efectos, se entenderán por fuerza armada los militares que, vistiendo uniforme, presten un servicio que esté encomendado a las Fuerzas Armadas y les haya sido reglamentariamente encomendado» Los

acepción penal de funcionario, el primero de ellos atiende a las modalidades de incorporación, planteando el problema del funcionario de hecho, es decir, del sujeto que usurpa por iniciativa propia la función pública, o el ejercicio de ésta está viciada de una nulidad absoluta *ex tunc* que no puede ser subsanada.

El segundo de los supuestos que plantea este autor²⁰⁴ es respecto de la “naturaleza de la actividad en que participa”, señalando que un sector de la doctrina y la jurisprudencia entiende que para hablar de función pública es precisa la concurrencia de tres requisitos: “a) subjetivo (función pública es la actividad llevada a cabo por un ente público); b) objetivo (función pública es la actividad realizada mediante actos sometidos al derecho público); y c) teleológico (función pública es aquella en la que se persiguen fines públicos)”.

Solo decir al respecto que el requisito subjetivo no solo lo representa un ente, sino la persona que trabaja o desempeña una labor o función específica para dicho ente público, que como ya señalamos aunque esté retribuida mediante erario público, lo que importa es el ejercicio de la función pública específica que se desempeñe, en este mismo sentido se pronuncia JAVATO MARTÍN²⁰⁵.

términos de la definición difieren, de un lado, de los contenidos en el art. 10 del CP militar (76), y, de otro, de los del antiguo art. 235 bis, puesto que se ha eliminado el requisito de que portasen armas, lo que priva al precepto de la única razón medianamente solvente que explicaba su existencia (77)”.

²⁰⁴ CUERDA ARNAU: cit. “Los delitos de atentado y resistencia”.

²⁰⁵ JAVATO MARTÍN, A.M.: “El delito de atentado. Modelos legislativos. Estudio histórico-dogmático y de Derecho comparado”, cit. págs. 352-353: “La nota esencial que caracteriza al funcionario administrativo es su incorporación a la Administración/ o aparato administrativo de manera permanente, voluntaria y profesional. Por el contrario, la noción penal se construye principalmente sobre el dato de la efectiva participación del ejercicio de las funciones públicas, sin que se

Obvio es que si esos entes solo persiguen fines mercantiles, aunque realicen una actividad pública, al menos quienes desempeñan como personas físicas dicha actividad si debieran de merecer la consideración de funcionario público administrativo, puesto que la consideración penal devendrá de la comisión delictiva concretizada en el tipo delictual del artículo 550 y siguientes del Código Penal.

También señala JAVATO MARTÍN²⁰⁶, son dos los requisitos que deben confluir para poder hablar de funcionario en sentido penal: el primero de estos requisitos es de orden objetivo y lo que importa al mismo es la participación en el ejercicio de las funciones públicas.

Este requisito goza a su vez de cuatro acepciones, la teleológica, para la cual, la función pública es aquella que persigue intereses o fines públicos; la acepción objetiva, para la cual Públicas son las funciones sometidas a Derecho Público y Privadas aquellas sometidas al Derecho Privado; la acepción subjetiva para la cual función pública es toda actividad material o jurídica que directa o indirectamente es imputable a la Administración y la acepción mixta que combina las anteriores acepciones, esto es función pública como actividad realizada por un ente público, sometida a actos de Derecho Público y que persigue fines públicos.

A ello habrá que sumar, la participación en el ejercicio de la

precise la incorporación del sujeto a la organización administrativa, ni una vinculación de carácter permanente y profesional.

El legislador penal se ha decantado por un concepto funcional, material de funcionario, que desborda o sobrepasa los angostos límites trazados para la figura por el ordenamiento administrativo.”

²⁰⁶ JAVATO MARTÍN, A.M.: “El delito de atentado. Modelos legislativos. Estudio histórico-dogmático y de Derecho comparado”, cit. págs. 356 a 361.

función pública, que como señala JAVATO MARTÍN²⁰⁷ recogiendo a su vez a otros tres autores, es discutido si pues para la doctrina ejercicio del cargo equivale a participación en la función pública: para Queralt Jiménez, el ejercicio del cargo y la participación en la función pública son términos sinónimos a efectos penales.

Según JAVATO MARTÍN, dicha teoría es criticada por Cobo Del Rosal, señalando que se puede participar en la función pública sin ejercer, y más aún sin tener un cargo, lo que se puede deducir a la inversa es que ejercitar el cargo lleva aparejada la participación en el ejercicio de la función pública.

Asimismo referido autor, aduce que para Octavio De Toledo, la fórmula ejercicio del cargo de manera amplia y a efectos penales, supone abarcar la mera participación en el ejercicio de la función pública.

El segundo de los requisitos señalados por JAVATO MARTÍN²⁰⁸ es que dicho funcionario público lo sea por disposición inmediata de la Ley, entendiendo la doctrina mayoritaria una concepción amplia que incluiría todas las disposiciones de rango general, apuntando a Del Toro Mazal; pues al ser menos restrictivo este concepto, estaría más cerca de la concepción Penal de funcionario público que de la Administrativa.

²⁰⁷ JAVATO MARTÍN, A.M.: “El delito de atentado. Modelos legislativos. Estudio histórico-dogmático y de Derecho comparado”, cit. págs. 358-359.

²⁰⁸ JAVATO MARTÍN, A.M.: “El delito de atentado. Modelos legislativos. Estudio histórico-dogmático y de Derecho comparado”, cit. págs. 358-359.

Tercer requisito señalado por JAVATO MARTÍN²⁰⁹, es la elección, considerando a tales a todos aquéllos que hayan sido elegidos democráticamente en unas elecciones tales como alcaldes, concejales, miembros de comisiones, etc.

El cuarto de los requisitos que señala JAVATO MARTÍN²¹⁰, es el nombramiento de autoridad competente, de tal forma que tendrán cabida en tal acepción aquellas personas que no hallan concurrido a oposición o concurso, como es el caso del personal de libre designación, confianza política, funcionarios de empleo, funcionarios interinos, contratados administrativos y personal administrativo.

La jurisprudencia ha considerado que participa del ejercicio de funciones públicas, y en atención a su nombramiento debe ser considerado funcionario público, el Presidente de una sociedad cuyas funciones consistían en la preparación de la venta de una empresa pública, garantizando, a través de una sociedad estatal, que la privatización se realizaba con respeto a los intereses generales, (STS núm. 1590/2003 (RJ 2005, 1415)); el asalariado de la administradora que llevaba de hecho la gestión de la administración de lotería, (STS núm. 1544/2004, de 23 de diciembre (RJ 2005, 498)), un farmacéutico titular, “en cuanto siempre está en relación con los correspondientes Organismos Públicos del área de salud respecto a los asegurados”, (STS núm. 576/2002, de 3 de septiembre (RJ 2002,

²⁰⁹ JAVATO MARTÍN, A.M.: “El delito de atentado. Modelos legislativos. Estudio histórico-dogmático y de Derecho comparado”, cit. págs. 358-359.

²¹⁰ JAVATO MARTÍN, A.M.: “El delito de atentado. Modelos legislativos. Estudio histórico-dogmático y de Derecho comparado”, cit. págs. 358-359.

8273)), un médico de la Seguridad Social, (STS núm. 2361/2001, de 4 de diciembre (RJ 2002, 817)), considerando que “dicha actividad por su carácter social y trascendencia colectiva está encomendada al Estado, provincia o municipio, o entes públicos dependientes más o menos directamente de los mismos, y no puede dudarse de tal cualidad a los servicios de la Seguridad Social, o su correlativo si se halla transferido a una Comunidad Autónoma, vinculados con la Administración Pública”, recordando esta sentencia además, que “la cualidad de funcionario público de los médicos y enfermeros de la Seguridad Social ha sido declarada en sentencias de esta Sala de 15 de noviembre de 1973 (RJ 1973, 4318) , 15 de junio de 1979 (RJ 1979, 2673) y 7 de abril de 1981 (RJ 1981, 1605) , y, entre las de recientísima fecha, cabe citar la de 7 de noviembre de este mismo año 2001 (RJ 2001, 9684)” ; los miembros de la Junta de Gobierno de un Colegio de Diplomados en Enfermería, citando la STS de 10-10-1997 (RJ 1997, 7601) , en la que esta Sala ha considerado que ostentan la calidad de funcionarios públicos, en tanto que dicho “Colegio es una corporación de derecho público que ejerce funciones públicas pues tiene competencias de inspección administrativa y sus actos son recurribles ante el orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo” (STS núm. 789/2001, de 10 de mayo (RJ 2001, 3620)).

En otras ocasiones, ya en relación con delitos de atentado, la STS de 26 de febrero de 1991 (RJ 1991, 1547) confirmó la condena por atentado contra un Catedrático de Universidad al ser agredido por un alumno al que había suspendido. Y la STS de 22 de

julio de 1988 (RJ 1988, 6648), por atentado contra funcionarios integrantes de una Comisión de una Cámara Provincial Agraria; en la STS núm. 1183/1993, de 20 de mayo (RJ 1993, 4189), confirmando una condena por dicho delito de atentado, se consideró funcionario público a la víctima, médico de la Seguridad Social, argumentando que la “actividad funcional pública debe referirse a ejercitar alguna actividad que por su carácter social y trascendencia colectiva está encomendada al Estado, Provincia o Municipio, o Entes públicos dependientes más o menos directamente de los mismos, y no puede dudarse de tal cualidad a los Servicios de la Seguridad Social, Instituto Nacional de la Salud, o su correlativo si se halla transferido a una Comunidad Autónoma, vinculados a la Administración pública.”

Concretamente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1973 (RJ 1073, 4318), estimó que un médico de la Seguridad Social es funcionario público a efectos del art. 119 del Código Penal, y las de 15-6-1979 (RJ 1979, 2673) y 7-4-1981 (RJ 1981, 1605), declararon que los farmacéuticos, médicos y enfermeras que por disposición legal se incorporan a la prestación de un servicio social a cargo del -antiguo- Instituto Nacional de Previsión, que depende del Estado, les otorga los requisitos necesarios para alcanzar el carácter de funcionario público, y ello aunque la jurisdicción laboral sea la competente para entender de las cuestiones contenciosas que surjan entre ellos, lo que no obsta a tal consideración de funcionarios públicos a los fines de la legislación penal.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1981 (RJ 1981, 1605), declaraba de forma terminante que "... legalmente funcionario público es el que por disposición inmediata de la Ley, por elección o por nombramiento de autoridad competente participa del ejercicio de funciones públicas (art. 119) siendo el Médico adscrito a un servicio como la Seguridad Social, hombre dedicado a velar por función tan importante, como la salud pública".

Y la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 876/2006, de 6 de noviembre (RJ 2007, 586), confirmó la condena por delito de atentado del que fue víctima el Director-Conservador de un Parque Natural, designado por el Conseller de Medio Ambiente y dependiente de la Dirección General de Conservación del Medio Natural.

Estos amplios conceptos de función pública y, consiguientemente, de funcionario público, unidos al aumento de la presencia de la Administración, directa o indirectamente, en la vida pública pueden llegar a producir un incremento excesivo de la reacción penal basada en la aplicación de los preceptos que sancionan el delito de atentado a situaciones que pudieran encontrar otras soluciones en otros preceptos del Texto punitivo.

Cabe plantearse si el delito de atentado debería quedar reducido a aquellas situaciones en las que la autoridad o el funcionario desempeñaran funciones públicas caracterizadas por la coerción, en el sentido de capacidad de imponer legalmente el cumplimiento de la determinación o resolución adoptada, bajo la amenaza de sanción, lo cual ordinariamente será atribuible a la autoridad o a sus agentes en

cuanto actúan bajo las órdenes o indicaciones de aquella, y solo excepcionalmente a los funcionarios públicos. No obstante, sería deseable que esa restricción encontrara un apoyo expreso en una Ley Orgánica, si ese fuera finalmente el designio del legislador.

He referido que uno de los requisitos del artículo 24.2 del Texto punitivo para poder catalogar al sujeto pasivo en el delito de atentado como funcionario público, es la necesidad de que haya adquirido tal condición bien sea por disposición inmediata de la ley o por elección o nombramiento de autoridad competente.

En esta exigencia legal, surge el problema de los llamados “FUNCIONARIOS DE HECHO”, que podríamos definir como quienes habiendo sido nombrados o elegidos legítimamente, no reúnen las condiciones necesarias para ello o no tienen título de habilitación, o bien carecen de cualquier otro requisito legal de los establecidos en el concurso oposición pertinente.

Así, COBO DEL ROSAL²¹¹ define a los funcionarios de hecho como “aquellos que participan en funciones públicas pero sin formar parte del organismo administrativo por faltarles un requisito esencial.”

DE LA VALLINA²¹², manifiesta que la diferencia entre el funcionario de hecho y el de derecho, radica en que la relación con la Administración a quien sirve es en el caso del funcionario de derecho perfectamente regular, mientras que en el caso del funcionario de

²¹¹ COBO DEL ROSAL, MANUEL: “Examen crítico del párrafo 3.º del artículo 119 del Código penal español (sobre el concepto de funcionario público a efectos penales)”, cit., págs. 231 y 237.

²¹² DE LA VALLINA VELARDE, J.L.: “Sobre el concepto de funcionario de hecho”, cit. pág. 115.

hecho existe alguna irregularidad más o menos aparente que impide que dicha relación sea de *iure*, pero en lo que al ejercicio de sus actividades respecta, no se percibe diferencia alguna entre ellos, pues en su actuar es un auténtico funcionario y al margen de que existan irregularidades de derecho, se les llame “funcionarios de hecho.”

El autor²¹³ sostiene que “aquella persona física que con un nombramiento aparentemente regular y, sin embargo, jurídicamente nulo, o la que en circunstancias excepcionales, aun faltando esto, ejerce de buena fe las funciones de un cargo público de manera efectiva, exclusiva, pública, pacífica y continuada.”

En opinión de LORENTE VELASCO²¹⁴ “resulta preciso distinguir entre dos hipótesis: que el particular asuma por propia iniciativa una función pública, o bien que por error de la Administración, provocado o no por el que recibe el nombramiento, sea designado como funcionario una persona que carezca de las condiciones necesarias, como títulos académicos, edad, etc. En el primer caso, considera, que el particular no queda, por el mero hecho de asumir una función pública, equiparado a los funcionarios. Por lo tanto, y en cuanto a este primer grupo de sujetos que usurpan la función pública sin haber accedido a ella por ninguno de los mecanismos establecidos, no se suscita controversia alguna pues como es lógico no tendría ningún sentido plantearse la posibilidad de hacer

²¹³ DE LA VALLINA VELARDE, J.L.: “Sobre el concepto de funcionario de hecho”, cit. págs. 133-134.

²¹⁴ LORENTE VELASCO, S.M.: “Delitos de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos y de resistencia y desobediencia.” cit. págs. 134 y ss.

valer estos delitos cuando el destinatario de la acción sea uno de estos sujetos.”

Continúa la autora²¹⁵ refiriendo que “el verdadero problema se suscita a tenor de los otros casos, esto es, cuando el sujeto se ha incorporado a la función pública por alguna de las vías señaladas pero no cumple con las condiciones exigidas jurídicamente para ello (...) Lo cierto es, que la doctrina española no hace extensivo el razonamiento a los casos en los que se discute si esos sujetos merecen ser reconocidos como destinatarios de la acción de un delito de atentado o resistencia. Pues bien, en estos casos, y teniendo en cuenta que el funcionario se ha incorporado a la función pública por algunos de los títulos exigidos por la norma –aunque falte algún requisito de los establecidos en la convocatoria de que se trate–, y siempre y cuando, por supuesto, ejerzan una función pública, merecerán que se les otorgue la condición de funcionarios públicos a todos los efectos, pues no hay que olvidar que la tutela penal de estos delitos va dirigida no a los funcionarios en sí sino a las funciones que ellos ejercen.”

Sostiene en esta línea CUERDA ARNAU²¹⁶, que “en resumen, lo que aquí se mantiene es que no cabe otorgar la condición de funcionario a los distintos sujetos a los que en ocasiones se agrupa bajo la denominación de «funcionario de hecho». Bajo ningún concepto puede atribuírsele al particular que por propia iniciativa

²¹⁵ LORENTE VELASCO, S.M.: “Delitos de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos y de resistencia y desobediencia.” cit. págs. 134 y ss.

²¹⁶ CUERDA ARNAU: cit. “Los delitos de atentado y resistencia”.

asume una función pública, pero tampoco al individuo cuyo título de acceso a la función pública se halle viciado de nulidad absoluta, pues, de ser así, no hay razón para ver en él algo distinto del particular que no ejerce, sino que usurpa funciones públicas. Así pues, se considera que sólo puede hacerse extensiva dicha condición a aquél cuyo título de adscripción a la función pública adolezca de un vicio que simplemente determine su anulabilidad; sólo en este caso puede continuar hablándose de la existencia de un órgano, cuyos actos -y esto es lo decisivo- pueden reputarse ejercicio de la tan mencionada función, sin perjuicio de que sea posible su anulación. Equiparar este último supuesto al del funcionario que ostenta la titularidad legal del órgano sin vicio alguno es, en suma, lo que procede atendido el bien jurídico que se protege. A eso obliga, según creo, la reiterada afirmación de que la tutela penal se dispensa a la función y no al funcionario, de manera que -en supuestos fronterizos- ese debe ser el criterio prevalente, que es, en última instancia, el que nuestro legislador y nuestra jurisprudencia acogen.”

A mi juicio y en contra de la postura de CUERDA ARNAU, el funcionario de hecho, es un auténtico funcionario, pues lo que le interesa al Derecho penal, es el ataque, lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado por la norma, y es, a través del funcionario de hecho que el autor atenta contra el orden público-social, menoscabando el principio de autoridad ínsito en el orden público que el funcionario de hecho representa, pues ello al fin y al cabo,

contribuye a un mejor funcionamiento de la Administración cuando el mismo se halla en el ejercicio de esa actividad o con ocasión de ella.

2.2.- Los conceptos de autoridad, de agente y de funcionario público a lo largo de la jurisprudencia

En este capítulo, pondré de manifiesto tanto las Sentencias más antiguas como las más modernas para su contraste y para ver cómo ha ido evolucionando la casuística jurisprudencial a la hora de determinar quien era autoridad, agente de la misma o funcionario público como sujetos pasivos del delito de atentado en el ejercicio de sus respectivas profesiones o cargos o con ocasión de las mismas, ya como autoridad, ya como funcionarios, aunque como señalamos con anterioridad, la condición de autoridad y sus agentes coinciden con la de funcionario público en la mayoría de las ocasiones.

2.2.1.-Autoridad

Como autoridad y sus agentes la jurisprudencia que va desde el año 1882, donde empiezan a recopilarse las Sentencias del Tribunal Supremo, por el Ministerio de Justicia e Interior, en lo que hoy conocemos como Colección Legislativa de España, hasta el año 1929, siendo publicadas por la editorial Reus desde el año 1919.

Hecha esta pequeña introducción acerca de los inicios del Tribunal Supremo, para el caso que nos ocupa que es el delito de atentado hemos considerado necesario señalar alguna casuística en la que dicho Alto Tribunal, consideró como sujetos pasivos de este delito

a diversos sujetos pasivos, y que como botón de muestra señalamos aquellos que hemos considerado más significativos.

Y así para los alcaldes²¹⁷, el Tribunal Supremo, Sala 2ª, en Sentencia núm. 269, de fecha 16 de diciembre de 1886 establecía que “la persona que al ser detenida por el Alcalde auxiliado por el alguacil, pega a éstos con las manos y con los pies, comete el delito de atentado incurriendo en la sanción penal, consignada en la circunstancia 1ª. Del artículo 264 del Código penal.”

Para los tenientes de alcalde²¹⁸, el Tribunal Supremo, Sala 2ª, en Sentencia núm. 67, de fecha 2 de octubre de 1883 apuntaba “que el que resiste y no maltrata a un Teniente de Alcalde, al requerirle para que no alborotara, incurre en delito de atentado que determinan los artículo 263 y 264 del Código penal.”

En cuanto a los concejales²¹⁹, el Tribunal Supremo, Sala 2ª, en Sentencia núm. 306, de fecha 20 de abril de 1887 consideraba que “el que intimida y resiste sucesivamente con un estoque y una pistola a dos Tenientes Alcaldes y dos Concejales cuando se hallaban en el ejercicio de sus funciones, hasta el punto de obligarles guarecerse

²¹⁷ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª, NÚM. 269, DE FECHA 16 DE DICIEMBRE DE 1886: “Colección Legislativa de España, Sentencias del Tribunal Supremo en materia criminal, salas segunda y tercera, segundo semestre de 1886”, pág. 930.

²¹⁸ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª, NÚM. 67, DE FECHA 2 DE OCTUBRE DE 1883: “Colección Legislativa de España, Sentencias del Tribunal Supremo en materia criminal, salas segunda y tercera, segundo semestre de 1883”, pág. 195.

²¹⁹ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª, NÚM. 306, DE FECHA 20 DE ABRIL DE 1887: “Colección Legislativa de España, Sentencias del Tribunal Supremo en materia criminal, salas segunda y tercera, primer semestre de 1887”, pág. 1008.

detrás de una ermita, comete el delito previsto en el núm. 2º. Del art. 263 del Código penal, el cual se halla castigado en el párrafo segundo del 264, incurriendo en mayor responsabilidad todavía los que arrojaran piedras en aquella ocasión a dichos funcionarios llegando a herir a uno de ellos.”

En referencia a los alcaides de la prisión²²⁰, el Tribunal Supremo, Sala 2ª, en Sentencia núm. 517, de fecha 17 de junio de 1885, apuntaba en sus considerandos “que el preso que, para fugarse de la cárcel, acomete y emplea fuerza contra el Alcaide que logró impedir la fuga, no responde, además del atentado, de las pequeñas contusiones a que dio lugar, por no ser acto directo, sino resultando más bien del movimiento brusco del procesado al querer huir.”

En cuanto a los jueces municipales²²¹, el Tribunal Supremo, Sala 2ª, en Sentencia núm. 129, de fecha 27 de marzo de 1882, establecía “que cuando uno acomete a un Juez municipal, ofendiéndole con un palo y apedreándole hasta el punto de lesionar levemente, en ocasión en que dicha Autoridad le amonestaba dentro del término jurisdiccional con motivo propio de sus funciones, comete el delito de atentado.”

²²⁰ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª, NÚM. 517, DE FECHA 17 DE JUNIO DE 1885: “Colección Legislativa de España, Sentencias del Tribunal Supremo en materia criminal, salas segunda y tercera, primer semestre de 1885”, pág. 1582.

²²¹ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª, NÚM. 129, DE FECHA 27 DE MARZO DE 1882: “Colección Legislativa de España, Sentencias del Tribunal Supremo en materia criminal, salas segunda y tercera, primer semestre de 1882”, pág. 325.

Finalmente los jueces suplentes²²², para el Tribunal Supremo, Sala 2ª, en Sentencia núm. 139, de fecha 12 de febrero de 1884 recogía que “para apreciar el respeto debido a un Juez suplente es por todo extremo indiferente que las funciones judiciales las estuviese ejerciendo por mera delegación, hecha verbalmente, y no por medio de oficio.”

También nuestra más reciente jurisprudencia considera autoridad a un juez y así la Sentencia Tribunal Supremo ²²³(Sala de lo Penal), núm. 660/2001 de 18 abril (RJ 2001\2987) establece como: “Hechos probados: Del conjunto de la prueba practicada resulta probado y así se declara que sobre las 16.00 horas del día 15 de marzo de 1997 el acusado Francisco S. B., mayor de edad y con numerosos antecedentes penales no computables, nada más tener conocimiento de que el Juez de Instrucción núm. 3 de Vélez-Málaga don Francisco M. C., una vez celebrada la preceptiva comparecencia, había dictado auto de prisión contra él por considerarlo presunto autor de un delito de robo con intimidación, comenzó a dar grandes voces y a decirle al Juez frases como “que se iba a follar a su mujer y a toda su familia, y a él mismo”, añadiendo “te voy a matar cuando te vea en la calle, Juez de mierda”, al mismo tiempo que abalanzándose trataba de entrar en el despacho del Juez, con intención de agredirle, lo que no consiguió al

²²² SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª, NÚM. 139, DE FECHA 12 DE FEBRERO DE 1884: “Colección Legislativa de España, Sentencias del Tribunal Supremo en materia criminal, salas segunda y tercera, primer semestre de 1884”, pág. 409.

²²³ SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL), NÚM. 660/2001 DE 18 ABRIL (RJ 2001\2987).

ser reducido por la fuerza por los Policías que se encontraban en las dependencias judiciales, sintiéndose intimidado el Juez al oír perfectamente las referidas frases y el alboroto que se produjo. Mientras esto ocurría, las otras dos acusadas María Manuela B. P. y María Nieves S. B., ambas mayores de edad, sin antecedentes penales y madre y hermana del acusado, respectivamente también procedieron a dar fuertes voces, constituyendo a fomentar el escándalo que se produjo dentro del Juzgado.”

Asimismo se considera autoridad a un alcalde la Sentencia del Tribunal Supremo²²⁴ (Sala de lo Penal), de 3 mayo 1991 (RJ 1991\3533) y así: “De la citada declaración de hechos probados de la sentencia recurrida aparecen claramente reflejados todos y cada uno de los requisitos que configuran el delito de atentado a la Autoridad sancionado en los artículos 231 n.º 2.º y 232 n.º 1.º del Código Penal, así, en el aspecto objetivo, aparece la acción de acometimiento, al decirse que el procesado, al que previamente se le quitó por un empleado municipal un listón de madera que acababa de arrancar de un banco existente en el Ayuntamiento, al que acababa de llegar con la intención de ver al Alcalde, consiguió entrar sin autorización en el despacho de dicha Autoridad en el que se encontraba el Teniente de Alcalde que en esas fechas desempeñaba, por sustitución, las funciones de Alcalde, «arremetiendo contra el mismo, logrando agarrarle con ambas manos», defendiéndose éste sin poder evitar un

²²⁴ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL), DE 3 MAYO 1991 (RJ 1991\3533).

mutuo forcejeo, entrando en el despacho funcionarios municipales que lograron separarle..., agresión, acometimiento y empleo de fuerza que tipifica dicho delito y que impide pueda degradarse el hecho a simple falta del artículo 570 n.º 6.º o número 2.º en su nueva redacción, por referirse a los agentes de la autoridad, no a las autoridades, cualidad que ostentan los Alcaldes y por consiguiente el ofendido que se encontraba en aquellos momentos en el ejercicio del cargo; y, por último, también aparece perfilado en los hechos probados el elemento subjetivo del delito, consistente en la intención de faltar al respeto y agredir a quien encarnaba el principio de Autoridad, carácter del que tenía conocimiento el recurrente, por lo que procede desestimar el recurso en este extremo.”

Finalmente referida jurisprudencia considera autoridad a un Concejal; y así la Sentencia del Tribunal Supremo²²⁵ (Sala de lo Penal), de 8 octubre 1990 (RJ 1990\7916) refiere que: “De todo lo expuesto se desprende en principio que la única persona que ejerce de manera personal y directa una jurisdicción propia que le atribuye directamente la condición de autoridad es el Alcalde que dirige el Gobierno y administración municipales (art. 41.2 Reglamento), situándose a los Concejales en un segundo plano con facultades delegadas con carácter genérico o específico actuando bajo la supervisión del Alcalde o del Concejal Delegado. El carácter personalista aparece reforzado en el artículo 48 del Reglamento

²²⁵ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL), DE 8 OCTUBRE 1990 (RJ 1990\7916).

cuando se establece que en los supuestos de sustitución del Alcalde el Teniente de Alcalde que asuma sus funciones no podrá revocar las delegaciones que hubiera otorgado el titular.

El texto constitucional en su artículo 86.1 establece una escala o rango de las instituciones básicas del Estado, afirmando el Tribunal Constitucional en su sentencia 60/1986 de 20 de mayo (RTC 1986\60) (BJC. 62 p. 623) que el Gobierno y la Administración del Estado son instituciones básicas complementándose con una referencia a los derechos y libertades de los ciudadanos el régimen de las Comunidades Autónomas y al derecho electoral general sin que se contenga entre ellas la Administración local que tienen un régimen y una referencia específica en el Capítulo Segundo del Título VIII dedicado por la Constitución a la Organización Territorial del Estado.

3. La jurisprudencia postconstitucional ha convivido sin hacer las necesarias correcciones con los conceptos funcionariales elaborados cuando el carácter electivo dependía de una serie de facultades o prerrogativas previamente reguladas por la ley pero no estaba sometida a la decisión de la voluntad popular.

Así la Sentencia de 13 de diciembre de 1985 (RJ 1985\6256), en un supuesto de desacato, atribuye al Concejal por elección el carácter de funcionario público a efectos punitivos y además le considera como subordinado jerárquicamente al Alcalde desacatado y estima aplicable la agravación específica del último inciso del párrafo tercero del artículo 240 del Código Penal invocando en auxilio de sus tesis dos sentencias de 2 de abril de 1885 y 16 de diciembre de 1893.

En una más reciente sentencia de 21 de febrero de 1989 (RJ 1989\1618) mantiene la tesis de que el Concejal del Ayuntamiento considerado aisladamente no es Autoridad y confirma la sentencia que condenó a los procesados como autores de un delito de atentado a funcionario público, «carácter que le es atribuible a los Concejales por el artículo 119 del Código Penal a efectos penales». Se apoya en la cita de las sentencias antes mencionadas y en otra de 13 de diciembre de 1985.

No obstante, salvo en el caso de actuaciones ilegítimas o notoriamente desproporcionadas, al Concejal le viene atribuida la condición de Autoridad por su pertenencia al Pleno de la Corporación, cuya voluntad conforma con su voto o cuando actúa por Delegación especial referida a un determinado servicio (artículo 43.5 b) del Reglamento de Organización de las Corporaciones Locales -como sucede en el caso presente- en el que el hecho probado se afirma que el Concejal agredido era miembro de la Delegación de la Vivienda del Ayuntamiento y fue insultado y agredido en virtud de resoluciones adoptadas en cumplimiento específico de la misión que tenía encomendada, lo que le dota de la protección que su competencia jerárquica, legitimada democráticamente, le atribuye, que no es otra que la que corresponde a las autoridades, por lo que el motivo debe ser desestimado.”

2.2.2.- Agentes de la autoridad

Encontramos en primer lugar como sujetos pasivos del delito de atentado y como agentes de la autoridad a profesionales como los comisionados o recaudadores encargados de la cobranza de contribuciones²²⁶: una Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, núm. 3, de fecha 4 de enero de 1882, la cual establece en sus considerandos “que con arreglo a lo dispuesto en la orden de la Regencia del Reino de 17 de octubre de 1870, y a lo declarado repetidamente por este Tribunal Supremo, los comisionados encargados de la cobranza de contribuciones son, en el ejercicio de sus funciones, agentes de la Autoridad para todos los efectos del Código Penal.”

Igualmente respecto de los recaudadores de contribuciones, señalaba el Tribunal Supremo, Sala 2ª, en Sentencia núm. 105, de fecha 18 de marzo de 1882²²⁷: “que los recaudadores de contribuciones son en el ejercicio de sus cargos agentes de la Autoridad para todos los efectos del Código penal con arreglo a la orden de la Regencia del Reino de 17 de octubre de 1870, y a lo declarado repetidamente por este Tribunal Supremo.”

²²⁶ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª, NÚM. 3, DE FECHA 4 DE ENERO DE 1882: “Colección Legislativa de España, Sentencias del Tribunal Supremo en materia criminal, salas segunda y tercera, primer semestre de 1882”, pág. 9 y en SENTENCIA NÚM. 105, DE FECHA 18 DE MARZO DE 1882, pág. 263.

²²⁷ SENTENCIA DE L TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª, NÚM. 105, DE FECHA 18 DE MARZO DE 1882: “Colección Legislativa de España, Sentencias del Tribunal Supremo en materia criminal, salas segunda y tercera, primer semestre de 1882”.

En cuanto a los alcaldes de barrio²²⁸, la Sentencia Tribunal Supremo, Sala 2ª, en Sentencia núm. 318, de fecha 11 de abril de apuntaba “que el que desobedece y da un bofetón al Alcalde de barrio cuando éste le amonestaba y dirigía las oportunas intimaciones por el escándalo que causaba en la calle a las once de la noche, es responsable del delito que castiga el art. 263 y párrafo último del 264 del Código penal del Código penal.”

Refiere respecto de los guardas de campo²²⁹ el Tribunal Supremo, Sala 2ª, en Sentencia núm. 266, de fecha 13 de julio de 1882 (Colección Legislativa de España, Sentencias del Tribunal Supremo en materia criminal, salas segunda y tercera, primer semestre de 1882, pág. Nº 668) establecía “que el hecho de causar lesiones a un guarda de campo, al manifestar que quedaba denunciado por haber introducido su ganado en el término que custodiaba, constituye el delito de atentado, definido en el caso 2º del art. 263 del Código penal.

Que no deja de existir atentado, aunque el hecho que lo produce no fuera ejecutado en el término en el que ejerza sus funciones la Autoridad, si resulta que tuvo lugar con ocasión de ellas.”

Para los serenos²³⁰ el Tribunal Supremo, Sala 2ª, señalaba en Sentencia núm. 57, de fecha 28 de septiembre de 1882 “que los

²²⁸ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª, NÚM. 318, DE FECHA 11 DE ABRIL DE 1885; “Colección Legislativa de España, Sentencias del Tribunal Supremo en materia criminal, salas segunda y tercera, primer semestre de 1885”, pág. 940.

²²⁹ SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª, NÚM. 266, DE FECHA 13 DE JULIO DE 1882: “Colección Legislativa de España, Sentencias del Tribunal Supremo en materia criminal, salas segunda y tercera, primer semestre de 1882”, pág. 668.

serenos, cuando ejercen las funciones propias de su cargo son Agentes de la Autoridad, por lo cual el hecho de poner violentamente la mano en ellos constituye delito de atentado.”

Para los jefes de estación, a los vigilantes y porteros de las vías férreas²³¹, el Tribunal Supremo, Sala 2ª, en Sentencia núm. 332, de fecha 9 de abril de 1884 aducía “que si bien para los efectos del art. 23 de la ley de policía de los ferrocarriles, de 23 de noviembre de 1877, tienen carácter de agentes de la Autoridad, desde los jefes de estación y de tren hasta los porteros y vigilantes, es en cuanto se trate de operaciones y servicios relacionados con la conservación y policía de las vías férreas, tracción y movimiento de los trenes, y cuanto entrañe interés público, mas no el ejercicio de tareas puramente mercantiles o administrativas de orden interior de las empresas.”

En relación a los alguaciles²³², Tribunal Supremo, Sala 2ª, establecía en Sentencia núm. 260, de fecha 24 de noviembre de 1884 “el que al presentarse un Alguacil auxiliar, nombrado por el Alcalde para acompañar al Comisionado de apremio, lo recibe con palabras insultantes, arrojándole además una piedra a la cabeza, ejecuta un

²³⁰ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª, NÚM. 57, DE FECHA 28 DE SEPTIEMBRE DE 1882: “Colección Legislativa de España, Sentencias del Tribunal Supremo en materia criminal, salas segunda y tercera, segundo semestre de 1882”, pág. 164.

²³¹ SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª, NÚM. 332, DE FECHA 9 DE ABRIL DE 1884: “Colección Legislativa de España, Sentencias del Tribunal Supremo en materia criminal, salas segunda y tercera, primer semestre de 1884”, pág. 971.

²³² SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª, NÚM. 260, DE FECHA 24 DE NOVIEMBRE DE 1884: “Colección Legislativa de España, Sentencias del Tribunal Supremo en materia criminal, salas segunda y tercera, segundo semestre de 1884”, pág. 801.

atentado a mano armada contra un agente de la Autoridad, sea cual fuere la competencia del Alcalde para el nombramiento de alguaciles, ya que la comisión conferida lo constituía en un verdadero agente de la Autoridad.”

Respecto de los guardias jurados²³³, el Tribunal Supremo, Sala 2ª, en Sentencia núm. 36, de fecha 27 de enero de 1882 apuntaba “que es reo del delito de atentado contra un agente de la Autoridad el que da un bofetón a un guardia jurado en presencia de varias personas y con ocasión del ejercicio de su cargo.”

Considerando igualmente agente de la autoridad a los guardas o vigilantes de ayuntamiento²³⁴, el Tribunal Supremo, Sala 2ª, en Sentencia núm. 29, de fecha 11 de julio de 1882 fijaba “que los guardas o vigilantes habilitados por un Ayuntamiento para impedir la introducción fraudulenta de cosas sujetas al pago del impuesto de consumos, tienen el carácter de Agentes de la Autoridad, aunque los productos de dicho impuesto se hallen arrendados a persona privada”.

En consideración a los guardas municipales²³⁵, el Tribunal Supremo, Sala 2ª, en Sentencia núm. 53, de fecha 26 de septiembre de

²³³ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª, NÚM. 36, DE FECHA 27 DE ENERO DE 1882: “Colección Legislativa de España, Sentencias del Tribunal Supremo en materia criminal, salas segunda y tercera, primer semestre de 1882”, pág. 87.

²³⁴ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª, NÚM. 29, DE FECHA 11 DE JULIO DE 1882: “Colección Legislativa de España, Sentencias del Tribunal Supremo en materia criminal, salas segunda y tercera, segundo semestre de 1882”, pág. 86.

²³⁵ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª, NÚM. 53, DE FECHA 26 DE SEPTIEMBRE DE 1882: “Colección Legislativa de España, Sentencias del Tribunal Supremo en materia criminal, salas segunda y tercera, segundo semestre de 1882”, pág. 154.

1882 establece “que el acometimiento a mano armada, hecho en un acto simultáneo a dos guardas municipales, no puede considerarse más que como un solo delito, atentatorio al principio de Autoridad que dichos funcionarios representan en actos de servicio.”

Para a los dependientes de consumos²³⁶, el Tribunal Supremo, Sala 2ª, en Sentencia núm. 84, de fecha 7 de octubre de 1886 aducía que “los dependientes de consumos, aunque sean nombrados por los arrendatarios del ramo, tienen el carácter de agentes de la Autoridad y son tales agentes, según dispone el art. 37 del reglamento especial para el resguardo del mencionado impuesto de 29 de septiembre de 1885, por cuya causa constituye atentado con abuso de superioridad el hecho de acometer tres, yendo armados, a un dependiente de consumos, en ocasión de hallarse vigilando con insignias, llegando a arrojarle al suelo y causándole además una lesión, de la que sanó a los siete días, con asistencia facultativa.”

Asimismo en referencia a los vigilantes de consumos y agentes del alcalde o del Ayuntamiento²³⁷, el Tribunal Supremo, Sala 2ª, en Sentencia núm. 253, de fecha 20 de marzo de 1884 establecía en sus considerandos “1º. Que los vigilantes de consumos, agente del Alcalde o del Ayuntamiento, son todos agentes de la Autoridad.

²³⁶ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª, NÚM. 84, DE FECHA 7 DE OCTUBRE DE 1886: “Colección Legislativa de España, Sentencias del Tribunal Supremo en materia criminal, salas segunda y tercera, segundo semestre de 1886”, pág. 302.

²³⁷ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª, NÚM. 253, DE FECHA 20 DE MARZO DE 1884: “Colección Legislativa de España, Sentencias del Tribunal Supremo en materia criminal, salas segunda y tercera, primer semestre de 1884”, pág. 735.

2º. Que la cualidad de Autoridad es inherente al cargo que se ejerce y consecuentemente a las funciones emanadas del mismo.”

En cuanto a los vigilantes particulares²³⁸ el Tribunal Supremo, Sala 2ª, en Sentencia núm. 206, de fecha 7 de marzo de 1884 refería que “el acto de abalanzarse sobre un vigilante particular, golpearle y quitarle el chuzo, y el dar después un golpe a un sereno, en el depósito a que el agresor fue conducido, revelan el empleo de fuerza poniendo manos en dichos agentes de la Autoridad, que cualifica el Atentado”.

Finalmente para el personal del Resguardo de Consumos²³⁹, el Tribunal Supremo, Sala 2ª, en Sentencia núm. 191, de fecha 6 de noviembre de 1888, establecía en sus considerandos que “Para que los individuos del resguardo de consumos tengan la consideración de agentes de la Autoridad que les da el artículo 37 del reglamento del impuesto de consumos de 27 de septiembre de 1885 para todos los efectos del Código Penal, no sólo han de estar cumpliendo actos propios de su instituto y llevar distintivo que les sea propio de su cargo, sino que han de haber prestado el juramento que como primer deber les impone el artículo 30 del expresado reglamento, que es para estos empleados la investidura de su cargo y el vínculo que los une a la Autoridad en cuyo nombre y representación ejercen sus funciones;

²³⁸ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª, NÚM. 206, DE FECHA 7 DE MARZO DE 1884: “Colección Legislativa de España, Sentencias del Tribunal Supremo en materia criminal, salas segunda y tercera, primer semestre de 1884”, pág. 600.

²³⁹ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª, NÚM. 191, DE FECHA 6 DE NOVIEMBRE DE 1888: “Colección Legislativa de España, Sentencias del Tribunal Supremo en materia criminal, salas segunda y tercera, segundo semestre de 1888”, pág. 647.

por cuya razón no constituyen atentado las violencias ejecutadas contra uno de estos empleados que no ha prestado juramento.”

En cuanto a nuestra jurisprudencia más reciente, contrastándola con la anteriormente referida, encontramos el caso de un Policía Local en la Sentencia del Tribunal Supremo²⁴⁰ de fecha 19 de mayo de 2010 la cual apunta que: “Es cierto, como señala el recurrente, que a continuación, el Tribunal señala que "Tras una tenaz resistencia a ser detenido, el agente de la Policía Local Sr. Fermín logró inmovilizarlo", describiendo a continuación las lesiones sufridas por el agente en el forcejeo. La literalidad de la expresión empleada podría dar a entender, como sugiere el recurrente, que la resistencia tuvo lugar después del disparo. Pero un entendimiento racional de la sentencia conduce a estimar que se trata de valorar las características de la acción obstativa del recurrente como una resistencia tenaz, iniciada con el enfrentamiento y el forcejeo y finalizada tras ser alcanzado por el disparo, a causa, además, de la acción de inmovilización llevada a cabo por el agente policial. En cualquier caso, la descripción de la conducta del recurrente a que se ha hecho mención, unida a las lesiones sufridas por el agente policial en el curso de la detención como consecuencia de la resistencia de aquél a ser detenido, permiten considerar correcta la calificación contenida en la sentencia de instancia.”

²⁴⁰ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 19-5-2010, Nº 463/2010, REC. 2665/2009. PTE: COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, MIGUEL (EDJ 2010/84224).

Igualmente y considerando agentes de la autoridad a la Ertzaina la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa²⁴¹ de 4 octubre de 2000 manifiesta que: “Así recogido en el acta del juicio oral deben resaltarse de las declaraciones del Agente de la Ertzaina con número de carnet profesional 8283: a preguntas del Ministerio Fiscal que "Les amenazó con 1 botella", que "cree que llevaba varias jeringuillas, sacó una del bolso y les amenazó", que "estuvo todo el rato insultando", que "se subió a una jardinera de 1 metro y medio", "les amenazó con una botella de cristal" (...)", "con la botella les intimidaba"; y además a preguntas del Letrado de la Defensa que "está seguro que les amenazó con una jeringuilla", "no sabe lo que pasó con ella, la tiraría". Así el Ertzaina con número de carnet profesional 7443 manifiesta: "(...) se subió a un macetero y les amenazó con una botella", "les insulto", "ellos iban uniformados, el vehículo oficial estaba a la vista", "Recuerda y está seguro que llevaba una jeringuilla, no sabe de dónde la sacó", "no recuerda qué hizo con la jeringuilla", "les amenazó con esa botella diciendo os corto con ella, os doy con ella y exhibía la botella", "intentó agredirle". Siendo así que dichas testificales, unidas a la propia declaración del acusado ante el Juez de Instrucción (puesto que no comparece al acto de la vista) reconociendo cuando menos "que sólo se subió a donde las flores", "sólo quería que le devolvieran la metadona" " que de la basura cogió una botella de cerveza y les dijo que si no le daban la metadona se chinaba", "que estaba muy histérico

²⁴¹ SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE GUIPÚZCOA (SECCIÓN 1ª) NÚM. 181/2000 DE 4 OCTUBRE (JUR 2001\42245).

en ese momento, sufre de los nervios", ponen de manifiesto el hecho del acometimiento real y completo que sufrieron ambos Agentes de la Ertzaintza por parte de Pedro M. E., el cual con un claro desprecio del principio de autoridad que encarnaban ambos, les amenazó con una botella rota de vidrio y les insultó ; agentes que se encontraban en el lugar de los hechos debidamente uniformados y cumpliendo las obligaciones propias de su cargo. Por tanto, y como consecuencia de todo lo indicado, resulta probado que concurren en el presente caso los elementos que configuran el delito de atentado, y ha quedado suficientemente desvirtuado el principio de la presunción de inocencia consagrado en el art. 24 de la Constitución Española, y procede por tanto la desestimación del recurso en este punto y la confirmación de la sentencia de instancia.”

Considera también reciente jurisprudencia agente de la autoridad a un policía municipal en “prácticas” y así la Sentencia del Tribunal Supremo²⁴² (Sala de lo Penal), núm. 137/1993 de 28 enero (RJ 1993\214) señala que: “El art. 119 del Código Penal, según una inconcusa doctrina jurisprudencial, se emancipa -para definir la condición de funcionario público- de la relación administrativa, y considera como tal al que ostenta un título que arranca de la Ley o por elección o por nombramiento de la Autoridad competente, siempre que desenvuelva una actividad de participación en la función pública o, que se proyecte o tienda al interés general o colectivo. Pero dentro

²⁴² SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL), NÚM. 137/1993 DE 28 ENERO (RJ 1993\214).

de esta categoría -cuando concurre el elemento objetivo o de actividad pública-, además de los sujetos que en calidad de autores o de víctimas gozan de un estatuto jurídico-administrativo, se da cabida a los llamados funcionarios de hecho que desempeñan una función pública -requisito siempre ineludible- aunque, en cuanto al título, no tengan todas las cualificaciones exigidas.

No puede cuestionarse, con referencia al relato judicial de los hechos, que el sujeto lesionado actuaba guiado por un interés público o general cuando impedía el estacionamiento de un vehículo en lugar inadecuado, y no debe ser obstáculo al reconocimiento de su condición de agente de la Autoridad la circunstancia de ser policía municipal “en prácticas”, pues había recibido una designación de quien tenía facultades para hacerla, aunque no hubiere llegado a perfeccionarse la relación funcionarial o administrativa. Se trata, en definitiva, de una hipótesis de funcionario de hecho, subsumible en el ámbito del art. 119 del Código, como ha hecho esta Sala en repetidas ocasiones, de las que pueden ser ejemplos las SS. 20-1-1978 (RJ 1978\81) y 27-3-1982 (RJ 1982\2029).”

También considera como a gente de la autoridad a un Guardia Jurado la Sentencia del Tribunal Supremo²⁴³ (Sala de lo Criminal), de 2 abril 1982 (RJ 1982\2064): “CONSIDERANDO: Que el elemento subjetivo del injusto en el delito del atentado, está constituido por el ánimo de ofensa al principio de autoridad, encarnado por las distintas

²⁴³ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO²⁴³ (SALA DE LO CRIMINAL), DE 2 ABRIL 1982 (RJ 1982\2064).

personas que en el orden jerárquico le representan, debe inducirse de las distintas circunstancias que concurren en el hecho, y de estas circunstancias la más significativa de todas es el acometimiento, el poner mano en la autoridad o sus agentes, por lo que en tales casos y “*prima facie*” hay que tener por existente aquella intención mientras no se acredite en forma convincente que han sido otras las motivaciones determinantes de la agresión. La protección que la Ley presta a los servidores de la autoridad se extiende no sólo cuando éstos están en el ejercicio de sus funciones, sino que en atención al cargo y a la función que desempeñan, se extiende por disposición legal a cuando el atentado tiene su motivación en consideración al ejercicio de aquellas funciones, ya que de otra forma la autoridad quedaría inerte contra las agresiones producidas por odio o venganza de los que se estiman agraviados por su legal proceder, así que hubieran cesado en el servicio.

CDO.: Que el recurso se formaliza por error de derecho al amparo del art. 849, primero, de la L. E. Crim., por aplicación indebida de los arts. 231 y 236 del C. P., pues si bien es indudable, dice el recurrente, el carácter de agente de la autoridad del Guarda Particular Jurado y puede admitirse, en principio, el hecho del acometimiento, es indudable que la agresión se consumó cuando aquél no estaba en el ejercicio de sus funciones, o con ocasión de ellas. En una segunda motivación niega la existencia del dolo específico de intención de ofender al principio de autoridad, sin que esta presunción

pueda presumirse por el simple hecho de conocer la condición de Agente, llegando a afirmar en su argumentación, que el legislador protege únicamente el principio de autoridad pero nunca a la persona que en el ejercicio de sus funciones pueda representar a aquélla. Realmente no se alcanza a comprender cómo se puede ofender a ese ser tan etéreo como es el principio de autoridad, sino a través de las personas que lo encarnan. Pero sobre todo el recurso debe ser desestimado pues incide en dos errores, derivados directamente de la mutilación que hace del texto legal. Respecto a los últimos por entender que como el art. 236 del C. P. habla del atentado a los agentes de la autoridad y los funcionarios públicos sólo cuando éstos estén en el ejercicio de sus funciones, no pueden ser objeto de atentado cuando éste se produce con ocasión de ellas, error manifiesto pues la figura jurídica del atentado está descrita en el art. 231, segundo, en que literalmente se dice que el atentado se produce cuando el funcionario está en el ejercicio de sus funciones «o con ocasión de ellos»; los actos que siguen no hacen otra cosa que fijar las penas según la categoría o jerarquía funcional de los agredidos o amenazados. La segunda imputación se hace al transcribir el texto del primer resultando, ignorando totalmente la frase: “que a consecuencia de haber formulado denuncia contra el acusado por la Ley de caza y conociendo su condición de agente de la autoridad ...” etc., frase que pone claramente de manifiesto que el guarda fue acometido por una actuación típica del ejercicio de su cargo y por tanto que la agresión la sufrió con ocasión del ejercicio de sus funciones. Por todo ello y en

relación con la doctrina expuesta en el primer Considerando, es obligado desestimar el presente recurso de casación.”

Finalmente considera agente de la autoridad a un agente forestal la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén²⁴⁴ (Sección 2ª), núm. 39/2002 de 13 marzo (JUR 2002\128640) manifestando que: “TERCERO.- Respecto a la incriminación de los acusados como autores de un delito de atentado, la representación de Julián R. D., Juan Francisco R. y Florencio R. L., al igual que el Ministerio Fiscal, considera que la condición del Sr. G. R. no puede ser encuadrada dentro del carácter de Agente de la Autoridad, sino que la denominación de la condición del mismo es la de guarda particular jurado y por tanto no puede encuadrarse la conducta de los acusados dentro del tipo de atentado que contempla el Art. 550 del C.P.

Tal motivo del recurso no puede tener acogida en la presente alzada, pues tal y como recoge la resolución recurrida, la Sección Primera de esta Audiencia Provincial con motivo del recurso interpuesto contra el auto del Juzgado de Instrucción que reputó los hechos como falta, establece que el contenido del Art. 550 del C.P. que castiga a los que acometan a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos cuando se hallen ejecutando las funciones de sus cargos o con ocasión de ellos, el T. Supremo ha argumentado que la expresión "con ocasión de ellos" ha de entenderse como una ampliación del ámbito de protección, para alcanzar situaciones, que

²⁴⁴ SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE JAÉN (SECCIÓN 2ª), NÚM. 39/2002 DE 13 MARZO (JUR 2002\128640).

sin constituir ejercicio de la función administrativa en sentido estricto, tiene una vinculación necesaria con la misma, pues la posibilitan. Así los conceptos de autoridad y funcionario público los proporciona el Art. 24, no definiendo que ha de entenderse por agente de la autoridad, que viene incluyéndose dentro del concepto más amplio de funcionario público y si bien la L. 23/92 de Seguridad Privada, no les reconoce al personal de la seguridad privada el carácter de agente de la autoridad, no obstante a tenor de los Arts. 14 de dicha ley y el Art. 4.2 de la L. De Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, les será aplicable la protección del Art. 550. Por consiguiente tal motivo del recurso ha de ser rechazado.

2.2.3.-Funcionarios Públicos

Finalmente, como sujetos pasivos del delito de atentado en su cualidad de funcionarios públicos encontramos en la antigua jurisprudencia del Alto Tribunal otra serie de figuras.

Así respecto de los tesoreros interinos²⁴⁵, el Tribunal Supremo, Sala 2ª, en Sentencia núm. 288, de fecha 24 de junio de 1882 argumentaba “que el que ejerce el cargo de Tesorero interino de la Fábrica Nacional del Sello, con asentimiento del Administrador, y por

²⁴⁵ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª, NÚM. 288, DE FECHA 24 DE JUNIO DE 1882: “Colección Legislativa de España, Sentencias del Tribunal Supremo en materia criminal, salas segunda y tercera, primer semestre de 1882”, pág. 731.

delegación del propietario, que estaba competente y legalmente autorizado, se reputa como funcionario público según el art. 416 del Código penal... Considerando que para los efectos del título citado del Código se reputan funcionarios públicos, según el art. 416, los que por disposición de la ley o por elección popular o por nombramiento de la autoridad competente participen del ejercicio de funciones públicas.”

En cuanto a los recaudadores de contribuciones²⁴⁶, el Tribunal Supremo, Sala 2ª, en Sentencia núm. 204, de fecha 4 de diciembre de 1882, sostenía que “según tiene declarado este Tribunal Supremo, los Recaudadores de contribuciones nombrados por el Banco de España, tienen el carácter de funcionarios públicos, por que han venido a sustituir a los que nombraba hacienda, dependen de los Administradores económicos, y se rigen por las disposiciones del Gobierno.”

Para los concejales²⁴⁷, mantenía el Tribunal Supremo, Sala 2ª, en Sentencia núm. 298, de fecha 6 de abril de 1885 que “los Concejales tienen, cuando menos, el carácter de funcionarios públicos, por ser públicas las funciones que desempeñan, con arreglo a la ley, en el ejercicio del cargo de que se hallan investidos por elección popular”.

²⁴⁶ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª, NÚM. 204, DE FECHA 4 DE DICIEMBRE DE 1882: “Colección Legislativa de España, Sentencias del Tribunal Supremo en materia criminal, salas segunda y tercera, segundo semestre de 1882”, pág. 536.

²⁴⁷ TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª, EN SENTENCIA NÚM. 298, DE FECHA 6 DE ABRIL DE 1885: “Colección Legislativa de España, Sentencias del Tribunal Supremo en materia criminal, salas segunda y tercera, primer semestre de 1885”, pág. 876.

Y así los secretarios de ayuntamiento²⁴⁸, para el Tribunal Supremo, Sala 2ª, en Sentencia núm. 478, de fecha 10 de junio de 1886 refería que “el Secretario de Ayuntamiento, por recibir éste su nombramiento y por los derechos y deberes que atribuye la ley a su cargo, debe de reputarse como funcionario público para todos los efectos del tít. 7º. de los anteriores del libro 2º. del Código penal.”

En cuanto a los presidentes de mesa electoral e interventores²⁴⁹, el Tribunal Supremo, Sala 2ª, en Sentencia núm. 144, de fecha 9 de julio de 1892aducía que “el núm.3º del art.88 de la Ley Electoral de 26 de Junio de 1890 castiga con la pena de arresto mayor y multa, cuando las disposiciones generales del Código penal no señalen otra mayor, a los funcionarios públicos que por dejar de cumplir íntegra y estrictamente los deberes impuestos por dicha ley o por las disposiciones que se dicten para su ejecución, contribuyan a manejos fraudulentos en las operaciones relacionadas con la formación del censo, constitución de las Juntas y Colegios electorales, votación, acuerdos o escrutinios y propuestas de candidatos.

Prescindiendo del deber de carácter general que la citada ley impone en su art.58 al Presidente de una Mesa electoral ha de componerse del Presidente y de los Interventores nombrados con

²⁴⁸ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª, NÚM. 478, DE FECHA 10 DE JUNIO DE 1886: “Colección Legislativa de España, Sentencias del Tribunal Supremo en materia criminal, salas segunda y tercera, primer semestre de 1886”, pág. 1474.

²⁴⁹ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª, NÚM. 144, DE FECHA 9 DE JULIO DE 1892: “Colección Legislativa de España, Sentencias del Tribunal Supremo en materia criminal, salas segunda y tercera, volumen II de 1892”, pág. 855.

arreglo a la misma, sin establecer diferencia alguna, ni preeminencias de ningún género entre los que no sean oposición y los que representen a ésta, igualándolos, por consiguiente, en derechos y atribuciones en cuanto al ejercicio de sus trascendentales funciones se refiera, las cuales debe garantizar y proteger al Presidente en cumplimiento de la precitada obligación.

El art. 44 citado ordena que la mesa no deba de constituirse hasta la siete de la mañana en el local designado para la votación, precepto cuyo cumplimiento incumbe vigilar y hacer cumplir al Presidente por la misma razón antes expuesta, en los términos que dicho precepto previene.

El art.47 establece el procedimiento y forma con que ha de efectuarse la votación después de constituida la Mesa, siendo el acto principal el de la entrega que ha de hacer por su propia mano el elector al Presidente de una papeleta en la cual estará escrito o impreso el nombre del candidato, la cual depositará aquél en la urna destinada al efecto, ordenando el legislador por modo explícito y terminante, que en todo caso el Presidente tendrá constantemente a la vista del público la referida papeleta desde el momento de la entrega hasta que la deposite en la urna, a fin sin duda de que el resultado de la elección responda a la verdad del sufragio y a la legalidad más rigurosa del procedimiento, garantizado por la publicidad del acto.

El hecho de constituirse varios interventores, bajo la presencia del Alcalde, antes de la hora señalada en el lugar de la elección,

impedir que juntamente con ellos se sentaran en la plataforma los interventores de oposición y sentarse inconvenientemente de espaldas al público con la capa puesta, levantándose a menudo, en forma que ni los interventores de oposición ni el público pudieran presenciar ni fiscalizar los actos del Presidente en la emisión y depósito de los sufragios, realizados ineludiblemente con el ánimo de infringir los preceptos de la vigente Ley del Sufragio, cae dentro del concepto jurídico que entrañan los manejos fraudulentos a que se refiere el núm.3º del art. 88 de la Ley Electoral de 26 de Junio de 1890.”

Igualmente respecto de los empleados de consumos²⁵⁰, el Tribunal Supremo, Sala 2ª, en Sentencia núm. 149, de fecha 29 de Abril de 1893 aducía que “la cobranza de la contribución de consumos, así como la de los demás impuestos del Estado, es una función propia de la Autoridad pública, que sólo por delegación de ella pueda ser ejercida, y aun en este caso el cesionario se subroga en la personalidad del cedente, por lo cual no puede menos de reputarse agentes de la Autoridad, para los efectos penales, a los funcionarios que intervienen en la administración y cobranza del impuesto de consumos, siendo uno de sus principales deberes el impedir que se cometa el fraude. Cualquiera que sea la inteligencia que se dé al párrafo segundo de art. 332 del Reglamento de consumos de 21 de Junio de 1889, y aun en el supuesto de no entenderse por el que queda limitada al caso que la Hacienda administre por sí el impuesto, la

²⁵⁰ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª, NÚM. 149, DE FECHA 29 DE ABRIL DE 1893: “Colección Legislativa de España, Sentencias del Tribunal Supremo en materia criminal, salas segunda y tercera, volumen I de 1892”, pág. 417.

necesidad de que los dependientes en el ejercicio de sus funciones lleven las insignias que previene el Reglamento de 29 de Septiembre de 1885 para ser considerados agentes de la Autoridad, siempre resultaría que los vigilantes de consumos, aun cuando la falta de insignias les privase de aquél carácter, nunca tal circunstancia les despojaría del de funcionarios públicos, por que el origen de su nombramiento, debido al Municipio, y por tal naturaleza del impuesto ostenta, siendo igual uno u otro carácter para los efectos de la penalidad establecida en el último párrafo del art. 264 del Código”.

Encontramos una curiosa Sentencia del Tribunal Supremo²⁵¹, Sala 2ª, núm. 237, de fecha 16 de noviembre de 1889, referente a un

²⁵¹ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª, NÚM. 237, DE FECHA 16 DE NOVIEMBRE DE 1889: “Colección Legislativa de España, Sentencias del Tribunal Supremo en materia criminal, salas segunda y tercera, volumen II de 1889”, pág. 730: “Resultando que sobre las seis y media de la tarde del día 9 de Octubre de 1888 se dirigía a casa por la calle de la Manifestación, de esta capital, el Presbítero D. Manuel Conrado Soriano, Profesor auxiliar de religión y moral de la Escuela Superior Normal de Maestros, en cuya ocasión le acometió Mauricio Roig Laforga, alumno de aquél establecimiento, dándole con un bastón un palo cerca del cuello, y en seguid otro que le alcanzó también en el cuello y parte del brazo izquierdo, aunque sin causarle lesión; y habiéndose vuelto el D. Manuel para reconvenirle al agresor, viendo que era Roig, le preguntó “que á qué conducía aquello, si sabía lo que había hecho y por qué”, a lo que contestó Mauricio “que si lo sabía; pues usted me ha suspendido en los exámenes de reválida y aprobado á otros que sabían menos que yo;” replicando el citado profesor “que él no le había suspendido, y sí el Tribunal de que formó parte el día anterior , por lo que en su persona debía de comprender que atacaba á un Tribunal, cuyos fallos son siempre dinos del mayor respeto;” y acudiendo al momento algunas personas y el guardia municipal Isidoro Gómez, ocupó éste el referido bastón al Roig y quedó terminada la cuestión, dando conocimiento de lo ocurrido a la Autoridad; hechos que se declaran probados...”

Considerando que el Ministerio Fiscal funda su recurso de casación citando el núm. 3º. Del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, en que no ha sido bien calificativo el hecho que como delito s imputa a procesado Mauricio Roig Laforga, lo cual es cierto, porque ese hecho determina el delito de atentado, ya que consiste en haber dicho Roig acometido con un bastón y dado varios golpes al Catedrático de la Escuela Superior Normal, el Presbítero D. Manuel Conrado Soriano, por suponer que éste, formando el Tribunal de examen para la reválida de Maestros, le había injustamente suspendido; y como la Audiencia de Zaragoza en el fallo reclamado ha aplicado el art. 270 del Código penal en el concepto de que el expresado Catedrático sólo era la Autoridad y ejercía jurisdicción dentro de la Escuela Normal, por modo claro resulta que ha infringido, al prescindir de él, el art. 164 del mencionado

Catedrático y sacerdote, en la que con motivo de la expulsión de un alumno de un centro del que un Catedrático y Sacerdote formaba parte del Tribunal, considera no solo funcionario público, sino autoridad a dicho Catedrático.

Asimismo a los alcaldes²⁵² el Tribunal Supremo, Sala 2ª, en Sentencia núm. 16, de fecha 15 de enero de 1926 sostenía que “se ha hecho perfecta aplicación del art. 414 del mismo Código, toda vez que el Alcalde es funcionario público y que uso mal de su cargo, valiéndose del para cometer el delito antes dicho, circunstancias únicas exigidas por este delito.”

Finalmente respecto de los empleados del ayuntamiento²⁵³, el Tribunal Supremo, Sala 2ª, en Sentencia núm. 211, de fecha 27 de

Código, toda vez que no ha tenido en cuenta que aquél era en todas las ocasiones un funcionario público, y que por razón de su cargo había sido agredido y golpeado.

Considerando que por parte del procesado Mauricio Roig Laforga se ha deducido también recurso de casación, en el concepto de haber sido mal aplicados los artículos de dicho Código, 10, circunstancia 20 y 274, y si, conforme se ha visto, se ha hecho, en verdad, mal uso del segundo de los mencionados artículos, , no ha sucedido lo propio respecto al primero, ya que con acierto se ha estimado como un motivo legal de agravación de pena el ningún respeto que á la dignidad de Sacerdote, de que se había revestido el ofendido, había tenido el ofensor.

Considerando que igualmente alega Roig que merecían estimación los artículos 604, núm. 1º, 91, circunstancia 7ª y 81, regla 4ª, pero no tiene en cuenta que, según las razones aducidas en el primer considerando, la acción ejecutada por él determina el delito de atentado por haber agredido á un funcionario público con ocasión de su cargo, sin que obrara, como también pretende, por estímulos poderosos, legítimos y razonables, que no fueron el odio y deseo de vengar una supuesta ofensa.

Fallamos, que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Mauricio Roig Laforga contra la sentencia pronunciada por la Sala de lo criminal de la Audiencia de Zaragoza con las costas de su recurso, y haber lugar al interpuesto por el Ministerio Fiscal contra dicha sentencia, que casamos y anulamos, declarando de oficio las costas restantes; comunicándose esta resolución, con la sentencia que á continuación se dicta, al Tribunal sentenciador á los efectos procedentes."

²⁵² SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª, EN SENTENCIA NÚM. 16, DE FECHA 15 DE ENERO DE 1926: “Colección Legislativa de España, Sentencias del Tribunal Supremo en materia criminal, salas segunda y tercera, volumen I de 1926”, pág. 36.

junio de 1896 establecía que “siendo el culpable empleado del Ayuntamiento, y habiendo sido él quien instruyo el expediente de apremio falsificado, no puede menos de reputársele funcionario público, a los efectos del art. 340 en relación con el 412 del Código vigente en Cuba y Puerto Rico.”

Asimismo, nuestra más moderna jurisprudencia sienta que son funcionarios públicos a efectos de su encuadre en el delito de atentado los médicos, como botón de muestra la Sentencia del Tribunal Supremo²⁵⁴ 4 diciembre de 2007: “SEGUNDO.- 1. En el caso, el Tribunal acepta con claridad que la víctima, médico de la sanidad pública, tenía la condición de funcionario, pero niega que participara en el ejercicio de funciones públicas, principalmente porque considera que la prestación sanitaria del Sistema Nacional de Salud, constituye un servicio público, pero no una función de la misma clase. Y en segundo lugar, entiende que el dolo exige que el sujeto debe conocer el carácter funcional de la víctima, "conocimiento que difícilmente puede inferirse cuando dicha acción típica se dirige contra un sujeto cuya función no exterioriza ninguna manifestación de autoridad". El Ministerio Fiscal, por el contrario, sostiene que se trata de funciones públicas y que dados los hechos el acusado conocía el carácter público de la actuación del agredido...

²⁵³ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª, NÚM. 211, DE FECHA 27 DE JUNIO DE 1896: “Colección Legislativa de España, Sentencias del Tribunal Supremo en materia criminal, salas segunda y tercera, volumen II de 1896”, pág. 494.

²⁵⁴ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL, SECCIÓN 1ª), NÚM. 1030/2007 DE 4 DICIEMBRE (RJ 2008\648).

Es posible cuestionarse si, a los efectos del delito de atentado, únicamente debe ser considerada función pública, en cuanto a los médicos de la sanidad pública, aquella integrada por las actividades directamente encaminadas a la protección de la salud pública, excluyendo aquellas otras más bien relacionadas con las prestaciones asistenciales a individuos concretos, que, ciertamente, podrían también ser desempeñadas dentro del ámbito privado. Sin embargo, tal distinción no encuentra precedentes en la jurisprudencia anterior, como ya antes se puso de relieve, y además, las funciones públicas de tutela de la salud pública, que según la Constitución han de realizarse a través de las prestaciones y servicios necesarios, resultan difícilmente separables en forma suficientemente clara de aquellas otras actuaciones desarrolladas por los facultativos en el marco de la prestación asistencial de la que obtienen, o pueden obtener, los datos que finalmente les permiten adoptar las medidas que la Ley les autoriza en orden a la protección de la salud pública. Cuando la Ley General de Sanidad dispone en el artículo 3.1 que los medios y actuaciones del sistema sanitario estarán orientados prioritariamente a la promoción de la salud y a la prevención de las enfermedades, se están refiriendo, de forma congruente con lo dispuesto en el artículo 18, a finalidades públicas que coexisten con otras finalidades relacionadas con la salud individual durante los actos en qué consiste la prestación asistencial, sin que aparezcan criterios seguros que permitan diferenciar unas de otras en su ejecución práctica...

Por lo tanto, dada la existencia de un acto médico anterior, el acusado necesariamente sabía que se había desarrollado en un Centro Público, que no había pagado por ello y además, que no existía ninguna razón personal o de otro tipo que pudiera sugerir una actuación filantrópica por parte del facultativo. Por lo tanto, la conclusión ineludible para el autor es que la actividad prestada no se trataba de una actividad privada, sino enmarcada en el funcionamiento público del sistema de salud, de forma que con su agresión no sólo alcanzaba al particular, sino también a intereses públicos consistentes en la protección de la corrección de la función pública.”

Considera también nuestra reciente jurisprudencia funcionario al director –conservador de un parque natural y así la Sentencia del Tribunal Supremo²⁵⁵ 6 noviembre de 2006 recoge que: “De acuerdo a lo expuesto, y pese a la condición que los recurrentes señalan de "personal eventual", el Director-conservador del parque natural era funcionario público a los efectos de aplicación del Código Penal, pues había sido nombrado por autoridad competente y, según la normativa de su función, Ley 11/94 (LCV 1995, 4) de la Comunidad Autónoma de Valencia, tenía entre sus funciones la adopción de decisiones relativas a la gestión del espacio natural protegido que no correspondan a otros órganos (art. 49) lo que atribuye al Director funciones de naturaleza pública en ejecución de actuaciones de naturaleza pública de protección del medio ambiente.”

²⁵⁵ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL, SECCIÓN 1ª), NÚM. 876/2006 DE 6 NOVIEMBRE (RJ 2007\586).

También se considera funcionario por nuestra reciente jurisprudencia a un jefe de estudios, y así la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz²⁵⁶ de 9 noviembre de 2000 apunta: “PRIMERO. - Que, la sentencia recurrida, condena al apelante como autor de un delito de atentado y una falta de lesiones, ya que, estima que existió acometimiento a un funcionario público - Jefe de Estudios del Colegio Sagrado Corazón de San Roque -, en el propio centro donde el mismo ejerce sus funciones como tal y en presencia de otras personas del centro que comprobaron lo acontecido, al tiempo que le causó lesiones, que no precisaron tratamiento médico.

Que, el único motivo del recurso interpuesto, pese a que no se mencione de forme expresa, lo constituye error en la apreciación de precepto legal, por cuanto estima inaplicable a los hechos enjuiciados el tipo penal del artículo 550 del Código Penal, así como su estimación de que, no se trató de menospreciar el principio de autoridad por parte de su defendido.

SEGUNDO. -Que, el delito de atentado, regulado en el artículo 550 del Código Penal, consiste en el acometimiento a la Autoridad, sus agentes o funcionarios públicos, cuando se hallen en el ejercicio de las funciones de su cargo o con ocasión de ellas. Que, los elementos que, ha de reunir la figura del atentado, conforme a la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo, han de ser los siguientes: a) la cualidad de funcionario público, autoridad o agente

²⁵⁶ SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÁDIZ (SECCIÓN 7ª), NÚM. 231/2000 DE 9 NOVIEMBRE (JUR 2001\48341).

del sujeto pasivo de la acción; b) el que aquéllos se hallen en el ejercicio de sus cargos o con ocasión del ejercicio de los mismos; c) que la acción pueda diversificarse en acometimiento, empleo de fuerza, o intimidación grave; d) ánimo o propósito de ofender a la autoridad, sus agentes o funcionarios públicos, en detrimento del principio de autoridad...

Que, en el caso de autos, el recurrente acudió al colegio público, del que el perjudicado es Jefe de Estudios, y tras conocer esa cualidad, que conlleva la de funcionario público conforme al artículo 24-2 del Código Penal, le zarandeo, empujó, haciéndole objeto de lesiones, de las que curó sin precisar tratamiento médico.

Que, el acometimiento, requisito imprescindible para la existencia de este delito, equivale a embestida, ataque o agresión, figurando en la praxis jurisprudencial - sentencia del T.S. De 30 de Abril de 1.987-, supuestos en los que se propina un puñetazo, una bofetada a los sujetos pasivos, se les empuja fuertemente, o se lucha contra ellos. El delito de atentado - sentencia de la AP Madrid de 30 Noviembre 1999-, surge cuando hay ataque o acometimiento. En el caso que nos ocupa la Sala estima de forma indudable que existió acometimiento del condenado-recurrente frente al Sr. Jefe de Estudios del Colegio Público, ya que, mediaron frente al mismo, no solo empujones y zarandeos, sino al mismo tiempo, lesiones de las que no precisó tratamiento médico.”

En el mismo sentido considera funcionario público al notificador de las resoluciones del ayuntamiento la Sentencia

Audiencia Provincial de A Coruña²⁵⁷ de 12 noviembre de 1997 y así:
“SEGUNDO.- El apelante niega la condición de agente, autoridad y funcionario del denunciante, así como también que los hechos ocurrieran con ocasión de sus funciones. Al folio 18 de la causa, el alcalde de Boiro en contestación al oficio recibido, precisa que don José Luis G. H. presta sus servicios en tal ayuntamiento como “notificador” en virtud de contrato de duración determinada celebrado al amparo del Real Decreto 2104/1984, de 26 enero 1994 (RCL 1984\2697 y ApNDL 3021). Efectivamente el carácter de autoridad, agente de la misma o funcionario público en el sujeto pasivo del delito de atentado, es uno de los elementos objetivos del tipo penal. Los conceptos de autoridad y funcionario los precisa el art. 24 del actual Código Penal, no definiendo en cambio qué ha de entenderse por agente de la autoridad, que viene incluyéndose dentro del concepto más amplio de funcionario público por la jurisprudencia. El Tribunal Supremo, por citar entre otras la Sentencia de 11 octubre 1993 entiende que el Código Penal de 1973 -art. 119- da “un concepto de funcionario público propio y privativo de este campo jurídico”, haciendo depender tal cualidad del hecho concreto y real de que una persona “se halle participando más o menos permanente o temporalmente habiendo sido designado para ello, en el ejercicio de funciones públicas”. Así ha incluido a los funcionarios de hecho (Sentencia del Tribunal Supremo de 30 septiembre 1992 interinos,

²⁵⁷ SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE A CORUÑA (SECCIÓN 5ª), NÚM. 157/1997 DE 12 NOVIEMBRE (ARP 1997\1786).

sustitutos, etc. “pues los funcionarios de empleo, en contraposición de los funcionarios de carrera, tienen similar cuadro de derechos y obligaciones que los recogidos en el propio Estatuto de los funcionarios en propiedad” (Sentencia del Tribunal Supremo de 9 octubre 1991, y en el mismo sentido de 20 mayo 1993).

El Tribunal Supremo ha reconocido el carácter de funcionario público, a los Auxiliares del Registro de la Propiedad (Sentencia de 15 febrero 1990), Oficiales de Juzgados (Sentencia de 16 octubre 1978), ordenanzas de la Administración Autonómica (Sentencia de 11 octubre 1993) etc., cuánto más en el caso hoy debatido donde don José Luis G. H. prestaba sus servicios como “notificador” de las resoluciones del Ayuntamiento, habiendo sido designado “por nombramiento de autoridad competente» y participando «en el ejercicio de funciones públicas” que exige el párrafo 2 del art. 24 del Código Penal vigente.”

Igualmente referida jurisprudencia considera funcionario a un secretario de ayuntamiento, como botón de muestra la Sentencia Tribunal Supremo²⁵⁸ de 5 octubre de 1992 refiere que “con el mismo carácter exclusivo se vertebra el recurso articulado por el procesado condenado por el Tribunal de instancia, que en un solo motivo procesalmente residenciado en el art. 849-2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal alega la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia establecido en el art. 24.2 de

²⁵⁸ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL), NÚM. 2040/1992 DE 5 OCTUBRE (RJ 1992\7739).

la Constitución. El motivo debe ser desestimado. Como indica reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (por todas, SS. 31/1981, 44/1987, 82/1988, 161/1990 y 33/1992) este derecho fundamental se asienta sobre dos ideas básicas: el principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal y que la sentencia condenatoria se fundamente en auténticos actos de prueba suficientes para desvirtuarla, para lo que es necesario que su resultado se proyecte tanto sobre la existencia del hecho punible cuanto en la participación que en él haya tenido el acusado. Partiendo de tales premisas, que en la causa contó el Tribunal con prueba suficiente y practicada en el plenario o juicio oral para fundar su pronunciamiento de condena no resulta dudoso. El conocimiento de la condición de Secretario del Ayuntamiento de la víctima aparece reconocido en dicho acto por el propio procesado al prestar declaración. El acometimiento aparece acreditado no sólo por la declaración de la víctima, sino también porque así lo declaran en el plenario los testigos Francisco M. (“y en ese momento el procesado lo ha agarrado diciéndole ven para acá y en ese momento el Secretario ha caído agarrado a una cortina”) y Pablo C. (“que al salir el Secretario, el procesado ha tirado de él hacia atrás y es cuando el señor cayó sobre la puerta”). El elemento de “con ocasión” del ejercicio de la función pública aparece justificado por los mismos datos probatorios y por ello el recurso ha de ser desestimado, al estar parificadas normativamente, según constantemente señala la jurisprudencia de esta Sala (Por todas, SS. 24-2-1989 y 4-7-1991), los acometimientos o agresiones de presente o en el momento de ejercicio

de la función con las posteriores que sean consecuencia directa de tal función.”

También es considerado Funcionario público a efectos del artículo 24 del Texto punitivo un catedrático de universidad y así Sentencia del Tribunal Supremo²⁵⁹ de 26 febrero 1991 aduce que: “PRIMERO.- El motivo primero del recurso, formulado al amparo del número 1.º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la indebida aplicación del art. 231-2 en relación con el art. 236, ambos del Código Penal, fundamentándolo en que el delito de atentado requiere que el sujeto pasivo tenga la condición de funcionario público y en la sentencia consta que el lesionado era “Profesor de Universidad” pero no que tuviera la condición de funcionario público en el momento en que ocurrieron los hechos; los citados preceptos invocados como infringidos sancionan a los que atentan contra los agentes de la Autoridad o funcionarios públicos, acometiéndolos, empleando fuerza contra ellos, intimidaren gravemente cuando se hallaren en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ella y de la declaración de hechos probados de la sentencia recurrida aparece cómo el agredido era Catedrático de Anatomía de la Facultad de Medicina del País Vasco, por lo que ostentaba la condición de funcionario público, conforme a lo dispuesto en el último párrafo del art. 119 del Código Penal y con la Ley General de Educación, lo que era conocido por el procesado que era estudiante de

²⁵⁹ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL), DE 26 FEBRERO 1991 (RJ 1991\1547).

esa Facultad y examinado por un Tribunal que presidía el citado Catedrático al que agredió y lesionó con ocasión de las funciones docentes que ejercía la víctima que anteriormente le había examinado, como antes se dice, y suspendido en la asignatura de Anatomía II; por tanto quedan comprendidos los Catedráticos en el artículo 119 del Código Penal, criterio que con reiteración ha venido manteniendo esta Sala.”

Asimismo se reconoce funcionario a funcionario de prisiones en la Sentencia del Tribunal Supremo²⁶⁰ de 28 enero 1982 argumentando “que de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala -SS.: 28 enero, 5 junio y 26 noviembre 1981 -, el delito de atentado del art. 236 del C. P., reclama para su vivencia: a) el acometimiento -«vis física» con ímpetu-, el empleo de fuerza -«vis física» simple-, la intimidación -«vis psíquica»- grave, como amenaza de un mal interno, racional y fundado o la resistencia también grave, como oposición al ejercicio de la función pública ejercitada por los agentes de la Autoridad o por los funcionarios públicos; b) un ánimo ofensivo al principio de Autoridad dirigido a menoscabar esas facultades, con el tratamiento técnico-penal que exige el elemento subjetivo de lo injusto, y que se deriva, con el carácter de presunción, de cuantas circunstancias concurren en la conducta que tipifica el delito; y c) una valoración normativa sobre la actividad funcional del sujeto pasivo del delito, atacada por el infractor, que determina la naturaleza y caracteres de la función

²⁶⁰ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO²⁶⁰ (SALA DE LO CRIMINAL), DE 28 ENERO 1982 (RJ 1982\155).

lesionada. Como de los hechos probados se deduce que los seis procesados, entre los que se encuentra el recurrente «cayeron» sobre el funcionario de prisiones que se encontraba «de servicio en el Rastrillo», y después «lo sujetaron y amordazaron», es evidente que existe el acometimiento, el ánimo ofensivo al principio de Autoridad, el ejercicio de las funciones públicas por parte del funcionario que reclama el delito de atentado de acuerdo con la doctrina expuesta, por lo que el primer motivo del recurso debe ser desestimado, pues se articuló por entender que no existe el delito citado, en el procesado recurrente por ausencia del ánimo de ofender al principio de Autoridad.”

También considera funcionario público a un guarda de muelle la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz²⁶¹ de 4 diciembre de 2003 manifestando “que, en el caso de los guarda-muelles, la Ley 27/92, de 24 de noviembre de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, modificada por la Ley 62/97, de 26 de diciembre, no declara a los guarda-muelles Agentes de la Autoridad; de hecho, ni siquiera regula la figura de los vigilantes, celadores o guarda-muelles. Sí regula, en cambio, la figura de las Autoridades Portuarias, a las que califica (art. 35.1) como entidades de Derecho Público, a pesar de que su actuación –artículo 35.2– se regirá por el Derecho Privado, salvo en lo que se refiera al «ejercicio de las actuaciones de poder público que le Ordenamiento les atribuya». También está claro que, entre esas

²⁶¹ SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÁDIZ (SECCIÓN 7ª), NÚM. 360/2003 DE 4 DICIEMBRE (JUR 2004\109394).

funciones públicas están de las de policía portuaria, a las que la Ley dedica su Título IV. Ello presupone que las Autoridades Portuarias, ejercen funciones públicas, con una esfera de mando público propio, a los efectos del artículo 24.1 del Código Penal, debiendo considerarse Autoridad.

Que, todo ello, no implica que el personal contratado por dichas Autoridades tenga la consideración de Agente de la Autoridad, ya que, conforme a lo antes dicho, sólo tienen tal consideración aquellas personas a quienes la Ley la atribuye expresamente, lo que no sucede con los guarda-muelles. Al ejercer la Autoridad portuaria funciones de Derecho Público, en aquellas de tales funciones en que intervengan los guarda-muelles, habrá de asignárseles la condición de funcionarios públicos, a los efectos del artículo 24.2 del Código Penal, pero no la de Agentes de la Autoridad. No puede equipararse la condición de funcionario público a la de Agente de la Autoridad, definidas ambas por separado, a efectos penales, en el ya citado artículo 24 del código punitivo. En tal caso, los recurrentes podrán ser sujetos pasivos del delito de atentado, como funcionarios públicos, en el caso de ser agredidos; pero no lo son de la falta de desobediencia del artículo 634 del Código Penal, que, en su redacción tipifica las faltas cometidas contra los Agentes de la Autoridad y no contra los funcionarios públicos. En consecuencia, procede desestimar el motivo del recurso de apelación interpuesto.”

También considera funcionario a un cobrador municipal la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo²⁶² (Sección 2ª), núm. 8/2000 de 4 diciembre (JUR 2001\64264): “Entrando ya en la calificación, señalar que los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de atentado previsto y penado en el art. 550 y 551 del Código Penal. Concurren en el presente caso los elementos esenciales de la figura penal invocada: a) Que el sujeto pasivo sea un funcionario público, concurriendo esta condición en el recaudador municipal; b) Ha de hallarse en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas, estando en el momento en el que pretende recaudar un impuesto municipal; c) Animo tendencial y específico de despreciar o menoscabar el principio de autoridad; d) La dinámica comisiva ha de estar constituida por alguna de las modalidades recogidas en el propio artículo, siendo el presente un claro ejemplo de acometimiento. Es de apreciar igualmente un delito de lesiones previsto y penado en el art. 150 del C.P., toda vez que ha quedado constancia de la existencia de un resultado lesivo que precisó para su sanidad de asistencia facultativa y tratamiento médico-quirúrgico, y que en consonancia con la reiterada Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha de entenderse como deformidad, ya que incluso no se trató de la pérdida de una sola pieza dentaria, sino de 12. Ambas infracciones se encuentran en concurso ideal.”

²⁶² SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE LUGO (SECCIÓN 2ª), NÚM. 8/2000 DE 4 DICIEMBRE (JUR 2001\64264).

Finalmente atribuyendo la cualidad de funcionario público a un director de colegio público la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia²⁶³ de 27 noviembre de 1995 refiere que “precisamente el acometimiento se inició ante la negativa del Director para atender las pretensiones del acusado y de su hijo de catorce años, momento que éstos a la salida del despacho acometieron al Director agrediéndole físicamente, quien resultó lesionado, no constando acreditado que hubiera mediado un previo ataque por parte del Director hacia el acusado y a su hijo, sino que muy al contrario ambos insultaron a aquél ya en el despacho, así se acredita en el testimonio de María Carmen S. E., que escuchó las expresiones procedentes del despacho en voces que no eran las del Director, dando lugar que a la salida una de la profesoras llamara al 091 y un profesor se llevó al chico al patio.

SEGUNDO.- Todo ello nos lleva a la conclusión de que nos hallamos en presencia de un delito de atentado del artículo 231.2.º del Código Penal, toda vez que concurren los requisitos objetivos y subjetivos que convienen a dicha figura delictiva: a) en cuanto a la actividad o acción, un acometimiento empleo o una fuerza, intimidación grave o resistencia también grave, como sinónimos de agresión física, acto de violencia material o perturbador del sentimiento de seguridad, o empleo de una fuerza en acción pasiva, todo ello contra persona que tenga la condición de funcionario público; b) en cuanto a la antijuridicidad, el sujeto pasivo estaba en el

²⁶³ SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MURCIA (SECCIÓN 2ª), NÚM. 99/1995 DE 27 NOVIEMBRE (ARP 1995\1420).

ejercicio de la función de su cargo, o con ocasión de la misma; y c) en lo referente a la culpabilidad se ha puesto de relieve el ánimo tendencial y específico de menoscabar el principio de autoridad (SS. 21 julio 1987, 7 febrero 1986, 14 mayo 1986 y 20 diciembre 1986).”

2.3.- Especial referencia a los miembros de la Administración de Justicia en el artículo 24.1 del Texto punitivo

2.3.1.-Antecedentes y marco normativo

El Título XX del Texto punitivo de 1995, bajo la rúbrica Delitos contra la Administración de Justicia, nomina una serie de delitos en que como sujetos activos pueden incurrir los profesionales que conforman la misma, ya sea porque pertenecen a ésta como personal adscrito o como personal colaborador, entre los que encontramos a Jueces²⁶⁴, Secretarios Judiciales²⁶⁵, Fiscales²⁶⁶, Abogados o

²⁶⁴ Como de muestra valga el artículo 446 de la LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE CÓDIGO PENAL: “El Juez o Magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia o resolución injusta será castigado:

1º) Con la pena de prisión de uno a cuatro años si se trata de sentencia injusta contra el reo en causa criminal por delito y la sentencia no hubiera llegado a ejecutarse, y con la misma pena en su mitad superior y multa de doce a veinticuatro meses si se ha ejecutado. En ambos casos se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años.

2º) Con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años, si se tratara de una sentencia injusta contra el reo dictada en proceso por falta.

3º) Con la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a veinte años, cuando dictara cualquier otra sentencia o resolución injustas.”

²⁶⁵ Igualmente como ejemplo encontramos el artículo 446 de la LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE CÓDIGO PENAL: “1. En la misma pena señalada en el artículo anterior incurrirá el Juez, Magistrado o Secretario Judicial culpable de retardo malicioso en la Administración de Justicia. Se entenderá por malicioso el retardo provocado para conseguir cualquier finalidad ilegítima.
2. Cuando el retardo sea imputable a funcionario distinto de los mencionados en el apartado anterior, se le impondrá la pena indicada, en su mitad inferior.”

²⁶⁶ Como exponente se ofrece el artículo 461 de la LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE CÓDIGO PENAL: “1. El que presentare a sabiendas testigos falsos o peritos o intérpretes mendaces, será castigado con las mismas penas que para ellos se establecen en los artículos anteriores.

Procuradores²⁶⁷, y que no están incluidos expresamente, salvo los miembros del Ministerio Fiscal, en las normas que regulan el delito de atentado (artículo 550 y 551 del C.P.) ni como funcionarios ni como autoridad, ni en la norma que define dichos conceptos penales, esto es, el artículo 24 del Texto punitivo.

Como ya señalé con anterioridad, entiendo que la consideración de autoridad de ciertos profesionales que operan dentro de la Administración de Justicia, en el ejercicio de su profesión o cargo están expuestos de una manera directa a un ambiente hostil que rodea al delito, al delincuente y a su entorno social.

Por ello, no parece lógico que solo se haya considerado por el legislador de una forma taxativa como autoridad en el artículo 24.1 del Texto punitivo²⁶⁸ a los funcionarios del Ministerio Fiscal, pues el resto

2. Si el responsable de este delito fuese abogado, procurador, graduado social o representante del Ministerio Fiscal, en actuación profesional o ejercicio de su función, se impondrá en cada caso la pena en su mitad superior y la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de dos a cuatro años.”

²⁶⁷ A título de ejemplo señalar el artículo 467 de la LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE CÓDIGO PENAL: “1. El abogado o procurador que, habiendo asesorado o tomado la defensa o representación de alguna persona, sin el consentimiento de ésta defienda o represente en el mismo asunto a quien tenga intereses contrarios, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para su profesión de dos a cuatro años.

2. El abogado o procurador que, por acción u omisión, perjudique de forma manifiesta los intereses que le fueren encomendados será castigado con las penas de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo, cargo público, profesión u oficio de uno a cuatro años.

Si los hechos fueran realizados por imprudencia grave se impondrán las penas de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para su profesión de seis meses a dos años.”

²⁶⁸ LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE CÓDIGO PENAL, artículo 24.1: “A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal.”

de profesionales que operan dentro de la Administración de Justicia, como son los Jueces o Magistrados, Secretarios Judiciales, Abogados o Procuradores, etc., han de tener al menos igual consideración que el Ministerio Fiscal.

Entiendo que el motivo por el cual se ha mantenido al Ministerio Fiscal como autoridad de forma exclusiva y no al resto de profesionales a lo largo de todos estos años desde que se aprobara el Texto punitivo de 1995, ha obedecido siempre más que a razones de política criminal, a razones de interés político en general; cuando lo que debiera de motivar la reforma punitiva del Texto Penal es el auténtico interés social general.

Es pues esta la razón que me lleva a plantear un estudio de por qué han de ser considerados como autoridad de una forma taxativa en el artículo 24 del Texto punitivo, además de al Ministerio Fiscal, a los Jueces y Magistrados, a los Secretarios Judiciales, a los Abogados del Estado a los Abogados y a los Procuradores.

En este orden de cosas y recordando el artículo 326 del Texto punitivo de 1822²⁶⁹, se establecía una lista cerrada de autoridades a

²⁶⁹ ARTÍCULO 326 DEL CÓDIGO PENAL DE 1822:“El que con el designio de matar a algún Diputado de Córtes, Secretario de Estado y de Despacho, Consejero de Estado, Magistrado o Juez, Gefe político ó alcalde, General en gefe o de división, Capitan o comandante general de provincia, ó Gobernador militar, Prelado eclesiástico, individuo de Diputación Provincial ó de ayuntamiento, ó cualquier otro funcionario que ejerza jurisdicción y autoridad pública, civil, militar o eclesiástica, le acometiere, ó hiciere alguna otra tentativa contra la vida de cualquiera de estas personas cuando se hallen ejerciendo sus funciones ó por razón de su ministerio, sufrirá por solo este atentado, aunque no llegue a herir ni á consumir el delito principal, la pena de cuatro a ocho años de presidio ú obras públicas, y perderá además los empleos, sueldos y honores que obtuviere. El que en igual caso cometiere igual atentado contra cualquier otro funcionario público, sufrirá por este solo hecho una reclusión de uno a cinco años.”

efectos penales, entre las que se incluía a Magistrados o Jueces como representantes de la Administración de Justicia únicamente, pero no incluía al Ministerio Fiscal, como lo hace de manera exclusiva el actual artículo 24.1 del Código Penal.

El legislador, hasta el Texto punitivo actual de 1995, por tanto desde 1822, no ha vuelto a considerar específicamente a un miembro de la Administración de Justicia, en este caso sólo al Ministerio fiscal, y así incluso ha mantenido este criterio en las posteriores reformas sufridas en este Texto punitivo, incluida, la última por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de Junio, y que parece nuevamente olvidar que la Administración de Justicia no sólo es el Poder Judicial, y asimismo no sólo se compone por los Funcionarios del Ministerio Fiscal.

El fundamento de considerar autoridad a estos profesionales como autoridad de una manera específica en el Texto punitivo, viene dada por la propia LOPJ en su artículo 191, para el que prevé la responsabilidad penal de aquéllos que falten el respeto a los profesionales que conforman las salas de justicia, y así señala que “a los efectos de lo dispuesto en el artículo anterior, los que perturbaren la vista de algún proceso, causa u otro acto judicial, dando señales ostensibles de aprobación o desaprobación, faltando al respeto y consideraciones debidas a los jueces, tribunales, Ministerio Fiscal, abogados, procuradores, secretarios judiciales, médicos forenses o resto del personal al servicio de la Administración de Justicia, serán amonestados en el acto por quien presida y expulsados de la sala o de

las dependencias de la Oficina judicial, si no obedecieren a la primera advertencia, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que incurran.”

Además la importancia de considerar a estos profesionales autoridad de forma específica en el Texto punitivo radica en el bien jurídico que representan, esto es, el orden público, y así se deduce de la LOPJ²⁷⁰, cuando se refiere al uso de la Toga, pues el uso de este uniforme jurisdiccional representa el interés Público del Estado en la Administración de Justicia²⁷¹ tal y como viene manteniendo el Tribunal Constitucional.

Además de la LOPJ existen otras leyes que regulan el uso de este uniforme jurisdiccional para el caso de los secretarios judiciales²⁷², los abogados²⁷³ o los procuradores²⁷⁴.

²⁷⁰ LEY ORGÁNICA 6/1985, DE 1 DE JULIO, DEL PODER JUDICIAL, ARTÍCULO 187: “1. En audiencia pública, reuniones del Tribunal y actos solemnes judiciales, los Jueces, Magistrados, Fiscales, Secretarios, Abogados y Procuradores usarán toga y, en su caso, placa y medalla de acuerdo con su rango.
2. Asimismo, todos ellos, en estrados, se sentarán a la misma altura.”

²⁷¹ SENTENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SALA 1ª, 10-1-1995, Nº 2/1995, BOE 36/1995, DE 11 DE FEBRERO DE 1995, REC. 371/92. PTE: RAFAEL DE MENDIZÁBAL ALLENDE (EDJ 1995/1): “En ellos se argumenta que el interés público existente se manifiesta en el interés del Estado en todo lo concerniente al proceso de la Administración de Justicia; y evidentemente, dentro de dicho proceso se encuentra la regulación de las funciones y distintivos de las personas intervinientes en el mismo, de ahí su pormenorizada regulación de tales extremos en la LOPJ 6/85, de 1 julio, exigiendo una conducta procesal que garantice su tutela. En la medida que, a través del desistimiento, se pretende impedir que por este Alto Tribunal se entre a conocer del derecho a la utilización de los signos distintivos de las personas a las que por Ley se les reconoce el derecho a intervenir en la función jurisdiccional y, en concreto, el uso de la toga, signo distintivo e identificativo de los juristas, es por lo que entienden que procede proseguir el curso del presente procedimiento hasta la correspondiente Sentencia, oponiéndonos a la pretensión de desistimiento. El conocimiento por este Tribunal del presente supuesto no sólo resulta deseable, atendidos los motivos expuestos, sino preceptivo al objeto de otorgar la necesaria tutela al interés público implicado en la Administración de Justicia, así como la necesaria determinación e identificación de los sujetos intervinientes en la función jurisdiccional.”

Es evidente que la equiparación del requisito entre el uniforme del agente de la autoridad y el uniforme jurisdiccional de estos profesionales que conforman las Salas de Justicia españolas, no es sino para poner de relieve lo que en sí representan esos uniformes, cada uno en su ámbito institucional para el bien jurídico tutelado por

²⁷² REAL DECRETO 1608/2005, DE 30 DE DICIEMBRE, POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO ORGÁNICO DEL CUERPO DE SECRETARIOS JUDICIALES: “Artículo 97. Prerrogativas, tratamiento y distinciones: 1) En audiencia pública, reuniones del Tribunal y actos solemnes judiciales, los Secretarios Judiciales usarán toga y, en estrados, se sentarán a la misma altura que los Jueces y Magistrados, Fiscales, Abogados y Procuradores.”

²⁷³ REAL DECRETO 658/2001, DE 22 DE JUNIO, POR EL QUE SE APRUEBA EL ESTATUTO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA: “Artículo 37: 1. Los abogados comparecerán ante los Tribunales vistiendo toga y, potestativamente, birrete, sin distintivo de ninguna clase, salvo el colegial, y adecuarán su indumentaria a la dignidad y prestigio de la toga que visten y al respeto a la Justicia. 2. Los abogados no estarán obligados a descubrirse más que a la entrada y salida de las Salas a que concurren para las vistas y en el momento de solicitar la venia para informar.

Artículo 38: 1. Los abogados tendrán derecho a intervenir ante los Tribunales de cualquier jurisdicción sentados dentro del estrado, al mismo nivel en que se halle instalado el Tribunal ante quien actúen, teniendo delante de sí una mesa y situándose a los lados del Tribunal de modo que no den la espalda al público, siempre con igualdad de trato que el Ministerio Fiscal o la Abogacía del Estado.

2. El letrado actuante podrá ser auxiliado o sustituido en el acto de la vista o juicio o en cualquier otra diligencia judicial por un compañero en ejercicio, incorporado o cuya actuación haya sido debidamente comunicada al Colegio. Para la sustitución bastará la declaración del abogado sustituto, bajo su propia responsabilidad.

3. Los abogados que se hallen procesados o encartados y se defiendan a sí mismos o colaboren con su defensor usarán toga y ocuparán el sitio establecido para los letrados.

Artículo 39: 1. En los Tribunales se designará un sitio separado del público, con las mismas condiciones del señalado para los abogados actuantes, a fin de que puedan ocuparlo los demás letrados que, vistiendo toga, quieran presenciar los juicios y vistas públicas.

2. En las sedes de Juzgados y Tribunales se procurará la existencia de dependencias dignas y suficientes para su utilización exclusiva por los abogados en el desarrollo de sus funciones.”

²⁷⁴ REAL DECRETO 1281/2002, DE 5 DE DICIEMBRE, POR EL QUE SE APRUEBA EL ESTATUTO GENERAL DE LOS PROCURADORES DE LOS TRIBUNALES DE ESPAÑA: “Artículo 40. Derechos de los procuradores : Los procuradores tienen derecho: d) A los honores, preferencias y consideraciones reconocidos por la Ley a la profesión, en particular, al uso de la toga cuando asistan a sesiones de los juzgados y tribunales y actos solemnes judiciales, y a ocupar asiento en estrados a la misma altura de los miembros del tribunal, fiscales, secretarios y abogados.”

la norma penal en los artículos 550 y siguientes del Texto punitivo para el delito de atentado, esto es, el orden público.

Ello bien podría equipararse también a la exigencia del uso de uniforme que la jurisprudencia exige a los agentes de la autoridad cuando son sujetos pasivos del delito de atentado del artículo 550 del Texto punitivo.

En este sentido y en referencia a los vigilantes de la Seguridad Privada, el artículo 18 del Decreto de 10 de marzo de 1978 les confería carácter de agentes de la autoridad cuando estuvieran en el ejercicio de su cargo y vistiendo uniforme, resultando en este sentido clarificadora la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1990 (RJ 1990, 9563), considerando agente de la autoridad a un vigilante de la seguridad privada siempre que se halle en el ejercicio de su cargo y vista de uniforme: “Los agentes de la Autoridad son las personas que, por disposición legal o nombramiento de la Autoridad competente, se hallan encargados del mantenimiento del orden público y de la seguridad de las personas y de las cosas, y si bien el primer cometido está reservado a los Cuerpos de Seguridad del estado, en la protección de las personas y de las propiedades y en la investigación delictiva, en este caso como miembros auxiliares de la Policía Judicial (artículo 283.6.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), se ha admitido la concurrencia de otros agentes armados, los llamados Vigilantes Jurados de Seguridad, cuyo nombramiento y funciones están reguladas por el Decreto de 10 de marzo de 1978, que les reconoce la calidad de agentes de la Autoridad cuando se hallaren

en el ejercicio del cargo y vistían el uniforme (artículos 4.º, 7.º y 18). El Vigilante agredido, según se desprende de la literalidad de los hechos, pertenecía a la empresa «Bética de Seguridad» de servicio en el mercado de San Martín de Porres de Sevilla, y en el ejercicio de sus funciones, vistiendo el uniforme reglamentario, llamó la atención al acusado y le invitó a salir del recinto porque estaba dedicado «a molestar a las personas que por allí pasaban»; primero el desconocimiento airado de su calidad -«no era nadie para echarle de allí»-, y después un puñetazo sobre la oreja izquierda que le produjo lesiones con tres días de curación, fueron la respuesta del acusado al requerimiento del agente.

Los hechos expuestos definen el delito de atentado a agente de la Autoridad, incluido el elemento subjetivo específico de menospreciar el principio de Autoridad -no se desprende otra motivación subyacente-, que rechaza la sentencia recurrida al fundar el fallo absolutorio en el desconocimiento por parte del acusado de aquel carácter, aunque vistiera de uniforme el Vigilante, porque éste era diferente al usado por la policía y podría haber inducido a error. Esta deducción o inferencia del Tribunal sentenciador, revisable en el recurso de casación, no tiene asidero lógico, porque el Vigilante Jurado vestía el uniforme reglamentario, por consiguiente con los debidos distintivos o atributos y con el arma y defensa exigidos en la reglamentación correspondiente, y el error expresado, que serviría siempre de fácil efugio para cualquier uniforme distinto del policial, no tiene explicación convincente cuando los referidos sujetos

uniformados están presentes en bancos, locales de comercio y empresas, y su carácter de agentes de vigilancia armados pertenece al común conocimiento de los ciudadanos. Procede, por lo expuesto, la estimación de los dos motivos del recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal, el primero por inaplicación del artículo 236 del Código Penal, y el segundo por aplicación indebida del artículo 6 bis a) del mismo Texto.”

Por tanto y en referencia a los profesionales de los que estamos hablando y que conforman las Salas de Justicia, de un lado normativamente como ya se ha referido tienen la obligación de usar al igual que los agentes de la autoridad el uniforme pertinente, esto es la Toga.

De otro, al hallarse en el ejercicio de su cargo o profesión dentro de la Administración de Justicia representan al orden público, que realmente es el bien tutelado por la norma penal, no ofreciendo por estos motivos duda alguna en cuanto a su consideración específica como autoridad en el artículo 24.1 del Texto punitivo como, sin que haya que acudir a criterios interpretativos que queden al arbitrio del juzgador en cada caso concreto, tal y como ya sucede con los funcionarios del Ministerio Fiscal.

Resulta, pues, indudable, que todos estos profesionales de la Administración de Justicia que componen las Salas de Justicia integran el bien jurídico protegido orden público en el que se incardina la Administración de Justicia y siempre en el ejercicio de su

cargo o profesión o con motivo de esta debe ello de tener amparo y tutela penal privilegiada en el artículo 551.1 del Texto punitivo.

Centrándonos en la Ley Orgánica el Poder Judicial, como la norma fundamental que regula la Administración de Justicia, establece en su exposición de motivos VII, en su primer párrafo, que “Los cuatro primeros libros de la ley regulan cuanto se refiere a la organización, gobierno y régimen de los órganos que integran el Poder Judicial y de su órgano de gobierno. Los libros V y VI establecen el marco básico regulador de aquellos otros órganos, cuerpos de funcionarios y profesionales que, sin integrar el Poder Judicial, colaboran de diversas formas con él, haciendo posible la efectividad de su tutela en los términos establecidos por la Constitución.”

En esta primera aproximación a la composición del Poder Judicial, distingue de un lado los funcionarios que integran el Poder Judicial y, de otro, los que colaboran con él, estando integrando todos ellos en la Administración de Justicia, pues no olvidemos que la misma no es sólo el Poder Judicial como órgano de gobierno de jueces y magistrados, sino aquellos órganos, cuerpos de funcionarios y profesionales que estén integrados o colaboren con el Poder Judicial pertenecen a la misma.

Por tanto en referida exposición de motivos, se contemplan a funcionarios como jueces y magistrados, secretarios judiciales, al ministerio fiscal, haciendo una especial referencia a la función de los abogados y procuradores, a los que reserva la dirección y defensa y la representación de las partes, pues a ellos corresponde garantizar la

asistencia jurídica al ciudadano en el proceso, de forma obligatoria cuando así lo exija y, en todo caso, como derecho a la defensa y asistencia letrada expresamente reconocido por la Constitución.

Asimismo, estarían integrados para la LOPJ como profesionales y funcionarios de la Administración de Justicia la policía judicial, como institución que coopera y auxilia a la Administración de Justicia, se ve potenciada por el establecimiento de unidades funcionalmente dependientes de las autoridades judiciales y del Ministerio Fiscal.

También prevé la LOPJ como personal colaborador y funcional a los Médicos Forenses, Oficiales, Auxiliares y Agentes, cuerpos todos ellos de funcionarios que en sus respectivas competencias auxilian y colaboran con los Jueces y Tribunales.

Finalmente referida Ley Orgánica junto a la estructura y funciones de los cuerpos de Oficiales, Auxiliares y Agentes, así como de los Médicos Forenses, establece la previsión de que otros técnicos puedan servir a la Administración de Justicia, constituyendo al efecto cuerpos y escalas, o bajo contrato laboral.

Todos estos profesionales están integrados en la Administración de Justicia, pero la pregunta que me surge en el tema concreto del artículo 24.1 del Texto punitivo es ¿Por qué sólo se ha contemplado de forma específica como autoridad al Ministerio Fiscal?; ¿Es acaso el único miembro o quizás el más importante desde el punto de vista del bien jurídico protegido orden público?

La respuesta obviamente es NO, y sólo hemos de remitirnos a lo señalado al principio de este epígrafe cuando se hacía referencia al Título XX del Texto punitivo, esto es, los delitos contra la Administración de Justicia y los profesionales que como sujetos activos intervienen en los mismos.

Entiendo que las razones, más de interés político que de interés social, son las que han motivado que el artículo 24 del Texto punitivo haya permanecido inalterable desde que se aprobó el mismo en el año 1995, hasta la última reforma sufrida por el mismo por la LO 5/2010, de 22 de junio.

Es el interés social, por tanto, y no el político el que ha de regir en la redacción de toda norma penal pues el artículo 24.1 ofrece un concepto general que no sólo afectará al delito de atentado tratado en esta obra a efectos del artículo 551.1, al resto de artículos que requieren acudir a este concepto para poder dotarlos de contenido real.

Además, es necesario revestir de autoridad penalmente, a quién en representación del bien jurídico que supone su profesión o cargo, esto es el orden público-social tiene una especial predisposición con la hostilidad que se genera en el ámbito de las salas de Justicia por el conflicto de intereses entre los ciudadanos que surgen, y en especial al ámbito penal, por su especial exposición directa e inmediata con el delito, el delincuente y su entorno social pueden ver lesionados bienes jurídicos generales y particulares.

Ello no va en detrimento del principio de intervención mínima, pues es cierto que el Derecho penal como última ratio debería de

erradicar la mayoría de los delitos de peligro contemplados en el Texto punitivo, pero asimismo, estamos ante un bien jurídico cuya existencia radica en el propio contrato social, esto es en la sociedad, y dotar de contenido lógico al artículo 24.1 nunca puede suponer una quiebra a dicho principio.

Dicho esto, paso a analizar los profesionales, que en el epígrafe referente a la Toma de Posición en la propuesta de *lege ferenda* de modificación del artículo 24.1 creo que deben de ser considerados como autoridad a efectos penales.

Ello no impide, que bajo el concepto penal de autoridad que ofrece el inicio del artículo 24.1, si se dan los requisitos, esto es, al que por sí sólo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia, pues si se trata de autoridad o no a la persona que representa el bien jurídico orden público y sobre el que ha recaído el delito de atentado con toda su intensidad en el ejercicio de su profesión o cargo o con motivo de ésta, quede al arbitrio interpretativo de los juzgados y tribunales de justicia, exceptuando claro está a los funcionarios del Ministerio Fiscal.

2.3.2.-Jueces y Magistrados

Para comprender la importancia de estos profesionales, es necesario acudir a lo establecido en el artículo 117.1 de la Carta Magna, según la cual “la justicia emana del pueblo y se administra en

nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley.”

En este sentido el artículo 122.1 de referida Norma Suprema señala que “la Ley Orgánica del Poder Judicial determinará la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales, así como el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados de carrera, que formarán un Cuerpo único, y del personal al servicio de la Administración de Justicia.”

La exposición de Motivos VII señala que “la realización práctica del derecho, constitucionalmente reconocido a la tutela judicial efectiva, requiere como presupuesto indispensable que todos los órganos jurisdiccionales estén provistos de sus correspondientes titulares, Jueces o Magistrados.”

Pero es el artículo 298 de la LOPJ el que mejor describe la profesión de Juez-magistrado, y así establece que:

“1. Las funciones jurisdiccionales en los juzgados y tribunales de todo orden regulados en esta ley se ejercerán únicamente por jueces y magistrados profesionales, que forman la Carrera Judicial.

2. También ejercen funciones jurisdiccionales sin pertenecer a la Carrera Judicial, con sujeción al régimen establecido en esta ley, sin carácter de profesionalidad y con inamovilidad temporal, los magistrados suplentes, los que sirven plazas de jueces como sustitutos, los jueces de paz y sus sustitutos.”

En cuanto al reconocimiento de la autoridad del Juez o Magistrado en otras leyes, habría que acudir al Artículo 175. 2. LOPJ, el cual en relación a las facultades de inspección por parte del consejo a jueces, magistrados y presidentes de sala establece que “Las facultades inspectoras se ejercerán sin merma de la autoridad del Juez, Magistrado o Presidente.”

En cuanto al requisito dentro del concepto penal de autoridad, esto es, la Jurisdicción propia de estos profesionales, se desprende de la independencia que le atribuye tanto la Carta Magna como la LOPJ, pero en concreto se deduce de lo establecido en el artículo 190.1 de esta última Ley Orgánica para el que “corresponde al Presidente del Tribunal o al juez mantener el orden en la Sala, a cuyo efecto acordará lo que proceda.”

Respecto del requisito de ejercer mando que se exige en el concepto de autoridad que prevé el artículo 24.1 del Texto punitivo, hemos de señalar que las fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en General, y la Policía Judicial en particular, operan bajo el principio de auxilio, esto es, actúan bajo las órdenes de los Jueces y Magistrados que conforman el Tribunal, y así el artículo 547 de la LOPJ establece que “la función de la Policía Judicial comprende el auxilio a los juzgados y tribunales y al Ministerio Fiscal en la averiguación de los delitos y en el descubrimiento y aseguramiento de los delincuentes. Esta función competará, cuando fueren requeridos para prestarla, a todos los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, tanto si dependen del Gobierno central como de las

comunidades autónomas o de los entes locales, dentro del ámbito de sus respectivas competencias.”

A mi parecer, hay que poner de manifiesto la discriminación legal que el concepto de autoridad prevé el Texto punitivo, pues solo considera autoridad de una manera taxativa, a los funcionarios del Ministerio fiscal o a los Magistrados del Tribunal Constitucional. Por ello la propuesta de *lege ferenda* que más adelante se hará, pretende buscar una lógica a la redacción dada por el legislador en los artículos 24.1 y 551 del Texto punitivo²⁷⁵ también respecto de Jueces y Magistrados en un doble sentido:

En primer lugar se discrimina a estos profesionales, los Jueces y Magistrados, cuando sólo son contemplados de forma exclusiva a los funcionarios del Ministerio Fiscal, en el referido artículo 24, cuando el mayor riesgo de atentar contra el orden público que se representa en una sala de Justicia está en quién la preside, esto es, el Juez o Magistrado, que además dentro de los profesionales que conforman el

²⁷⁵ LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE DEL CÓDIGO PENAL:
Artículo 24.1: “A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal.”
Artículo 551: “1. Los atentados comprendidos en el artículo anterior serán castigados con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de tres a seis meses si el atentado fuera contra autoridad y de prisión de uno a tres años en los demás casos.
2. No obstante lo previsto en el apartado anterior, si la autoridad contra la que se atentare fuera miembro del Gobierno, de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, del Congreso de los Diputados, del Senado o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, de las Corporaciones locales, del Consejo General del Poder Judicial o Magistrado del Tribunal Constitucional, se impondrá la pena de prisión de cuatro a seis años y multa de seis a doce meses .”

organigrama de la Administración de Justicia ya descrito por la LOPJ en su exposición de motivos y en su articulado, son estos últimos profesionales, y no los “funcionarios del Ministerio Fiscal”, como parece deducirse de la redacción dada por el legislador al repetido artículo 24 de la ley penal.

No se olvide, pues es una de las cuestiones que planteo, que dentro de una Sala de Justicia la máxima autoridad la tiene el Juez o Magistrado, estando pues el Ministerio Fiscal en una escala jerárquica inferior dentro de las salas de justicia con respecto a estos profesionales, pues la LOPJ les otorga el poder de presidir y dirigir los debates que concurren en las mismas.

En segundo lugar encontramos una discriminación jerárquica, esto es, sólo son considerados autoridad a efectos penales de una forma exclusiva en el artículo 551.2 a los Magistrados del Tribunal Constitucional, pero no se incluye al resto de Jueces y Magistrados que conforman el panorama judicial nacional, y que representan igualmente el derecho a la Tutela Judicial Efectiva que el artículo 24 de la carta Magna ofrece a todos los ciudadanos, y que por supuesto presiden y dirigen los debates que se producen en las salas de justicia y que finalmente concluyen con la Sentencia, que es donde el Derecho penal, que es la materia que tratamos, llega a su culmen.

Por tanto sólo con este argumento, queda plasmada la necesidad de modificar el artículo 24 del Texto punitivo, por cuestiones de lógica constitucional, pues no se trata de una quiebra al principio de intervención mínima del Derecho penal, pues estamos hablando de

aquellos valores y bienes jurídicos que una sociedad democrática y constitucional trata de preservar pues son la base de su existencia, con ello hablamos del orden público-social que se manifiesta en la administración de Justicia y, que el legislador parece obviar hasta la última reforma del Texto punitivo por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de Junio.

Finalmente, no olvidemos que estos profesionales por sí solos o como miembros de un tribunal ya vienen ínsitos en el concepto de autoridad del artículo 24.1 del Texto punitivo, pero también lo son el resto de profesionales que en este epígrafe analizamos, entendiendo pues, que todos ellos deben de quedar incluidos en el apartado 1 del artículo 24 de referido Texto Penal de una forma taxativa, pues tampoco son considerados específicamente por los artículos 550 y 551 de referida Ley Penal.

2.3.3.-Secretarios Judiciales

En cuanto a los Secretarios Judiciales, la Exposición de Motivos VIII de la LOPJ, señala que “Las funciones de los Secretarios merecen especial regulación en el título IV libro III, pues a ellos corresponde la fe pública judicial al mismo tiempo que la ordenación e impulso del procedimiento, viéndose reforzadas sus funciones de dirección procesal.”

En este sentido y atribuyendo carácter específico de autoridad regula el Artículo 440 LOPJ y el artículo 1 del Real Decreto 1608/2005, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales, que “Los secretarios judiciales son funcionarios públicos que constituyen un Cuerpo Superior Jurídico, único, de carácter nacional, al servicio de la Administración de Justicia, dependiente del Ministerio de Justicia, y que ejercen sus funciones con el carácter de autoridad.”

En cuanto al concepto de autoridad previsto por el artículo 24.1 del Texto punitivo, el requisito del ejercer jurisdicción propia le vendría dada solo con atender a lo dispuesto en el artículo 190 de la LOPJ, y así:

- “1. Corresponde al Presidente del Tribunal o al juez mantener el orden en la Sala, a cuyo efecto acordará lo que proceda.
2. Asimismo ampararán en sus derechos a los presentes.
3. Estas mismas obligaciones recaerán sobre el Secretario en todas aquellas actuaciones que se celebren únicamente ante él en las dependencias de la Oficina judicial.”

Como ya señalé con anterioridad, el requisito de ejercer mando o jurisdicción propia es alternativo y no cumulativo, cumpliendo pues estos profesionales con el segundo, de modo que no ofrece duda su consideración como autoridad a efectos penales.

Por tanto, los Secretarios Judiciales al igual que los funcionarios del Ministerio Fiscal, en cuanto miembros de la Administración de Justicia y componentes de las Salas de Justicia merecen la misma

consideración que taxativamente respecto a su consideración como autoridad ofrece el Texto punitivo.

2.3.4.-Ministerio Fiscal

En cuanto a los fiscales, hemos de referir en primer lugar que la Carta Magna en su artículo 124.1, la Exposición de Motivos VIII y el artículo 541.1 de la LOPJ, tienen por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social.

El apartado 2 de referido artículo constitucional establece que el Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad.

Por tanto desde este momento señalamos, que uno de los principios básicos a los que están sometidos estos profesionales es el de la dependencia.

En idéntico sentido establece la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, en su artículo 1 que “el Ministerio Fiscal tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de

oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales, y procurar ante éstos la satisfacción del interés social.”

La condición de autoridad del Ministerio Fiscal, viene atribuida por el referido Estatuto del Ministerio fiscal en su artículo 23, para el que “los miembros del Ministerio Fiscal son autoridad a todos los efectos y actuarán siempre en representación de la Institución.”

El Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, también establece los principios básicos de funcionamiento del Ministerio Fiscal al igual que ya lo hiciera la carta Magna, y así reza el Capítulo II “DE LA UNIDAD Y DEPENDENCIA DEL MINISTERIO FISCAL”, por ello consecuentemente tendremos que analizar si estos profesionales ejercen mando y jurisdicción propia a efectos del concepto penal de autoridad.

En este orden de cosas respecto de los que ejercen jurisdicción delegada JAVATO MARÍN²⁷⁶ manifiesta, que “en cuanto al ejercicio de jurisdicción, la doctrina considera que debe de entenderse en un sentido amplio. Jurisdicción a estos efectos no equivale a la función de juzgar desarrollada por jueces y tribunales, sino que sería la potestad de resolver asuntos de cualquier índole que sean sometidos a la consideración del funcionario. El legislador expresamente exige el carácter propio de dicha potestad. De esta forma no ostentarán la

²⁷⁶ JAVATO MARTÍN, A.M.: “El delito de atentado. Modelos legislativos. Estudio histórico-dogmático y de derecho comparado”, cit. págs.361-362.

condición de autoridad, aquéllos que ejerzan jurisdicción de forma delegada.”

Recordando lo manifestado por JUANATEY DORADO²⁷⁷ “al otro de los elementos, el ejercicio de «jurisdicción propia», Del Toro Marzal indica que «no se entiende aquí por jurisdicción sólo el poder o la función de juzgar ni el conjunto de órganos judiciales que incorporan aquél y practican ésta. Se trata de una función a considerar, con Bergeron, como la correspondiente a un segundo grado de control social, que ejecuta las normas imperantes y que se compone de dos órganos: el poder administrativo y el poder judicial».

En este punto, Queralt expresa su conformidad con la afirmación de Del Toro Marzal, pero añade las siguientes precisiones a la misma. Por una parte, matiza que la exigencia de «jurisdicción propia» significa que, en la esfera administrativa, la jurisdicción delegada queda fuera del concepto que nos ocupa. Por otra parte, realiza una interpretación integradora de los términos «Corporación» y «Tribunal» a los que alude el anterior artículo 119 -actual 24- del Código penal. Así, según este autor: «Por Corporación hay que entender las instituciones de Derecho público del Estado, desde los diversos parlamentos a las organizaciones jurídicas de la vida local, pasando por los órganos no jurisdiccionales de gobierno del poder judicial o de los colegios profesionales en tanto que valedores, legalmente instituidos, del ejercicio de determinadas profesiones»; y

²⁷⁷ JUANATEY DORADO, CARMEN: cit. “El delito de desobediencia a la autoridad”.

por lo que respecta a la expresión «Tribunal», a juicio de Queralt, la misma «se refiere a los de la Administración de Justicia, ya que todos los que reciben esta denominación y no sean judiciales, al estar ínsitos en la Administración pública, quedan incluidos en la órbita de la expresión corporación.»

Además, respecto del requisito de ejercer mando, las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado en general y la Policía judicial en particular operan bajo el principio de auxilio a estos profesionales, y así el artículo 547 de la LOPJ establece que “la función de la Policía Judicial comprende el auxilio a los juzgados y tribunales y al Ministerio Fiscal en la averiguación de los delitos y en el descubrimiento y aseguramiento de los delincuentes. Esta función competará, cuando fueren requeridos para prestarla, a todos los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, tanto si dependen del Gobierno central como de las comunidades autónomas o de los entes locales, dentro del ámbito de sus respectivas competencias.”

Igualmente el artículo 3. 5 del EOMF, en cuanto al mando que ejercen estos profesionales respecto de la policía judicial establece que podrán “intervenir en el proceso penal, instando de la autoridad judicial la adopción de las medidas cautelares que procedan y la práctica de las diligencias encaminadas al esclarecimiento de los hechos o instruyendo directamente el procedimiento en el ámbito de lo dispuesto en la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, pudiendo ordenar a la Policía Judicial aquellas diligencias que estime oportunas.”

Y asimismo, el artículo 4.4, señala que “el Ministerio Fiscal, para el ejercicio de sus funciones, podrá... dar a cuantos funcionarios constituyen la Policía Judicial las órdenes e instrucciones procedentes en cada caso.”

En contradicción con la doctrina y recordando a JAVATO MARTÍN, no serán autoridad quienes ejerzan jurisdicción delegada; sorprende, pues, que el legislador en el artículo 24.1 sólo haya considerado como autoridad a efectos penales de una forma exclusiva a los funcionarios del Ministerio Fiscal, pues si están sometidos al principio de la unidad y la dependencia, no puede deducirse otra cosa que dentro del concepto penal de autoridad ejercen exclusivamente una jurisdicción delegada, al contrario del resto de profesionales citados en este epígrafe y que conforman una Sala de Justicia.

No obstante, a mi juicio el legislador ha utilizado la fórmula mando “o” jurisdicción, esto es, de una forma alternativa y no cumulativa, y según este criterio el Ministerio Fiscal tendría avalada su condición de autoridad a efectos penales por el ejercicio del mando que ejerce sobre la policía judicial.

Parece evidente, pues, que la redacción dada por el Legislador al artículo 24.1 del Texto punitivo no es acertada según el hilo argumental que venimos manteniendo respecto del resto de profesionales que forman parte de la Administración de Justicia.

Entiendo, por tanto, que esa desacertada redacción de este precepto penal podría ser salvada por el legislador con la propuesta de *lege ferenda* que realizo más adelante y que pretende establecer un

criterio de tutela privilegiada por encima de la interpretación penal de autoridad que ofrece el párrafo inicial de referido artículo cuando define el concepto de autoridad, pues lo que interesa al Derecho penal para este concepto, es el bien jurídico que se representa por el sujeto pasivo, esto es el orden público social, dentro del cual se incardina la Administración de Justicia, siendo el Ministerio Fiscal una de las piezas básicas en el organigrama de la misma y del Poder Judicial según se desprende del artículo 2.1 del EOMF²⁷⁸

2.3.5.-Abogados del Estado

Estos profesionales que también forman parte de los estrados en las salas de Justicia, viene atribuida su condición profesional en el artículo 551.1 de la LOPJ, según el cual “la representación y defensa del Estado y de sus organismos autónomos, así como la representación y defensa de los órganos constitucionales, cuyas normas internas no establezcan un régimen especial propio, corresponderá a los Abogados del Estado integrados en el servicio jurídico del Estado. Los Abogados del Estado podrán representar y defender a los restantes organismos y entidades públicos, sociedades mercantiles estatales y fundaciones con participación estatal, en los términos contenidos en la Ley 52/1997, de

²⁷⁸ LEY 50/1981, DE 30 DE DICIEMBRE, POR LA QUE SE REGULA EL ESTATUTO ORGÁNICO DEL MINISTERIO FISCAL, ARTÍCULO 2. UNO: “El Ministerio Fiscal es un órgano de relevancia constitucional con personalidad jurídica propia, integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial, y ejerce su misión por medio de órganos propios, conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad.”

27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas y disposiciones de desarrollo. La representación y defensa de las entidades gestoras y de la Tesorería General de la Seguridad Social corresponderá a los Letrados de la Administración de la Seguridad Social, sin perjuicio de que, en ambos casos, y de acuerdo con lo que reglamentariamente se determine, puedan ser encomendadas a abogado colegiado especialmente designado al efecto .”

Igualmente, la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, en su artículo 2, regula la representación y defensa de autoridades y empleados públicos, atribuyendo la misma a los Abogados del Estado, y así estipula que “en los términos establecidos reglamentariamente, los Abogados del Estado podrán asumir la representación y defensa en juicio de las autoridades, funcionarios y empleados del Estado, sus Organismos públicos a que se refiere el artículo anterior y Órganos Constitucionales, cualquiera que sea su posición procesal, cuando los procedimientos se sigan por actos u omisiones relacionados con el cargo.”

Los Abogados del Estado, representan más aún que el Ministerio Fiscal al orden público dentro del cual se incardina la Administración de Justicia, pues estos profesionales, los Abogados del Estado, representan a su vez a las Instituciones Democráticas, órganos y organismos, que forman parte también de ese orden público, por tanto la razón de ser de considerar a estos profesionales como autoridad de

una forma específica al igual que ya se hace con los funcionarios del Ministerio Fiscal se ofrece evidente y necesaria.

2.3.6.-Procuradores

Dentro del Organigrama de la Administración de Justicia, encontramos a otro profesional que interviene en estrados y forma parte de las Salas de Justicia, nos referimos al procurador de los Tribunales.

Es la Exposición de motivos VIII de la LOPJ la que integra a estos profesionales como colaboradores con el Poder Judicial y por tanto profesionales de la Administración de Justicia, y así reza que: “Consagra también la ley la función de los Abogados y Procuradores, a los que reserva la dirección y defensa y la representación de las partes, pues a ellos corresponde garantizar la asistencia jurídica al ciudadano en el proceso, de forma obligatoria cuando así lo exija y, en todo caso, como derecho a la defensa y asistencia letrada expresamente reconocido por la Constitución.”

La función que cumplen dentro de la Administración de Justicia viene atribuida a estos profesionales en el artículo 543 de la LOPJ, para el que “1. Corresponde exclusivamente a los procuradores la representación de las partes en todo tipo de procesos, salvo cuando la ley autorice otra cosa.

2. Podrán realizar los actos de comunicación a las partes del proceso que la ley les autorice.
3. Será aplicable a los procuradores lo dispuesto en el apartado 3 del artículo anterior.
4. En el ejercicio de su profesión los procuradores podrán ser sustituidos por otro procurador. También para los actos y en la forma que se determine reglamentariamente podrán ser sustituidos por oficial habilitado.”

El Real Decreto 1281/2002, de 5 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España, en su artículo establece que “1. La Procura, como ejercicio territorial de la profesión de Procurador de los Tribunales, es una profesión libre, independiente y colegiada que tiene como principal misión la representación técnica de quienes sean parte en cualquier clase de procedimiento.

2. Es también misión de la Procura desempeñar cuantas funciones y competencias le atribuyan las leyes procesales en orden a la mejor administración de justicia, a la correcta sustanciación de los procesos y a la eficaz ejecución de las sentencias y demás resoluciones que dicten los juzgados y tribunales. Estas competencias podrán ser asumidas de forma directa o por delegación del órgano jurisdiccional, de conformidad con la legislación aplicable.”

No ofrece duda, que estos profesionales influyen en la mejor Administración de Justicia, que es precisamente la finalidad que la

jurisprudencia más moderna ya citada en esta obra, tiene atribuida a la noción de orden público, por tanto representan a ese bien jurídico.

De otro lado y, en contraposición a lo argumentado para los funcionarios del Ministerio Fiscal, los procuradores ejercen jurisdicción propia, y ello ha de desprenderse de lo regulado en el artículo 4 de Real Decreto 1281/2002, de 5 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España, para el que “los procuradores desarrollarán su actividad con libertad e independencia, pero con estricta sujeción a las normas deontológicas que disciplinan el ejercicio de la profesión y a lo ordenado en la Ley, en este Estatuto General, Estatutos de Consejos de Colegios de Comunidad Autónoma, particulares de cada Colegio y en las demás normas que resulten aplicables.”

2.4.- El abogado como sujeto pasivo del delito de atentado

2.4.1.- Cuestiones Previas

Hemos visto como el bien jurídico en el delito de atentado tiene un carácter individual y otro supraindividual, es decir, se trata de un delito pluriofensivo.

También se ha hecho un recorrido histórico en la evolución del concepto de orden público, que antes era el Antiguo Régimen, la República, la dictadura, etc., pero nuestro concepto actual a raíz de la promulgación de nuestra Carta Magna en 1978, confiere al concepto referido de orden público el sobrenombre de social, democrático y de derecho, con las connotaciones de paz social y convivencia externa, y que en numerosa y nutrida jurisprudencia se ha venido pronunciando tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo.

Al igual que el sistema ha ido evolucionando, con él, el principio de autoridad en el delito de atentado, mirando atrás en el tiempo y viendo la definición que juristas como GONZÁLEZ Y SERRANO²⁷⁹, al que ya hiciera referencia al inicio de este trabajo de investigación, tenían en el principio de autoridad como base del delito de atentado y recordando que sostenía que “no sólo se castigan los verdaderos atentados sino resistir a sus preceptos y desobedecerlos; y no puede ser otra cosa. Autoridad discutida, es autoridad muerta; y sin perjuicio de reclamar contra ella en un tiempo y lugar, no hay más que

²⁷⁹ GONZÁLEZ Y SERRANO, JOSÉ: “El nuevo Código penal”, 3ª edición, 1885, cit. págs. 203-204.

acatarla cuando manda, porque de otra manera su prestigio y misión desaparecen.”

En la actualidad, y en contraposición a estos antiguos autores, encontramos a PRATS CANUT²⁸⁰, que apunta que “en el marco constitucional que supone la Constitución Española de 1978, deviene imposible seguir fundando la caracterización del bien jurídico en criterios de autoridad y jerarquía, y por el contrario debe buscarse, justamente en las necesidades propias de la función pública, como servicio a los ciudadanos”.

Pero aún más clarividente resulta la postura de SEGRELLES DE AREZANA²⁸¹ que aduce que “el principio de autoridad en su sentido formal es más propio de una legislación retrógrada y totalitaria, apoyada en tesis puramente imperativistas de la norma jurídica”, postura que avala el Tribunal Supremo en su más moderna jurisprudencia, y así la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2000²⁸².

²⁸⁰ PRATS CANUT, J.M (y otros): cit. “Comentarios a la parte especial de derecho penal”, Pamplona 1999.

²⁸¹ SEGRELLES DE ARENAZA, IÑIGO en COBO DEL ROSAL (y otros): “Compendio de derecho penal español (parte especial)”, Barcelona 2000, cit. pág. 2000.

²⁸² SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO PENAL, núm. 950/2000 de 4 junio (RJ 2000\5240): “En una sociedad democrática, en la que rige una jerarquía de valores distinta a las de un régimen autoritario, no es adecuado identificar el bien jurídico protegido con el principio de autoridad, sino en la necesidad de que los agentes públicos, que actúan al servicio de los ciudadanos, gocen de la posibilidad de desempeñar sus funciones de garantía y protección sin interferencias ni obstáculos, siempre que actúen en el ejercicio legítimo de su cargo. En caso contrario se resentiría la convivencia ciudadana que se vería seriamente afectada, por acciones que suponen un peligro para la misma y que deben ser atajadas y perseguidas”.

Por ello, la crítica que hay que hacer a aquéllos otros autores y juristas, que pretenden anquilosarse en las ideas del siglo XIX²⁸³ como GROIZARD respecto del concepto del principio de autoridad y que no son sanas para un Texto punitivo democrático y garantista, no pueden ser otras que argumentarles que el principio de intervención mínima, junto con el de legalidad y seguridad jurídica, hacen que la nueva idea de orden público y, por ende el principio de autoridad, persigan el ejercicio pacífico de los derechos y libertades públicas y el correcto funcionamiento de las instituciones y organismos públicos, y consiguientemente, el cumplimiento libre y adecuado de las funciones públicas, en beneficio de intereses que superan los meramente individuales, máxime si estos son partidistas.

Sentadas estas bases doctrinales, igualmente he de criticar con contundencia, el hecho de que en la actualidad el concepto de alarma social que vienen ofreciendo los medios de comunicación, llamados también el cuarto poder del Estado, pues en vez de regirse por las estadísticas criminológicas que son las que interesan socialmente, se dejan llevar por aquellos supuestos que más morbo producen en la opinión pública y que generan en la misma un concepto de alarma social ilusorio.

Además, los medios de comunicación, más al servicio de intereses políticos que de intereses sociales, exigen la creación de

²⁸³ GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, ALEJANDRO: “El Código penal de 1870 concordado y comentado”, Tomo III, 2ª edición, Madrid 1911, págs. 600 y 702.

nuevas figuras penales o la mayor punición de las ya existentes, es por ello que se está dando una peligrosa tendencia a positivizar penalmente casi todas las conductas que deberían pertenecer al arcano del derecho administrativo sancionador.

Para ver si esta tesis es cierta o no, sólo tenemos que acudir a las estadísticas criminológicas y destapar con que intensidad se han producido aquéllos delitos a los que el Texto punitivo tendría que prestar una mayor atención; por ello en algunos delitos es que ni siquiera existe casuística (vgr. Manipulación Genética); por ello el peligro está en cómo ese principio de intervención mínima del Derecho penal, se torna en el principio máxima intervención más propia del Antiguo Régimen, donde no existía prácticamente el Derecho Administrativo sancionador.

En este sentido algunos autores vienen denunciando esta proliferación legislativo-penal de cualquier conducta encuadrada en el principio de intervención mínima, y así PERIS RIERA²⁸⁴ en relación al proceso despenalizador, manifiesta que, “no se trata tanto de teorizar respecto de la posible y conveniente acción penal, sino que se debe tener en cuenta que –en realidad- las sanciones que en el Ordenamiento Jurídico Español han pasado, durante años, de la jurisdicción penal a la jurisdicción administrativa son un número

²⁸⁴ PERIS RIERA, JAIME MIGUEL: “El proceso despenalizador”, Colección de estudios Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal, Universidad de Valencia, 1983, cit. pág. 288.

desorbitado, sanciones que, sin motivo lógico alguno, han perdido las seguridades que comportaba un juicio ordinario.”

Entre estos autores de especial relevancia resulta el criterio MORILLAS CUEVA²⁸⁵ para el que “la prioridad la tienen otros instrumentos de control más moderados, si éstos son suficientes para esa protección. Dicha exigencia del Estado social, en la actualidad frecuentemente ignorada, ha de dirigir hacia una limitada utilización e intervención de los mecanismos penales”.

Al hilo de este argumento, en cuanto al delito de atentado y del bien jurídico supraindividual que lo conforma, los individuos que representan el Orden Público-Social, agentes, autoridades y funcionarios, tienen una especial exposición a sufrir los ataques de aquellos que JAKOBS²⁸⁶ ha denominado enemigos de la sociedad.

²⁸⁵ MORILLAS CUEVA, LORENZO: “Derecho Penal Español, parte general. Fundamentos conceptuales y metodológicos del derecho Penal. Ley Penal”, Madrid, 2004, págs. 129130: “Como consecuencia de la naturaleza de última ratio que en capítulos anteriores hemos otorgado al Derecho penal, y a sus contenidos me remito, se configura ese importante principio. Como ya ha sido referido, la necesidad del Derecho punitivo para asegurar la convivencia social es hoy por hoy indispensable, pero únicamente en clave de opción del Ordenamiento jurídico. La prioridad la tienen otros instrumentos de control más moderados, si éstos son suficientes para esa protección. Dicha exigencia del Estado social, en la actualidad frecuentemente ignorada, ha de dirigir hacia una limitada utilización e intervención de los mecanismos penales.

En definitiva, dicho cometido, del que se deriva el principio de intervención mínima, junto con las circunstancias en las que se mueve nuestra sociedad, conducen, sobre la base de protección de bienes jurídicos como función esencial que da lugar a otro principio de vital importancia para el sistema derivado del Estado social y democrático de Derecho –principio de protección de bienes jurídicos-, a esa dicotomía también ya analizada de reducción- ampliación de la esfera penal, en la que, precisamente por la vigencia del principio en estudio ha de prevalecer siempre la primera, sin que eso suponga ningún menoscabo esencial en la defensa de la sociedad, de acuerdo con los objetivos generales que interesan a la comunidad esculpida en los valores constitucionales fundamentales”.

²⁸⁶ JAKOBS, GÜNTHER / CANCIO MELIÁ, MANUEL: cit. “Derecho Penal del enemigo”, editorial Thomson-Civitas, cuadernos Civitas.

En este sentido, el concepto de autoridad ofrecido por el artículo 24 del Texto punitivo, sólo ha de obedecer a aquéllas necesidades reales del Derecho penal y, estas necesidades, las encontramos en el bien jurídico protegido y en el aspecto que la jurisprudencia le ha otorgado al principio de autoridad desde un prisma funcional, para garantizar un mejor funcionamiento de la Administración en la cual ejerce su cargo o profesión la autoridad, el agente de ésta o el funcionario público que llegan a ver expuestos sus propios bienes particulares.

Esa exposición permanente y directa de los bienes particulares de estos profesionales, se debe a la protección de los bienes generales que se incardinan en el orden público, y ello, como veremos, se debe a los ambientes de hostilidad que se generan en torno al delito, al delincuente, que es el enemigo de la sociedad al que hace referencia JAKOBS, y su entorno social, y es sólo en esos ambientes donde el Derecho penal ha de actuar.

Si por el contrario, no se actuara en esos ambientes de hostilidad, cualquier profesional que mínimamente represente el orden público ha de ser considerado autoridad, como pueda ser el caso del conserje o de la empleada de la limpieza de un edificio público.

El sentido lógico que desde la perspectiva del principio de mínima intervención ha de tener el Derecho penal es su intervención sólo y exclusivamente en aquellos supuestos de necesidad social real.

2.4.2.- Especial consideración a la profesión de abogado como funcionario y como autoridad

En contraposición a los profesionales de la sanidad o de la educación, encontramos al profesional objeto de estudio en este epígrafe, esto es, el Abogado.

Este profesional tiene una exposición directa y permanente en el ejercicio de su profesión en los terrenos de hostilidad que rodean al delito, al delincuente y a su entorno social, peligrando sus propios bienes particulares.

La labor profesional realizada por estos profesionales viene definida en el artículo 24.1 de la Constitución Española²⁸⁷ según la cual garantizan el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva.

Esa actividad profesional definida por la Carta Magna, se desarrolla, en ambientes de hostilidad, como el ambiente que se llega a desarrollar en algunas vistas orales (valga como muestra la Sentencia Tribunal Supremo de 26 enero de 1996²⁸⁸ en la que tras un ambiente de violencia en la Sala un Fiscal fue agredido).

²⁸⁷ CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978: artículo 24:

“1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.”

²⁸⁸ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL) NÚM. 69/1996 DE 26 ENERO; (RJ 1996\621) ; PONENTE: DE VEGA RUIZ, JOSÉ AUGUSTO:“PRIMERO.- Trátase en este supuesto de unos sucesos, en cierto modo complejos, acaecidos alrededor del juicio oral celebrado ante un Juez Penal. Obligatoriamente, y para la mejor comprensión de esta resolución, hácese preciso distinguir los distintos actos, las distintas presuntas infracciones y las diversas decisiones habidas alrededor de aquel juicio.

1) Durante la celebración de la correspondiente vista oral, que dentro de las reglas del procedimiento abreviado duró unos cuarenta minutos, se produjo una tensa

Muestra también de la hostilidad a la que se puede ver sometido uno de estos profesionales, se ve reflejada en el artículos 683 y 684 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal²⁸⁹ , pues prevé que el Juez o

situación por la animosidad de uno de los encausados en tal proceso, también aquí acusado, contra determinado testigo, animosidad refrendada igualmente por algún sector del público. Fue al finalizar el mismo cuando uno de los ahora condenados, que es padre del que aparecía como acusado en el referido juicio también aquí coinculpaado, se dirigió contra aquel testigo en términos gravemente amenazadores, dando lugar a que, seriamente asustado, pusiera los hechos en conocimiento del Juez y del Fiscal que en función de tales intervinieron en el juicio oral que acaba de celebrarse. Estos hechos propiciaron después la condena a dicho acusado como autor de un delito contra la Administración de Justicia del artículo 325 bis.2 del Código Penal, con la atenuante muy cualificada de estado pasional.

2) Como quiera que, a consecuencia de todo ello, el Fiscal se dirigió a un grupo de unas quince personas, a las puertas del edificio judicial, entre las que se encontraban los tres luego condenados y recurridos ahora, uno de ellos el preferentemente citado con anterioridad , se dirigió, repítase, al grupo y concretamente a éste que ya se había manifestado tan amenazadoramente contra el testigo, en un «elevado tono» , diciendo «que se abstuviere de hacer amenazas a los testigos y que lo iba a meter en la cárcel» . Ello originó primero una «reacción violenta» y un «conato de agresión» , después un «gran revuelo» cuando dos Agentes de la Policía Municipal allí presentes pretendían, por orden verbal del Fiscal, detener al acusado a quien éste habíase dirigido antes. A consecuencia también de los golpes que dicho acusado y su hijo propiciaron a los Agentes para impedirles cumplieran con su cometido, sufrieron éstos lesiones que tardaron en curar respectivamente cinco y veintiséis días. Hechos calificados por el Fiscal como constitutivos de atentado en base al artículo 236, junto a dos faltas de lesiones, pero que únicamente fueron considerados por la Audiencia como integrantes de la resistencia contenida en el artículo 237, siempre en referencia al Código Penal, en concurso real con dos faltas del artículo 582, a cargo en concepto de autores de los dos acusados señalados.

3) En el referido tumulto un tercer acusado dio un puñetazo en la cara al Fiscal, lo que llevó, según la sentencia impugnada, a la falta de lesiones del tal repetido artículo 582, a pesar de que la acusación pública demandaba, junto a tal falta, la existencia de un delito de atentado de los artículos 231.2 y 232.1 de la misma Ley Penal.

4) Finalmente, cuando el susodicho Fiscal abandonaba el Juzgado de Guardia, a donde se había personado para denunciar los hechos, fue insultado con el apelativo de «payasón» , en tono grosero, por uno de los acusados referidos, concretamente el que como «hijo» ha sido nominado en los apartados uno y dos de este fundamento. La Audiencia consideró este hecho como integrante de la falta del artículo 570, en lugar del delito de desacato del artículo 240 del mismo Código instado por el Fiscal interviniente en la vista oral, decisión esta que por consentida ha quedado fuera de la casación”

²⁸⁹ LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL, PROMULGADA POR REAL DECRETO DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 1882:

“Artículo 683

El Presidente dirigirá los debates cuidando de impedir las discusiones impertinentes y que no conduzcan al esclarecimiento de la verdad, sin coartar por esto a los defensores la libertad necesaria para la defensa .

Tribunal que dirige los debates, pueda sancionar con multa o incluso si se da la comisión de algún delito perseguirlo, a fin de evitar que se altere precisamente el orden público de la sala de justicia.

Ello, de por sí, nos muestra un panorama hostil que no se da en otros ámbitos institucionales del Estado como en la sanidad o en la educación, donde los profesionales que intervienen en estrados, de algún modo representan ese auténtico bien jurídico colectivo que es el Orden Público-Social dentro de la Administración de Justicia, como es el caso del Abogado, y que respecto del artículo 24 del Texto punitivo se ven marginado junto con el resto de profesionales que integran la Administración de Justicia a la hora de tener una específica consideración de autoridad al igual que la merece para el Texto punitivo el Ministerio Fiscal.

Otro argumento más, a la hora de considerar al Abogado como autoridad, lo encontramos en la LOPJ en su artículo 187²⁹⁰, el cual

Artículo 684

El Presidente tendrá todas las facultades necesarias para conservar o restablecer el orden en las sesiones y mantener el respeto debido al Tribunal y a los demás poderes públicos, pudiendo corregir en el acto con multa de 5.000 a 25.000 pesetas las infracciones que no constituyan delito, o que no tengan señalada en la ley una corrección especial .

El Presidente llamará al orden a todas las personas que lo alteren, y podrá hacerlas salir del local si lo considerase oportuno, sin perjuicio de la multa a que se refiere el artículo anterior.

Podrá también acordar que se detenga en el acto a cualquiera que delinquire durante la sesión, poniéndole a disposición del Juzgado competente.

Todos los concurrentes al juicio oral, cualquiera que sea la clase a que pertenezcan, sin excluir a los militares, quedan sometidos a la jurisdicción disciplinaria del Presidente. Si turbaren el orden con un acto que constituya delito, serán expulsados del local y entregados a la autoridad competente.”

²⁹⁰ LEY ORGÁNICA 6/1985, DE 1 DE JULIO, DEL PODER JUDICIAL: artículo 187:

establece que los abogados están a la misma altura en estrados que el Ministerio Fiscal y que el Juez o Magistrado, teniendo estos últimos una alusión específica en el artículo 24 del Texto punitivo, ¿no merecería la misma consideración por tanto el Abogado como autoridad?

Recordemos, asimismo, cuando refería el uso de la toga como uniforme jurisdiccional, pues es indudable que referido uniforme representa a la Administración de Justicia la cual está incardinada en el bien jurídico tutelado por la norma de atentado orden público, que igualmente representa quien la viste en el ejercicio de su profesión cual es el caso del abogado²⁹¹.

“1. En audiencia pública, reuniones del Tribunal y actos solemnes judiciales, los Jueces, Magistrados, Fiscales, Secretarios, Abogados y Procuradores usarán toga y, en su caso, placa y medalla de acuerdo con su rango.
2. Asimismo, todos ellos, en estrados, se sentarán a la misma altura”.

²⁹¹ REAL DECRETO 658/2001, DE 22 DE JUNIO, POR EL QUE SE APRUEBA EL ESTATUTO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA: “Artículo 37: 1. Los abogados comparecerán ante los Tribunales vistiendo toga y, potestativamente, birrete, sin distintivo de ninguna clase, salvo el colegial, y adecuarán su indumentaria a la dignidad y prestigio de la toga que visten y al respeto a la Justicia.
2. Los abogados no estarán obligados a descubrirse más que a la entrada y salida de las Salas a que concurran para las vistas y en el momento de solicitar la venia para informar.

Artículo 38: 1. Los abogados tendrán derecho a intervenir ante los Tribunales de cualquier jurisdicción sentados dentro del estrado, al mismo nivel en que se halle instalado el Tribunal ante quien actúen, teniendo delante de sí una mesa y situándose a los lados del Tribunal de modo que no den la espalda al público, siempre con igualdad de trato que el Ministerio Fiscal o la Abogacía del Estado.
2. El letrado actuante podrá ser auxiliado o sustituido en el acto de la vista o juicio o en cualquier otra diligencia judicial por un compañero en ejercicio, incorporado o cuya actuación haya sido debidamente comunicada al Colegio. Para la sustitución bastará la declaración del abogado sustituto, bajo su propia responsabilidad.
3. Los abogados que se hallen procesados o encartados y se defiendan a sí mismos o colaboren con su defensor usarán toga y ocuparán el sitio establecido para los letrados.

Artículo 39: 1. En los Tribunales se designará un sitio separado del público, con las mismas condiciones del señalado para los abogados actuantes, a fin de que puedan ocuparlo los demás letrados que, vistiendo toga, quieran presenciar los juicios y vistas públicas.

No es maduro en una democracia avanzada, que el cuarto poder, a través de la opinión pública, haya considerado que genera más alarma social la agresión al personal de la educación o de la sanidad o de otros profesionales que no tienen un relación directa con el delito y con el delincuente con motivo de su profesión u oficio, y no tenga el mismo merecimiento con la figura del Abogado, el cual y como señalaba el Estatuto General de la Abogacía constituyendo su labor parte del orden público-social, tiene un plus especial de peligrosidad el solo hecho de estar expuesto al delito, al delincuente y a su entorno social.

Asimismo tampoco resulta ecuánime que al decano de un colegio de abogados²⁹² y a los diputados que conforman el mismo se

2. En las sedes de Juzgados y Tribunales se procurará la existencia de dependencias dignas y suficientes para su utilización exclusiva por los abogados en el desarrollo de sus funciones.”

²⁹² SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL), NÚM. 1310/2002 DE 9 JULIO, PONENTE: ABAD FERNÁNDEZ, ENRIQUE (RJ 2002\5974): “El Motivo Primero del recurso se formula al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y en él se denuncia la indebida aplicación de los artículos 550 y 551.1º del Código Penal, en relación al artículo 24 de este Código.

Alega el recurrente que la agredida, Decana del Colegio de Abogados de Santa Cruz de Tenerife, no tiene la condición de autoridad, ni de agente de la misma, ni mucho menos de funcionario público, ya que no ostenta mando ni jurisdicción propia, entendiéndose por tal la capacidad que tiene una persona o un órgano colegiado de ejecutar una potestad pública, legislativa, ejecutiva o judicial, por sí misma, en un ámbito competencial objetivo y territorial.

Dice el artículo 24 del vigente Código Penal que «a los efectos penales se reputará autoridad al que por sí sólo o como miembros de alguna Corporación, Tribunal u órgano colegiado, tenga mando o ejerza jurisdicción propia».

Afirma el Tribunal de instancia en el Fundamento de Derecho Tercero de su sentencia que «a juicio de este Tribunal, los Decanos de los Colegios de Abogados, ostentan el carácter de autoridad a los efectos de ser sujetos pasivos de este delito. El vigente artículo 24 del Código Penal establece ligeras variantes con respecto al artículo 119 del Código Penal/1973, al introducir en el concepto de autoridad a los “miembros de un órgano colegiado” que “tengan mando o ejerzan jurisdicción propia”. En tal sentido el artículo 3 del Estatuto General de la Abogacía aprobado por Real Decreto 2090/1982, de 24 de julio (que reproduce literalmente el artículo 1 del Estatuto del Ilustre Colegio de Abogados de Santa Cruz de Tenerife) establece que los Colegios profesionales de Abogados son “corporaciones de derecho público,

les dé el merecimiento de autoridad y, al resto de Abogados no, pues tal merecimiento siempre tiene que tener como punto de partida el bien jurídico que se representa, esto es el orden público y social de la Administración de Justicia.

A este argumento habrá que añadir otro, y así el Abogado por mandato Constitucional del artículo 24²⁹³ reconoce a estos

amparadas por la Ley y reconocidas por el Estado, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines”, entre los que se encuentra – apartado 2º del mismo artículo– “la ordenación del ejercicio de la profesión y la representación exclusiva de la misma”, y, entre las funciones que le atribuye el artículo 4 “cumplir y hacer cumplir a los colegiados las leyes en cuanto afecten a la profesión; y los Estatutos, normas y decisiones adoptadas por los órganos colegiados en materia de su competencia”; y en cuanto a la Junta de Gobierno –que, según el artículo 62, preside el Decano–, “ejercer las facultades disciplinarias respecto a los colegiados”. Concretamente al Decano corresponde –artículo 67– “la representación oficial del Colegio en todas las relaciones del mismo con los poderes públicos, Entidades, Corporaciones y personalidades, de cualquier orden” y ejercer “las funciones de vigilancia y corrección que los Estatutos reservan a su autoridad” (en idéntico sentido, el artículo 64 del Estatuto del Colegio de Abogados de Santa Cruz de Tenerife).

De lo que antecede se desprende que el Decano del Colegio de Abogados ejerce mando y tiene potestad sancionadora: ostenta la representación del Colegio; tiene funciones de vigilancia y corrección, y en definitiva, facultades de dirección, coordinación y supervisión de la ejecución de directrices que ponen de relieve su potestad de mando; y, en conclusión, su carácter de autoridad en los términos que recoge el citado artículo 24 del vigente Código Penal»...

El artículo 36 de la Constitución dice que «la ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales».

Efectivamente el Estatuto General de la Abogacía establece que el Decano, que será nombrado por elección entre todos los colegiados ejercientes y no ejercientes, ostenta la representación del Colegio en todas las relaciones del mismo con los poderes públicos, Entidades, Corporaciones y personalidades de cualquier orden; ejerce las funciones de vigilancia y corrección que los Estatutos reservan a su autoridad; propone los Abogados que deban formar parte de los Tribunales de oposiciones, y designa los turnos de oficio. Turno que el propio recurrente afirma supone el ejercicio de funciones públicas.

Por ello el Decano del Colegio de Abogados puede ser incluido a efectos penales en el concepto de autoridad, por cuanto forma parte destacada de una Corporación que ejerce potestades públicas.”

²⁹³ CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978: artículo 24:

- “1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.
2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

profesionales para garantizar en todo procedimiento el Derecho Fundamental de todos los ciudadanos a la tutela judicial efectiva.

Por tanto, la figura de éste profesional al igual que el resto de miembros que intervienen en estrados, garantizan todos ellos el buen funcionamiento de los servicios y funciones públicas siendo ésta la finalidad del ejercicio del principio de autoridad desde su perspectiva funcional integrada dentro del orden público social como bien jurídico protegido por la norma de atentado y ello en armonía con la jurisprudencia más consolidada.

Es por ello que un mejor funcionamiento de la Administración, en este caso de Justicia, como Institución del Estado estaría en considerar a estos profesionales como autoridad.

Regulación específica de la profesión de Abogado

Dicho esto, deberemos de señalar la vital importancia que la profesión de Abogado tiene para la Ley Orgánica del Poder Judicial, apuntando en su exposición de motivos que “la función de los Abogados y Procuradores, a los que reserva la dirección y defensa y la representación de las partes, pues a ellos corresponde garantizar la asistencia jurídica al ciudadano en el proceso, de forma obligatoria

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.”

cuando así lo exija y, en todo caso, como derecho a la defensa y asistencia letrada expresamente reconocido por la Constitución”.

Por tanto y en conexión con esta exposición de motivos, establece el artículo 542. 1 de referida Ley Orgánica, en idéntico sentido que el artículo 6 del Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española que, “Corresponde en exclusiva la denominación y función de abogado al licenciado en Derecho que ejerza profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico”.

Igualmente define el artículo 9 del Estatuto General de la Abogacía Española que “son abogados quienes, incorporados a un Colegio español de Abogados en calidad de ejercientes y cumplidos los requisitos necesarios para ello, se dedican de forma profesional al asesoramiento, concordia y defensa de los intereses ajenos, públicos y privados”.

Ahondando en la cuestión esencial que nos interesa, es la cuestión de si el abogado de un lado puede tener la consideración o bien de autoridad o bien de funcionario público, o bien de ambas, y para ello habrá que contrastar lo señalado en el artículo 24 del Texto punitivo y ponerlo en relación con el artículo 191 de la Ley Orgánica del Poder Judicial²⁹⁴.

²⁹⁴ ARTÍCULO 191 DE LA LEY ORGÁNICA 6/1985, DE 1 DE JULIO, DEL PODER JUDICIAL: “A los efectos de lo dispuesto en el artículo anterior, los que perturbaren la vista de algún proceso, causa u otro acto judicial, dando señales ostensibles de aprobación o desaprobación, faltando al respeto y consideraciones debidas a los jueces, tribunales, Ministerio Fiscal, abogados, procuradores,

En primer lugar recordemos que el artículo 24.1²⁹⁵ del Código Penal, reputaba autoridad a los que por sí solo o como miembros de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tengan mando o ejerzan jurisdicción propia, parecería evidente que dentro de la Administración de Justicia el Abogado no tiene mando o jurisdicción propia dentro y fuera del órgano colegiado, tribunal u órgano unipersonal, Juzgado, pero si ejerce jurisdicción propia por sí sólo, condición que no se cumple en el Ministerio Fiscal como ya se apuntó anteriormente, pues está sometido a los principios de unidad y dependencia, por tanto su jurisdicción es delegada, dentro del concepto penal de autoridad ofrecido por el artículo 24.1 del Texto punitivo.

Dicha profesión, que como apuntaremos con nuestra proposición de *lege ferenda* de inclusión de un nuevo apartado en el artículo 24 del Texto punitivo, está en íntima relación con el delito, el delincuente y su entorno social y, en general, con el ambiente hostil que se aperciben en cualquier sala de justicia, pero aún más en el ámbito penal, dicho carácter ya bien pudiera ser merecedor de consideración de autoridad a aquellos profesionales de la abogacía;

secretarios judiciales, médicos forenses o resto del personal al servicio de la Administración de Justicia, serán amonestados en el acto por quien presida y expulsados de la sala o de las dependencias de la Oficina judicial, si no obedecieren a la primera advertencia, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que incurran”.

²⁹⁵ ARTÍCULO 24.1 DE LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL: “A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal”.

pues mayor riesgo y merecimiento tiene respecto de otras profesiones que, como ya apuntara con anterioridad, eventualmente pudieran estar expuestas a éstos ámbitos de violencia a los que hemos hecho referencia y que a efectos penales son tutelados por el artículo 550 del referido cuerpo legal.

A este argumento habrá que sumar otro, y es que si dicho artículo 24.1 considera como autoridad a los miembros del Ministerio Fiscal, en la misma medida deberían de estar considerados a los profesionales contemplados en el artículo 191 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, entre los que se hallan los abogados entre otros, pues todos ellos están al servicio de la Administración de Justicia.

Lo que sí parece aún más evidente, en cuanto a la definición de funcionario ofrecida por el artículo 24. 2 del Texto punitivo, considerando funcionario público a toda persona que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de la autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas, sin hacer mención expresa al tipo de remuneración perciben dichos funcionarios públicos, pues lo que interesa al artículo 24.1 del Texto punitivo, no es el medio de pago que perciben por el ejercicio de su profesión o cargo, sino el bien jurídico supraindividual que con éste representan.

El precepto contenido en el artículo 191 de la LOPJ reconoce al Abogado como personal al servicio de la Administración de Justicia equiparando al mismo con jueces, tribunales, ministerio fiscal, procuradores, secretarios judiciales o médicos forenses.

En consonancia con dicho cuerpo legal, la exposición de motivos del Estatuto General de la Abogacía Española Señala que “Para alcanzar una Justicia más ágil y eficaz resulta fundamental modernizar la regulación de la profesión de abogado como colaborador necesario de la función jurisdiccional. El papel que desempeña el abogado en el ejercicio de su profesión y en defensa de su cliente contribuye activamente a mejorar e incrementar la calidad de la Justicia. El presente Estatuto define la función y características de la abogacía en su primer artículo como una profesión libre e independiente que “presta un servicio a la sociedad en interés público.”

Si hay un interés público en la profesión del Abogado, obviamente, es el Estado, su noción de orden público-social y de principio de autoridad actual los interesados en considerar a estos profesionales no sólo como funcionarios en algunos casos, sino en todos aquellos relacionados con el ejercicio directo de su profesión debieran tener el merecimiento de autoridad pública, pues ya sea en un despacho, ya en una sala de justicia, ya en la vía pública, si la agresión es como consecuencia del desempeño de su profesión, tal consideración no debería de generar dudas al Juzgador cuando se le plantee tal situación.

Asimismo, el artículo 1.1 del Estatuto General de la Abogacía²⁹⁶

resalta el carácter público del que está revestida la profesión de Abogado.

Por ello, los requisitos establecidos por el artículo 24.2 del Texto punitivo por disposición inmediata de Ley, es decir, tanto el artículo 17 de la Constitución Española, como el Título II de la Ley Orgánica del Poder Judicial, artículos 542 y 544, así como el Estatuto General de la Abogacía Española en su exposición de motivos y en su artículo 1.1, 6 y 9, son los que vienen a dotar de contenido dicho requisito exigido por el Texto punitivo.

En cuanto al otro requisito contenido en el artículo 24.2 de dicho cuerpo legal, esto es, la participación en el ejercicio de una función pública, resulta claro igualmente, que tanto el artículo 17 de la Constitución, el artículo 1.1 del Estatuto General de la Abogacía y, en especial, el artículo 191 de la Ley Orgánica del Poder Judicial señala el carácter público de la profesión del Abogado, ya que está además al servicio de una Administración Pública que es la Administración de Justicia.

Pero además, no sólo el Abogado tiene un régimen disciplinario propio derivado el ejercicio de dicha profesión al servicio de la Administración de Justicia, sino que además los artículos 552 a 557 de

²⁹⁶ ARTÍCULO 1.1 DEL REAL DECRETO 658/2001, DE 22 DE JUNIO, POR EL QUE SE APRUEBA EL ESTATUTO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA:

“La abogacía es una profesión libre e independiente que presta un servicio a la sociedad en interés público y que se ejerce en régimen de libre y leal competencia, por medio del consejo y la defensa de derechos e intereses públicos y privados, mediante la aplicación de la ciencia y la técnica jurídicas, en orden a la concordia, a la efectividad de los derechos y libertades fundamentales y a la Justicia”.

la Ley Orgánica del Poder Judicial²⁹⁷, prevén un régimen disciplinario especial para estos profesionales, al igual que hay uno contemplado para los Jueces y Magistrados, Secretarios Judiciales o Abogados Fiscales.

²⁹⁷ ARTÍCULO 552 LOPJ: “Los abogados y procuradores que intervengan en los pleitos y causas, cuando incumplan las obligaciones que les impone esta ley o las leyes procesales, podrán ser corregidos a tenor de lo dispuesto en este título, siempre que el hecho no constituya delito “.

Artículo 553 LOPJ: “Los abogados y procuradores serán también corregidos disciplinariamente por su actuación ante los juzgados y tribunales:

1º) Cuando en su actuación forense faltaren oralmente, por escrito o por obra, al respeto debido a los jueces y tribunales, fiscales, abogados, secretarios judiciales o cualquier persona que intervenga o se relacione con el proceso.

2º) Cuando llamados al orden en las alegaciones orales no obedecieren reiteradamente al que presida el acto.

3º) Cuando no comparecieren ante el tribunal sin causa justificada una vez citados en forma.

4º) Cuando renuncien injustificadamente a la defensa o representación que ejerzan en un proceso, dentro de los siete días anteriores a la celebración del juicio o vistas señaladas”.

Artículo 554 LOPJ: “1. Las correcciones que pueden imponerse a las personas a que se refieren los dos artículos anteriores son:

a) Apercibimiento.

b) Multa cuya máxima cuantía será la prevista en el Código Penal como pena correspondiente a las faltas.

2. La imposición de la corrección de multa se hará atendiendo a la gravedad, antecedentes y circunstancias de los hechos cometidos, y en todo caso se impondrá siempre con audiencia del interesado”.

Artículo 555 LOPJ: “1. La corrección se impondrá por la autoridad ante la que se sigan las actuaciones.

2. Podrá imponerse en los propios autos o en procedimiento aparte. En todo caso, por el secretario se hará constar el hecho que motive la actuación correctora, las alegaciones del implicado y el acuerdo que se adopte por el juez o por la sala”.

Artículo 556 LOPJ: “Contra el acuerdo de imposición de la corrección podrá interponerse, en el plazo de cinco días, recurso de audiencia en justicia ante el secretario judicial, el juez o la sala, que lo resolverán en el siguiente día. Contra este acuerdo o contra el de imposición de la sanción, en el caso de que no se hubiese utilizado el recurso de audiencia en justicia, cabrá recurso de alzada, en el plazo de cinco días, ante la Sala de Gobierno, que lo resolverá previo informe del secretario judicial, del juez o de la sala que impuso la corrección, en la primera reunión que celebre”.

Artículo 557 LOPJ: “Cuando fuere procedente alguna de las correcciones especiales previstas en las leyes procesales para casos determinados, se aplicará, en cuanto al modo de imponerla y recursos utilizables, lo que establecen los dos artículos anteriores”.

Pero aún más clamorosa resulta la consideración como autoridad del Abogado, cuando observamos su responsabilidad penal como sujeto activo en los delitos que se refieren al asesoramiento y llevanza de todo procedimiento, donde el Texto punitivo le exige una Responsabilidad Penal especial²⁹⁸ regulada en los artículos 466 y

²⁹⁸ LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE DEL CÓDIGO PENAL: Artículo 461.1. El que presentare a sabiendas testigos falsos o peritos o intérpretes mendaces, será castigado con las mismas penas que para ellos se establecen en los artículos anteriores.

2. La misma pena se impondrá al que conscientemente presente en juicio elementos documentales falsos. Si el autor del hecho lo hubiera sido además de la falsedad, se impondrá la pena correspondiente al delito más grave en su mitad superior.

3. Si el responsable de este delito fuese abogado, procurador, graduado social o representante del Ministerio Fiscal, en actuación profesional o ejercicio de su función, se impondrá en cada caso la pena en su mitad superior y la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de dos a cuatro años.

2. Si el responsable de este delito fuese abogado, procurador, graduado social o representante del Ministerio Fiscal, en actuación profesional o ejercicio de su función, se impondrá en cada caso la pena en su mitad superior y la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de dos a cuatro años.

Artículo 463.1. El que, citado en legal forma...

2. Si el responsable de este delito fuese abogado, procurador o representante del Ministerio Fiscal, en actuación profesional o ejercicio de su función, se le impondrá la pena en su mitad superior y la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de dos a cuatro años.

Artículo 464 .1. El que con violencia o intimidación intentare influir directa o indirectamente en quien sea denunciante, parte o imputado, abogado, procurador, perito, intérprete o testigo en un procedimiento para que modifique su actuación procesal, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a veinticuatro meses. Si el autor del hecho alcanzara su objetivo se impondrá la pena en su mitad superior.

Artículo 465 .1. El que interviniendo en un proceso como abogado o procurador, con abuso de su función, destruyere, inutilizare u ocultare documentos o actuaciones de los que haya recibido traslado en aquella calidad, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de siete a doce meses e inhabilitación especial para su profesión, empleo o cargo público de tres a seis años.

Artículo 466.1. El abogado o procurador que revelare actuaciones procesales declaradas secretas por la autoridad judicial, será castigado con las penas de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo, cargo público, profesión u oficio de uno a cuatro años.

2. Si la revelación de las actuaciones declaradas secretas fuese realizada por el Juez o miembro del Tribunal, representante del Ministerio Fiscal, Secretario Judicial o cualquier funcionario al servicio de la Administración de Justicia se le impondrán las penas previstas en el art. 417 en su mitad superior.

3. Si la conducta descrita en el apartado primero fuere realizada por cualquier otro particular que intervenga en el proceso, la pena se impondrá en su mitad inferior.

Artículo 467.1. El abogado o procurador que, habiendo asesorado o tomado la defensa o representación de alguna persona, sin el consentimiento de ésta defienda o

siguientes, los cuales no han sido tampoco objeto de modificación por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, y que no es exigida a los profesionales de la sanidad y la enseñanza, y que es contradictorio que sólo merezcan tal consideración para la norma penal, sólo como sujetos pasivos y no como sujetos activos cualificados en un tipo especial, de delitos contra la sanidad pública o contra la educación pública, pues si el bien jurídico protegido es el orden público, y con ello el mejor funcionamiento de la Administración, deberían de ser considerados sujetos activos de una manera específica para dicho cuerpo legal, al igual que se hace con el Abogado, pero ello no se contempla en la normativa penal, pues se le da preferencia al significado de orden público que está en manos de estos últimos profesionales.

En este sentido, y como se apuntara en capítulos anteriores al analizar el concepto penal de autoridad, entendíamos que también cabe hablar de “AUTORIDAD DE HECHO”, es decir, que aún sin reunir las condiciones legalmente establecidas, ya tengan carácter administrativo, militar, etc., lo importante a efectos del artículo 24.2 del Texto punitivo es a mi juicio, si realmente se ejerce autoridad

represente en el mismo asunto a quien tenga intereses contrarios, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para su profesión de dos a cuatro años.

2. El abogado o procurador que, por acción u omisión, perjudique de forma manifiesta los intereses que le fueren encomendados será castigado con las penas de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo, cargo público, profesión u oficio de uno a cuatro años.

Si los hechos fueran realizados por imprudencia grave se impondrán las penas de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para su profesión de seis meses a dos años.”

como sujeto pasivo a la hora de la comisión delictiva, pues lo que le interesa al Derecho penal, es el ataque, lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado por la norma, y es, a través de esta autoridad de hecho que ejerce el sujeto pasivo en representación del orden público-social, y que el autor con tal actuar menoscaba el principio de autoridad que esta autoridad de hecho representa, pues tal merecimiento a efectos del artículo 24 del Texto punitivo, al fin y al cabo, contribuye a un mejor funcionamiento de la Administración en que el mismo se halla en el ejercicio de esa actividad o con ocasión de ella.

Si la doctrina y la jurisprudencia han venido otorgando tal merecimiento a los que actúan de hecho, el Abogado actuando bajo los requisitos de legalidad exigidos, aún merece, en cualquier caso tal consideración, y que en cuanto a los requisitos de legalidad, exhaustivamente y *ex post* analizaremos.

Afirmaba ROIG TORRES²⁹⁹ en cuanto al sujeto activo del delito de atentado, que el actual artículo 552.2 del Texto punitivo experimenta una mayor penalidad cuando el autor es autoridad, agente o funcionario, pero para aplicar esta modalidad agravada es necesario que se prevalga de su condición pública para cometer el delito, al igual que el legislador ya lo hace en otros delitos especiales impropios, sancionando la conducta con una pena superior cuando la lleva a cabo un funcionario, en tanto éste hace un mal uso de su cargo en detrimento del correcto funcionamiento de las funciones públicas,

²⁹⁹ ROIG TORRES, MARGARITA: “El Delito de Atentado”, cit. pág. 87.

como ya lo hace en los artículos 461 y siguientes del actual Texto punitivo.

Pero no ya solo las definiciones legales en cuanto a la definición penal de funcionario público contenida en el artículo 24.2 del Texto punitivo dotan de tal carácter al Abogado en el ejercicio de su profesión, sino que además como señala la más moderna Jurisprudencia del Tribunal Supremo que el concepto de función pública, distinto del concepto administrativo, para el cual los funcionarios son personas incorporadas a la Administración pública por una relación de servicios profesionales y retribuidos regulada por el derecho administrativo, pues como señala la Sala segunda del Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 4 de diciembre de 2007³⁰⁰ el concepto de funcionario público para el Texto punitivo está

³⁰⁰ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO núm. 1030/2007 (EDJ 2007/243074), PONENTE, COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, MIGUEL: “La jurisprudencia ha señalado que el concepto de funcionario público contenido en el artículo 24 del Código Penal, según el cual “se considerará funcionario público a todo el que por disposición inmediata de la Ley, por elección, o por nombramiento de Autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas”, es un concepto aplicable a efectos penales, como se desprende del mismo precepto, que es diferente del característico del ámbito administrativo, dentro del cual los funcionarios son personas incorporadas a la Administración pública por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el derecho administrativo.

Por el contrario, se trata de un concepto más amplio que éste, pues sus elementos son exclusivamente el relativo al origen del nombramiento, que ha de serlo por una de las vías que el artículo 24 enumera, y de otro lado, la participación en funciones públicas, con independencia de otros requisitos referidos a la incorporación formal a la Administración Pública o relativos a la temporalidad o permanencia en el cargo, (STS núm. 1292/2000, de 10 de julio; STS núm. 68/2003, de 27 de enero; STS núm. 333/2003, de 28 de febrero y STS núm. 663/2005, de 23 de mayo), e incluso de la clase o tipo de función pública. Se trata, como señalan tanto la doctrina como la jurisprudencia (SSTS de 22 de enero de 2003 y 19 de diciembre de 2000), de un concepto “nutrido de ideas funcionales de raíz jurídico-política, acorde con un planteamiento político-criminal que exige, por la lógica de la protección de determinados bienes jurídicos, atribuir la condición de funcionario en atención a las funciones y fines propios del derecho penal y que, sólo eventualmente coincide con los criterios del derecho administrativo.”

encontrado dentro de concepto político criminal que supone la protección de determinados bienes jurídicos y que en muchas ocasiones dista dicho concepto en el ámbito administrativo perseguir idéntica finalidad.

Como señala referida Sentencia, “se trata de proteger el ejercicio de la función pública en su misión de servir a los intereses generales, de manera que la condición de funcionario a efectos penales se reconoce con arreglo a los criterios expuestos tanto en los casos en los que la correcta actuación de la función pública se ve afectada por conductas delictivas desarrolladas por quienes participan en ella, como en aquellos otros casos en los que son acciones de los particulares las que, al ir dirigidas contra quienes desempeñan tales funciones, atacan su normal desenvolvimiento y perjudican la consecución de sus fines característicos. A través, pues, de la incidencia del concepto, se defienden tanto los intereses de la Administración como los de los ciudadanos”.

Es pues éste el mismo planteamiento que propondremos más adelante de *lege ferenda* en cuanto a la modificación del artículo 24 del Texto punitivo, pues las acciones de los particulares cuando cometen en este caso el delito de atentado contra un Abogado, estarían a su vez lesionando bienes jurídicos individuales de éste como su libertad, su integridad física o moral, etc., por ello dichos delitos no deberían de ser penados independientemente, sino en relación concursal con el delito de atentado no sólo a un funcionario público, sino a la autoridad que éste ejerce dentro de su ámbito profesional, y

ello como señalaba el Tribunal Supremo para que la correcta actuación de la función pública no se vea afectada por conductas delictivas desarrolladas por quienes participan en ella.

Pero al margen de la participación y recordando a JAVATO MARTÍN³⁰¹, no cabe duda de que el requisito de disposición inmediata de la Ley, viene dado por la norma suprema que es la Constitución, así como por la Ley Orgánica del Poder Judicial o el Reglamento por el que se aprueba Estatuto General de la Abogacía.

Asimismo, el Decano del Colegio de Abogados correspondiente, junto con los miembros de la Junta de Gobierno de éstos, son las autoridades competentes que previo cumplimiento de los requisitos nombran a quién va a ejercer la profesión de la Abogacía, por tanto este requisito señalado por dicho autor para este supuesto goza de plena operatividad.

Como se ha dicho, no es la primera vez que un Abogado en el ejercicio de su profesión o con motivo de ésta, se ve amenazado, lesionado o vejado, pues es un hecho notorio, que no ficción, el en una Sala de Justicia, en frecuentes ocasiones, el entorno social del delincuente, puede llegar a lesionar ese bien jurídico al que tantas veces hemos aludido en esta obra y que se manifiesta a través del principio de autoridad y que se manifiesta a través de las modalidades comisivas previstas en el tipo del delito de atentado de acometimiento,

³⁰¹ JAVATO MARTÍN, A.M.: cit. “El delito de atentado. Modelos legislativos. Estudio histórico-dogmático y de Derecho comparado”.

empleo de fuerza e intimidación grave, existiendo casuística del Tribunal Supremo³⁰² al efecto.

En este sentido, el delito de atentado contemplado tanto en el artículo 550³⁰³ como en el artículo 551.1³⁰⁴ del Texto punitivo debería

³⁰² SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 6-4-2000, Nº 588/2000, REC. 4665/1998. PTE: GARCÍA-CALVO Y MONTIEL, ROBERTO (EDJ 2000/10112): “PRIMERO.- Un sólo Motivo conforma el Recurso interpuesto por la representación del condenado como autor de un Delito Contra la Integridad Moral para, con amparo en el art. 849-1º de la L.E.Cr. EDL1882/1, denunciar infracción, por aplicación indebida, del art. 175 del C. Penal EDL1995/16398.

La tesis recurrente cuenta con el apoyo del Ministerio Público, el que, al igual que quién recurre, entiende, aunque no exista identidad argumental en sus planteamientos, que el hecho enjuiciado no reviste la gravedad exigida para ser considerado Delito, por tanto, debe ser calificado como una Falta de Coacciones del art. 620-2º del C. Penal EDL1995/16398 .

Pues bien, dicha propuesta impugnativa no puede ser aceptada ya que, inalterado el relato fáctico, el respeto integral debido al mismo en razón del cauce casacional elegido, inviabiliza tal pretensión.

El argumento exculpatario del autor del Recurso de que el acusado cumplía sus funciones al identificar a quien parecía sospechoso de cometer las sustracciones denunciadas en los lugares en que prestaba su cometido no es de recibo cuando - como dice la combatida- "ha quedado acreditado que el acusado tenía perfecto conocimiento de la profesión y personalidad de quién trataba de identificar (le llamó por su apellido) y, curiosamente, tres día después debía acudir como denunciado a un juicio de faltas que había de celebrarse en un Juzgado de Instrucción de esta ciudad, en el cuál el abogado de la parte denunciante (la esposa del acusado) iba a ser, con todo seguridad, la persona cuyo "aspecto" levantaba sospechas e hizo exacerbar al acusado su celo policial".

La afirmación de dicho comportamiento aparece sustentada en las declaraciones de los policías municipales que prestaron testimonio en el Plenario y a las que hace expresa referencia la resolución recurrida en una irreprochable exposición valorativa de su contenido que, por una parte, acredita la innecesariedad de la actuación del acusado y, de otra, la constatación exacta de las dosis de matización que otorga el Principio de Inmediación como componente insustituible que la instancia incorpora con exclusividad al ejercicio de la función jurisdiccional.

De suerte que si la rectificación de la percepción así obtenida y trasladada al "factum" solo puede conseguirse en supuestos de clamorosas equivocaciones evaluadoras o flagrantes errores estimativos de la prueba y éstas están ausentes en el caso que ahora se analiza, no cabe sino concluir con el rechazo de lo postulado en el Recurso, dado que los hechos relatados revisten categoría delictiva ante la trascendencia que ofrecen, tanto por el específico abuso de las funciones que el condenado detentaba como agente de la autoridad, ejerciéndolas innecesariamente y por razones particulares, como por la forma en que se exteriorizó públicamente dicho comportamiento, el conocimiento previo y preciso que el acusado tenía de la identidad y profesión del sujeto pasivo de tan expeditiva y vejatoria actuación y el efecto producido en el ánimo de aquél, ya que -según la literalidad del "factum"- provocó "sentimientos de impotencia y temor a la conducta que el acusado podría desarrollar en el futuro habida cuenta de los procedimientos en marcha." Concomitantes consecuencias que privan de fundamento a las invocaciones referidas el Principio de Proporcionalidad o de intervención mínima y consolidan la decisión condenatoria del Tribunal Provincial.”

de ser aplicado a estos profesionales en estos casos y que como referimos con anterioridad aludiendo a la Ley de Enjuiciamiento Criminal³⁰⁵, prevé la sanción de estas conductas pero no la determinación del Juez de perseguir como delito de atentado a la autoridad al Abogado, cuando si está obligado hacerlo respecto del Ministerio Fiscal.

Interesante, resulta la postura de CUERDA ARNAU³⁰⁶, en referencia a los jurados en su consideración como autoridad en el

³⁰³ ARTÍCULO 550 DE LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL: “Son reos de atentado los que acometan a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, o empleen fuerza contra ellos, los intimiden gravemente o les hagan resistencia activa también grave, cuando se hallen ejecutando las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas.”

³⁰⁴ ARTÍCULO 551.1 DE LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL: “Los atentados comprendidos en el artículo anterior serán castigados con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de tres a seis meses si el atentado fuera contra autoridad y de prisión de uno a tres años en los demás casos.”

³⁰⁵ LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL, PROMULGADA POR REAL DECRETO DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 1882: “Artículo 683:

El Presidente dirigirá los debates cuidando de impedir las discusiones impertinentes y que no conduzcan al esclarecimiento de la verdad, sin coartar por esto a los defensores la libertad necesaria para la defensa .

Artículo 684

El Presidente tendrá todas las facultades necesarias para conservar o restablecer el orden en las sesiones y mantener el respeto debido al Tribunal y a los demás poderes públicos, pudiendo corregir en el acto con multa de 5.000 a 25.000 pesetas las infracciones que no constituyan delito, o que no tengan señalada en la ley una corrección especial .

El Presidente llamará al orden a todas las personas que lo alteren, y podrá hacerlas salir del local si lo considerase oportuno, sin perjuicio de la multa a que se refiere el artículo anterior.

Podrá también acordar que se detenga en el acto a cualquiera que delinquire durante la sesión, poniéndole a disposición del Juzgado competente.

Todos los concurrentes al juicio oral, cualquiera que sea la clase a que pertenezcan, sin excluir a los militares, quedan sometidos a la jurisdicción disciplinaria del Presidente. Si turbaren el orden con un acto que constituya delito, serán expulsados del local y entregados a la autoridad competente.”

³⁰⁶ CUERDA ARNAU: “Los delitos de atentado y resistencia”. El Sujeto pasivo, cit. pág. 7 y ss: “Por lo que se refiere al carácter que deba conferirse a los ciudadanos que formen parte de un tribunal del jurado, creo que están en lo cierto LLABRÉS y

ámbito de la Administración de Justicia como sujetos pasivos, pues a juicio de esta autora ello “posibilita otorgar a su función la especial protección que se deriva del delito de atentado... los jurados son

TOMÁS-VALIENTE (90) cuando se pronuncian a favor de otorgarles la cualidad de autoridad, lo que posibilita otorgar a su función la especial protección que se deriva del delito de atentado (91).

En efecto, como con toda rotundidad ha dicho GÓMEZ COLOMER (92), los jurados son jueces y ejercen, por tanto, función jurisdiccional por disposición inmediata de la ley, lo que impide ver en ellos a meros particulares que colaboran en el ejercicio de funciones públicas (93). Dando tal cosa por sentada, es igualmente evidente que los ciudadanos jurados ejercen, como miembros de un Tribunal, jurisdicción propia y no delegada, lo que obliga a atribuirles el carácter de autoridad, lo que, a mi juicio, debe predicarse tanto de los jurados titulares, como de los suplentes (94). Frente a lo anterior, no estimo decisivo ni el que la LOTJ omita conferirles de modo expreso este carácter, ni tampoco la interpretación a contrario de determinadas previsiones legislativas, según la cual la referencia expresa que a los mismos se hace para poder hacerlos responsables en ciertos tipos (v.g., art. 422) evidencia que no son funcionarios a efectos penales, pues en otro caso, no resultaría necesaria tal equiparación. Que lo primero es irrelevante resulta tan obvio que no merece la pena detenerse en ello, y, en cuanto a lo segundo, me adhiero plenamente a los argumentos con que LLABRÉS y TOMÁS-VALIENTE (95) han demostrado que el mantenimiento de la perturbadora previsión legal a que se hacía referencia sólo obedece a razones de inercia legislativa, sin que, por tanto, resulte consecuente extraer de ahí la conclusión apuntada.

Lo anterior no obsta, sin embargo, a reconocer que la función jurisdiccional desempeñada por los ciudadanos jurados se encuentra limitada temporalmente, lo que exige delimitar claramente el periodo en que aquellos ostentan la condición de autoridad a los efectos que nos ocupan. En cuanto al momento inicial me sumo nuevamente a la opinión de LLABRÉS y TOMÁS-VALIENTE, quienes cifran el comienzo de tal atribución en el trámite de juramento o promesa (art. 41.1 y 2 LOTJ), pues, dejando al margen algunas imprecisiones terminológicas de que adolece la LOTJ, sólo está en condiciones de ejercer la función que origina su consideración como autoridad quien haya prestado el juramento o promesa indicados (art. 41.4 LOTJ) (96). Dicha condición subsiste exclusivamente hasta el momento en que se produce el cese del Jurado en sus funciones, esto es, tras la lectura del veredicto (art. 66 LOTJ) o bien hasta el momento en que el Magistrado-Presidente acuerde, de conformidad con lo que la ley prescribe, la disolución anticipada del Jurado (arts. 47, 49, 50, 51 y 65 LOTJ). En este mismo sentido se manifiestan los autores citados (97), no obstante lo cual se inclinan por admitir la posibilidad de aplicar el tipo de atentado a los supuestos de ataques vindicativos contra quien fue -y por el hecho de haber sido- miembro del Jurado, dando entrada a dichas conductas a través de la fórmula «con ocasión» del ejercicio de sus funciones (98). Sin perjuicio de las consideraciones que realizaré al analizar tal requisito típico, debo avanzar mi discrepancia con tal planteamiento. Aunque se pueda estar de acuerdo con ellos cuando califican de grave disfunción (99) el que sí reciban una sanción específica las represalias a un testigo, perito o intérprete (art. 464.2 CP) y no se opere de manera paralela cuando de un jurado se trata, ello no nos habilita para soslayar el requisito típico de que el sujeto contra el que se dirigen las conductas constitutivas de atentado sea funcionario, autoridad o agente de ésta, que es lo que con toda claridad dice el art. 550.”

jueces y ejercen, por tanto, función jurisdiccional por disposición inmediata de la ley, lo que impide ver en ellos a meros particulares que colaboran en el ejercicio de funciones públicas ... Lo anterior no obsta, sin embargo, a reconocer que la función jurisdiccional desempeñada por los ciudadanos jurados se encuentra limitada temporalmente, lo que exige delimitar claramente el periodo en que aquellos ostentan la condición de autoridad a los efectos que nos ocupan.”

Ha de deducirse, pues, que el Abogado al igual que el resto de personas que colaboran con la Administración de Justicia, ya sea como funcionario, ya sea como autoridad, no sólo tiene un perfecto encuadre en el artículo 24 del Texto punitivo, sino que en aras a la correspondencia que en los diversos procedimientos, penales, civiles o laborales tienen estos profesionales, por imperativo de la LOPJ están a la misma altura en los estrados al igual que el Juez-Magistrado, el Secretario Judicial, el Ministerio Fiscal o los Jurados.

Recordando a CUERDA ARNAU³⁰⁷, en la postura mantenida

³⁰⁷ CUERDA ARNAU: cit. “Los delitos de atentado y resistencia”: “Por lo que se refiere al carácter que deba conferirse a los ciudadanos que formen parte de un tribunal del jurado, creo que están en lo cierto LLABRÉS y TOMÁS-VALIENTE (90) cuando se pronuncian a favor de otorgarles la cualidad de autoridad, lo que posibilita otorgar a su función la especial protección que se deriva del delito de atentado (91)

En efecto, como con toda rotundidad ha dicho GÓMEZ COLOMER (92), los jurados son jueces y ejercen, por tanto, función jurisdiccional por disposición inmediata de la ley, lo que impide ver en ellos a meros particulares que colaboran en el ejercicio de funciones públicas (93). Dando tal cosa por sentada, es igualmente evidente que los ciudadanos jurados ejercen, como miembros de un Tribunal, jurisdicción propia y no delegada, lo que obliga a atribuirles el carácter de autoridad, lo que, a mi juicio, debe predicarse tanto de los jurados titulares, como de los suplentes (94). Frente a lo anterior, no estimo decisivo ni el que la LOTJ omita conferirles de modo expreso este carácter, ni tampoco la interpretación a contrario de determinadas previsiones legislativas, según la cual la referencia expresa que a

respecto de la Administración de Justicia, que los jurados que forman parte de la misma, aunque sea temporalmente deben ser considerados autoridad, aunque no ejerzan mando ni tengan jurisdicción propia, quizás de forma delegada, que tampoco la tiene el Ministerio Fiscal como ya se ha referido con anterioridad, en el desarrollo de una vista oral, pues el único que tiene atribuida estas funciones es el Juez, pero ello no obsta que los jurados merezcan tal consideración, si entendiéramos la jurisdicción únicamente como la competencia que tiene atribuida los Juzgados o Tribunales, sino como capacidad propia de decisión, determinación y de ejecución.

los mismos se hace para poder hacerlos responsables en ciertos tipos (v.g., art. 422) evidencia que no son funcionarios a efectos penales, pues en otro caso, no resultaría necesaria tal equiparación. Que lo primero es irrelevante resulta tan obvio que no merece la pena detenerse en ello, y, en cuanto a lo segundo, me adhiero plenamente a los argumentos con que LLABRÉS y TOMÁS-VALIENTE (95) han demostrado que el mantenimiento de la perturbadora previsión legal a que se hacía referencia sólo obedece a razones de inercia legislativa, sin que, por tanto, resulte consecuente extraer de ahí la conclusión apuntada.

Lo anterior no obsta, sin embargo, a reconocer que la función jurisdiccional desempeñada por los ciudadanos jurados se encuentra limitada temporalmente, lo que exige delimitar claramente el periodo en que aquellos ostentan la condición de autoridad a los efectos que nos ocupan. En cuanto al momento inicial me sumo nuevamente a la opinión de LLABRÉS y TOMÁS-VALIENTE, quienes cifran el comienzo de tal atribución en el trámite de juramento o promesa (art. 41.1 y 2 LOTJ), pues, dejando al margen algunas imprecisiones terminológicas de que adolece la LOTJ, sólo está en condiciones de ejercer la función que origina su consideración como autoridad quien haya prestado el juramento o promesa indicados (art. 41.4 LOTJ) (96). Dicha condición subsiste exclusivamente hasta el momento en que se produce el cese del Jurado en sus funciones, esto es, tras la lectura del veredicto (art. 66 LOTJ) o bien hasta el momento en que el Magistrado-Presidente acuerde, de conformidad con lo que la ley prescribe, la disolución anticipada del Jurado (arts. 47, 49, 50, 51 y 65 LOTJ). En este mismo sentido se manifiestan los autores citados (97), no obstante lo cual se inclinan por admitir la posibilidad de aplicar el tipo de atentado a los supuestos de ataques vindicativos contra quien fue -y por el hecho de haber sido- miembro del Jurado, dando entrada a dichas conductas a través de la fórmula «con ocasión» del ejercicio de sus funciones (98). Sin perjuicio de las consideraciones que realizaré al analizar tal requisito típico, debo avanzar mi discrepancia con tal planteamiento. Aunque se pueda estar de acuerdo con ellos cuando califican de grave disfunción (99) el que sí reciban una sanción específica las represalias a un testigo, perito o intérprete (art. 464.2 CP) y no se opere de manera paralela cuando de un jurado se trata, ello no nos habilita para soslayar el requisito típico de que el sujeto contra el que se dirigen las conductas constitutivas de atentado sea funcionario, autoridad o agente de ésta, que es lo que con toda claridad dice el art. 550.”

No obstante ya he manifestado que el concepto de jurisdicción propia, por el propio sentido que le da el artículo 24.1 del Texto punitivo, debe de ir más allá de la jurisdicción que la Administración de Justicia confiere a jueces y magistrados, pues dicho precepto se la otorga además al Ministerio Fiscal.

La figura del Abogado requiere de la misma tutela privilegiada que aquéllos otros profesionales de la Administración de Justicia, por ello la proposición de *lege ferenda* que más adelante se hace en esta obra, no sólo es justificada sino beneficiosa para el sujeto pasivo del delito de atentado, es decir, el Estado en todas sus manifestaciones institucionales.

En este sentido recuerda CUERDA ARNAU³⁰⁸, que “la condición de ejercer mando o jurisdicción propia va más allá y comporta la capacidad de decisión y la consiguiente facultad de ordenar la ejecución de lo dispuesto que el ordenamiento confiere a un sujeto “por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado”, según reza el art. 24.1, en relación con una potestad pública, ya sea administrativa, ya sea judicial.”

La autora sostiene que al menos que el Código le otorgue expresamente tal condición de autoridad, en el sentido de quienes se limitan a materializar la potestad de un superior u obran por delegación de éste, pues en estos casos para dicha autora no se ejerce jurisdicción propia, y este no es el caso del Abogado.

³⁰⁸ CUERDA ARNAU: cit. “Los delitos de atentado y resistencia”.

Asimismo, en la misma postura que mantenemos respecto de la Administración de Justicia, a la consideración de autoridad del resto de miembros que forman parte de una Sala de Justicia y que para todos ellos tiene cabida dentro del concepto de autoridad **ejercer mando o tener jurisdicción propia**, y así ROIG TORRES³⁰⁹, para la que “no obstante, conviene precisar que la potestad de obligar propia de la autoridad no debe entenderse en el sentido de imposición coactiva directa, que solo en algunos casos es factible, sino como exigibilidad, siquiera sea por vía judicial. Por lo demás, entendemos que tiene encaje en el ejercicio de la jurisdicción a que alude el Código, en coherencia con el sentido etimológico apuntado, la facultad de resolver con carácter vinculante asuntos administrativos, mediante la aplicación del Derecho objetivo. Con todo, esa jurisdicción ha de ser propia, de manera que una vez admitido que pueda haber autoridades administrativas que la ejerzan, esta posibilidad ha de limitarse a fin de excluir aquellas que actúen en la resolución de asuntos por delegación de otra superior (como veremos acaece, por ejemplo, en la Administración local respecto de los concejales, que deciden a veces por delegación del alcalde).

Esta interpretación parece ser la mantenida por la jurisprudencia, en la que se hacen coincidir las facultades de mando con las de dirección, coordinación y supervisión, así como, sobre todo, con la potestad sancionadora. Bien es verdad que estos criterios se infieren

³⁰⁹ ROIG TORRES, MARGARITA: “El Delito de Atentado”, cit. págs.96-97.

de las decisiones que de forma casuística adoptan los Tribunales, sin que en las resoluciones suelen aportarse soluciones generales.

En consonancia con lo anterior, tienen carácter de autoridad, dentro del poder judicial, los Jueces y Magistrados, tanto de carrera como suplentes (artículos 298 de la LOPJ y 117 de la CE), y los Jueces de paz (artículos 100 y 103.1 de la LOPJ), los Secretarios Judiciales (artículo 281.1 de la LOPJ), los Fiscales (artículos 124.1 de la CE y 24.1 del CP), y los miembros del Tribunal del Jurado. Mas en el artículo 51.2 se atribuye una Tutela especial a los Magistrados del Tribunal Constitucional.”

Dicha autora sienta que tienen el carácter de autoridad, porque tienen mando y ejercen jurisdicción propia, todos aquéllos miembros de la Administración de Justicia que tiene una intervención activa en la salas de justicia y a los que regula la LOPJ, incluso manteniendo un régimen disciplinario según el comportamiento de dichos miembros; casualmente no se alude al Abogado.

Pero es más, a esos efectos disciplinarios la propia LOPJ determina que los abogados son autoridad, y así se desprende de lo que en referencia a las faltas graves establece el artículo 418. 5 de referido cuerpo legal el cual sostiene que “**el exceso o abuso de autoridad**, o falta grave de consideración respecto de los ciudadanos, instituciones, secretarios, médicos forenses o del resto del personal al servicio de la Administración de Justicia, de los miembros del Ministerio Fiscal, **abogados** y procuradores, graduados sociales y funcionarios de la Policía Judicial.”

Como se desprende del artículo 24 del Texto punitivo, uno de los requisitos para ser autoridad, es el tener mando “o” jurisdicción propia, esto es, el legislador apunta que con que se cumpla una de estas dos condiciones, tendríamos que considerar que no hallamos ante una autoridad.

En este sentido, a mi juicio el **Abogado** tiene jurisdicción propia tanto dentro como fuera de las Salas de justicia en el ejercicio de su profesión, pues si ejerce dentro de la sala una dirección y defensa es indudable, que ello se corresponde con que dentro de la sala de justicia **ejerce jurisdicción propia** no delegada, y así se deriva de la definición que asimismo concede a dicho profesional la LOPJ³¹⁰ en su artículo 542, según el cual en su apartado primero “corresponde en exclusiva la denominación y función de abogado al licenciado en Derecho que ejerza profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico.”

Y asimismo dicho artículo en su apartado segundo añade que “en su actuación ante los juzgados y tribunales, los abogados son libres e independientes, se sujetarán al principio de buena fe, gozarán de los derechos inherentes a la dignidad de su función y serán amparados por aquéllos en su libertad de expresión y defensa.”

³¹⁰ LEY ORGÁNICA 6/1985, DE 1 DE JULIO, DEL PODER JUDICIAL, ARTÍCULO 542.

Mayor problema plantearía el hecho de reconocer que el **Abogado** ejerza **mando sobre alguien**, pero en cualquier caso este argumento es indiferente a la hora de calificar al Abogado como autoridad a efectos del artículo 24 del Texto punitivo, pues lo que importa es respecto a su cargo o con motivo de este representa el bien jurídico orden público-social, a través de principio de autoridad al igual que lo hace el Ministerio Fiscal, que expresamente es considerado autoridad por el referido precepto legal y que en el mismo caso sólo ejercería jurisdicción, que no mando que si es comprensible por ejemplo en los agentes de la autoridad que normalmente están sometidos a estamentos jerárquicos.

No obstante, si considerásemos que el Abogado no tiene jurisdicción propia, tampoco la tendría el Ministerio Fiscal en una Sala de vistas, pues quien realmente ejerce mando y jurisdicción propia es únicamente el Juez, siendo lo mismo aplicable al Secretario Judicial, a los Forenses, etc., pero entiendo que esta última posición no es válida, por lo ya expuesto hasta ahora.

En otro orden de cosas, hemos de resaltar la importancia de la figura del Abogado para el Texto punitivo, que no solo lo contempla como sujeto activo en determinados delitos contra la Administración de Justicia, sino que prevé que sean incluso otros profesionales que sí tienen la consideración de Autoridad (Policías, Jueces, etc.) los que puedan incurrir en el ilícito penal previsto en el artículo 537³¹¹ de

³¹¹ LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE DEL CÓDIGO PENAL: Artículo 537 : “La autoridad o funcionario público que impida u obstaculice el

dicho cuerpo legal por impedir el funcionario u autoridad al Abogado desarrollar la Tutela Judicial Efectiva del detenido o preso, considerando el Tribunal Supremo³¹² que la gravedad de estas conductas resulta de haber impedido al detenido el ejercicio de su derecho.

De ahí surge, la contradicción y el hecho nuevamente, de que el legislador no se haya planteado incluir no sólo al Abogado como autoridad, sino al resto de profesionales que conforman la Administración de Justicia, para que los artículos 550 y 551 del Código Penal, en atención al orden público, al Estado y en concreto a garantizar el mejor funcionamiento Administración de Justicia, pues si

derecho a la asistencia de abogado al detenido o preso, procure o favorezca la renuncia del mismo a dicha asistencia o no le informe de forma inmediata y de modo que le sea comprensible de sus derechos y de las razones de su detención, será castigado con la pena de multa de cuatro a diez meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a cuatro años.”

³¹² TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, SENTENCIA 22-3-2001, Nº 443/2001, REC. 346/1999. PTE: BACIGALUPO ZAPATER, ENRIQUE (EDJ 2001/3170): “Respecto de la no aplicabilidad del art. 537 CP. EDL1995/16398 existe coincidencia entre los Jueces de la mayoría de la Audiencia y el Juez que emitió un voto particular en relación a la sentencia recurrida. La mayoría del Tribunal a quo estimó que se debía excluir la tipicidad porque durante la detención no se practicó ninguna diligencia que hubiera requerido asistencia letrada. En el voto particular, por el contrario, se apoya en la falta de dolo de los acusados. La Sala entiende que ambas razones son plausibles. La tesis del voto particular se apoya en una constatación de hechos que no puede ser objeto de discusión en el marco del recurso de casación. La sostenida por la mayoría del Tribunal a quo es, por otra parte, adecuada a derecho, pues no se percibe que la demora en la que se pudo haber incurrido haya afectado en alguna forma el derecho de defensa del recurrente. Téngase en cuenta el tipo del art. 537 CP. EDL1995/16398 requiere que el sujeto activo haya impedido u obstaculizado el derecho a la asistencia letrada del detenido. Ello significa que la realización del tipo requiere que la demora en la designación del abogado sólo pueda ser considerada cometida por omisión cuando, según el art. 11 CP EDL1995/16398, sea equivalente a la realización activa del tipo. Ello quiere decir que, además de la infracción formal del deber, el omitente haya omitido de una manera cuya gravedad pueda ser considerada equivalente a la obstaculización o al haber impedido al detenido el ejercicio de su derecho, lo que evidentemente, en este caso, no puede ser predicado de la simple demora en la que se incurrió por los acusados.”

de tan suma importancia lo es para el artículo 537, más aún debiera serlo para el artículo 24 de referido cuerpo legal.

Finalmente, en cuanto a la consideración como autoridad del Abogado, la misma vendría dada por el bien jurídico “*orden público*” que representa, y así habría que tener en consideración también, aquéllas situaciones en las que se ejerce la acción popular o se representa a una entidad pública por parte de estos profesionales, esto es, entidades locales, Comunidades Autónomas, ect. (vg, el Abogado de la Tesorería General de la Seguridad Social o el del Instituto Nacional de la Seguridad Social).

Especial atención a la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador

Además de las distintas normas que regulan la profesión de Abogado y Procurador en nuestro Ordenamiento Jurídico y a las que he referido anteriormente, de vital importancia es la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador, pues su cercana entrada en vigor (el 31 de octubre de 2011³¹³), va a dar una nueva dimensión a estas profesiones, pues su acceso además de estar limitado en plazas, será sometido a examen de

³¹³ La DISPOSICIÓN FINAL TERCERA DE LA LEY 34/2006, DE 30 DE OCTUBRE, SOBRE EL ACCESO A LAS PROFESIONES DE ABOGADO Y PROCURADOR, prevé un periodo de *vacatio legis* de cinco años desde su publicación en el B.O.E., el 31 de octubre de 2006, por lo que su entrada en vigor será el 31 de octubre de 2011.

carácter nacional formado por un Tribunal cuya composición está formada por miembros de la carrera judicial, de la abogacía y de la universidad.

Tras un largo debate, objeto de varias iniciativas que nunca prosperaron legislativamente, la regulación legal del acceso a las profesiones de abogado y de procurador finalmente dio lugar a su publicación en el BOE de 31 de octubre como Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales.

El trascendente cambio que ha supuesto esta nueva regulación, supone que en el futuro ya no baste la sola circunstancia de haber cursado la carrera de Derecho para poder ejercer la Abogacía o la Procura. La publicidad de las novedades legales da cuenta del interés que suscita la nueva normativa, por encima de su alcance técnico, ya que no se trata de una simple cuestión corporativa que afecte solamente a aquellos profesionales. Se trata, al mismo tiempo, de regular el modo de vida y la competencia de las distintas profesiones que de muy distinta manera intervenimos en el sistema jurídico, de tal modo que expresiones como “derecho de defensa” o “libre circulación de profesionales” acaban involucrándose con la autonomía universitaria, la libertad de cátedra, o el reconocimiento de la cualificación de los profesores universitarios para ejercer el Derecho fuera de las aulas si así lo desean.

La Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales en su

Exposición de motivos establece que “la regulación del régimen de acceso a la profesión de abogado en España es una exigencia derivada de los artículos 17.3 y 24 de la Constitución: estos profesionales son colaboradores fundamentales en la impartición de justicia, y la calidad del servicio que prestan redonda directamente en la tutela judicial efectiva que nuestra Constitución garantiza a la ciudadanía.

Esta ley constituye, por tanto, complemento de lo dispuesto al efecto en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, que consagran la función de los abogados, a los que reserva la dirección y defensa de las partes, de modo que a los mismos corresponde garantizar la asistencia letrada al ciudadano en el proceso, de forma obligatoria cuando así lo exija la norma procesal y, en todo caso, como derecho a la defensa expresamente reconocido por la Constitución. La asistencia del abogado, conforme al concepto amplio de tutela al que debe aspirarse, comprende también las actuaciones profesionales tendentes a evitar el proceso mediante fórmulas preventivas y compositivas así como, en general, el asesoramiento en Derecho.

También el procurador, al que la LOPJ otorga la representación de las partes cuando así lo establezca la norma procesal, garantiza la asistencia jurídica siendo, pues, imprescindible prever también los requisitos necesarios para el acceso a esta profesión, en línea con la tradición que ya existió en España.

La experiencia del Derecho comparado muestra que la actuación ante los tribunales de justicia y las demás actividades de asistencia jurídica requieren la acreditación previa de una capacitación profesional que va más allá de la obtención de una titulación universitaria. Ello justifica la regulación de dos títulos profesionales complementarios al título universitario en Derecho: el título profesional de abogado, exigible para prestar asistencia jurídica utilizando la denominación de abogado; y el título profesional de procurador, exigible para actuar ante los tribunales en calidad de tal.

Además, en una Europa que camina hacia una mayor integración, se hace imprescindible la homologación de estas profesiones jurídicas, en orden a garantizar la fluidez en la circulación y el establecimiento de profesionales, uno de los pilares del mercado único que constituye base esencial de la Unión Europea.”

Por tanto, esta Ley 34/2006, tiene como objeto y finalidad³¹⁴ regular las condiciones de obtención del título profesional de abogado

³¹⁴ LEY 34/2006, DE 30 DE OCTUBRE:

“Artículo 1- Objeto y finalidad de la ley

1. Esta ley tiene por objeto regular las condiciones de obtención del título profesional de abogado y el título profesional de procurador de los tribunales, como colaboradores en el ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, con el fin de garantizar el acceso de los ciudadanos a un asesoramiento, defensa jurídica y representación técnica de calidad.

2. La obtención del título profesional de abogado en la forma determinada por esta ley es necesaria para el desempeño de la asistencia letrada en aquellos procesos judiciales y extrajudiciales en los que la normativa vigente imponga o faculte la intervención de abogado, y, en todo caso, para prestar asistencia letrada o asesoramiento en Derecho utilizando la denominación de abogado; todo ello sin perjuicio del cumplimiento de cualesquiera otros requisitos exigidos por la normativa vigente para el ejercicio de la abogacía.

3. La obtención del título profesional de procurador de los tribunales en la forma determinada por esta ley es necesaria para desempeñar la representación legal de las partes en los procesos judiciales en calidad de procurador, realizando los actos de comunicación a las partes y aquellos otros actos de cooperación con la

y el título profesional de procurador de los tribunales, como colaboradores en el ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, con el fin de garantizar el acceso de los ciudadanos a un asesoramiento, defensa jurídica y representación técnica de calidad.

Pero el tema que en esta obra interesa, es si la cercana entrada en vigor de esta Ley, cuando menos considerará a efectos del artículo 24 del Texto punitivo, como funcionario al Abogado.

En este sentido la Ley 34/2006³¹⁵, en cuanto a la evaluación de estos profesionales, señala que la prueba de aptitud, al igual que en

Administración de Justicia que la ley les autorice, así como para utilizar la denominación de procurador de los tribunales, sin perjuicio del cumplimiento de cualesquiera otros requisitos exigidos por la normativa vigente para el ejercicio de la procura.

4. La obtención de los títulos profesionales de abogado o procurador será requisito imprescindible para la colegiación en los correspondientes colegios profesionales.

³¹⁵ LEY 34/2006, DE 30 DE OCTUBRE:

“Artículo 7- Evaluación

1. La evaluación de la aptitud profesional, que culmina el proceso de capacitación profesional, tiene por objeto acreditar, de modo objetivo, formación práctica suficiente para el ejercicio de la profesión de abogado o de la profesión de procurador, así como el conocimiento de las respectivas normas deontológicas y profesionales.

2. Las comisiones para la evaluación de la aptitud profesional serán convocadas conjuntamente por el Ministerio de Justicia y el Ministerio de Educación y Ciencia, oídas las comunidades autónomas, el Consejo de Coordinación Universitaria y el Consejo General de la Abogacía o el Consejo General de los Colegios de Procuradores.

3. Reglamentariamente se establecerá la composición de la comisión evaluadora para el acceso a la abogacía y de la comisión evaluadora para el acceso a la procura, que serán únicas para los cursos realizados en el territorio de una misma comunidad autónoma, asegurando la participación en ellas de representantes del Ministerio de Justicia y del Ministerio de Educación y Ciencia, y de miembros designados a propuesta de la respectiva comunidad autónoma. En todo caso, en la comisión evaluadora para el acceso a la abogacía habrá miembros designados a propuesta del Consejo General de la Abogacía Española; asimismo, en la comisión evaluadora para el acceso a la procura habrá miembros designados a propuesta del Consejo General de los Procuradores de los Tribunales. El número de representantes designados a propuesta de cada ministerio, de la comunidad autónoma, y de la correspondiente corporación profesional será el mismo.

4. Si el número de aspirantes así lo aconseja, podrá constituirse una única comisión evaluadora para los cursos realizados en el territorio de varias comunidades autónomas, señalándolo así en la convocatoria.

5. Tanto la evaluación para el acceso a la abogacía como la evaluación para el acceso a la procura tendrán contenido único para todo el territorio español en cada

una oposición y con número limitado de plazas, como puede pasar en las oposiciones a notaría o a registro, establece la formación de un Tribunal conjuntamente designado por el Ministerio de Justicia y el Ministerio de Educación y Ciencia, oídas las comunidades autónomas, el Consejo de Coordinación Universitaria y el Consejo General de la Abogacía o el Consejo General de los Colegios de Procuradores, además, esta evaluación tiene carácter nacional, al igual que la oposición a secretario judicial, juez o Abogado Fiscal.

Asimismo, hemos de significar la importancia de las Escuelas de Práctica Jurídica para la Ley 34/2006³¹⁶, en la formación previa de

convocatoria. Reglamentariamente se determinará el procedimiento por el cual el Ministerio de Justicia fijará el contenido concreto de cada evaluación, con participación de las universidades organizadoras de los cursos, del Consejo General de la Abogacía Española o del Consejo General de los Procuradores de los Tribunales.

6. Las convocatorias tendrán una periodicidad mínima anual y no podrán establecer un número limitado de plazas.

7. Reglamentariamente se regulará el procedimiento de convocatoria, lugares y forma de celebración de la evaluación, publicación y comunicación de los resultados y demás requisitos necesarios para su realización. Asimismo, se regularán los programas, que contemplarán también materias relativas al Derecho propio de las comunidades autónomas, y el sistema de evaluación, de modo diferenciado para la abogacía y la procura, de acuerdo con la diferente capacitación necesaria para el desempeño de una y otra profesión.”

³¹⁶ LEY 34/2006, DE 30 DE OCTUBRE:

“Artículo 5- Escuelas de práctica jurídica

1. Las escuelas de práctica jurídica creadas por los colegios de abogados que hayan sido homologadas por el Consejo General de la Abogacía conforme a su normativa reguladora podrán organizar e impartir cursos que permitan acceder a la evaluación regulada en el artículo 7, siempre que los citados cursos sean acreditados conjuntamente por los Ministerios de Justicia y de Educación y Ciencia en la forma que reglamentariamente se determine.

2. Para que se pueda proceder a la acreditación y reconocimiento de sus cursos a los efectos de la determinación de su programa, contenido, profesorado y demás circunstancias, las escuelas de práctica jurídica deberán haber celebrado un convenio con una universidad, pública o privada, por el que se garantice el cumplimiento de las exigencias generales previstas en el artículo 4 para los cursos de formación. Asimismo, deberán prever la realización de un periodo de prácticas externas en la abogacía o en la procura, según estén orientados a la formación profesional de los abogados o de los procuradores, en los términos del artículo siguiente, y la realización de la evaluación regulada en el capítulo III.

Artículo 6- Prácticas externas

estos profesionales, que al igual que en la carrera Fiscal o Judicial, buscan una formación práctica de los profesionales previa a su incorporación funcional.

En este sentido, esto es, en el de considerar al Abogado o al Procurador funcionarios, la Disposición adicional tercera de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales establece respecto del ejercicio profesional de los funcionarios públicos que:

1. La actuación del personal al servicio del Estado, de los Órganos Constitucionales, de las Administraciones Públicas o entidades públicas ante Juzgados y Tribunales en el desempeño de las funciones propias del cargo se regirá por lo dispuesto en el artículo

1. Las prácticas externas en actividades propias del ejercicio de la abogacía o en actividades propias de la procura, con los requisitos que reglamentariamente se determinen, deberán constituir la mitad del contenido formativo de los cursos a que se refieren los artículos precedentes, quedando como parte integrante de los mismos. En ningún caso implicarán relación laboral o de servicios.

2. Las prácticas se realizarán bajo la tutela de un abogado o procurador, según se dirijan a la formación para el ejercicio de la abogacía o de la procura. Los tutores serán abogados o procuradores con un ejercicio profesional superior a cinco años. Los respectivos estatutos generales de la abogacía y de la procura reglamentarán los demás requisitos para el desempeño de la tutoría, así como los derechos y obligaciones del tutor, cuya infracción dará lugar a responsabilidad disciplinaria.

3. En los supuestos regulados en los artículos 4 y 5.2, deberá haberse celebrado un convenio entre la universidad y, al menos, un colegio profesional de abogados o un colegio profesional de procuradores, que establezca la fijación del programa de prácticas y la designación de los correspondientes tutores, el número máximo de alumnos que podrá asignarse a cada tutor, los lugares o instituciones donde se efectuarán las prácticas, así como los mecanismos de control del ejercicio de éstas, dentro de los requisitos fijados reglamentariamente.

4. Una vez presentada una oferta de convenio por una universidad o una escuela de práctica jurídica, a los efectos de lo establecido en el artículo 4.2 en relación con los artículos 5.2 y 6.3 de esta Ley, y siempre que la misma reúna los requisitos mínimos que se establezcan por los ministerios responsables de la acreditación de los cursos de formación, en los términos previstos en el artículo 2.2, la parte a la que se presente la oferta no podrá rechazarla de forma arbitraria y deberá dictar resolución motivada en relación con la misma.”

551 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial³¹⁷, y demás legislación aplicable, sin que en ningún caso le sea exigible la obtención del título regulado en esta ley.

2. Los funcionarios públicos que hayan accedido a un cuerpo o escala del grupo A en su condición de licenciados en Derecho estarán exceptuados de obtener el título de abogado o el título de procurador de los tribunales a los efectos descritos en el artículo 1 de esta ley, siempre que desempeñen funciones de asistencia letrada o asesoramiento jurídico. También estarán exceptuados quienes hayan

³¹⁷ LEY ORGÁNICA 6/1985, DE 1 DE JULIO, DEL PODER JUDICIAL, ARTÍCULO 551: “1. La representación y defensa del Estado y de sus organismos autónomos, así como la representación y defensa de los órganos constitucionales, cuyas normas internas no establezcan un régimen especial propio, corresponderá a los Abogados del Estado integrados en el servicio jurídico del Estado. Los Abogados del Estado podrán representar y defender a los restantes organismos y entidades públicos, sociedades mercantiles estatales y fundaciones con participación estatal, en los términos contenidos en la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas y disposiciones de desarrollo. La representación y defensa de las entidades gestoras y de la Tesorería General de la Seguridad Social corresponderá a los Letrados de la Administración de la Seguridad Social, sin perjuicio de que, en ambos casos, y de acuerdo con lo que reglamentariamente se determine, puedan ser encomendadas a abogado colegiado especialmente designado al efecto Véanse L 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas , RD 997/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Rgto. del Servicio Jurídico del Estado y dad. 9.4 L 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la Reforma de la Función Pública.

2. La representación y defensa de las Cortes Generales, del Congreso de los Diputados, del Senado, de la Junta Electoral Central y de los órganos e instituciones vinculados o dependientes de aquéllas corresponderá a los Letrados de las Cortes Generales integrados en las secretarías generales respectivas.

3. La representación y defensa de las comunidades autónomas y las de los entes locales corresponderán a los letrados que sirvan en los servicios jurídicos de dichas Administraciones públicas, salvo que designen abogado colegiado que les represente y defienda. Los Abogados del Estado podrán representar y defender a las comunidades autónomas y a los entes locales en los términos contenidos en la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas y su normativa de desarrollo Véanse Est. Autonomía Galicia, Est. Autonomía Comunidad Valenciana, Est. Autonomía Castilla La Mancha, Est. Autonomía Murcia, Est. Autonomía Extremadura, L. 3/2003 de 26 de marzo, de RJ de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, arts. 54.4 RDLeg.781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local y 221.2 RD 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Rgto. Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales.”

ingresado en el Cuerpo de Letrados de las Cortes Generales, en alguno de los cuerpos de letrados de las asambleas legislativas autonómicas, en la Carrera Judicial, en la Carrera Fiscal, en el Cuerpo de Secretarios Judiciales, o en alguno de los cuerpos comunes de las Fuerzas Armadas en su condición de licenciados en Derecho.”

La lógica del precepto, como no podría ser de otra manera, pretende evitar, para aquellos funcionarios que quieran incorporarse al ejercicio de la profesión de abogado o procurador, la realización de un nuevo concurso-oposición; por ello, *a sensu contrario* se está reconociendo el carácter funcional de quien supere el concurso-oposición para el acceso de la profesión de abogado y procurador regulados en esta ley.

No obstante a todo lo expuesto, como a toda Ley de estas características, ha de acompañarse un Reglamento que la desarrolle, pero hasta la fecha aún no se ha aprobado.

Con ello estos profesionales, gozarán de plena operatividad a efectos de los artículos 24 y 550 y ss. Del Texto punitivo, cuando la agresión en sus modalidades comisivas de acometimiento, empleo de fuerza o intimidación se hallen en el ejercicio de su profesión o con motivo de ésta.

2.4.3.- Especial referencia al abogado del turno de oficio para su inclusión en el artículo 24 del Texto punitivo en su consideración como autoridad y como funcionario público

Si podía ofrecer alguna duda la consideración de funcionario público y de autoridad, al Abogado en general, menos dudas aún plantea el Abogado del Turno de oficio para merecer tal consideración a efectos penales como sujeto pasivo del delito contemplado en los artículos 550 y 551.1 del Texto punitivo, para cuyo bien jurídico es el orden público en el sentido que ya hemos estudiado y, que en la actividad desarrollada en el Turno de Oficio por estos profesionales, es donde encontramos su mayor operatividad.

Hemos visto, como en la casuística jurisprudencial en el delito de atentado el funcionario unas veces es autoridad, y otras no, dependiendo si en el sujeto pasivo se hallare en el ejercicio de su profesión o cargo o que la agresión fuera como motivo de éste.

En cuanto a la consideración del Abogado del Turno de Oficio como funcionario público, además de los requisitos generales exigidos por el Estatuto General de la Abogacía, la Ley de Asistencia Jurídica

Gratuita y su Reglamento viene a establecer el acceso a dicha profesión antiguamente conocida como *abogados de pobres*.

Referencia histórica al Abogado de Oficio

Antes de adentrarnos en el análisis de estas Leyes, es interesante hacer un breve recorrido histórico de cómo fue introducida la figura del Abogado de pobres en nuestro país y la finalidad que cumplía el mismo.

Los Reyes Católicos, en las Ordenanzas de los abogados y los procuradores de 1495³¹⁸, establecían: “Otrofi mandamos que ningunos clérigos constituydos en orden sacra no sean abogados algunos seglares, ni sean rescebidos sus escritos ni peticiones salvo en causas de sus yglesias o por personas pobres y de Madrid y en los demás que hay y se establezcan en todo el reino sea indefinido, y libre el ejercicio de la profesión, en la forma que se expresa”.

También encontramos referencia a estos profesionales en las Partidas, III, 6, 13: “(...) mandamos, que de aquí adelante, ninguno, non sea osado, de trabajarse, de ser abogado, por otri, en ningun pleyto, a menos de ser escogido primeramente escogido de los juzgadores, e de los sabidores del derecho de nuestra corte, o de las tierras, o de las ciudades, o de las villas en que ouiere ser abogado. E aquel que fallaren que es sabidor; o ome para ello, de uende facer jurar, que el ayudara bien, e lealmente a todo ome; a quien prometiere su ayuda (...)”.

³¹⁸ COLECCIÓN LEGISLATIVA DE ESPAÑA, TOMO 17, págs. 272-275.

Asimismo, en la Novísima Recopilación en referencia a los abogados refería, IV, 19, 1: “Los que de aquí adelante trataren de querer abogar, antes que lo comiencen a usar, se examinen en el Consejo por las tardes los días de él en las Sala mayor; y así los que abogaban antes de la pragmática, como los que en adelante trataren de abogar, juren todos en el Consejo para usar de los dichos oficios (...)”.

Igualmente el Capítulo, X, 24, 11: Art. 83 de Novísima Recopilación en referencia a los abogados refería que “para que no pueda haber fraude en la averiguación y probanza de la pobreza, se declara, que aquel deba entenderse pobre de solemnidad, que se excusa de pagar derechos de Escribano, Abogado, Procurador, Solicitador y Juez (...)”.

Ya desde antiguo, también MANRESA³¹⁹ aludía a los abogados de pobres: “Si la exención del pago de las costas causadas en su defensa se funda en un estado de pobreza, en la imposibilidad en que se encuentra sufragar todos los gastos de un procedimiento, esa exención decía cesar desde el instante en que mejorase de fortuna, desde el momento en que tuviese medios bastantes para recompensar los trabajos que en su momento habían hecho los funcionarios encargados de defenderle en juicio, y los demás que habían tenido intervención en él bajo el mismo concepto(...)”.

En el Decreto de las Cortes de 8 de Junio de 1823 sobre libre ejercicio de las profesiones científicas³²⁰ recogía que: “los abogados y

³¹⁹ MANRESA, MIQUEL Y REUS, Tomo I, págs. 526-527.

médicos deberán desempeñar por repartimiento los cargos a que estaban sujetos los individuos de los colegios en los asuntos de oficio y en los de pobres de solemnidad; pero no en aquéllos en que sean parte los establecimientos o las corporaciones que por privilegio sean considerados como pobres”.

Igualmente la Resolución de 1 de agosto de 1842 en referencia a estos profesionales establecía que (Colección Legislativa de España): “(...)7ª. Serán relevados del pago del subsidio: (...) segundo, los abogados de pobres nombrados al principio de cada año en número determinado, y para todo él, por las juntas de gobierno de sus colegios según sus estatutos. Junto con otros funcionarios de la administración de justicia, al no cobrar en los asuntos referidos a pobres, estaban al menos exentos del pago del subsidio correspondiente.”

En la Real Orden de 22 de febrero de 1838³²¹ acerca de los medios que deben emplearse para rectificar los aranceles procesales señalaba que “y al circular el Gobierno, ordenó a todos los datos necesarios para averiguar lo que aproximadamente percibe cada funcionario por sus derechos”.

Establecían también el Restablecimiento del arts. 1,7 y 8 de los estatutos publicados en 28 de marzo de 1838³²² para su régimen que:

³²⁰ COLECCIÓN LEGISLATIVA DE ESPAÑA, TOMO XXIII, pág. 70.

³²¹ COLECCIÓN DE LAS LEYES, DECRETOS Y DECLARACIONES DE LAS CORTES, Y DE LOS REALES DECRETOS, ÓRDENES, RESOLUCIONES Y REGLAMENTOS GENERALES DE 1838, Tomo XXIV, pág. 88.

³²² COLECCIÓN DE LAS LEYES, DECRETOS Y DECLARACIONES DE LAS CORTES, Y DE LOS REALES DECRETOS, ÓRDENES, RESOLUCIONES Y REGLAMENTOS GENERALES EXPEDIDOS POR LOS RESPECTIVOS

“a la junta general en que se elijan personas para el desempeño de dichos cargos, y a la en que se nombren abogados de pobres, concurrirá precisamente donde haya tribunal superior el fiscal, y el promotor fiscal en las demás poblaciones.

Art.8º. La intervención de dichos funcionarios en los casos del artículo precedente tiene por objeto robustecer con la fuerza moral de su ministerio la autoridad del decano para que se celebre la elección con el decoro y orden que corresponde; y si fuese éste interrumpido en términos que sea necesario suspender la elección, el fiscal y promotor en su caso podrán aplazarlo para otro día si no lo ejecutase el decano.”

Importante fue la Real Orden de 21 de diciembre de 1849³²³, declarando que la obligación de los abogados y procuradores de pobres se extiende a los negocios de los juzgados especiales, y rebajando la cuota del subsidio industrial a los escribanos de éstos: “La reina se ha enterado del expediente instruido en este Ministerio sobre si era o no conveniente hacer extensiva a los abogados, escribanos y procuradores que se ocupan en los negocios de pobres de los juzgados especiales o privilegiados, la exención de la contribución industrial que está concedida a los mismos funcionarios en los juzgados de primera instancia (...).”

MINISTERIOS DESDE 1º DE ENERO HASTA FIN DE JUNIO DE 1884, pág. 744.

³²³ COLECCIÓN LEGISLATIVA DE ESPAÑA DE 1849, Tomo XLVIII pág. 629.

Consideración del Abogado del Turno de Oficio como autoridad

Además de lo ya aludido en cuanto al merecimiento como Autoridad de estos profesionales de forma general y que de forma particular en el ejercicio del Turno de Oficio no sólo es trasladable a este apartado, sino que es plenamente operativo.

En este sentido resulta interesante la postura mantenida por ROIG TORRES³²⁴, que como proposición de *lege ferenda*, basada en la legislación punitiva alemana, en la que al principio de autoridad se refuerza, cuando el funcionario tenga directamente atribuidas funciones ejecutivas y cuya tutela reforzada por el Derecho penal estaría basada en la necesidad de evitar ataques personales por una mayor exposición de factores de riesgo de su integridad moral e incluso física, y así señala autores alemanes como Lackner, K y Jul, K. Strafgesetzbuch, o Bubnooff, E en Leipziger.

La figura del Abogado requiere, por tanto de la misma tutela privilegiada que aquéllos otros profesionales de la Administración de Justicia, por ello la proposición de *lege ferenda* que más adelante se hará en esta obra, no sólo es justificada sino beneficiosa para el sujeto pasivo del delito de atentado, es decir, el Estado en todas sus manifestaciones institucionales.

³²⁴ ROIG TORRES, MARGARITA: cit. "El Delito de Atentado".

Recordábamos como CUERDA ARNAU³²⁵, establecía como requisito de autoridad a efectos del artículo 24 del Texto punitivo y que señalamos con anterioridad que “la condición de ejercer mando o jurisdicción propia va más allá y comporta la capacidad de decisión y la consiguiente facultad de ordenar la ejecución de lo dispuesto que el ordenamiento confiere a un sujeto “por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado”, según reza el art. 24.1, en relación con una potestad pública, ya sea administrativa, ya sea judicial.”

Para referida autora y como apuntamos anteriormente, al menos que el Código le otorgue expresamente tal condición de autoridad, en el sentido de quienes se limitan a materializar la potestad de un superior u obran por delegación de éste, pues en estos casos no se ejerce jurisdicción propia, y este no es el caso del Abogado.

Ésta es pues la postura que referimos y que mantenemos respecto de la Administración de Justicia, a la consideración de autoridad del resto de miembros que forman parte de una Sala de Justicia y que para todos ellos tiene cabida dentro del concepto de autoridad **por tener jurisdicción propia**, y así ROIG TORRES³²⁶, para la que “no obstante, conviene precisar que la potestad de obligar propia de la autoridad no debe entenderse en el sentido de imposición coactiva directa, que solo en algunos casos es factible, sino como

³²⁵ CUERDA ARNAU: cit. “Los delitos de atentado y resistencia”.

³²⁶ ROIG TORRES, MARGARITA: “El Delito de Atentado”, cit. págs.96-97.

exigibilidad, siquiera sea por vía judicial. Por lo demás, entendemos que tiene encaje en el ejercicio de la jurisdicción a que alude el Código, en coherencia con el sentido etimológico apuntado, la facultad de resolver con carácter vinculante asuntos administrativos, mediante la aplicación del Derecho objetivo. Con todo, esa jurisdicción ha de ser propia, de manera que una vez admitido que pueda haber autoridades administrativas que la ejerzan, esta posibilidad ha de limitarse a fin de excluir aquellas que actúen en la resolución de asuntos por delegación de otra superior (como veremos acaece, por ejemplo, en la Administración local respecto de los concejales, que deciden a veces por delegación del alcalde).

Esta interpretación parece ser la mantenida por la jurisprudencia, en la que se hacen coincidir las facultades de mando con las de dirección, coordinación y supervisión, así como, sobre todo, con la potestad sancionadora. Bien es verdad que estos criterios se infieren de las decisiones que de forma casuística adoptan los Tribunales, sin que en las resoluciones suelen aportarse soluciones generales.

En consonancia con lo anterior, tienen carácter de autoridad, dentro del poder judicial, los Jueces y Magistrados, tanto de carrera como suplentes (artículos 298 de la LOPJ y 117 de la CE), y los Jueces de paz (artículos 100 y 103.1 de la LOPJ), los Secretarios Judiciales (artículo 281.1 de la LOPJ), los Fiscales (artículos 124.1 de la CE y 24.1 del CP), y los miembros del Tribunal del Jurado. Mas en el artículo 51.2 se atribuye una Tutela especial a los Magistrados del Tribunal Constitucional.”

La autora sienta que tienen el carácter de autoridad, porque tienen jurisdicción propia, todos aquéllos miembros de la Administración de Justicia que intervienen de forma activa en la salas de justicia y a los que regula la LOPJ, incluso manteniendo un régimen disciplinario según el comportamiento de dichos miembros; casualmente no se alude al Abogado.

A los efectos disciplinarios la propia LOPJ determina que los abogados son autoridad, y así se desprende de lo que en referencia a las faltas graves establece el artículo 418. 5 de referido cuerpo legal el cual sostiene que “**el exceso o abuso de autoridad**, o falta grave de consideración respecto de los ciudadanos, instituciones, secretarios, médicos forenses o del resto del personal al servicio de la Administración de Justicia, de los miembros del Ministerio Fiscal, **abogados** y procuradores, graduados sociales y funcionarios de la Policía Judicial.”

Es por lo que la extralimitación en el ejercicio de la profesión de abogado, además de tener las consecuencias previstas por la doctrina y la jurisprudencia ya referidas, esto es, de no dar lugar a la existencia de tal delito cuando haya extralimitación, tendría como consecuencia la aplicación del artículo 418.5 del Texto punitivo antes reseñado.

El **Abogado** tiene jurisdicción propia tanto dentro como fuera de las Salas de justicia en el ejercicio de su profesión, pues si ejerce dentro de la sala una dirección y defensa es indudable, que ello se corresponde con que dentro de la sala de justicia **ejerce jurisdicción propia** no delegada, y así se deriva de la definición que asimismo

concede a dicho profesional la LOPJ³²⁷ en su artículo 542, según el cual en su apartado primero “corresponde en exclusiva la denominación y función de abogado al licenciado en Derecho que ejerza profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico.”

Y asimismo dicho artículo en su apartado segundo añade que “en su actuación ante los juzgados y tribunales, los abogados son libres e independientes, se sujetarán al principio de buena fe, gozarán de los derechos inherentes a la dignidad de su función y serán amparados por aquéllos en su libertad de expresión y defensa.”

De ellos, se deduce igualmente, que el **Abogado** al ejercer esa dirección o jurisdicción propia con plena independencia y sin sometimiento a superior jerárquico alguno, pues no lo tiene, ejercería una jurisdicción directa y no delegada, y ello en el ámbito del Turno de Oficio, ello lleva aparejada la representación del bien jurídico orden público que se recoge en el artículo 550 del Texto punitivo.

El abogado del turno de oficio como funcionario público

Recordemos que en otros países, como en Chile, los abogados, son considerados a efectos penales, funcionarios, y así recordamos

³²⁷ LEY ORGÁNICA 6/1985, DE 1 DE JULIO, DEL PODER JUDICIAL, ARTÍCULO 542.

que el artículo 260 de su Texto punitivo³²⁸ establece que “para los efectos de este Título y del Párrafo IV del Título III, se reputa empleado todo el que desempeñe un cargo o función pública, sea en la administración central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean del nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldo del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular.”

En nuestra legislación, también el Abogado de Oficio, posee una regulación orgánica específica dentro de la estructura del Poder Judicial, como tercer poder del Estado, y así, desde un primer momento ha de consignarse, que cuando nos referimos al llamado Abogado del Turno de Oficio, nos referimos a todas las competencias profesionales, incluías las de especialización, le atribuye el Decreto 67/2008, de 26 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Dicho esto, apuntábamos cuando nos referíamos al funcionario de hecho y en una tesis contraria a la mantenida por CUERDA ARNAU, que es un auténtico funcionario, pues lo que le interesa al

³²⁸<http://www.servicioweb.cl/juridico/Codigo%20Penal%20de%20Chile%20libro2.htm>.

Derecho penal, es el ataque, lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado por la norma, y es, a través del funcionario de hecho que el autor atenta contra el orden público-social, menoscabando el principio de autoridad que el funcionario de hecho representa, pues ello al fin y al cabo, contribuye a un mejor funcionamiento de la Administración en que el mismo se halla en el ejercicio de esa actividad o con ocasión de ella.

En el caso del Abogado, aún se hace más patente como ya hemos referido con anterioridad, la representación del orden público-social y del principio de autoridad que representa, a través de la Administración de Justicia, si además y como veremos cumple con todos los requisitos de legalidad exigidos en el ejercicio de su profesión o con ocasión de ella, más aún, deberá de merecer el Abogado de Oficio la consideración de “*funcionario de derecho.*”

Recordando a JAVATO MARÍN³²⁹, vamos a analizar los requisitos penales que se han de cumplir para ver si el abogado del Turno de Oficio merece la consideración de Funcionario Público a efectos penales.

Señalaba como primer requisito dicho autor la participación en el ejercicio de la función pública, que como vimos función pública subjetivamente es aquella actividad realizada por un ente público, en este caso, el Colegio de Abogados Provincial competente como órgano semipúblico, cuyas resoluciones, además, están sometidas a la

³²⁹ JAVATO MARTÍN, A.M.: “El delito de atentado. Modelos legislativos. Estudio histórico-dogmático y de Derecho comparado”, cit. págs. 356 a 361.

Ley de Procedimiento Administrativo Común que rige a cualquier otra Administración y que, además, establece cuales de sus colegiados están cualificados para ejercer en el Turno de Oficio.

Desde un punto de vista objetivo la función pública es la actividad realizada mediante actos sometidos al Derecho Público.

Esa actividad es la que venía definida por la Ley Orgánica del Poder Judicial y por el Estatuto General de la Abogacía, al señalar como actividad del Abogado, “al licenciado en Derecho que ejerza profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico”.

Pero, ¿cuáles son los actos sometidos al Derecho Público derivados de dicha actividad?

Para dar respuesta a esta cuestión, es necesario analizar la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, que ya en su exposición de motivos sexta señala que “Esta meta legal de proporcionar a los ciudadanos que lo precisen un sistema rápido y eficaz de justicia gratuita se articula, como hasta ahora, sobre la base de un servicio público, prestado por la Abogacía y la Procuraduría, igualmente financiado con fondos públicos”; concretando el artículo 6³³⁰ de dicha Ley la actividad de la que el ciudadano se va a beneficiar

³³⁰ ARTÍCULO 6 DE LA LEY 1/1996, DE 10 DE ENERO, DE ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA:

“Contenido material del derecho:

El derecho a la asistencia jurídica gratuita comprende las siguientes prestaciones:

1. Asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso a quienes pretendan reclamar la tutela judicial de sus derechos e intereses, cuando tengan por objeto evitar el conflicto procesal, o analizar la viabilidad de la pretensión.

consistente en asesoramiento, asistencia al detenido, defensa y representación, etc.

Desde un punto de vista teleológico la función pública es aquella que persigue fines públicos, la finalidad pública que persigue el Abogado del turno de Oficio es aquella que le viene dada por ley y cuya finalidad pública es la asistencia jurídica gratuita en los términos ya expresados anteriormente en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita y en concreto en su artículo 6, que

-
2. Asistencia de abogado al detenido o preso que no lo hubiera designado, para cualquier diligencia policial que no sea consecuencia de un procedimiento penal en curso o en su primera comparecencia ante un órgano jurisdiccional, o cuando ésta se lleve a cabo por medio de auxilio judicial y el detenido o preso no hubiere designado Letrado en el lugar donde se preste.
 3. Defensa y representación gratuitas por abogado y procurador en el procedimiento judicial, cuando la intervención de estos profesionales sea legalmente preceptiva o, cuando no siéndolo, sea expresamente requerida por el Juzgado o Tribunal mediante auto motivado para garantizar la igualdad de las partes en el proceso.
 4. Inserción gratuita de anuncios o edictos, en el curso del proceso, que preceptivamente deban publicarse en periódicos oficiales.
 5. Exención del pago de depósitos necesarios para la interposición de recursos.
 6. Asistencia pericial gratuita en el proceso a cargo del personal técnico adscrito a los órganos jurisdiccionales, o, en su defecto, a cargo de funcionarios, organismos o servicios técnicos dependientes de las Administraciones públicas. Excepcionalmente y cuando por inexistencia de técnicos en la materia de que se trate, no fuere posible la asistencia pericial de peritos dependientes de los órganos jurisdiccionales o de las Administraciones públicas, ésta se llevará a cabo, si el Juez o el Tribunal lo estima pertinente, en resolución motivada, a cargo de peritos designados de acuerdo a lo que se establece en las leyes procesales, entre los técnicos privados que correspondan.
 7. Obtención gratuita de copias, testimonios, instrumentos y actas notariales, en los términos previstos en el art. 130 del Reglamento Notarial.
 8. Reducción del 80 por 100 de los derechos arancelarios que correspondan por el otorgamiento de escrituras públicas y por la obtención de copias y testimonios notariales no contemplados en el número anterior, cuando tengan relación directa con el proceso y sean requeridos por el órgano judicial en el curso del mismo, o sirvan para la fundamentación de la pretensión del beneficiario de la justicia gratuita.
 9. Reducción del 80 por 100 de los derechos arancelarios que correspondan por la obtención de notas, certificaciones, anotaciones, asientos e inscripciones en los Registros de la Propiedad y Mercantil, cuando tengan relación directa con el proceso y sean requeridos por el órgano judicial en el curso del mismo, o sirvan para la fundamentación de la pretensión del beneficiario de la justicia gratuita.
 10. Los derechos arancelarios a que se refieren los apartados 8 y 9 de este artículo no se percibirán cuando el interesado acredite ingresos por debajo del salario mínimo interprofesional.”

hablaba tanto de asesoramiento en general, como la asistencia al detenido, defensa y representación, etc.

En cuanto al ejercicio del cargo y la participación en la función pública que como vimos ambos conceptos son sinónimos o inherente uno respecto de otro, en el caso del Abogado del Turno de Oficio resulta incuestionable que el ejercicio del cargo es público porque lleva aparejado el ejercicio de la función pública contenida en el repetido artículo 6 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.

Respecto del título de habilitación o participación, además de venir recogido por disposición inmediata de la Ley de Asistencia Jurídica gratuita, el ejercicio de la profesión del Abogado de Oficio, la autoridad competente que nombra al mismo viene determinada Reglamentariamente³³¹ y son las Juntas de Gobierno de los distintos Colegios de Abogados provinciales.

En cuanto a la remuneración del servicio público por parte del Abogado del Turno de Oficio, aunque como hemos visto, la

³³¹ ARTÍCULO 26 REAL DECRETO 996/2003, DE 25 DE JULIO, POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO DE ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA:

“Regulación y organización:

1. Los Consejos Generales de la Abogacía Española y del Colegio de Procuradores de los Tribunales de España aprobarán las directrices generales sobre organización y funcionamiento de los servicios de asistencia letrada de oficio.
2. Las Juntas de Gobierno de los Colegios de Abogados y de Procuradores regularán y organizarán los servicios de asistencia letrada y de defensa y representación de quienes soliciten abogado de oficio en cualquier jurisdicción o no designen abogado en la jurisdicción penal, conforme a las directrices adoptadas por los órganos a que se refiere el apartado anterior, que serán, en todo caso, de obligado cumplimiento.
3. La organización de los servicios deberá garantizar su continuidad y, cuando el censo de profesionales lo permita, la especialización por órdenes jurisdiccionales, atendiendo a criterios de eficiencia y funcionalidad en la aplicación de los fondos públicos puestos a su disposición, velando por la distribución objetiva de turnos y medios.

Los sistemas de distribución de turnos y medios serán públicos para todos los colegiados, así como para los solicitantes de asistencia jurídica gratuita.”

concepción para el Derecho penal de Funcionario Público es distinta a la del Derecho Administrativo, en este supuesto estaríamos en el encuadre de ambas instituciones del Ordenamiento Jurídico³³².

En este sentido se pronuncia ROIG TORRES³³³, que aún no exigiendo el precepto penal contenido en el artículo 24.2 del Texto punitivo el requisito de la retribución pública, cuando éste se da, viene a reforzar dicho carácter de funcionario público.

Pero, en cualquier caso, esta teoría del Abogado como funcionario público en su actuación de oficio queda sobradamente justificada en la Exposición de Motivos de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, la cual establece en cuanto a la financiación, que finalmente se transforma en la retribución final del Abogado de oficio, y que establece que “hasta ahora, sobre la base de un servicio público, prestado por la Abogacía y la Procuraduría, financiado con fondos igualmente públicos. De hecho, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de nuestro Tribunal Constitucional, el Estado es el responsable del recto

³³² OLAIZOLA NOGALES I: “El delito de cohecho”, Valencia 1999, págs. 118 y ss: “personas incorporadas a la misma por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulado por el Derecho Administrativo.”

³³³ ROIG TORRES, MARGARITA: “El Delito de Atentado”, cit. pág. 82: “Es cierto que desde una postura favorable al mantenimiento de la protección específica de los empleados públicos se dirá que a través de la sanción de tales actos individuales se pretenden evitar las nefastas consecuencias que produciría, de no prohibirse, la reiteración de esas conductas en la convivencia social, amén del entorpecimiento del servicio concreto pues a nadie se le oculta que la opinión pública posiblemente considerará más grave la agresión al personal sanitario de las Seguridad Social, por ejemplo, que al perteneciente a una compañía privada, cuyas prestaciones dependen de la existencia de una vinculación contractual. E, incluso, podrían aducirse razones económicas, ya que la retribución de los funcionarios se hace a cargo del erario público.”

funcionamiento del servicio por la sola obligación constitucional de proveer a la defensa de quienes carezcan de recursos; esta jurisprudencia ha dejado claramente establecida la responsabilidad pública en tal sentido, como deber positivo del Estado de garantizar el derecho de acceso a la Justicia o, lo que es lo mismo, a la tutela judicial efectiva como derecho fundamental que es.

Ello conduce a la obligación de establecer mecanismos de control que aseguren el adecuado destino de los fondos públicos asignados al servicio, de tal forma que no se beneficien de dichos fondos quienes no precisen de asistencia alguna. Así pues, la ley fija los criterios básicos de la financiación del servicio, cuyo coste deberá ser periódicamente evaluado por los poderes públicos, que en todo caso deberán seguir el principio de que el servicio de asistencia jurídica gratuita esté digna y suficientemente remunerado, haciéndose efectiva su retribución en plazos razonables. Tanto lo relativo a la financiación, como las reglas referentes a la prestación y funcionamiento del servicio se conciben con la flexibilidad y generalidad propias de una norma de rango legal, que habrán de permitir que su desarrollo por normas de rango inferior facilite el adecuado ajuste a las cambiantes situaciones económicas y sociales, evitando así la petrificación del ordenamiento y la consagración en normas con la rigidez legal de materias que, por su propia naturaleza, son susceptibles de sucesivas transformaciones en muy poco tiempo. Tal regulación reglamentaria fue llevada a cabo con carácter urgente, y como paso inicial y transitorio de la actual reforma del sistema de justicia gratuita,

mediante el Real Decreto 108/1995, de 27 de enero, sobre medidas para instrumentar la subvención estatal a la asistencia jurídica gratuita.”

Como señalábamos anteriormente, de todos los sujetos pasivos, solo algunos tienen una especial exposición a factores de riesgo, que en un momento dado los hace vulnerables y sujetos pasivos de actitudes violentas, de sujetos activos peligrosos, delincuentes habituales, etc. de una forma continuada en el ejercicio de su profesión o cargo público, sólo este tipo de trabajos públicos merecen esa tutela privilegiada que la norma de atentado ofrece en el Texto punitivo, no así, profesiones o trabajos públicos que eventualmente, pudieran ser objeto de conductas violentas, en momentos determinados o en casos aislados, como en el personal de la sanidad o de la educación tantas veces citados en esta obra, pues no están expuestos de una forma continua y permanente a esos factores de riesgo con esos sujetos peligrosos para la sociedad en general, los que JAKOBS³³⁴ ha nominado enemigos de la sociedad.

Sin embargo, los funcionarios de prisiones, los agentes de la autoridad como la policía, la guardia civil, la policía judicial, psicólogos, médicos forenses y demás personal adscrito o colaborador con la Administración de Justicia u otro tipo de profesionales expuestos a una relación directa con el crimen y con el delincuente, es obvio, que si merecen esa tutela ofrecida por la norma penal en el

³³⁴ JAKOBS, GÜNTHER / CANCIO MELIÁ, MANUEL: cit., “Derecho Penal del enemigo”, editorial Thomson-Civitas, cuadernos Civitas.

delito de de atentado y así viene siendo considerados por la jurisprudencia ya citada en esta obra.

Este sería el caso del Abogado del Turno de Oficio, pues en ninguna obra ha sido tratado este tema, de un profesional tan importante para la sociedad, sobre todo para los más desfavorecidos de las misma, y que de forma directa y continua, está en contacto directo, con el delito, con el delincuente y en muchas ocasiones con la víctima de los mismos, llegando a ser víctima a su vez de múltiples hechos punibles que deberían de entrar en concurso con el delito de atentado.

En cuanto al acceso a los turnos de especialización dentro del turno de oficio, el Decreto 67/2008, de 26 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en su artículos 33 y 34, regula la formación y especialización de estos profesionales, y así establece que:

“La Consejería competente en materia de justicia determinará mediante Orden los criterios de formación y especialización complementarios a los generales establecidos por el Ministerio de Justicia, de conformidad con lo dispuesto en el art. 25 de la Ley 1/1996, de 10 de enero y el art. 33 del Real Decreto 996/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita.

Artículo 34. Turnos especializados

Los turnos especializados en asistencia jurídica gratuita serán:

- a) Violencia de género
- b) Menores
- c) Extranjería.
- d) Otros que pudieran establecerse.”

La propuesta en cuanto a considerar al Abogado del Turno de Oficio, como funcionario lo justifica el Decreto 67/2008, de 26 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en su artículo 37, el que en referencia al carácter público del Turno de Oficio, señala que

“Los Colegios profesionales establecerán sistemas de organización y distribución objetiva y equitativa de los turnos para la designación de los profesionales de oficio, que serán comunicados a la Consejería en materia de justicia. Los sistemas de distribución serán públicos para todos los colegiados que presten los servicios o estén adscritos a los turnos respectivos, y podrán ser consultados por la persona que solicite la asistencia jurídica gratuita. Además, serán expuestos en los tabloneros de anuncios y los medios telemáticos de los Colegios, actualizándose mensualmente.”

2.5.- Referencia a la consideración de autoridad del personal público de la educación y de la sanidad

Al hilo de lo anteriormente expuesto y aunque ya se haya hecho referencia a estos profesionales en epígrafes anteriores, creo necesario, por tratarse de un tema de actualidad y trascendencia social, someramente hacer referencia a aquellas voces que solicitan que los profesionales de la sanidad o de la educación sean considerados autoridad, de tal modo que cuando el autor del delito lesione o ponga en peligro el bien jurídico protegido orden público a través de los mismos, tal conducta pueda subsumirse en el tipo penal de atentado, en su modalidad de atentado a la autoridad y no como funcionario, previsto también en la misma norma.

Como ya manifesté anteriormente, en el caso del delito de atentado, sólo aquéllos profesionales que al servicio de la Administración Pública dentro de la cual se incardina el orden público social, que tengan una especial exposición con el delito y el delincuente y su entorno social, merecen de tener cabida en los artículos 550 a 556³³⁵ del Texto punitivo, por el ambiente de

³³⁵ LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE DEL CÓDIGO PENAL:

“Artículo 550

Son reos de atentado los que acometan a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, o empleen fuerza contra ellos, los intimiden gravemente o les hagan resistencia activa también grave, cuando se hallen ejecutando las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas.

hostilidad al que permanentemente están expuestos en el ejercicio de su profesión o cargo.

El punto de partida que no hay que olvidar es el bien jurídico protegido por el Título XXII del Código Penal (delitos contra el orden público), en el que se encuadra el aludido delito de atentado y que como hemos visto para algunos autores de la doctrina científica consiste en la tranquilidad o paz en las manifestaciones de la vida

Artículo 551: 1. Los atentados comprendidos en el artículo anterior serán castigados con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de tres a seis meses si el atentado fuera contra autoridad y de prisión de uno a tres años en los demás casos.

2. No obstante lo previsto en el apartado anterior, si la autoridad contra la que se atentare fuera miembro del Gobierno, de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, del Congreso de los Diputados, del Senado o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, de las Corporaciones locales, del Consejo General del Poder Judicial o Magistrado del Tribunal Constitucional, se impondrá la pena de prisión de cuatro a seis años y multa de seis a doce meses.

Artículo 552: Se impondrán las penas superiores en grado a las respectivamente previstas en el artículo anterior siempre que en el atentado concurra alguna de las circunstancias siguientes:

1ª) Si la agresión se verificara con armas u otro medio peligroso.

2ª) Si el autor del hecho se prevaliera de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.

Artículo 553: La provocación, la conspiración y la proposición para cualquiera de los delitos previstos en los artículos anteriores, será castigada con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente.

Artículo 554: 1. El que maltratase de obra o hiciere resistencia activa grave a fuerza armada en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, será castigado con las penas establecidas en los arts. 551 y 552, en sus respectivos casos.

2. A estos efectos, se entenderán por fuerza armada los militares que, vistiendo uniforme, presten un servicio que legalmente esté encomendado a las Fuerzas Armadas y les haya sido reglamentariamente ordenado.

Artículo 555: Las penas previstas en los arts. 551 y 552 se impondrán en un grado inferior, en sus respectivos casos, a los que acometan o intimiden a las personas que acudan en auxilio de la autoridad, sus agentes o funcionarios.

Artículo 556: Los que, sin estar comprendidos en el art. 550 resistieren a la autoridad o sus agentes, o los desobedecieren gravemente, en el ejercicio de sus funciones, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año.”

ordinaria, habiendo señalado nuestro Tribunal Supremo al respecto, que lo que se protege es el funcionamiento regular de la convivencia ciudadana y en ocasiones la paz pública, y que como vimos para que exista paz es necesario el conflicto previo, por ello incidimos en el especial riesgo y predisposición a factores criminológicos de especial intensidad.

Sólo desde ese prisma que anteriormente he señalado, es desde el que tiene que operar la consideración de autoridad, y no, como se ha señalado, la definición por parte del cuarto poder de cuáles son las conductas que generan o no alarma social.

En este sentido y en referencia a la tendencia jurisprudencial de considerar delito de atentado como funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones a los profesionales de la docencia o de la sanidad a efectos de su encuadre en el artículo 24 del Texto punitivo, tal consideración para nuestro Tribunal Supremo³³⁶ significa una garantía para el buen funcionamiento de los servicios públicos.

³³⁶ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 20-5-1993, Nº 1183/1993, REC. 1807/1992. PTE: MONER MUÑOZ, EDUARDO (EDJ 1993/4753): “PRIMERO.- El primer motivo de impugnación, se formaliza al amparo del núm. 1.º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL1882/1, y en el mismo se denuncia infracción por aplicación indebida de los arts. 236 y 231 del Código Penal , al considerar al médico como funcionario público. En primer término, hay que resaltar que según el relato fáctico, la víctima ejercía sus funciones no en consulta privada, sino que las prestaba en el Servicio de Urgencia de la Seguridad Social de Roquetas, y poseía el nombramiento de médico sustituto debidamente autorizado por la Dirección Provincial de SAS.

El art. 119 del Código Penal -dice la Sentencia de esta Sala de 9 de octubre de 1991- alude a tres formas de acceder al funcionariado, bien por disposición inmediata de la ley, por elección o por nombramiento de la autoridad competente, siempre que se participe del ejercicio de funciones públicas. Y esta última es la que concurre en el médico de la Seguridad Social, perjudicado por el delito, cuyo nombramiento había sido autorizado por la Dirección Provincial de SAS. Los funcionarios de empleo, en contraposición a los de carrera, tienen similar cuadro de derechos y obligaciones que los reconocidos a los funcionarios en propiedad. Y ello no tanto por su estabilidad en el ejercicio del cargo, sino porque las funciones por ellos ejercidas; son idénticas a

Esto ya era así desde antiguo, pues la consideración como funcionarios públicos a los Médicos³³⁷ y en relación a un delito de falsedad en documento público, después de que muriese la testadora, se simula por el procesado que es médico un testamento y emite un certificado de defunción, considerando el Tribunal Supremo en Sentencia núm. 70, de fecha 21 de octubre de 1910, “respecto al

las llevadas a cabo por titulares, por lo que su calificación de pública resulta indiscutible, ampliándose así los condicionamientos del art. 119 del Código Penal porque dicha actividad funcional pública debe referirse a ejercitar alguna actividad que por su carácter social y trascendencia colectiva está encomendada al Estado, provincia o municipio, o entes públicos dependientes más o menos directamente de los mismos, y no puede dudarse de tal cualidad a los Servicios de la Seguridad Social, Instituto Nacional de la Salud, o su correlativo si se halla transferido a una Comunidad Autónoma, vinculados a la administración pública. Concretamente, la Sentencia de esta Sala de 15 de noviembre de 1973, estimó que un médico de la Seguridad Social es funcionario público a efectos del art. 119 del Código Penal y las de 15 de junio de 1979 y 7 de abril de 1981, declararon que los farmacéuticos, médicos y enfermeras que por disposición legal se incorporan a la prestación de un servicio social a cargo del -antiguo-Instituto Nacional de Previsión, que depende del Estado, les otorga los requisitos necesarios para alcanzar el carácter de funcionario público. y ello aunque la jurisdicción laboral sea la competente Para entender de las cuestiones contenciosas que surjan entre ellos, lo que no obsta a tal consideración de funcionarios públicos a los fines de la legislación penal. El motivo ha de rechazarse.”

³³⁷ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª, NÚM. 70, DE FECHA 21 DE OCTUBRE DE 1910: “Colección Legislativa de España, Sentencias del Tribunal Supremo en materia criminal, salas segunda y tercera, volumen II de 1910”, pág. 158: “Que afirmándose en el veredicto después de muerte la testadora, se simuló por el procesado un testamento con el propósito deliberado de que tuviese fuerza y se consumase la ficción, no cabe fraccionar el hecho despojando a los accidentes que le integran de su lógico y natural enlace; por lo cual, si el culpable, de acuerdo con otros, ejecutó actos directos para la consumación de la falsedad del documento, sería ilógico dividir la continencia del acto, que sólo se podía ultimar mediante la elección del testamento a escritura pública, quedando éste de otro modo ineficaz y sin valor alguno.

Que habiéndose autenticado el testamento por los medios que la ley establece para revestirle el carácter de documento oficial y público, no puede limitarse la responsabilidad a los que intervinieran en la presentación y adverbación de aquél ante la autoridad judicial, sino también a quien, habiendo intervenido en su confección, contribuyó directamente a que con posterioridad se revistiese de fuerza legal un documento esencialmente falso.

Que afirmando el Jurado que el Médico de la asistencia de la enferma, adoptó, muerta ésta cuantas disposiciones creyó conducentes a la posible construcción del testamento falso, alterando además la hora de la defunción a los efectos del registro civil, es indudable su participación como autor del delito de falsedad en documento público.

Que siendo funcionarios públicos los Médicos cuando expiden certificaciones para los actos del Registro civil, no puede menos de reconocerse tal carácter al procesado, que como facultativo de asistencia en la enfermedad de la finada, autorizó el certificado de su defunción, faltando a la verdad en su contenido”

tercero, que a tenor de lo que dispone el artículo 416 del Código penal, son funcionarios públicos los que, por disposición inmediata de ley, o por elección popular o por nombramiento de Autoridad competente participan del ejercicio de funciones públicas; y como el art. 77 de la ley de 17 de julio de 1870 impone al facultativo que hubiere asistido al finado la obligación de expedir una certificación que, salva prueba en contrario, hace fe para los efectos legales y forma parte de la documentación oficial con que se acredita el fallecimiento, es forzoso entender que, con arreglo a este precepto, el Médico que certifica, con las formalidades por el legislador establecidas, la defunción de una persona, ejerce un función oficial, y adquiere, en relación con este acto, el carácter de funcionario público.”

Asimismo, en referencia a la docencia y en el mismo sentido que la anterior, desde antiguo también encontramos una curiosa Sentencia del Tribunal Supremo de un Catedrático y sacerdote, en una Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1889³³⁸, en la

³³⁸ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª, NÚM. 237, DE FECHA 16 DE NOVIEMBRE DE 1889: “Colección Legislativa de España, Sentencias del Tribunal Supremo en materia criminal, salas segunda y tercera, volumen II de 1889”, pág. 730: “Resultando que sobre las seis y media de la tarde del día 9 de Octubre de 1888 se dirigía a casa por la calle de la Manifestación, de esta capital, el Presbítero D. Manuel Conrado Soriano, Profesor auxiliar de religión y moral de la Escuela Superior Normal de Maestros, en cuya ocasión le acometió Mauricio Roig Laforga, alumno de aquél establecimiento, dándole con un bastón un palo cerca del cuello, y en seguida otro que le alcanzó también en el cuello y parte del brazo izquierdo, aunque sin causarle lesión; y habiéndose vuelto el D. Manuel para reconvenirle al agresor, viendo que era Roig, le preguntó “que á qué conducía aquello, si sabía lo que había hecho y por qué”, a lo que contestó Mauricio “que si lo sabía; pues usted me ha suspendido en los exámenes de reválida y aprobado á otros que sabían menos que yo;” replicando el citado profesor “que él no le había suspendido, y sí el Tribunal de que formó parte el día anterior, por lo que en su persona debía de comprender que atacaba á un Tribunal, cuyos fallos son siempre dinos del mayor respeto;” y acudiendo al momento algunas personas y el guardia municipal Isidoro Gómez, ocupó éste el referido bastón al Roig y quedó terminada

que con motivo de la expulsión de un alumno de un centro del que un Catedrático y Sacerdote formaba parte del Tribunal, considera no solo funcionario público, sino autoridad a dicho Catedrático.

En cuanto a la consideración como autoridad de estos profesionales de la sanidad y la educación, dada la mayor penalidad que ofrece el Texto punitivo en estos supuestos, recordemos lo ya señalado en capítulos anteriores respecto a los mismos, pues la necesidad social de protegerlos es lo que ha llevado a la Fiscalía General del Estado a enviar una circular a todo el territorio nacional,

la cuestión, dando conocimiento de lo ocurrido a la Autoridad; hechos que se declaran probados...

Considerando que el Ministerio Fiscal funda su recurso de casación citando el núm. 3º. Del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, en que no ha sido bien calificativo el hecho que como delito se imputa a procesado Mauricio Roig Laforga, lo cual es cierto, porque ese hecho determina el delito de atentado, ya que consiste en haber dicho Roig acometido con un bastón y dado varios golpes al Catedrático de la Escuela Superior Normal, el Presbítero D. Manuel Conrado Soriano, por suponer que éste, formando el Tribunal de examen para la reválida de Maestros, le había injustamente suspendido; y como la Audiencia de Zaragoza en el fallo reclamado ha aplicado el art. 270 del Código penal en el concepto de que el expresado Catedrático sólo era la Autoridad y ejercía jurisdicción dentro de la Escuela Normal, por modo claro resulta que ha infringido, al prescindir de él, el art. 164 del mencionado Código, toda vez que no ha tenido en cuenta que aquél era en todas las ocasiones un funcionario público, y que por razón de su cargo había sido agredido y golpeado.

Considerando que por parte del procesado Mauricio Roig Laforga se ha deducido también recurso de casación, en el concepto de haber sido mal aplicados los artículos de dicho Código, 10, circunstancia 20 y 274, y si, conforme se ha visto, se ha hecho, en verdad, mal uso del segundo de los mencionados artículos, no ha sucedido lo propio respecto al primero, ya que con acierto se ha estimado como un motivo legal de agravación de pena el ningún respeto que á la dignidad de Sacerdote, de que se había revestido el ofendido, había tenido el ofensor.

Considerando que igualmente alega Roig que merecían estimación los artículos 604, núm. 1º, 91, circunstancia 7ª y 81, regla 4ª, pero no tiene en cuenta que, según las razones aducidas en el primer considerando, la acción ejecutada por él determina el delito de atentado por haber agredido á un funcionario público con ocasión de su cargo, sin que obrara, como también pretende, por estímulos poderosos, legítimos y razonables, que no fueron el odio y deseo de vengar una supuesta ofensa.

Fallamos, que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Mauricio Roig Laforga contra la sentencia pronunciada por la Sala de lo criminal de la Audiencia de Zaragoza con las costas de su recurso, y haber lugar al interpuesto por el Ministerio Fiscal contra dicha sentencia, que casamos y anulamos, declarando de oficio las costas restantes; comunicándose esta resolución, con la sentencia que á continuación se dicta, al Tribunal sentenciador á los efectos procedentes."

basada en la Consulta 2/2008³³⁹ en atención al personal de la administración de la sanidad y de la educación.

Como ya he referido, la influencia que tienen los medios de comunicación, información y la prensa, magnifican en sus noticias supuestos aislados de agresiones a estos profesionales de la educación y la sanidad generando con ello una alarma social fantasma, y que, puede crear psicológicamente una convicción en la sociedad de que existe la necesidad de modificar cuantas leyes sean necesarias, incluidas las penales, en orden a considerar autoridad a estos profesionales, sin poner las miras en las necesidades reales de la sociedad en general.

³³⁹ CONSULTA A LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO 2/2008 SOBRE LA CALIFICACIÓN JURÍDICO-PENAL DE LAS AGRESIONES A FUNCIONARIOS PUBLICOS EN LOS ÁMBITOS SANITARIO Y EDUCATIVO: “PLANTEAMIENTO DE LA CONSULTA: La reiteración de noticias referidas a agresiones y amenazas producidas contra personas que ejercen sus funciones en el ámbito de la sanidad y de la enseñanza, ha generado en la actualidad un amplio debate social sobre las medidas preventivas y represivas precisas para hacer frente a tales manifestaciones violentas. Diversas Comunidades Autónomas vienen desarrollando iniciativas con el objeto de prevenir y atender a los profesionales afectados, mediante la elaboración de protocolos de actuación, publicación de guías de orientación, asesoramiento jurídico y personación en las causas judiciales, e incluso a través de la adecuación de las infraestructuras y el establecimiento de nuevos diseños en los centros sanitarios. Dicho fenómeno ha trascendido al ámbito jurídico-penal, manifestándose, por un lado, a través de las divergentes concepciones sobre la tutela penal aplicable, expresadas en diversas resoluciones judiciales dictadas en procedimientos en los que se han enjuiciado dichas agresiones, y, por otro, en las demandas específicas de protección planteadas por los colectivos profesionales afectados, interesando la imposición de mayores sanciones penales a dichas conductas, concretamente mediante la aplicación a dichos colectivos de la tutela penal que otorga el delito de atentado.

La Fiscalía Superior consultante se dirige a la Fiscalía General del Estado ante las diferentes posiciones manifestadas en las Juntas de Fiscalías Provinciales de su territorio celebradas al respecto, que son reflejo de la complejidad jurídico-penal que deriva de la interpretación de los ambiguos términos en los que el art. 550 CP define el delito de atentado, castigando como reos del mismo a los que acometan a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, o empleen fuerza contra ellos, los intimiden gravemente o les hagan resistencia activa también grave, cuando se hallen ejecutando funciones de sus cargos o con ocasión de ellas.”

Ello no impide que Texto punitivo ofrezca a estos profesionales de la educación y la sanidad una protección específica en los artículos 550 y 551.1 en relación con el artículo 24³⁴⁰ del Código Penal.

Por tanto, la magnificación social a través de los medios de comunicación de las agresiones a estos profesionales se refleja en la realidad estadística y que la hallamos en la casuística jurisprudencial, pues son contados los casos de agresión en el ejercicio de su cargo a estos profesionales de la sanidad o de la educación.

Lo realmente relevante a la hora de considerar el merecimiento de autoridad o funcionario público para su subsunción en la norma prevista para del delito de atentado de los artículos 550 y siguientes del Texto punitivo, estriba, como ya apuntara el Tribunal Supremo en Sentencia³⁴¹ 15 de marzo de 2003, en el ámbito o el medio de

³⁴⁰ LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE CÓDIGO PENAL, artículo 24: “1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal.

2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas.”

³⁴¹ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 15-3-2003, nº 370/2003, rec. 521/2002. Pte: SAAVEDRA RUIZ, JUAN (EDJ 2003/6662): “... Es preciso destacar esta última consideración a propósito del bien jurídico que hoy se entiende protegido en los tipos penales de atentado o resistencia pues ello implica que los agentes de la autoridad en el ejercicio de sus funciones están revestidos de un plus ordenado a la eficacia de aquéllas. Por otra parte, en el desempeño de las misiones que corresponden a los agentes de la autoridad se producen situaciones que suponen cierto grado de conflictividad con las personas sujetas a las mismas y que lógicamente generan con frecuencia reacciones adversas, como es el caso de la detención de una persona donde se presenta con frecuencia la resistencia. Con ello queremos decir que el argumento empleado por la Audiencia en línea de principio no puede argüirse como regla general, siendo preciso examinar cada caso concreto, como es el descrito en el "factum", donde tampoco se atisba extralimitación alguna por parte de la Policía.”

conflictividad en el que desarrollan su actividad. Por tanto, lo lógico y lo razonable, al igual que sucede con los agentes de la autoridad, la especial protección que ofrece el Texto punitivo ha de tener su base en una sobreexposición del sujeto pasivo (autoridad, agente de ésta o funcionario público) a un entorno auténticamente hostil en el ejercicio de su cargo o profesión, esto es, una relación directa con el delito, el delincuente y su entorno social, está motivado precisamente en ese entorno hostil en el que dichos profesionales se encuentran hasta el punto que por representar al orden público del Estado a través de la Administración de Justicia quedan expuestos frente al delito, al delincuente y a su entorno social sus propios bienes jurídicos particulares.

No olvidemos en relación a los profesionales de la educación o de la sanidad u otro tipo de profesionales que representen el orden público del Estado no están expuestos de una forma continua en el ejercicio de su cargo o profesión a esa hostilidad que por su relación directa con el delito, el delincuente y su entorno social, si quedan expuestos los agentes de la autoridad o ciertos profesionales de la Administración de Justicia.

Por ello, si entendiéramos que demos considerar autoridad a éstos profesionales de la educación y de la sanidad, habría que considerar igualmente a cualquiera que ejerza una función pública, indistintamente del grado de peligrosidad que comporte el ejercicio de su cargo o profesión.

Recordemos que el artículo 24 del Texto punitivo viene a definir al funcionario público y a la autoridad, y no lo hace sólo en el sentido de sujeto pasivo, sino también como sujeto activo de diversos delitos que en el mismo se hayan regulados, como lo pueda ser el delito de prevaricación, el cohecho, el abuso de autoridad, etc.; pero para poder comprobar además que sujetos pasivos son o no son autoridad, he de analizar la definición que al efecto ofrece el Texto punitivo y que precisamente a continuación paso a analizar.

Por tanto junto con el grado de peligrosidad que comporte para el sujeto pasivo su profesión o cargo por estar expuesto a un ambiente de hostilidad directamente relacionado con el delito, el delincuente y su entorno social, a la hora de considerar autoridad al profesional sobre el que recae del delito de atentado a la autoridad, hemos de tener en cuenta que tal merecimiento, desde una perspectiva funcional del principio de autoridad, además suponga una garantía del buen funcionamiento de los servicios y funciones públicas, en este caso y como más adelante se expondrá, de los servicios y funciones de la Administración de Justicia.

En este sentido es interesante analizar el Anteproyecto de Ley de Autoridad del profesor de la Comunidad de Madrid³⁴², que aunque lo es de ámbito Administrativo, pretende otorgar el carácter de autoridad a estos profesionales, pero que para el Derecho penal ya están incardinarlos dentro del concepto de funcionario público que

³⁴² ANTEPROYECTO DE LEY DE AUTORIDAD DEL PROFESOR: “<http://www.madrid.org/cs/Satellite>”

ofrece el artículo 24 del Texto punitivo, y que son sujetos pasivos del delito de atentado en representación del bien jurídico individual y colectivo recogido en el artículo 550 del Texto punitivo; y así señala en su prólogo que el resultado de esta Ley “ha sido un descenso de la valoración social de la función docente y una pérdida de autoridad de los profesores que se manifiesta no sólo en episodios graves, aunque afortunadamente aislados, de violencia escolar.”

Sigue señalando dicha Ley en su prólogo que ello “se manifiesta en una tendencia a la indisciplina en las aulas, en las que con frecuencia el profesor pierde la mitad de su valioso tiempo en mantener el orden necesario para poder dar la clase, lo que perjudica al conjunto de los alumnos y deteriora la calidad de la enseñanza. A ello hay que añadir que la propia tarea de enseñar se ha vuelto aún más compleja por la diversidad cultural y social de los alumnos y sus familias.”

Y concreta que “la nueva norma responde a la necesidad objetiva de adoptar medidas legales para reforzar la autoridad de maestros y profesores con el fin mejorar la convivencia en los centros educativos y aumentar el rendimiento escolar.”

He de sentar ahora, que no niego que la crisis de valores que ha traído consigo el Estado de Bienestar y no sólo en este ámbito institucional del Estado, y que se manifiesta en el sector de la educación como una falta de respeto a la Autoridad del profesor; ello obviamente, es consecuencia de una deshumanización del sistema

burocrático en el que estamos inmersos, pero no es un problema del Derecho penal.

Más allá de los bienes jurídicos personales de estos profesionales y a los que como cualquier otro sujeto pasivo están expuestos al ataque por parte del delincuente, no puede suponer, que el bien jurídico de interés general “orden público” sea integrado en el delito de atentado considerando como autoridad a los mismos por “episodios graves, aunque afortunadamente aislados, de violencia escolar.”

Una norma penal, por la restricción de derechos que conlleva debe de atender a la generalidad y no a episodios aislados, tal y como señalaba el prólogo del Anteproyecto de Ley de Autoridad del profesor de la Comunidad de Madrid, porque ello implica criminalizar al resto de la sociedad, “que paguen justos por pecadores”, y ello obviamente implica atentar no solo contra el principio de intervención mínima del Derecho penal, sino contra los principios de legalidad y seguridad jurídica tan fundamentales en nuestro sistema democrático y de derecho.

En este sentido, de que las Leyes tienen que favorecer a todos, es decir a la generalidad en base a los principios expuestos, la Sentencia del Tribunal Supremo Nº. 1030/07 antes expuesta, ya señalaba que “para una correcta determinación del carácter público de la actuación ha de partirse, necesariamente, de la concurrencia de una finalidad dirigida a satisfacer los intereses generales, el criterio teleológico al que hemos hecho referencia con anterioridad, esto es, a

las potestades de la administración, legislativa, jurisdiccional y ejecutiva, y dentro de éstas las dirigidas a la satisfacción del bien común, enseñanza, justicia, hacienda, fomento, comunicaciones, seguridad, agricultura, sanidad, abastecimientos, etc. Criterio que ha de ser delimitado, a su vez, por el requisito subjetivo, en cuya virtud el órgano del que emane sea público, y otro objetivo, por el que se exige que la actividad sea regida por normas de carácter público, aunque la relación entre el sujeto que la realiza y el órgano pueda ser regulada por normas no públicas.”

2.6.- Toma de posición

Atendiendo de *lege data* a la actual regulación del artículo 24, en relación con los artículos 550 y 551 del Texto punitivo, sería el referido artículo 24, el que puede desdoblar la pluriofensividad del delito de atentado e individualizarlo de una forma más razonable y no solo acorde con el resto de normas penales relacionadas como ya se ha dicho tanto activa como pasivamente con el concepto de autoridad y funcionario público, sino más acorde y cercana con nuestra norma más fundamental, de la que ha de ser el punto de partida del resto, y que es nuestra Constitución, como ya apuntara ROXIN³⁴³.

Pero es que además, como ya se hiciera referencia en capítulos anteriores, sería más lógico, razonable y sistemático, reformar el artículo 24 en el sentido de especificar concretamente quienes van a ser autoridad y funcionarios públicos a efectos penales, y así no nos encontraremos con reformas como la que se hizo el 24 de diciembre del año 2000 al apartado 2 del artículo 551 del Texto punitivo por el artículo 1.7 de LO 7/2000 de 22 diciembre 2000, en el que se incluían

³⁴³ ROXIN, CLAUS: “Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito”. Traducción de la 2ª edición por Luzón Peña, Diego Manuel, editorial Civitas, Madrid 2006, cit. págs. 55 y 56: “el punto de partida correcto consiste en reconocer que la única restricción previamente dada para el legislador se encuentra en los principios de la Constitución. Por tanto, un concepto de bien jurídico vinculante políticocriminalmente sólo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la Ley Fundamental, de nuestro Estado de Derecho, basado en la libertad del individuo a través de los cuales se le marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado. En consecuencia se puede decir: los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema.”

como autoridad a los miembros de las Corporaciones Locales, considerados como autoridad desde antiguo por la jurisprudencia, pero olvidados por el legislador en el año 1995 cuando aprobó el Texto punitivo actual.

Los miembros que conforman la Administración de Justicia y que es el objeto del presente trabajo y que no están expresamente contemplados en el artículo 551 del Texto punitivo, son los que dan lugar a la reflexión llevada a cabo en este trabajo de investigación y que originan una propuesta de *lege ferenda* según la que debería de modificarse el apartado primero del artículo 24 del Código Penal³⁴⁴, en el siguiente sentido:

Suprimir la actual redacción “*Los funcionarios del Ministerio Fiscal*” y añadir en un párrafo aparte intermedio con el apartado 2 de referido artículo 24 con el siguiente contenido:

“Se reputará también autoridad a Jueces y Magistrados, Secretarios judiciales, Fiscales, Abogados del Estado, Abogados, Procuradores y a cuantos profesionales que en el ejercicio directo de su profesión en todo procedimiento colaboren con la Administración de Justicia”.

Entendemos así, que en orden a la actividad que desarrolla cada uno de estos profesionales, y en concreto el Abogado desde el punto

³⁴⁴ ARTÍCULO 24 DEL CÓDIGO PENAL: “1.A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal”.

de vista orden público-social y, en consonancia con la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales, todos ellos merecen tener tal consideración desde el mismo nivel, pues como ya señalamos, no solo es la finalidad que persigue tanto nuestra Constitución en su artículo 24³⁴⁵, como la LOPJ en su artículo 187³⁴⁶ y la referida Ley 34/2006, sino que se trata de profesionales que para el orden público-social representan un derecho fundamental para el resto de la sociedad, cual es el derecho a la tutela judicial efectiva, argumento más que suficiente para que el legislador, de inmediato y para un mejor funcionamiento de la administración judicial considere su modificación en el sentido que planteamos.

En cuanto a tal consideración de profesiones liberales, esto es, los Abogados, como autoridad, JAVATO MARTÍN³⁴⁷, en referencia

³⁴⁵ CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978: artículo 24:

“1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.”

³⁴⁶ LEY ORGÁNICA 6/1985, DE 1 DE JULIO, DEL PODER JUDICIAL: artículo 187:

“1. En audiencia pública, reuniones del Tribunal y actos solemnes judiciales, los Jueces, Magistrados, Fiscales, Secretarios, Abogados y Procuradores usarán toga y, en su caso, placa y medalla de acuerdo con su rango.

2. Asimismo, todos ellos, en estrados, se sentarán a la misma altura”.

³⁴⁷ JAVATO MARTÍN, A.M.: “El delito de atentado. Modelos legislativos. Estudio histórico-dogmático y de Derecho comparado”, cit. pág. 36.

al estudio del Derecho comparado francés recogía que “el Código cita en primer lugar a los oficiales ministeriales. Bajo esta denominación se designan en Francia aquéllos sujetos que actúan como intermediarios o ejercitan profesiones reguladas legalmente con categoría de fedatarios públicos, siendo sus servicios obligatorios para el cumplimiento de ciertos actos. Se enmarcan en esta categoría: huissiers, notarios, secretarios judiciales, abogados del Consejo de Estado, procuradores, tasadores, agentes de cambio, etc.”

Vemos como a Notarios o Procuradores, como profesionales igualmente integrados en el organigrama de la Administración de Justicia, tiene la consideración de autoridad, trasladando esto a nuestro organigrama judicial español, el argumento de considerar al Abogado como autoridad, se sostiene por sí solo.

Pero para justificar esta postura, hemos de tener en cuenta que la profesión de la Abogacía, no puede ser equiparada a otras profesiones, tengan o no carácter público, sean o no liberales, pues la necesidad y la existencia de la misma viene ya especificada dentro de los derechos fundamentales de los ciudadanos, contemplados entre otros, en el artículo 17 de la Carta Magna³⁴⁸, como una necesidad en el marco penal que se manifiesta en el primer tiempo de la iniciación de cualquier procedimiento penal cual es la detención del ciudadano, el cual requiere la asistencia inmediata de un Abogado.

³⁴⁸ ARTÍCULO 17.3 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978: “Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca”.

Pero no menos importantes son las de Juez o Magistrado, siendo estos además los que presiden y dirigen los debates en las salas de Justicia, por tanto, jerárquicamente ejercen mando sobre los demás profesionales que operan en las mismas, esto es, fiscales, secretarios judiciales, procuradores y abogados, agentes judiciales o policía judicial.

Por tanto si de tan suma importancia es para la Constitución, la misma consideración deberá de tener para el resto del Ordenamiento Jurídico y, en concreto para el artículo 24 del Texto punitivo.

El Código penal de 1822, en su artículo 333 ya castigaba a los que voluntariamente y a sabiendas impidieren o estorbaren a los tribunales o jueces, o cualquier otra autoridad pública, civil, etc., en el libre ejercicio de sus funciones.

Recordando los antecedentes históricos, el Texto punitivo de 1870 en su artículo 277 define por primera vez a efectos penales a la autoridad evidenciando una similitud con el actual artículo 24 del Código Penal de 1995³⁴⁹, y así señala que “para los efectos de los artículos comprendidos en los tres capítulos precedentes, se reputará Autoridad al que por sí sólo o como individuo de alguna corporación o Tribunal, ejerciere jurisdicción propia.”

³⁴⁹ ARTÍCULO 24.1 DE LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL: “A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal”.

En este sentido recordar que la Real Academia de la Lengua Española³⁵⁰ en referencia al concepto de autoridad establece varias acepciones, como “potestad, facultad, legitimidad”; en referencia al sujeto, como “prestigio y crédito que se reconoce a una persona o institución por su legitimidad o por su calidad y competencia en alguna materia”; o como “Solemnidad, aparato”.

Si desglosamos esta definición y la trasladamos a los Jueces, Fiscales, Abogados, Procuradores, Secretarios Judiciales, etc., veremos que en el ejercicio de sus respectivas profesiones en representación del orden público-social de la Administración de Justicia, se ven reflejados en la actual noción funcional del principio de autoridad, pues en aras del artículo 24 de la Carta Magna, se le otorga a dicho profesional una potestad (de defensa), legítima y que como facultad ejerce a través de su trabajo y ante los Tribunales de Justicia y en colaboración con los mismos.

Asimismo, no ofrece duda su encuadre en cuanto al prestigio y crédito que se le reconoce primero dentro de la institución Administración de Justicia y por la solemnidad que le Ley de Ritos penal le confiere (el uso de toga, las formas con las que ha de comunicarse con el tribunal en el juicio, los tiempos de intervención, la estructura de los escritos de defensa, acusación, recursos, etc.).

La primera jurisprudencia del recién creado Tribunal Supremo en el siglo XIX, definía el concepto de autoridad y refería que “la

³⁵⁰ Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua; vigésima segunda edición, <http://www.rae.es>.

cualidad de Autoridad es inherente al cargo que se ejerce, y consiguientemente a las funciones emanadas del mismo³⁵¹”.

Para ROIG TORRES³⁵² “suele ser común en la doctrina la afirmación de que la autoridad es una categoría específica de funcionario público, dado que según veremos, en Derecho penal esta acepción planea sobre las funciones desempeñadas, sin requerirse especiales vínculos con la Administración, a diferencia de lo que sucede en Derecho administrativo. Luego como señala Orts Berenguer, es difícilmente concebible una autoridad que no participe en el ejercicio de funciones públicas. En cambio, esta característica no puede predicarse siempre en sentido inverso puesto que no todo funcionario es autoridad a efectos penales, en tanto que esta condición precisa, además de los requisitos genéricos para ser funcionario, otros específicos (tener mando o autoridad).”

Entiendo en el mismo sentido que ROIG TORRES, que en el Abogado se dan también estas circunstancias.

En este sentido recuerda CUERDA ARNAU³⁵³, que “la condición de ejercer mando o jurisdicción propia va más allá y comporta la capacidad de decisión y la consiguiente facultad de ordenar la ejecución de lo dispuesto que el ordenamiento confiere a un

³⁵¹ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª, NÚM. 253, DE FECHA 20 DE MARZO DE 1884 (Colección Legislativa de España, Sentencias del Tribunal Supremo en materia criminal, salas segunda y tercera, primer semestre de 1884, pág. 735).

³⁵² ROIG TORRES, MARGARITA: “*El Delito de Atentado*”, Navarra 2004, cit. pág. 93.

³⁵³ CUERDA ARNAU: cit. “Los delitos de atentado y resistencia”.

sujeto “por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado”, según reza el art. 24.1, en relación con una potestad pública, ya sea administrativa, ya sea judicial.”

Por tanto, he de sostener que el Abogado, al igual que el Ministerio Fiscal, goza de esa potestad pública (tutela judicial efectiva de los ciudadanos), siendo esto lo determinante para definir un concepto de jurisdicción propia que va más allá de la potestad jurisdiccional que tienen jueces y magistrados dentro de la Administración de Justicia.

CAPÍTULO CUARTO.- LA ACCIÓN TÍPICA EN EL DELITO DE ATENTADO

I.- CUESTIONES PRELIMINARES

Al igual que vengo haciendo respecto en el resto de epígrafes, creo necesario hacer una breve aproximación a la parte general del Derecho penal en lo que respecta a la acción.

Para MACHICADO³⁵⁴ la conducta humana, acción u omisión, es la base sobre la cual descansa toda la estructura del delito. Si no hay acción humana, si no hay conducta, no hay delito. Sin embargo, el concepto de acción engloba igualmente el de omisión, en la cual existe una conducta en la que conscientemente se evita una acción concreta. Constituye el soporte conceptual de la teoría del delito y el eje de la consideración axiológica y natural del hecho punible.

Este autor señala que una de las principales funciones del concepto de acción es servir de límite o filtro para seleccionar previamente las acciones que pueden ser relevantes para el Derecho penal.

En la evolución del concepto de acción siempre se han mezclado las distintas perspectivas sociales del ser humano y que adquiere tintes filosóficos, político-criminales y dogmáticos que inevitablemente no solo cuando tratamos de la acción sino de cualquier otro elemento del

³⁵⁴ MACHICADO, JORGE, “La Accion Penal”, <http://jorgemachicado.blogspot.com/2009/03/la-accion-y-la-omision-en-la-teoria-de.html> Consulta: Martes, 19 Octubre de 2010.

delito siempre están presentes (como sucede cuando hablamos de la consecuencia del delito, es decir, la pena).

En cuanto a la acción, hemos de destacar que existen diversas teorías que brevemente creo interesante exponer, sin profundizar, pues sino desviaremos por completo el estudio de esta obra.

Y así, en primer lugar como refiere MACHICADO³⁵⁵ encontramos un concepto causal de acción, según el cual, la acción es la conducta voluntaria, que consiste en un movimiento de su organismo destinado a producir cierto cambio, o la posibilidad, en el exterior del mundo vulnerando una norma prohibitiva.

Para este autor³⁵⁶ el concepto natural de acción es creación de Franz Von Liszt y Ernst Von Beling, quienes son los fundadores del “*sistema clásico del delito*”.

Von Liszt define por primera vez el concepto de acción como la “producción, reconducible a una voluntad humana, de una modificación en el mundo exterior.”

Para este concepto, la modificación causal del mundo exterior debía bastar cualquier efecto en el mismo, por mínimo que sea. Debido a la imposibilidad del concepto señalado de explicar la omisión, Von Liszt fórmula más tarde una segunda descripción,

³⁵⁵ MACHICADO, JORGE, “La Accion Penal”, cit. <http://jorgemachicado.blogspot.com/2009/03/la-accion-y-la-omision-en-la-teoria-de.html> Consulta: Martes, 19 Octubre de 2010.

³⁵⁶ MACHICADO, JORGE, “La Accion Penal”, cit. <http://jorgemachicado.blogspot.com/2009/03/la-accion-y-la-omision-en-la-teoria-de.html> Consulta: Martes, 19 Octubre de 2010.

diciendo que “acción es conducta voluntaria hacia el mundo exterior; más exactamente: modificación, es decir, causación o no evitación de una modificación (de un resultado) del mundo exterior mediante una conducta voluntaria.”

Para MACHICADO, otro autor, Beling sostiene que existe acción si objetivamente alguien “ha emprendido cualquier movimiento o no movimiento”, a lo que subjetivamente ha de añadirse la comprobación de “que en ese movimiento corporal o en esa falta de movimiento animaba una voluntad.”

Este concepto de Beling, por tanto, consiste en que “la acción debe afirmarse siempre que concurra una conducta humana llevada por la voluntad, con independencia de en qué consista esa voluntad”, pudiendo observarse que excluye dentro de su concepto el contenido de la voluntad.

Asimismo, MACHICADO³⁵⁷, analiza el concepto finalista de acción según Hans Welzel.

Para éste, toda la vida comunitaria del hombre se estructura sobre la actividad final del hombre; y así, los miembros de la sociedad pueden actuar conscientes del fin, esto es, proponerse fines, elegir los medios requeridos para su obtención y ponerlos en movimiento con conciencia del fin, por tanto, a esta actividad final podemos nominarla “acción”.

³⁵⁷ MACHICADO, JORGE, “La Accion Penal”, cit. <http://jorgemachicado.blogspot.com/2009/03/la-accion-y-la-omision-en-la-teoria-de.html> Consulta: Martes, 19 Octubre de 2010.

Cuando el hombre es corporalmente causal sin que pueda dominar su movimiento corporal a través de un posible acto de voluntad, ya obre como simple masa mecánica, ya que ejecute movimientos reflejos; tales movimientos corporales quedan excluidos de las normas del Derecho penal.

Por eso se exige la voluntariedad de la conducta humana como presupuesto esencial del juicio jurídico-penal. Voluntariedad es la posibilidad de dominio de la actividad o pasividad corporal a través de la voluntad. El objeto de las normas penales es la conducta humana, esto es, la actividad o pasividad corporal del hombre sometida a la capacidad de dirección final de la voluntad. Esta conducta puede ser una acción (el ejercicio efectivo de actividad final), o la omisión de una acción (el no ejercicio de una actividad final posible).

Concluye MACHICADO³⁵⁸ que el concepto de acción humana “es ejercicio de actividad final. La finalidad o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, ponerse fines diversos y dirigir su actividad, conforme a su plan, a la consecución de estos fines. Actividad final es un obrar orientado conscientemente desde el fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido desde el fin, sino que es la resultante causal de los componentes causales existentes en cada caso. Por eso la finalidad

³⁵⁸ MACHICADO, JORGE, “La Acción Penal”, cit. <http://jorgemachicado.blogspot.com/2009/03/la-accion-y-la-omision-en-la-teoria-de.html> Consulta: Martes, 19 Octubre de 2010.

es “vidente”, y la causalidad “ciega”. La dirección final de una acción se lleva a cabo en dos etapas: 1. La primera transcurre totalmente en la esfera del pensamiento. Empieza con la anticipación (el proponerse) del fin, que el autor quiere realizar. De ello sigue la selección de los medios de la acción para la consecución del fin. El autor determina los factores causales que son requeridos para el logro del mismo. 2. De acuerdo con la anticipación mental del fin y la elección de los medios, el actor efectúa su acción en el mundo real. Pone en movimiento, conforme a su plan, los medios de acción escogidos con anterioridad, cuyo resultado es el fin. La segunda etapa de la dirección final se lleva a cabo en el mundo real.”

Para ROXIN existen otras teorías de la acción como la natural³⁵⁹, el concepto negativo del tipo³⁶⁰, o el de absorción de la

³⁵⁹ ROXIN, CLAUS: “Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito”. Traducción de la 2ª edición por Luzón Peña, Diego Manuel, editorial Civitas, Madrid 2006, cit. págs. 237 y ss.: “Este concepto natural de acción cumple muy bien la función de delimitación, excluyendo de antemano actividades de animales y personas jurídicas, pero también los pensamientos y las consecuencias de meras “excitaciones sensoriales”. Por eso está equivocada la principal objeción que más frecuentemente se formula contra el mismo diciendo que es desdibujado e ilimitado, ya que p.ej. hace aparecer incluso la procreación de un posterior asesino como acción de homicidio. Pues no se puede dudar que la procreación de un asesino se basa en una acción y eso es lo único que aquí importa; en cambio, decidir si esa acción es una acción de homicidio es cuestión de interpretación típica, a la que naturalmente hay que responder negativamente y que todavía no interesa al examinar si hay o no acción sin más. Más peso tiene la objeción de que el concepto natural de acción, si atiende demasiado al impulso consciente de voluntad, tropieza con dificultades en las reacciones espontáneas, acciones automatizadas o hechos pasionales bajo embriaguez, dificultades que perturban hasta hoy la delimitación de acción y no acción en la jurisprudencia que parte de dicho concepto.”

³⁶⁰ ROXIN, CLAUS: “Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito”, cit. págs. 247 y ss.: “En los últimos tiempos y con diversos puntos de partida, varios autores han intentado dar un nuevo fundamento a la teoría del delito desarrollando un “concepto negativo de acción”. El punto de vista decisivo de todas estas teorías se denomina “principio de evitabilidad”, cuya primera formulación válida se encuentra en Kahrs: “Al autor se le imputa un resultado si no lo ha evitado aunque podía evitarlo y el Derecho se lo exigía”. Pero mientras que

acción por el tipo³⁶¹, pero es sobre todo el concepto personal de la acción³⁶² en el que este autor pone una mayor atención, y así este concepto entiende la acción como manifestación de la personalidad, partiendo de las ideas de Rudolphi o Arthut Kaufmann, entendiendo la acción como objetivación de la persona.

Kahrs sólo ve en la evitabilidad un principio de imputación propio del tipo, Heezberg utiliza por primera vez el principio como base del concepto de acción que denomina “negativo” y que abarca por igual a la comisión y a la omisión: “La acción del Derecho penal es no evitar evitable en posición de garante”. Con ello se refiere a que tanto el autor de una comisión como el de una omisión, exactamente igual ambos, no evitan “algo”, p.ej. el resultado típico en el caso paradigmático del delito consumado de resultado, pero ambos lo hubieran podido evitar; el autor comisivo, en cuanto se hubiera retraído el mismo, y el autor omisivo, en cuanto se hubiera interferido en el curso causal impidiendo el resultado. Por tanto a ambos se les achaca un “no evitar evitable”. Para no dejar este concepto de acción en una total falta de límites –pues teóricamente se puede evitar ininterrumpidamente todo lo posible interfiriendo en cualesquiera cursos causales-, Herzberg exige adicionalmente una “posición de garante”, en el sentido de una “responsabilidad especial” del autor limitada a determinados grupos de personas. Dicha cualidad es reconocida de modo general en la mayoría de los delitos omisivos como presupuesto de la realización del tipo, pero la según la concepción de Herzberg, y en contra de la opinión casi unánime, se da asimismo en los delitos comisivos, en cuanto que “en el movimiento corporal delictivo la persona se actualiza como foco potencial de peligro” y de ese modo se hace responsable de la evitación del resultado.”

³⁶¹ ROXIN, CLAUS: “Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito”, cit. págs. 251 y 252: “como ya tenía en mente Radbruch, hay que erigir la tipicidad en concepto fundamental del sistema del Derecho penal. Según esta opinión, en el marco del tipo también se puede satisfacer la necesidad de excluir de antemano ciertos fenómenos como objetos de valoración jurídicopenal. Y como de todos modos, del concepto de acción no se pueden deducir consecuencias prácticas, es muy frecuente considerar como poco fructífero seguir realizando esfuerzos dogmáticos en torno al mismo; pues realmente injusto y culpabilidad son con mucho las categorías dogmáticas más importantes. Sin embargo no se puede dejar sencillamente de lado la cuestión de la acción. En efecto, incluso aunque se comience la estructura sistemática por el tipo, no se puede por menos que hablar de acción típica o de conducta típica; pero en tal caso se plantea de inmediato la cuestión de qué es esa “acción” o la “conducta”, a la que se atribuye la calificación de típica. Además tiene que haber un sustrato común al que se puedan vincular las valoraciones jurídicopenales, pues sí según opinión casi unánime no son adecuados para ello fenómenos como pensamientos, vis absoluta, ect., entonces los hechos que parecen idóneos para una posible valoración han de diferenciarse de los que no son idóneos para ello mediante cualidades positivas detallables, que los conviertan en “acciones”; y no es nada superfluo buscarlas, sobre todo debido a la función sistemática del concepto de acción (“como elemento de enlace o unión”).

³⁶² ROXIN, CLAUS: “Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito”, cit. págs. 352 y ss.

Según ROXIN, el concepto de acción como manifestación de la personalidad es idóneo como elemento básico, al abarcar todas las formas de manifestación de la conducta delictiva, tanto las acciones dolosas como las culposas, omisivas o imprudentes.

El autor, llega a la conclusión de que el concepto personal de la acción es un concepto normativo, por que el criterio de manifestación de la voluntad designa de antemano el aspecto valorativo decisivo, que es el que cuenta jurídicamente para el examen de la acción, pues las formas desaparición de la personalidad son muy diversas y sólo encuentran su elemento común en que se pueden imputar a la esfera anímico-espiritual del ser humano, a su personalidad. Por eso, para ROXIN, “la caracterización como “manifestación de la personalidad” tampoco ofrece una definición de la que lógicamente se pudiera deducir en el caso concreto lo que es una acción. Pero por otra parte es mucho más que una denominación colectiva de fenómenos heterogéneos; más bien se trata de un concepto que, al designar todas las “objetivaciones de la personalidad”, proporciona un criterio que debe de desarrollarse concretando en la realidad y que sólo en la multitud de sus caracterizaciones permite reconocer el fenómeno “acción”. Dicha clase de formación conceptual no es una solución apurada, sino que ante conceptos muy amplios, si no se quiere forzar de modo cientifista la materia jurídica con su riqueza de peculiaridades, es la única manera adecuada de formar los conceptos, y aún habrá oportunidad de mostrar su utilidad en otras categorías rectoras de la teoría del delito.”

Encontramos finalmente, un concepto intermedio, esto es, el concepto social de la acción, y así MORILLAS CUEVA³⁶³ respecto de esta teoría señala que “sus versiones son mostradas de muy diferente manera, aunque encuentran un punto común en la percepción de que lo social es un elemento básico para su comprensión. Maihofer la concibe como “toda conducta objetivamente dominable, dirigida a un resultado social objetivamente previsible. Jescheck-Weigend los que presentan mayor actualidad y sencillez. Para ellos la acción es “un comportamiento humano con trascendencia social”- ésta se da exclusivamente cuando se refiere a la relación del individuo con su entorno y afecta al mismo a través de sus efectos-. La utilización del término comportamiento supone toda respuesta de la persona a la exigencia de una situación reconocida o, por lo menos, reconocible, a través de la realización de una posibilidad de reacción que se le presenta en dicha situación. Tiene su vocación de ser contestación unitaria de los fenómenos punitivos, desde el momento en que se convierte al comportamiento humano en unidad de sentido social que puede consistir en el ejercicio de la actividad final (finalidad), pero igualmente puede restringirse a la causación de consecuencias inintencionadas en la medida en que el acontecimiento puede ser dirigido con la intervención de la finalidad (imprudencia) y puede manifestarse a través de la inactividad frente a una determinada

³⁶³ MORILLAS CUEVA, LORENZO: “Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Volumen I. Teoría jurídica del delito. Nociones Generales. El delito doloso: Juicio de antijuricidad”, cit. págs. 102 y ss.

expectativa de acción (omisión) o como, lo más frecuente, acción en sentido comisivo.”

La postura de MORILLAS CUEVA³⁶⁴, viene en considerar la acción integrada dentro del tipo de injusto, contenido en la norma penal, pues esta es la cualidad típica de la acción penal dentro de la estructura de la teoría jurídica del delito, pues la acción es el elemento imprescindible de la realización del tipo.

Y así este autor³⁶⁵ refiere que “el tipo de injusto que describe sucesos penalmente relevantes requiere que lo sean realizados por un comportamiento humano que lesione o ponga en peligro un determinado bien jurídico. Dos momentos se han de producir en la concreción de semejante hipótesis: en primer lugar, la verificación del suceso atentatorio contra el bien jurídico –matar, robar, violar, falsificar, etc.-; en segundo, como derivación de aquél, la precisión de si el acontecimiento es imputable objetivamente al comportamiento del alguna persona.”

Precisamente, para el tipo de delito de atentado que es el que tratamos en esta obra, de carácter evidentemente doloso, MORILLAS CUEVA³⁶⁶ apunta que “en el ámbito que nos movemos en este espacio sistemáticamente organizado de la teoría del delito, esto es, el

³⁶⁴ MORILLAS CUEVA, LORENZO: “Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Volumen I. Teoría jurídica del delito. Nociones Generales. El delito doloso: Juicio de antijuricidad”, cit. págs. 107 y ss.

³⁶⁵ MORILLAS CUEVA, LORENZO: “Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Volumen I. Teoría jurídica del delito. Nociones Generales. El delito doloso: Juicio de antijuricidad”, cit. págs. 102 y ss.

³⁶⁶ MORILLAS CUEVA, LORENZO: “Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Volumen I. Teoría jurídica del delito. Nociones Generales. El delito doloso: Juicio de antijuricidad”, cit. págs. 102 y ss.

delito comisivo doloso, la acción hay que entenderla, inicialmente, en un sentido estricto como movimiento corpóreo humano que va a suponer en su objetivación externa una manifestación de voluntad. El alcance de ésta ha dividido a la doctrina, en cuanto a su amplitud subjetiva. Nuestro Código Penal poco ayuda a su delimitación –como ya se ha referido se limita a exigir en la definición de delito la acción u omisión para su realización-; otros Códigos, sin embargo, sí son más específicos, como el italiano que en su artículo 42 regula que “nadie puede ser castigado por una acción u omisión prevista en la ley como delito si no lo ha cometido con consciencia y voluntad”. Semejante fórmula que algo aclara pero que también deja puntos de duda hay que situarla en sus términos más adecuados en cuanto que la acción acceda a la tipología correspondiente a un delito doloso, que es en la que estamos.”

Dicho esto, y adentrándonos ya en el análisis del tipo de atentado, la estructura básica del mismo la encontramos en el artículo 550 del Texto punitivo, según el cual:

“Son reos de atentado los que acometan a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, o empleen fuerza contra ellos, los intimiden gravemente o les hagan resistencia activa también grave, cuando se hallen ejecutando las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas.”

Se desprende de la redacción dada por el legislador a este artículo que cuatro son las modalidades comisivas: acometer, emplear fuerza, intimidar gravemente o hacer resistencia activa, bastando la

realización de cualquiera de ellas para que se dé la perfección delictiva³⁶⁷ amparadas todas ellas bajo el requisito de que la autoridad, el funcionario o el agente de la autoridad se hallen ejecutando las funciones de sus cargos el delito se perpetre con ocasión de ellas y que a continuación detalladamente se pasan a analizar previo análisis de la naturaleza jurídica de este delito.

La acción viene descrita en el artículo 550 del Texto punitivo y como señalábamos preveía cuatro modalidades comisivas, y así el acometimiento, el empleo de fuerza, la intimidación grave o la resistencia grave, bastando, con que se realice cualquiera de estos actos para que se alcance el resultado del delito de atentado; en este sentido COBO DEL ROSAL/QUINTANAR DÍEZ³⁶⁸ señalan que se trata de un delito de resultado, aunque no sea necesaria la efectiva lesión al servicio público, pero sí, lógicamente, respecto de la dignidad de la función.

En esta línea QUERALT JIMÉNEZ³⁶⁹ apunta que el delito se consume con la realización del comportamiento típico, no siendo necesario el efectivo embarazo de la acción pública, pues si el comportamiento mediante el que el atentado se manifiesta es ya

³⁶⁷ En este sentido se pronuncian JAVATO MARTÍN: “El delito de atentado. Modelos legislativos. Estudio histórico-dogmático y de Derecho comparado”, cit. pág. 364, ROIG TORRES: “El Delito de Atentado”, cit. pág. 119, RODRIGUEZ DEVESA: “Derecho Penal español, parte especial”, cit. pág. 877, MUÑOZ CONDE: “Derecho Penal. Parte Especial”, 2002, cit. pág. 843 o PRATS CANUT: “Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal”, pág. 2130 entre más.

³⁶⁸ COBO DEL ROSAL, MANUEL / QUINTANAR DÍEZ, MANUEL: “Derecho Penal Español, parte especial”, cit. págs. 1109.

³⁶⁹ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: “Derecho Penal Español, parte Especial”, cit. pág. 1133.

delictivo (como el caso de las lesiones), habrá que estar a la estructura de ese delito para establecer los grados de imperfecta ejecución y los actos preparatorios punibles.

En una posición doctrinal contraria se muestra ROIG TORRES³⁷⁰ al señalar que se trata de un delito de mera actividad, entendiendo por tal aquél en el que el tipo no requiere que la acción vaya seguida de ningún resultado, concebido como consecuencia separada temporal y espacialmente de la acción.

Y así el concepto de resultado es manejado por la doctrina desde distintos prismas. Un sector doctrinal lo identifica con la realización del tipo, incluyendo en él tanto la acción como movimiento corpóreo, como el resultado en sentido estricto, en la medida en que ambos son vistos como efectos del impulso de la voluntad, la crítica a esta postura podemos encontrarla en la confusión de la manifestación de la voluntad con las modificaciones que ésta produce en el mundo externo.

Otro sector doctrinal, como es el caso de ROIG TORRES³⁷¹, definen el resultado en sentido técnico, como modificación del mundo exterior producido como consecuencia de la acción que, además de salvar teorías anteriores, lleva aparejada relevantes consecuencias prácticas.

Esta exigencia típica, por tanto, se dará en una clase específica de delitos, los llamados de resultado, en los que el injusto no se agota

³⁷⁰ ROIG TORRES, MARGARITA: “El Delito de Atentado”, cit. págs. 203-206.

³⁷¹ ROIG TORRES, MARGARITA: “El Delito de Atentado”, cit. págs. 203-206.

en la acción, como en los de mera actividad, sino que requiere un efecto externo separado y diferenciado de ella.

ROIG TORRES³⁷² manifiesta que “a esa cualidad de atentado como infracción de mera actividad cabe añadir atendiendo al objeto formal que aquí se postula (principio de autoridad entendido en sentido funcional), que dicho ilícito integra un delito de los llamados de lesión, por cuanto para completar el tipo se precisa la efectiva vulneración de ese valor, como ponen de relieve las conductas típicas. Así pues, tanto el acometimiento, como el uso de la fuerza, la intimidación y la resistencia, implican ya una infracción del respeto exigido por el ordenamiento jurídico a los empleados públicos (principio de autoridad).”

En consideración al delito de atentado como delito de mera actividad, se suma el Tribunal Supremo³⁷³ en Sentencia de 29 de noviembre de 2001, sosteniendo que “el delito de atentado, como alega el Ministerio Fiscal, es de actividad y no de resultado y el acometimiento o agresión que le caracterizan puede realizarse sin emplear medio alguno o utilizándolos de diversa clase que pueden o no merecer la consideración de peligrosos lo que, en su caso, no infringe el «non bis in idem».”

En este sentido, considerando el delito de atentado como delito de pura actividad que se perfecciona con el simple ataque se

³⁷² ROIG TORRES, MARGARITA: “El Delito de Atentado”, cit. págs. 203-206.

³⁷³ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL) NÚM. 2251/2001 DE 29 NOVIEMBRE, PONENTE: APARICIO CALVO-RUBIO, JOSÉ (RJ 2002\1224).

pronuncian las Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2006³⁷⁴, 10 de febrero de 2006³⁷⁵, y 72/2002³⁷⁶.

³⁷⁴ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL) NÚM. 589/2006 DE 1 JUNIO, PONENTE: SORIANO SORIANO, JOSÉ RAMÓN (RJ 2006\3584): “c) un acto típico, en este caso, de acometimiento, equivalente a embestida, ataque o agresión, sin ser preciso que el efecto perseguido con tal actuación agresiva se perfeccione, construyéndose el tipo del injusto como delito de ACTIVIDAD, pues de producirse un resultado lesivo debería pensarse separadamente. Propinar una bofetada, puñetazo o fuerte empujón al sujeto pasivo, integraría este delito según praxis jurisprudencial.”

³⁷⁵ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL) NÚM. 146/2006 DE 10 FEBRERO, PONENTE: MAZA MARTÍN, JOSÉ MANUEL (RJ 2006\3100): “Y como quiera que el tipo delictivo aplicado justifica su existencia en la protección del ejercicio específico de la Autoridad, en la medida que ello permita asegurar el orden interno del Estado (STS de 3 de febrero de 1993 [RJ 1993, 651]), siempre que el sujeto pasivo no haya perdido la razón de ser de esa especial protección, por uso abusivo o notoria extralimitación en sus funciones que, en cualquier caso nunca cabe presumirse, sino que ha de acreditarse suficientemente y consignarse en el narración fáctica que sirva de base a la Resolución (STS de 31 de octubre de 1968 y 21 de junio de 1989 [RJ 1989, 5186] , entre otras muchas) y basta con que la acción del agresor se concrete en actos de acometimiento, incluyendo ahí bofetadas, patadas, empujones, puñetazos (STS de 30 de abril de 1987 [RJ 1987, 3046]) e, incluso, resultando suficiente además para su consumación, como delito de actividad que es, el mero ataque o acometimiento, aunque no llegaran a producirse resultados lesivos (STS de 8 de marzo de 1999 [RJ 1999, 1454]), hay que concluir que la descripción de las conductas de ambos recurrentes, contenida en la narración histórica de lo acontecido y que lleva a cabo la Resolución de instancia es plenamente acorde con la calificación de esos hechos como delitos de Atentado contra agentes de la Autoridad.”

³⁷⁶ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL) NÚM. 72/2002 DE 21 ENERO, PONENTE: EXCMO SR. JOAQUÍN GIMÉNEZ GARCÍA (RJ 2002\1570):“Precisamente, el núcleo del delito de atentado está constituido por el ataque a esa función pública que encarna el sujeto pasivo y cuyo respeto es necesario para la convivencia en una sociedad democrática, por eso el delito de atentado responde a la naturaleza de los delitos de pura actividad, que se perfeccionan con el simple ataque en cualquiera de las cuatro formas previstas en el tipo, aunque éste no llegue a consumarse en la persona de los agentes atacados – SSTS de 11 de octubre de 1984 (RJ 1984, 4824) , 30 de abril de 1987 (RJ 1987, 3047) y 16 de noviembre de 1987 (RJ 1987, 8522) –. En concreto, existe consolidada doctrina de esta Sala, que estima consumado el delito en el hecho de apuntar a un agente con un arma cargada, obligándole a tirarse al suelo ante la eventualidad del disparo –SSTS de 29 de noviembre de 1989 (RJ 1989, 9349) y 10 de julio de 1995 (RJ 1995, 5429) –. En el presente caso, se produjeron dos disparos dirigidos a los dos agentes por lo que puede afirmarse fundadamente que el ataque revistió la forma de acometimiento.”

II.- ACOMETIMIENTO

Acometer tiene su origen etimológico en el vocablo “cometer”, y así el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua³⁷⁷, sostiene que el término acometer equivale a “embestir con ímpetu y ardimiento; venir, entrar, dar repentinamente; emprender o intentar; decidirse a una acción o empezar a ejecutar; solicitar, prender algo de alguien, proponérselo o inducirle a ello; o cometer yerros o malas acciones.”

COBO DEL ROSAL-QUINTANAR DÍEZ³⁷⁸, manifiestan que habrá que entender por acometimiento la agresión física, aunque no sea necesaria la resultancia de ninguna lesión, pudiendo consistir en una embestida, lanzamiento de piedras, lanzamiento de puñetazos, empujones, patadas, bofetadas, lanzamientos de cócteles molotov, ect.

En este mismo sentido, para PRATS CANUT³⁷⁹, el acometimiento tradicionalmente ha sido entendido como agresión física, lo cual parece especialmente pertinente en el presente caso, que se formula como medio alternativo de comisión a la fuerza, la intimidación o la resistencia, sin que por el contrario quepa exigir la

³⁷⁷ Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua; vigésima segunda edición, <http://www.rae.es>.

³⁷⁸ COBO DEL ROSAL, MANUEL / QUINTANAR DÍEZ, MANUEL: “Derecho Penal Español, parte especial”, cit. pág.1108.

³⁷⁹ PRATS CANUT, J.M (y otros): “Comentarios a la parte especial de derecho penal”, cit. pág. 2057.

causación de lesión alguna, pues como ya se apuntó en referencia al bien jurídico tutelado por la norma penal en el delito de atentado, la lesión estriba en alterar el servicio público que está cumpliendo el agente, el funcionario o la autoridad, a través de un medio especialmente disvalidoso, en este caso el acometimiento equiparado a agresión que puede consistir en una bofetada, puñetazo, empujón, patada.

Como señala ROIG TORRES³⁸⁰ acometer significa embestir, lo que implica el uso de la violencia física, es decir, la realización de actos materiales dirigidos a la autoridad, agente o funcionario, ya sea de una forma directa, a través de una agresión corporal, bien indirecta, utilizando objetos.

Para MUÑOZ CONDE³⁸¹, por acometimiento entiende la jurisprudencia la acción de agredir corporalmente, confundándose esta modalidad comisiva con el empleo de fuerza, que supone ya el empleo de una violencia corporal efectiva (dar una bofetada, lanzar el móvil contra un guardia municipal, etc.); la distinción para este autor, en todo caso resulta superflua, pues el empleo de fuerza supone ya el acometimiento y ambos indistintamente constituyen ya el tipo.

SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAILLO³⁸², apuntan que acometer supone agredir físicamente a la autoridad, sus agentes,

³⁸⁰ ROIG TORRES, MARGARITA: “El Delito de Atentado”, cit. págs. 120-121.

³⁸¹ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: “Derecho Penal. Parte Especial”, Valencia 2007, cit. pág. 865.

³⁸² SERRANO GÓMEZ, ALFONSO / SERRANO MAILLO, ALFONSO: “Derecho Penal. Parte Especial”, Madrid 2008, pág. 1.028.

funcionarios públicos, embistiendo con ímpetu y ardientemente tal y como ofrecía el concepto de acometimiento de la Real Academia de la Lengua Española, por tanto el uso de la fuerza es el ejercicio directo sin que llegue a ser acometimiento.

QUERALT JIMÉNEZ³⁸³, en referencia al ataque de los agentes, señala que la misma hay que tildarla de grave, aun que en concurso ideal, habrá de imponerse como mínimo la pena de prisión de dos años y 10 días multa por pequeño que sea el menoscabo que sufra el funcionario.

Dicho ataque debe de tratarse de una embestida impetuosa, como es el caso de dar un empujón, una bofetada, un disparo, golpear con los puños, luchar a brazo partido, morder un brazo, golpear con una piedra, etc.

Para QUERALT, no todas las manifestaciones de comportamientos descritos parecen tener la misma entidad, pues habrá que atender a la peligrosidad de los instrumentos peligrosos, incluidas las armas en atención a las circunstancias del caso concreto. Por el contrario, propinar un puñetazo o un codazo, cuando se trata de zafar del agente puede ser considerado resistencia (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2001³⁸⁴) atendiendo a la intencionalidad del autor.

³⁸³ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: "Derecho Penal Español, parte Especial", cit. págs. 1127 y 1128.

³⁸⁴ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 21-12-2001, Nº 2474/2001, REC. 173/2000. PTE: SORIANO SORIANO, JOSÉ RAMÓN (EDJ 2001/55112): "ANTECEDENTES DE HECHO: "Como tal expresamente se declaran: Que el día 28 de abril de 1998, siendo las 15,00 horas, aproximadamente,

Define el Tribunal Supremo en Sentencia de 4 de junio de 2010³⁸⁵ que “agredir equivale a acometer (S^a 25 de octubre de 2002) pues acometimiento significa embestida o arrojamiento con ímpetu sobre una persona, o sea un ataque o agresión (S^a 8 de marzo de 1999). Si hay acometimiento aunque sea leve existe atentado, apreciable por consiguiente por el hecho de abalanzarse el particular

el acusado Santiago, con antecedentes penales no computables, fue sorprendido por agentes de la policía en la Rúa Nueva de Santiago, realizando actos propios de la venta de drogas, por lo que proceden a su detención, no sin antes de haberlo seguido toda vez que al observar la presencia de los agentes policiales trata de abandonar el lugar donde se hallaba y cuando éstos llegan a su altura tienen que evitar el que se trague la sustancia como así quería hacerlo, a la vez que tienen que reducirlo por oponer el mismo fuerte resistencia a su detención, no obstante se lleva a cabo a través de los agentes policiales que intervinieron, hallándole 8 papelinas de heroína que arrojaron un peso de 0,710 grs. y una riqueza del 36,45 por ciento, así como 7 pastillas de tranxilium y 1 de rohipnol, un rollo de papel de aluminio, un teléfono móvil y la suma de 12.540 ptas. distribuidas en billetes de 2.000 y 1.000 ptas. y moneda fraccionaria”... FUNDAMENTOS DE DERECHO PRIMERO.- Razones de sistemática casacional aconsejan el examen anticipado del tercero de los motivos formalizados por el recurrente, por quebrantamiento de forma, que residencia en el art. 851-4 L.E.Cr., al condenar al reo por un delito mas grave que el que el M^o Fiscal acusa.

1. Esta Sala no alcanza a comprender las razones del motivo, que bien pueden obedecer a un error o a un incorrecto entendimiento del concepto del principio acusatorio.

Bastará cotejar la acusación del M^o Fiscal con las condenas recaídas para concluir que entre una y otras existe perfecto ajuste y correspondencia.

El M^o Fiscal en sus conclusiones definitivas calificó los hechos como integrantes de:

- Un delito de tráfico de drogas del art. 368 C.P. interesando una pena de 6 años de prisión y multa de 5.000 ptas.

La pena que le fue impuesta por el delito que se le acusaba fue de 3 años y 6 meses y la misma cuantía de multa. El recorrido penológico que la Ley autoriza es de 3 a 9 años de prisión, teniendo en cuenta que no concurren circunstancias atenuantes y agravantes (art.66-1^o C.P.).

- Un delito de resistencia y desobediencia grave a agentes de la autoridad del art. 556 del C.Penal, solicitando la imposición de una pena de 9 meses de prisión.

La sentencia le condenaba por una falta de desobediencia leve del art. 634 a la pena de multa de doce días.

Se producía una degradación del delito a su correspondiente falta, hallándose en ésta todos los elementos que contenía el delito, con la sola diferencia del grado de intensidad del injusto, concretado en los términos normativos de "grave" o "leve", existiendo, como no podía ser de otro modo, plena homogeneidad entre ambos tipos penales.

2. Ninguna infracción del principio acusatorio se evidencia. El delito y falta por el que se condena, fueron objeto de acusación por el M^o Fiscal, y las penas impuestas, mucho más reducidas que las interesadas por aquél, se hallaban dentro de las facultades individualizadas del órgano jurisdiccional de instancia.”

³⁸⁵ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2^a, 4-6-2010, N^o 664/2010, REC. 10006/2010. PTE: PREGO DE OLIVER Y TOLIVAR, ADOLFO (EDJ 2010/153051).

contra el funcionario (S^a 6 de junio de 2003). En esta forma comisiva es de aplicación el subtipo agravado del art. 552.1º del Código Penal, consistente en verificar la agresión con armas u otro medio peligroso. Se trata de una agravación fundada en el mayor riesgo que para la integridad física del acometido se origina cuando la agresión se ejecute con tales instrumentos; y en ese riesgo está el mayor desvalor de la acción sin necesidad de que se causen resultados lesivos, ni haya propósito directo de lesionar mediante un uso eficaz del arma dirigido a tal fin. En el subtipo agravado no se exige el delito de lesiones consumadas ni en grado imperfecto de ejecución. Basta el acometimiento verificado con armas ya sean éstas más o menos eficazmente manejadas para lesionar o simplemente esgrimidas o empuñadas durante la agresión en condiciones de causar lesión al acometido, porque esta inmediata posibilidad origina un riesgo para la integridad física del acometido mayor que el que representa el acometimiento sin armas; y el riesgo es lo que en este subtipo justifica el incremento de la pena. Por consiguiente en el delito de atentado del art. 550 del Código Penal cuando el empleo del arma o del instrumento peligroso excede de una exhibición realizada como medio comisivo en la modalidad típica del atentado intimidatorio, y se empuña o esgrime peligrosamente en el atentado de acometimiento físico, la agresión que esto representa debe considerarse verificada con armas, en la medida que origine riesgo físico, y es de aplicación entonces el subtipo agravado del art. 552.1º del Código Penal sin

necesidad de exigir el concreto empleo eficaz del arma por el sujeto con la directa intención de lesionar.”

En este orden de cosas mantiene la Sentencia del Tribunal Supremo³⁸⁶ de 1 de junio de 2006 referida al delito de atentado, en su modalidad de “acometimiento”, contra agentes de la autoridad que: “2. La jurisprudencia de esta Sala ha ido perfilando los requisitos objetivos y subjetivos necesarios para integrar un delito de atentado.

Entre los objetivos figuran los tres siguientes:

a) el carácter de autoridad, agente de la misma o funcionario público del sujeto pasivo.

b) el sujeto pasivo ha de hallarse en el ejercicio de las funciones de su cargo o con ocasión de las mismas. Con esta última expresión se quiere significar que el acto violento dirigido contra aquél debe tener por causa, motivo o referencia no sólo las actividades que a la sazón realiza, dentro de sus funciones públicas, sino las que ejerció o ejercerá en lo sucesivo. El hecho ilícito ha de tener su causa o motivación en la contemplación de las funciones públicas propias del cargo.

En este particular es preciso que el sujeto pasivo no haya abusado o se haya excedido notoria y patentemente de su cometido, pues en tal caso se produciría la pérdida de la tutela legal. Ahora bien, tal excepción estaría prevista para las extralimitaciones notorias...

³⁸⁶ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA SEGUNDA, DE LO PENAL DE 1 JUN. 2006, REC. 1038/2005 (LA LEY 60536/2006).

c) un acto típico, en este caso, de acometimiento, equivalente a embestida, ataque o agresión, sin ser preciso que el efecto perseguido con tal actuación agresiva se perfeccione, construyéndose el tipo del injusto como delito de actividad, pues de producirse un resultado lesivo debería pensarse separadamente. Propinar una bofetada, puñetazo o fuerte empujón al sujeto pasivo, integraría este delito según praxis jurisprudencial.”

No es requisito necesario el hecho de que la acción emprendida alcance a la víctima, basta que manifieste de una forma inequívoca la intención del sujeto activo de menoscabar la integridad física del agente, la autoridad o el funcionario y que ofrezca idoneidad o virtualidad para lesionarla. No obstante, ha de revestir suficiente entidad para merecer la calificación de delito, sin que baste, dice acertadamente el Tribunal Supremo en Sentencia de 26 de junio de 1979³⁸⁷ que el sujeto se dirija de forma airada contra quién reúne tal condición.

Según JAVATO MARTÍN³⁸⁸ “la doctrina y la jurisprudencia han interpretado el acometimiento como sinónimo de ataque o agresión física. Equivaldría a acción dirigida a la lesión de la vida o la integridad corporal de la persona atacada, pudiendo efectuarse tanto

³⁸⁷ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA SEGUNDA, DE LO PENAL DE 26 de JUN. 1979 (RJ1979, 2795): “El dirigirse a una autoridad en forma airada con el propósito de agredirla dista mucho de la exigencia formulada por el núm. 2 del art. 231-actual artículo 550- del CP conforme a la cual es necesario que el agente acometa, esto es, embista, ataque o agrede a la autoridad, no bastando con la mera exteriorización de un propósito agresivo, el cual, a lo más, podría integrar una hipótesis de conato o de delio intentado pero nunca entraña perfección o consumación delictiva.”

³⁸⁸ JAVATO MARTÍN, A.M.: “El delito de atentado. Modelos legislativos. Estudio histórico-dogmático y de Derecho comparado”, cit. págs. 364 y ss.

de forma directa, con la inmediata aplicación del propio cuerpo del sujeto activo (patadas, puñetazos), como indirecta, a través de objetos, instrumentos o animales.”

Refiere el autor³⁸⁹ en el mismo sentido que ROIG TORES que “para que se consume el delito no se requiere que se produzca daño corporal; si efectivamente esto ocurre existirá un concurso ideal de delitos con los tipos correspondientes de lesiones u homicidio. Incluso no es necesario que la agresión se materialice totalmente; basta, según reiterada jurisprudencia con que esté presente un “acto de iniciación formal del ataque” o “movimiento revelador del propósito agresivo”. Así pues, el acometimiento concurrirá de manera plena en el acto de levantar el puño, abalanzarse, etc.”

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en Sentencia de 26 de enero de 1984³⁹⁰: “PRIMERO.- Que el Ministerio Fiscal, interpone un único motivo de casación amparado en el artículo 849-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por falta de aplicación al hecho f) del "factum", de los artículos 231 número 1.º y 232, número 1.º del Código Penal en relación con el artículo 5.º de la Ley 55/1978 de 4 de diciembre respecto a los procesados Manuel y Gerardo. Como tiene reiteradamente declarado esta Sala, el artículo 231-2.º del Código Penal contiene los elementos subjetivos y objetivos que configuran el delito de atentado, como son: el carácter

³⁸⁹ JAVATO MARTÍN, A.M.: “El delito de atentado. Modelos legislativos. Estudio histórico-dogmático y de Derecho comparado”, cit. págs. 364 y ss.

³⁹⁰ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 26-1-1984. PTE: RODRÍGUEZ LÓPEZ, MARTÍN JESÚS (EDJ 1984/480).

de autoridad o de agente de la misma del sujeto pasivo, el conocimiento que de este carácter o calidad tiene el sujeto activo; las conductas que objetivamente constituyen la infracción, y un dolo específico o elemento subjetivo del injusto, que sirve para diferenciar, estas infracciones de otras con resultados similares o idénticos que constituyen otras figuras delictivas. Ese elemento específico consiste en el propósito de ofender, denigrar o desconocer el principio de autoridad que encarnan aquellas personas, ánimo que normalmente va insito en las conductas que el precepto describe, por lo que se presume, mientras no consten datos objetivos que acrediten, con toda nitidez, que ese impulso del agente, no se mueve para provocar aquel desprestigio inherente en toda oposición a la autoridad, sino por razones exclusivamente personales y ajenas al ejercicio de las funciones públicas que ostenta el agraviado. Finalmente son numerosas las sentencias que declaran que una de las formas típicas del atentado es el acometimiento, entendiendo por tal la actitud de violencia o un movimiento de amago, de ataque, o de embestida física o material, desarrollada frente a la autoridad; es decir, basta una inequívoca intención de ataque sobre el cuerpo de la víctima sin que precise de la producción o lesión alguna, como cuando el golpe ha sido parado o se ha errado en el blanco. El disparo de armas contra la autoridad o sus agentes es considerado una forma de acometimiento (Sentencia 23 noviembre 1982).”

En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo³⁹¹ de 10 de mayo de 1988 se pronuncia: “resulta así evidente el acierto del juzgador de instancia. Acometer equivale a agredir y hasta para que tal conducta se dé con una acción directamente dirigida a atacar a la autoridad, a sus agentes o los funcionarios. En este caso aceptando, porque así lo expresa el relato histórico, que el designio del recurrente era huir, y a pesar de ello, es innegable su correcta ubicación del comportamiento del procesado en el precepto aplicado porque se trató de un ataque directo, frontal, inmediato al Policía aunque su finalidad fuera como acaba de decirse la de escapar de su detención (véase sentencia de 16 de noviembre de 1987). La resistencia, si por vía de pura hipótesis cupiera así calificar la conducta del procesado lo que no es posible, en último término habría venido a transformarse en su desarrollo en un atentado, teniendo en cuenta sus características, su modalidad activa y estar unida al empleo de una oposición tenaz, resuelta y decidida con utilización de fuerza real, determinante ya de una modificación sustancial del ilícito penal.

De esta manera queda así perfectamente delimitada la actividad del procesado como constitutiva de un delito de atentado al existir el acometimiento ya referido, a un agente de la autoridad en el ejercicio de sus funciones (véase sentencia de 20 de noviembre de 1986) y un evidente animus o intención de agredir y de faltar el principio de respeto a la autoridad y sus agentes y a la dignidad de la propia

³⁹¹ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 10-5-1988. PTE: RUIZ VADILLO, ENRIQUE (EDJ 1988/3950).

función pública al situarse la infracción en el área de los denominados "delitos de intención" (véase sentencia de 18 de mayo de 1986) que está sobreentendido en todos los supuestos, como aquí acontece, de empleo de fuerza, salvo cuando la dinámica comisiva obedezca a motivaciones ajenas a la actuación de dichos sujetos pasivos o responda a causas de índole privada, completamente desconectados de la función pública por ellos referida (véase sentencia de 1 de junio de 1987) cumpliéndose así todos los elementos del delito de atentado (véase sentencia de 7 de julio de 1987).”

En la misma línea la Sentencia del Tribunal Supremo³⁹² de 8 octubre de 2001 aduce que “como dice acertadamente el Ministerio Fiscal, puede admitirse que el Código Penal ha ensanchado el delito de resistencia en detrimento del atentado, pues en el Código derogado, la resistencia equiparada al atentado, debía ser calificada como grave, que según la jurisprudencia, para distinguirla de la leve, tenía que tratarse de resistencia activa. Ahora el legislador exige que la resistencia para que constituya atentado ha de ser activa y grave - artículo 550 -, con lo que ha de revestir un plus que concurre en los hechos declarados probados, pues según relatan los mismos, que han de permanecer inmutables, dada la vía procesal elegida, no solo hubo forcejeo violento entre el acusado y el agente policial, que hace caer al suelo a éste último, sino que también le propinó reiteradas patadas. Es evidente que tal conducta, no solo significa una resistencia activa, sino

³⁹² SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 8-10-2001, N° 1773/2001, REC. 3167/1999. PTE: MONER MUÑOZ, EDUARDO (EDJ 2001/36703).

que además es grave, por la intensidad que se emplea, agresión equiparable al acometimiento, que caracteriza el atentado -sentencia del Tribunal Supremo de 17 junio 1999-.

Por ello, si según el texto legal - artículo 556 - para ser calificado de resistencia la conducta no debe estar comprendida en el artículo 550, al incardinarse en el mismo, el precepto primero no puede ser aplicado.

También se argumenta en el motivo, que el acusado desconocía la condición de agente de autoridad del agredido. Para rebatirlo, basta con confrontarlo con el encabezamiento del motivo, donde se pretende que el delito cometido es el de resistencia, lo que conlleva también el conocimiento de que la víctima es agente de autoridad.

Aún omitiendo tal incongruencia, es obvio que, según el "factum", que como se ha dicho ha de respetarse, el funcionario de Policía, previamente le dio la voz de "alto policía", antes de su actuación.”

El acometimiento viene a ser equivalente a embestida con ímpetu y ardimiento, acoso impulsivo y violento, traspaso inmediato del pensar agresivo a la acción arrolladora. Acometer equivale a acción dirigida a la lesión de la vida o integridad corporal. Para la estimación del mismo es suficiente el que el actor esté orientado —en un sentido tanto objetivo como subjetivo— a la indicada lesión, resultando innecesario el que la misma tenga lugar. El acometimiento que exige el tipo de atentado —afirma la sentencia de 21 de octubre de

2000 (LA LEY 837/2001)³⁹³— requiere una agresión física que supone dirigirse de manera violenta contra la persona de los agentes de la autoridad tratando de impedir que desempeñen de manera eficaz las labores de mantenimiento de la seguridad pública que le está encomendada, siendo necesario que la acción tenga una cierta entidad. Cual resalta la sentencia de 13 de junio de 2001 (LA LEY 6049/2001)³⁹⁴, de las cuatro conductas nucleares típicas contenidas en el art. 550, tres de ellas (acometimimiento, empleo de fuerza o hacer resistencia activa grave) suponen el despliegue de un ataque coactivo inmediato a la autoridad o sus agentes.

³⁹³ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA SEGUNDA, DE LO PENAL, 21 OCT. 2000, REC. 4831/1998 (LA LEY 837/2001): “El acometimimiento que exige el tipo del atentado requiere una agresión física que supone dirigirse de manera violenta contra la persona de los agentes de la autoridad tratando de impedir que desempeñen de manera eficaz las labores de mantenimiento de la seguridad pública que les está encomendada. Es necesario que la acción tenga una cierta entidad en cuanto que el propio legislador degrada y deriva las conductas hacia el delito de resistencia cuando no se observa una especial intensidad agresiva. El lanzamiento de objetos ha sido considerado tradicionalmente como una modalidad de atentado, pero estimamos que es necesario valorar en cada caso, la consistencia, entidad y capacidad de los objetos lanzados para constituir una agresión, en el sentido que exige el tipo básico del atentado. En el caso presente el objeto que se dirige contra el agente de la autoridad, sin precisar la distancia y la intensidad del lanzamiento, es una piedra formada por compacto de alquitrán que causa en el agente «una ligera tumefacción en la zona mandibular del lazo izquierdo», lo que sugiere la existencia de un propósito de emplear la fuerza contra la actuación del agente de la autoridad obstaculizando su capacidad de restablecer el orden conculcado, por lo que estimamos que la calificación más adecuada para el caso presente, es la de considerar los hechos como constitutivos de un delito de atentado. En consecuencia y por las mismas razones expuestas anteriormente, no cabe la aplicación de la modalidad agravada de atentado configurada por el empleo de armas o medios peligrosos.”

³⁹⁴ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA SEGUNDA, DE LO PENAL, 13 JUN. 2001, REC. 4434/1999 (LA LEY 6049/2001): “Es cierto también que de las cuatro conductas nucleares típicas, contenidas en el art. 550, tres de ellas (acometimimiento, empleo de fuerza, o hacer resistencia activa grave) suponen el despliegue de un ataque coactivo inmediato a la autoridad o a sus agentes. La intimidación grave debe estar más próxima, en una interpretación lógica, a las conductas equivalentes entre las que se halla, que respecto a las amenazas, reguladas en otro título del Código, por cuanto mereciendo el mismo reproche legislativo deberá participar de una similar caracterización conductual.”

CEREZO MIR³⁹⁵ señala que la utilización de narcóticos o drogas, el suministro de bebidas alcohólicas y la hipnotización constituyen agresión corporal y por consiguiente, daría lugar a la aplicación del tipo delictivo.

En resumen, es tan importante que la función pública, ejercitada a través de los agentes propiciados al efecto, pueda desarrollarse libre de presiones que la inhabiliten o menoscaben, que el legislador engloba las agresiones o los ataques que se originen y prodiguen, cualquiera que sea su instrumentación, en específica figura penal — diferenciada de la acogedora de actos semejantes dirigidos a personas comunes— cuya finalidad primaria radica en la protección del principio de autoridad, para el mejor funcionamiento de las instituciones del Estado, pues ese es su cometido social.

Como ha mantenido la jurisprudencia referida con anterioridad, el acto típico de acometimiento, equivalente a embestida, ataque o agresión, sin ser preciso que el efecto perseguido con tal actuación agresiva se perfeccione, construyéndose el tipo del injusto como delito de actividad, pues de producirse un resultado lesivo debería pensarse separadamente. Propinar una bofetada, puñetazo o fuerte empujón al sujeto pasivo, integraría este delito.

Así la jurisprudencia ha señalado que el atentado se perfecciona incluso cuando el acto de acometimiento no llega a consumarse, calificando este delito como de pura actividad, de forma que aunque

³⁹⁵ CEREZO MIR, J: “Los delitos de atentado propio, resistencia y desobediencia”, cit. pág. 325.

no se llegue a golpear o a agredir materialmente al sujeto pasivo como tal delito se consuma con el ataque o acometimiento, con independencia de que la intimidación grave equivale al acometimiento y aquélla puede consistir en un mero acto formal de iniciación del ataque o en un movimiento revelador de propósito agresivo.

III.- EMPLEO DE FUERZA

Se ofrece, realmente dificultosa tarea de delimitar el empleo de fuerza del acometimiento, pues puede parecer que el empleo de fuerza física requiere un previo acometimiento como acto de violencia siendo además de destacar que en esta segunda modalidad típica del delito de atentado, sin encontrar en el Texto punitivo una nota diferenciadora de ambas conductas.

Esclarecedor puede resultar al respecto la definición de violencia que al respecto ofrece la Real Academia de la Lengua³⁹⁶ en el sentido como “acción violenta o contra el natural modo de proceder.”

Uniendo la violencia al empleo de fuerza nos encontramos con una conducta que entraña violencia física, pues de ser psíquica estaríamos ante la modalidad comisiva de intimidación grave; y que no se encuadre de la definición jurisprudencial de acometimiento, entendida ésta como embestir con ímpetu y ardimiento, siendo preciso además descartar tal conducta como resistencia activa grave.

Como apuntamos anteriormente para el Texto punitivo no existe elemento alguno que nos permita realizar una distinción entre las distintas modalidades típicas de esta figura penal, dada su similitud, cuyo único punto de partida entre todas ellas es la violencia.

³⁹⁶ Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua; vigésima segunda edición, <http://www.rae.es>.

La doctrina se ha venido esforzando en la búsqueda de elementos o matices que permitan deslindar tales conductas, de tal manera que existe todo un abanico de criterios que han sido esbozados por los distintos autores y en virtud de los cuales, a su juicio, puede distinguirse entre acometimiento y empleo de fuerza.

Un sector doctrinal³⁹⁷ manifiesta que el acento está en el hecho de que la violencia requerida por esta modalidad típica implica necesariamente violencia material sobre los sujetos, mientras que en el acometimiento no se exige ningún contacto físico entre agresor y agredido, pues no toda violencia material que recaiga sobre la autoridad, sus agentes o los funcionarios públicos requerirá del empleo de fuerza tal cual viene definido en el Texto punitivo, señalando en este sentido MUÑOZ CONDE³⁹⁸ que en cualquier caso a efectos penológicos el acudir a una u otra modalidad resultaría todas luces superfluo.

COBO DEL ROSAL/QUINTANAR DÍEZ³⁹⁹, sostienen que aunque no es fácil distinguir la modalidad comisiva de acometimiento de la del empleo de fuerza, entendiendo incluso en algunos casos que ni siquiera son las personas físicas los sujetos pasivos de la acción, pues el empleo de fuerza a diferencia del acometimiento no tiene

³⁹⁷ GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, ALEJANDRO: “El Código penal de 1870 concordado y comentado”, cit. pág. 449.

³⁹⁸ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: “Derecho Penal. Parte Especial”, 2002, cit. pág. 843.

³⁹⁹ COBO DEL ROSAL, MANUEL / QUINTANAR DÍEZ, MANUEL: “Derecho Penal Español, parte especial”, 2ª edición revisada y puesta al día con las últimas reformas, editorial Tirant Lo Blanch, cit. págs. 1108.

como fin lesionar la vida, la integridad o la salud del sujeto, sino obligarle a hacer o padecer lo que no desea.

En la misma línea CEREZO MIR⁴⁰⁰ sostiene que el empleo de fuerza aglutina también los casos en los que la fuerza se dirige contra cosas materiales, y así siempre que el funcionario no reciba en su cuerpo dicha violencia, sino que la misma recaiga exclusivamente sobre las cosas, habría que reconducir la conducta al delito de desobediencia, como botón de muestra dicho autor apunta que arrebatarse o intentar arrebatarse al funcionario alguna cosa que haya cogido en el ejercicio de sus funciones, encerrar a éste privándole de libertad de movimientos o sustraer el arma al agente de la autoridad sin que éste lo advierta.

Del mismo modo QUERALT JIMÉNEZ⁴⁰¹ entiende que la modalidad comisiva de empleo de fuerza contra los funcionarios públicos, en cuanto a la violencia o la fuerza que se ejerce no sólo sobre sus personas, sino también la que se ejerce sobre las cosas, de tal forma que la padezcan los agentes públicos, mostrando como ejemplo el hecho de atrancar una puerta para que los guardias no pasen o para encerrarlos momentáneamente y así poder huir.

En un sentido contrario, PRATS CANUT⁴⁰², refiere respecto de esta modalidad comisiva que a diferencia del acometimiento, en la

⁴⁰⁰ CEREZO MIR, S.: “Los delitos de atentado propio, resistencia y desobediencia”, Revista de Estudios Penitenciarios, 1966, pág. 326.

⁴⁰¹ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: “Derecho Penal Español, parte Especial”, cit. pág. 1128.

práctica no resultan fáciles de distinguir, “ya que toda fuerza física necesita un inicial acometimiento y no parece posible, por la propia naturaleza del delito, transportar al presente caso la espiritualización que del concepto violencia ha llevado a cabo nuestra jurisprudencia, admitiendo supuestos de fuerza en las cosas como integrante del mismo. La doctrina ha entendido que mientras que el acometimiento era más instantáneo, la fuerza física requería una mayor duración en el tiempo, en cualquier caso y dada la fórmula alternativa usada para describir el comportamiento típico y su nula trascendencia práctica, no cabe dedicar excesivo tiempo a la exégesis de ambos supuestos.”

Añade el autor que “de todas formas, no se trata de un supuesto de fuerza en las cosas, sino de fuerza física; así la jurisprudencia ha señalado que la construcción alternativa del delito de atentado por el uso de fuerza física o fuerza psíquica o moral, en relación con los cuales se exige capacidad de atemorizar, los supuestos de fuerza distinta a la física pertenecen en todo caso al campo de la intimidación y la resistencia sean graves, se hubiese utilizado el mismo módulo de entidad para el presente supuesto.”

Parece más razonable esta tesis avalada por PRATS CANUT, ya que la fuerza sobre las cosas en cuanto al sujeto de la acción, esto es, el funcionario, el agente o la autoridad, no parecerá sonable en el sentido de que lo que trata el autor del delito es mermar a los sujetos

⁴⁰² PRATS CANUT, J.M (y otros): “Comentarios a la parte especial de derecho penal”, cit. págs. 2057 y 2058.

pasivos de la acción psicológicamente mediante esa coacción o amenaza ejercida sobre la cosa que ya se integra dentro de la modalidad comisiva de intimidación grave, por ejemplo, amenazar al agente vertiendo gasolina en su coche oficial a la par que enciende una cerilla.

CORDOBA RODA⁴⁰³ señala que el delito de atentado en su modalidad de acometimiento se da cuando el sujeto activo aplique una violencia material sobre el cuerpo de la víctima, y por el contrario se estará ante empleo de fuerza cuando, por ejemplo, se arranque a un agente de la autoridad, venciendo la resistencia física de él, las insignias o armas propias del mismo, por tanto, para este autor, el empleo de fuerza requiere que ésta pueda o no ir acompañada de aquél.

En este sentido LORENTE VELASCO⁴⁰⁴, señala que “estamos ante un verdadero acometimiento violento, activo e indirecto, en tanto que se hace uso de un objeto para llevar a cabo la agresión. El simple hecho de colocar el artefacto, aunque este ni siquiera haga explosión supone la consumación del delito de atentado, pues hemos de recordar que no se exige un resultado lesivo en los bienes jurídicos personalísimos del sujeto que soporta la acción sino que basta con que se perpetre ese acometimiento para poder entender perfeccionado el

⁴⁰³ CORDOBA RODA, J: Comentarios al Código Penal”, Madrid 2004, págs. 2518-2519.

⁴⁰⁴ LORENTE VELASCO, S.M.: “Delitos de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos y de resistencia y desobediencia.”, tesis dirigida por el Catedrático de Derecho Penal del Departamento de derecho Penal de Granada, DON MIGUEL OLMEDO CARDENETE, Diciembre 2009.

tipo en cuanto que se vulnera el bien jurídico que tutela este delito. Existen resoluciones, como por ejemplo la STS núm. 695/1996, de 15 de octubre (RJ 1996, 7813), en las que esta conducta se encuadra dentro del empleo de fuerza. Bien es cierto, que no plantea problema alguna que tal comportamiento se entienda como un ejemplo de empleo de fuerza, pues en cualquier caso se está encajando dentro del delito de atentado sin distinción alguna en lo que a las consecuencias jurídicas respecta.”

A mi parecer, la teoría expuesta por LORENTE VELASCO, podría dar lugar a la modalidad comisiva de intimidación grave, pues de por sí la palabra empleo de fuerza física, como acción violenta o contra el natural modo de proceder que ofrece la Real Academia de la Lengua, parece el criterio interpretativo de la norma más lógico y razonable ante estas situaciones.

El hecho de colocar un artefacto que el autor sabe que no va a explotar pero que supone una amenaza para el sujeto pasivo, estaríamos ante un supuesto de intimidación grave; al igual sucedería con el que le prende fuego al vehículo del agente, pues de otro proceder solo podría considerarse que estamos ante un supuesto de daños de un bien público, pero nunca ante un supuesto de atentado a la autoridad, a sus agentes o a los funcionarios públicos, pero en cualquier caso como apuntaba MUÑOZ CONDE entrar en este debate resulta superfluo pues en cualquier caso lo que interesa en este caso al Derecho penal son las consecuencias jurídicas de esa conducta que estaría integrada en una modalidad comisiva u en otra.

En posición contraria CARBONELL MATEU y VIVES ANTÓN⁴⁰⁵, sostienen que “la sustantividad del empleo de fuerza frente a la agresión o acometimiento radica en que la fuerza empleada no se dirige a lesionar la vida, la integridad o la salud del agredido, sino que tiene por objeto obligarle a hacer o padecer lo que no desea”, para estos autores un supuesto de empleo de fuerza y no constitutivo de acometimiento sería aquél en el que el sujeto activo arranca a la autoridad el uniforme o las insignias propias de su cargo.

En la misma línea RODRÍGUEZ DEVESA⁴⁰⁶, intentando dotar de un significado propio e independiente a la modalidad comisiva de empleo de fuerza, entendiendo que el mismo debe de quedar reservado para la violencia sobre las cosas, mientras que el acometimiento se identificaría con la fuerza ejercida sobre el sujeto pasivo en sí mismo considerado.

Similar visión apunta ROIG TORRES⁴⁰⁷ cuando afirma que “por lo demás de adoptarse esta postura sería necesaria una mayor precisión respecto al móvil y a las cualidades de la fuerza, ya que si se considera en sentido genérico, como ejercicio de violencia sobre las cosas con la finalidad de doblegar la voluntad de la autoridad, podría solaparse con la siguiente conducta típica (intimidación grave), que supone la coacción psíquica del agraviado, aquí sí, sin limitación en

⁴⁰⁵ VIVES ANTÓN, T.S/ CARBONELL MATEU, J.C: “Derecho Penal. Parte Especial Delitos contra el orden público”, Valencia 1999, pág 848.

⁴⁰⁶ RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.: “Derecho penal español, Parte Especial”, 2ª edición, 1966, cit. pág. 680.

⁴⁰⁷ ROIG TORRES, MARGARITA cit.: “El Delito de Atentado”, cit. pág. 126.

cuanto a los medios coercitivos. De otra parte, el entendimiento de la fuerza como un tipo de intimidación cuenta con pocos fundamentos a la luz de la regulación vigente, toda vez que el legislador ha recogido esta acción respecto del acometimiento (“son reos de atentado, dice el artículo 550, los que acometan a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, o empleen fuerza contra ellos”) y como modalidad previa y diferenciada de la intimidación.”

Continúa argumentando la autora⁴⁰⁸ que “no obstante, debemos advertir que mediante esta lectura no se logra un total deslinde entre las figuras constitutivas de atentado, puesto que el uso de fuerza ha de distinguirse, a su vez de otra modalidad típica: la resistencia: Desde esta óptica, habría que concluir que el “empleo de fuerza” a que alude el Código comprende aquellas agresiones físicas que, no estando dirigidas a lesionar a la autoridad, o al agente o funcionario, no constituyen tampoco un acto de oposición a una pretensión previa de esos sujetos. Y, hay que reconocer que estas dos últimas acciones son las más comunes en aquéllos contextos en que suele producirse esta infracción. En cualquier caso, la adopción de una u otra postura tiene escasas repercusiones prácticas en tanto la pena aplicada es la misma ya se califiquen los hechos de acometimientos o de fuerza. Precisamente por ello convendría que el legislador unificara bajo una misma denominación las actuaciones que llevan un uso de violencia física (manteniendo, quizá, la calificación de resistencia, como modalidad separada del delito previsto en el artículo 556); lo que

⁴⁰⁸ ROIG TORRES, MARGARITA cit.: “El Delito de Atentado”, cit. págs. 129-130.

sorprende no se haya hecho aún, teniendo en cuenta las posiciones encontradas que en este punto existen en nuestra doctrina y la escasa aplicación que se hace de la fuerza en la práctica forense... más, si quisiéramos atribuir a esas figuras un contenido autónomo, haciendo mérito al principio de vigencia, la solución más correcta sería, a nuestro juicio, la de atender a la intención del autor, en la forma propuesta por la última postura doctrinal apuntada, ya que, amén de ser la que mejor se compadece con una interpretación gramatical de la ley, cuenta además con un precedente histórico del Código Penal de 1822.”

Por su parte JAVATO MARTÍN⁴⁰⁹ sostiene que “de todas formas, la cuestión carece de relevancia práctica dada la estructuración del delito como tipo mixto alternativo. Lo que no es óbice, para plantear a la vista de las dificultades interpretativas suscitadas el replanteamiento de las diversas formas comisivas, (en especial las de contenido violento).

Haciendo un esfuerzo interpretativo, quizás se podría articular la diferenciación entre los dos primeros supuestos típicos del artículo 550 del siguiente modo: mientras que el acometimiento recoge todos aquellos supuestos de ataques físicos, agresiones o embestidas en los que el sujeto activo toma la iniciativa frente al agente, el término empleo de fuerza, recogería aquellos supuestos de mero uso de la fuerza para doblegar la voluntad del sujeto pasivo en el contexto de

⁴⁰⁹ JAVATO MARTÍN, A.M.: “El delito de atentado. Modelos legislativos. Estudio histórico-dogmático y de Derecho comparado”, cit. págs. 369-370.

una situación violenta ya iniciada, sin que implique necesariamente por lo tanto, el ataque, la agresión o embestida previa.”

CUERDA ARNAU⁴¹⁰ afirma que todas estas posiciones no resultan del todo irreconciliables, pues casi todas tienen en común la exigencia de un comportamiento violento que, directa o indirectamente recae sobre el sujeto pasivo de la acción. Ese es, según esta autora, el núcleo en torno al cual debe girar la conducta, siendo conveniente reconducir a la modalidad de intimidación los supuestos de fuerza sobre las cosas y matizando que el empleo de fuerza no tiene por qué implicar un previo acometimiento, evitando así que se convierta en superflua la modalidad que estudiamos.

Para LORENTE VELASCO⁴¹¹, “siempre que el sujeto activo realice una conducta que implique el ejercicio de violencia física sobre el cuerpo del funcionario, autoridad o agente de la misma, estaremos ante un supuesto típico de atentado en su modalidad de acometimiento, mientras que si la conducta violenta recae sobre las cosas estaríamos ante un ejemplo de empleo de fuerza y no de intimidación como algunos autores apuntaban, pues esta última –como a continuación veremos– se caracteriza por una ausencia total de fuerza física, actuando simplemente sobre la vis moral, es decir

⁴¹⁰ CUERDA ARNAU: “Los delitos de atentado y resistencia”, cit. pág. 68 y ss.

⁴¹¹ LORENTE VELASCO, S.M.: “Delitos de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos y de resistencia y desobediencia.”, tesis dirigida por el Catedrático de Derecho Penal del Departamento de derecho Penal de Granada, DON MIGUEL OLMEDO CARDENETE, Diciembre 2009.

intimidar implica anunciar un mal pero usar la fuerza sobre las cosas excede de ello.

No vamos a negar que el empleo de fuerza sobre las cosas debe tener cierta entidad y significación para poder ser objeto del delito de atentado, lo cual explica que habría sido conveniente que el legislador hubiese añadido el calificativo de «grave» al empleo de fuerza tal cual lo hace con la intimidación o con la resistencia activa.

Todas aquellas conductas que presenten un empleo de fuerza de poca índole o entidad, sin el componente violento necesario y propio del atentado, podrían ser reconducidas por la modalidad del delito de resistencia del artículo 556 CP –siempre que se den los requisitos legales del tipo tales como la necesidad de un requerimiento previo por parte de la autoridad al sujeto activo– pues de lo contrario se estaría desvirtuando y estirando demasiado el concepto de atentado teniendo como resultado la aplicación de este tipo ante comportamientos carentes de la violencia propia del mismo.”

Finalmente señala esta autora⁴¹² que “la modalidad de «empleo de fuerza» se configura como el cajón de sastre de las conductas típicas de atentado, de manera que deberá entenderse que estamos ante esta variedad cuando la conducta típica:

- Presente la suficiente entidad violenta como para poder configurarla como una conducta grave, es decir con independencia de que con ella se consiga o no un resultado, es preciso que no estemos

⁴¹² LORENTE VELASCO, S.M.: cit. “Delitos de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos y de resistencia y desobediencia.”

ante una conducta que no alcance unos límites objetivos de gravedad dignos de catalogar la misma como un comportamiento indiscutible y evidentemente violento.

- Dicho comportamiento diste mucho de ser un acometimiento, entendiendo por tal una acción de fuerza o violencia ejercida sobre el cuerpo de la víctima del delito, en un ataque directo, frontal e inmediato mediante el empleo de fuerza corporal o física exteriorizada –STS de 10 de mayo de 1988 (RJ 1988, 3519) entre otras–.

- La conducta perpetrada no sea susceptible de interpretarse como una intimidación grave, es decir se debe caracterizar por presentar una clara vis física que la distinga de la vis moral propia de la intimidación cuya principal característica es actuar única y exclusivamente sobre la voluntad del sujeto que soporta la acción, infundiéndole un miedo o temor sobre una mal inminente.

Estos son los elementos que debemos analizar antes de decidir si una conducta constituye atentado mediante el empleo de fuerza. Así, podemos encontrar supuestos concretos en los que estamos ante esta modalidad de conducta: por ejemplo, cuando se le quita a un agente su arma, se le aprehenden sus insignias, se le quita o impide el acceso a su vehículo, se le colocan los grilletes o cualquier otro medio para amarrarle, etc.

Siendo así las cosas, cualquier conducta violenta que diste de agredir físicamente al portador del bien jurídico y que no sea susceptible de encajar en la intimidación –cuyas características

esbozaremos a continuación– podrá ser, aunque solo sea por eliminación, considerada «empleo de fuerza».

Un supuesto fáctico que merece especial mención es aquel en el que el sujeto activo coloca un artefacto explosivo. En estos casos, y con independencia de que el mismo estalle o no, el debate se centra en determinar si debe considerarse acometimiento o empleo de fuerza.”

La jurisprudencia no distingue acometimiento de empleo de fuerza utilizando ambos conceptos como sinónimos, equivalentes; y así, unas veces al definir el acometimiento incluye los actos de empleo de fuerza, o bien se utiliza expresamente dicho término, otras lo define como empleo coactivo, etc. , pues es frecuente encontrar conductas que encajan perfectamente dentro del concepto de acometimiento (bofetadas, arrojar piedras, patadas, puñetazos, mordiscos, empujones, etc.) y que sin embargo son consideradas como supuestos de empleo de fuerza.

En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo⁴¹³ de 15 de octubre de 1979 establece “que el tercer motivo está articulado por aplicación indebida del art. 236 en relación con el 231-2.º del C. P. y se fundamenta en que el procesado “no tenía intención de atacar a la Autoridad”. Sobre esta figura delictiva del atentado, la doctrina de esta Sala -SS. 9 y 18 mayo y 17 octubre 1977 (RJ 1977\2205 , RJ 1977\2373 y RJ 1977\3711)- tiene establecido: 1.º Que la conducta del agente ha de estar integrada por un acometimiento, o empleo de

⁴¹³ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL) DE 15 OCTUBRE 1979 PONENTE: GÓMEZ DE LIAÑO Y COBALEDA, MARIANO (RJ 1979\3672).

fuerza, o intimidación grave, o resistencia también grave, como sinónimos de agresión física, ejecución de actos violentos, infusión racional e intensa de miedo y oposición violenta de grado mayor; 2.º Que la culpabilidad, como elemento o requisito anímico del delito, esté integrada no solamente por la voluntariedad normal de la acción, sino además por el ánimo específico de menoscabar el principio de Autoridad, menospreciando o agravando a la persona que lo encarna, con lo que el tipo delictivo exige un elemento subjetivo de lo injusto, presumible siempre que la conducta del agente se realice cuando el sujeto pasivo se encuentra en el ejercicio de sus funciones, o con ocasión de las mismas; y 3.º Que la antijuricidad, como manifestación de lesión al bien jurídicamente protegido por el ordenamiento penal, sea apreciada de acuerdo con la norma cultural del momento de la acción y a través de cuantas circunstancias influyan en sus condicionamientos, y como de los hechos que constan en el resultando que los declara como probados, se deduce que el acometimiento, calificado de asesinato frustrado fue realizado por el procesado cuando el señor Secretario se encontraba realizando sus funciones estudiando o analizando determinados documentos en el Ayuntamiento, y motivado «por lo mal que a su parecer gobernaban el pueblo», es evidente que concurren todos los requisitos que reclama la vivencia del delito de atentado previsto y sancionado en los preceptos que se alegan como infringidos, con lo que este tercer motivo del recurso igualmente debe ser desestimado.”

En cuanto a la confusión en la delimitación de las modalidades comisivas en el delito de atentado encontramos un ejemplo en la Sentencia del Tribunal Supremo⁴¹⁴ de 1 de diciembre de 1987, la cual apunta que “el ánimo de menosprecio a la autoridad o sus agentes, no en el sentido de agravio o desconsideración hacia el abstracto principio de Autoridad, sino hacia las personas que en el caso concreto lo encarnan y ponen en ejercicio es elemento subjetivo del injusto en el delito de atentado y orienta el juicio valorativo del Tribunal para desplazar de la órbita de dicho delito, además de los supuestos de imprudencia, aquellas acciones que, perteneciendo a las descritas en el párrafo segundo del artículo 231 del Código penal, sirven para ventilar rencillas personales, cuestiones de intereses, de vecindad o familiares, etc., es decir -y generalizando- cuestiones ajenas a la condición pública del sujeto pasivo y al desempeño del cargo. Pero cuando la autoridad o el agente actúa en el ámbito de sus atribuciones y dicha condición es conocida del sujeto, la acción violenta sobre su persona dentro de las especificaciones objetivas de dicho artículo y directamente relacionadas con el ejercicio de dichas funciones o con ocasión de las mismas, evidencia «la voluntad» de acometer, emplear fuerza, intimidar o resistir, y «el ánimo» de vulnerar o dejar malparado el principio de Autoridad, imprescindible para que la sociedad mantenga los niveles mínimos de convivencia organizada. Consecuentemente la acción de abalanzarse e inmovilizar al policía

⁴¹⁴ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL) DE 1 DE DICIEMBRE DE 1987, PONENTE: MOYNA MÉNGUEZ, JOSÉ HERMENEGILDO (RJ 1987\9516).

municipal encargado del depósito para impedirle que cerrara la puerta significa un acto de fuerza contra un agente de la autoridad en el ejercicio de las funciones de custodia encomendadas, en el que se aprecia un dolo «reduplicado» -así lo llama algún sector doctrinal- que abarca el empleo de la fuerza para impedirle el cumplimiento de su misión y el agravio al principio de autoridad que representa, que coexiste con el propósito o móvil de evasión, que en este caso no tuvo relieve delictivo por carecer los acusados de la condición de sentenciados o presos en el sentido procesal de los vocablos. Procede la desestimación del primer motivo del recurso por aplicación indebida del párrafo segundo del artículo 231 del Código.”

Distinguiendo del acometimiento la Sentencia del Tribunal Supremo⁴¹⁵ de 13 de febrero de 1992, sostiene que “el primero de los motivos se interpone al amparo del núm. 1.º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y denuncia la infracción de lo dispuesto en los arts. 231,2 y 236 del Código penal, y la procedencia de desestimar el motivo procede por la simple lectura del relato fáctico de la sentencia recurrida de la que aparece perfectamente descrito un acto de acometimiento como son las «patadas y puñetazos» o de empleo de fuerza física que constituye el elemento objetivo característico del delito de atentado y que excede de los actos de mera resistencia o desobediencia a los que se refiere el art. 237 del Código penal.”

⁴¹⁵ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL) DE 13 DE FEBRERO DE 1992, PONENTE: GARCÍA MIGUEL, MANUEL (RJ 1992\1226).

Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo⁴¹⁶ de 27 de enero de 1992 argumenta que “desde el punto de vista de la actividad criminal o actos integradores del hecho punible, es necesario la existencia de un acometimiento o fuerza en el sentido de agresión o ataque físico como acto de violencia material en suma, a un Agente de la Autoridad, funcionario público o Autoridad. Fuerza física que igualmente puede desenvolverse a través de la pura fuerza moral, o intimidación gravemente perturbadora del sosiego, paz y seguridad del sujeto activo. También el tipo penal se puede consumir a medio de una resistencia grave como fuerza en acción pasiva.”

En otro sentido, también el Tribunal Supremo ha intentado delimitar las distintas modalidades comisivas del delito de atentado respecto del empleo de fuerza optando por considerar que el acometimiento va dirigido a dañar la vida, la integridad física o la salud del sujeto que lo padece mientras que el empleo de fuerza tiene como finalidad la de obligar al funcionario a algo o coaccionarle.

En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo⁴¹⁷ de 2 de junio de 1993 pronuncia que “el acometimiento como conducta típica integradora del atentado equivale a agredir, bastando que se realice una acción directamente encaminada a dañar la vida, la integridad corporal o la salud, con tal de que ofrezca idoneidad o virtualidad para el logro de fin propuesto, pero sin ser exigible la efectiva originación

⁴¹⁶ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL) DE 27 DE ENERO DE 1992, PONENTE: DE VEGA RUIZ, JOSE AUGUSTO (RJ 1992\573).

⁴¹⁷ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL) DE 2 DE JUNIO DE 1993, PONENTE: SOTO NIETO, FRANCISCO (RJ 1993\4702).

de la lesión entrevista. Si además del acometimiento y como consecuencia del mismo se produjesen lesiones en el sujeto pasivo o, incluso, resultado de muerte, se castigarán ambas infracciones atendiendo a la hipótesis o modalidad pluriofensiva a que se refiere el art. 71 del CP, concurso medial, lo que conlleva, caso de que las lesiones sean leves, la individualizada sanción de éstas como falta, además de la propia correspondiente al delito de atentado cfr. SS. 2-6-1970, 8-3-1982, 28 enero y 14 febrero 1983, 3 julio y 20 septiembre 1985, 12 febrero y 24 septiembre 1986, 29-6-1987 y 15-9-1989.”

Y finalmente en la misma línea se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo⁴¹⁸ de 8 de noviembre de 1994 aduciendo que “tiene razón el Ministerio Fiscal en lo referente a la concurrencia del delito de detenciones ilegales con el de atentado del artículo 234 CP. Es claro que el encierro de los funcionarios incrementa de una manera no irrelevante la lesión del bien jurídico ya afectado por el empleo de fuerza contra los funcionarios. La breve duración del encierro no impide, en principio, que la acción sea subsumida bajo el tipo penal, aunque la solución depende muy directamente de las características de cada caso. Los delitos de detención ilegal y atentado concurren en este caso idealmente. En efecto los autores han empleado fuerza contra los funcionarios del establecimiento carcelario y los han encerrado en la celda en una serie de movimientos corporales desarrollados por una

⁴¹⁸ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL) DE 8 DE NOVIEMBRE DE 1994, PONENTE: BACIGALUPO ZAPATER, ENRIQUE (RJ 1994\9993).

voluntad unitaria dentro de un estrecho marco temporal y espacial. Ello es determinante a diferencia de lo sostenido por el Fiscal, de una unidad de acción, pues el conjunto de los hechos constituyen naturalmente, sin consideraciones jurídicas especiales, una unidad de valoración jurídica a los efectos del concurso de delitos.”

IV.- INTIMIDACIÓN GRAVE

En este tipo hallamos al igual que en las anteriores modalidades delictivas del delito de atentado con la nota característica de la violencia, y como señala JAVATO MARTÍN⁴¹⁹, entramos en el terreno de de la *vis moralis* o *vis compulsiva*, capaz de incidir y afectar el proceso de motivación del sujeto.

Para la mayoría de la doctrina⁴²⁰ intimidar, se entiende en primer lugar en el anuncio de una mal, que puede ser de diversa índole, pero es preciso que recaiga sobre la persona misma del funcionario, pudiendo tener, además, como destinatarios a sus familiares o a terceras personas e incluso puede recaer sobre cosas materiales; exigiéndose una idoneidad para infundir miedo bastante o suficiente al funcionario.

Partiendo de esa idoneidad, la Real Academia Española de la Lengua⁴²¹, establece que intimidar equivale a “causar o infundir miedo o entrarle o acometer a alguien el miedo.”

Desde esta perspectiva es imprescindible acudir al delito de amenazas para dotar de contenido esta modalidad delictiva a la par

⁴¹⁹ JAVATO MARTÍN, A.M.: “El delito de atentado. Modelos legislativos. Estudio histórico-dogmático y de Derecho comparado”, cit. pág. 370.

⁴²⁰ JAVATO MARTÍN, A.M.: “El delito de atentado. Modelos legislativos. Estudio histórico-dogmático y de Derecho comparado”, cit. pág. 370; o ROIG TORRES, MARGARITA cit.: “El Delito de Atentado”, cit. pág. 133: “Intimidar equivale a causar daño o infundir miedo.”

⁴²¹ Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua; vigésima segunda edición, <http://www.rae.es>.

que delimitamos aquella otra figura delictiva que supone la intimidación.

En este sentido apunta COBO DEL ROSAL/QUINTANAR DÍEZ⁴²² respecto de esta modalidad comisiva, que intimidar gravemente supone la conminación de un mal con apariencia de seriedad y firmeza en los mismos términos en que se requiere dicho mal y dicha conminación para el delito de amenazas y que, además, sea futuro e idóneo en orden a la intimidación del sujeto amenazado.

En este mismo sentido PRATS CANUT⁴²³ manifiesta que por intimidación grave no cabe mantener postura distinta de la del delito de amenazas, que no es otra que la conminación de un mal futuro, idea común a todas sus especies, ya delictivas, ya contravencionales, pero que, evidentemente, no las abarca en su especialidad, por lo que bien doctrinalmente se ha dado una noción analítica por yuxtaposición de tales modalidades legales de amenazas, centrando la idea en el mal conminado que puede ser como apunta la jurisprudencia, mal futuro, la de injusto, determinado, posible, dependiente de la voluntad del sujeto activo y susceptible de producir intimidación en el sujeto amenazado, requisito éste último para el autor decisivo en esta noción descriptiva, pues basta para que el delito se dé, la idoneidad de la amenaza en sí misma, sin necesidad de que la perturbación anímica haya tenido lugar efectivamente.

⁴²² COBO DEL ROSAL, MANUEL / QUINTANAR DÍEZ, MANUEL: “Derecho Penal Español, parte especial”, cit. pág. 1108.

⁴²³ PRATS CANUT, J.M (y otros): “Comentarios a la parte especial de derecho penal”, cit. pág. 2058.

Para PRATS CANUT, la jurisprudencia del supremo respecto de esta modalidad comisiva destaca el relativismo que presenta, pues tanto la variedad de circunstancias anímicas que puedan concurrir, como por formas comisivas, ha señalado que su ejecución consiste en la conminación de un mal con apariencia de seriedad y firmeza, sin que sea necesario la producción de la perturbación anímica que el autor persigue, de manera que basta que el componente objetivo sea apto para amedrentar a la víctima, o bien tener como criterio la inminencia del mal para delimitar la intimidación del atentado del delito de amenazas.

Por tanto concluye el autor, que la exigencia de la gravedad también está vinculada al cúmulo de circunstancias concurrentes al hecho, sin que pueda adoptarse un criterio a priori, salvo el de la entendida que de la misma en cualquier caso debe poderse predicar.

MUÑOZ CONDE⁴²⁴ señala que “mayor trascendencia tiene la distinción con la intimidación, pues cuando ésta no es grave el hecho deja de ser delito. La opinión dominante considera que la intimidación constitutiva del atentado es la amenaza de realizar un mal inmediato. En todo caso, el Código exige la gravedad de la amenaza, al igual que en la resistencia, pues si ésta no es grave existirá el delito del art. 556. La gravedad de la intimidación y la resistencia debe medirse con un criterio objetivo, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso.”

⁴²⁴ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: “Derecho Penal. Parte Especial”, Valencia 2007, cit. pág. 865.

Para QUERALT JIMÉNEZ⁴²⁵ la intimidación grave equivale a la amenaza grave y que, por razón de penalidad habría que acotar al máximo esta modalidad comisiva a aquellas amenazas que sean constitutivas de delito, sean condicionales o no.

Sostiene el autor que la mayoría de los funcionarios sobre los que recae el delito de atentado son policías, los cuales deberían de tener una preparación técnica en resistir a las intimidaciones, y como la amenaza se mide en función de su potencial intimidador *ex ante*, teniendo en cuenta los sujetos en liza, ni siquiera todas las aparentes amenazas delictivas pueden ser calificadas de tales: ciertas formas de hablar, duras a primera vista, pierden su condición intimidatoria por haberse convertido en muletillas o cláusulas de estilo. No deja de llamar la atención y corroborar este hilo argumental que no constituyan atentado las intimidaciones no graves, es decir, en nuestro planteamiento, las que no intimidan.

Por tanto, QUERALT JIMÉNEZ manifiesta que circunscribiendo a las amenazas constitutivas de delito de entidad aparente la intimidación grave típica, queda racionalizado el posible ámbito de este inciso típico; por supuesto, no es necesario, pese al potencial intimidador *ex ante*, que el sujeto pasivo resulte realmente atemorizado.

Concluye QUERALT JIMÉNEZ, que no es compartible, por carecer de base legal, una presunta distinción entre intimidación grave

⁴²⁵ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: “Derecho Penal Español, parte Especial”, cit. págs. 1128 y 1129.

(el mal es inminente) y amenazas graves (el mal es futuro), distinción que efectúa, aun asumiendo su fragilidad. Por tanto, la intimidación existe o no existe, pues otra cosa sería que, atendida la pena, el mal tenga que ser inminente y no remoto, pero eso tampoco es un criterio seguro ni halla respaldo en la Ley.

CARBONELL MATEU y VIVES ANTÓN⁴²⁶ en consonancia con la jurisprudencia mantienen que tanto la intimidación como la amenaza participan de un denominador común consistente en la exteriorización del propósito de causar un mal que debe de ser grave, posible y revestir apariencia de seriedad y firmeza, siendo la principal diferencia entre ambas conductas que mientras que la intimidación se caracteriza por la inminencia de un mal, la amenaza se torna en un mal futuro o menos próximo.

Finalmente SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAILLO⁴²⁷ apuntan al igual que el resto de la doctrina que intimidar supone amenazar, pues nos encontramos ante un supuesto de violencia intimidativa (*vis compulsiva*) ejercida sobre el sujeto pasivo.

Para estos autores, esta modalidad comisiva ha de ser de entidad suficiente como para poder influir en la voluntad de la autoridad, sus agentes o los funcionarios públicos, esto es, sobre el sujeto pasivo del delito. Puede ocurrir que el sujeto activo del delito destruya objetos de

⁴²⁶ VIVES ANTÓN, T.S/ CARBONELL MATEU, J.C: cit. “Comentarios al Código Penal de 1995”, cit. págs. 2073-2074.

⁴²⁷ SERRANO GÓMEZ, ALFONSO / SERRANO MAILLO, ALFONSO: “Derecho Penal. Parte Especial”, cit. pág. 1.028.

valor que pueden ser del sujeto pasivo o de terceros, para conseguir doblegar la voluntad del sujeto pasivo del delito (*vis in rebus*).

Así se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo⁴²⁸ de 18 de abril de 2001 en el sentido que “ “indiscutido el carácter de Autoridad en el ejercicio de sus funciones, ha de tenerse en cuenta, respecto a la acción típica cómo esta Sala, partiendo de la descripción del artículo 550, referida a acometimiento, empleo de fuerza, grave intimidación o resistencia también grave, advierte con frecuencia que el atentado se perfecciona incluso cuando el acto de acometimiento no llegara «a consumarse». Lo esencial es la embestida o ataque violento (sentencias de 2 de junio 1970 (RJ 1970, 2722) ; (26 enero (RJ 1984, 416) y 11 octubre 1984 (RJ 1984, 4826) y 30 abril 1987 (RJ 1987, 3046)), y en particular, respecto al atentado como delito de pura actividad, aunque no llegaran a golpear sobre los cuerpos de los Agentes. Como delito de actividad pues, se consuma con el ataque o acometimiento. El acometimiento se parifica con la grave intimidación, que puede consistir en un mero acto formal de iniciación del ataque o en un movimiento revelador del propósito agresivo (sentencia de 15 julio 1988 (RJ 1988, 6588)), apreciándose por la jurisprudencia «ante el anuncio o la conminación de un mal inminente, grave, concreto y posible, susceptible de una coacción anímica intensa» (sentencia de 18 octubre 1990 (RJ 1990, 8170)).

⁴²⁸ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL) DE 18 DE ABRIL DE 2001, PONENTE: MONER MUÑOZ, EDUARDO (RJ 2001\2987).

En el caso enjuiciado, tanto concurre, al abalanzarse, con inferida inequívoca intención, como la intimidación grave ocasionada.”

En la misma línea la Sentencia del Tribunal Supremo⁴²⁹ de 13 de junio de 2001 apunta que “ “tal concreción y precisión, sí existe con relación a la Magistrada-Juez de lo Penal (art. 551-1º CP). Aquí, la cuestión jurídica controvertida ha girado acerca del alcance que debe otorgarse a la conducta típica que el precepto expresa en los términos: “intimidación grave”.

La Audiencia de origen hace una distinción entre la intimidación y la amenaza, como conducta integradora del delito de tal nombre, y concluye que en la intimidación el mal anunciado al sujeto pasivo ha de ser inminente, para hablar de delito de atentado. En el de amenazas el anuncio del mal ha de hacerse para un futuro más y menos inmediato (véanse, entre otras, SS. 24 de enero (RJ 2000, 721) y 14 de septiembre de 2000 (RJ 2000, 7942)).

Lo cierto es que la delimitación conceptual, no constituye una cuestión pacífica en la doctrina científica.

Existen autores, que no hallan diferencia alguna entre la amenaza y la intimidación grave. Consideran que este último concepto estaría constituido por la conminación de un mal futuro, que reuniera los caracteres de injusto y determinado, posible, dependiente de la

⁴²⁹ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL) DE 13 DE JUNIO DE 2001, PONENTE: SORIANO SORIANO, JOSÉ RAMÓN (RJ 2001\6251).

voluntad del sujeto activo y susceptible de producir intimidación en el sujeto amenazado.

Otra importante dirección doctrinal, entiende que existen diferencias de concepto, y apuntan como elemento delimitador a «la inminencia» del mal; es decir, debe existir una mayor concreción y proximidad del mal en la intimidación del atentado, que en el propio delito de amenazas. Quizás entendiendo en estos términos, la distinción, se acomode al mismo criterio diferencial existente entre el robo intimidatorio y el delito de amenazas condicionales para obtener un beneficio económico.

...3. La Sala de instancia acogiendo a esta última interpretación, entendió que la conducta enjuiciada no era subsumible en el art. 550 del CP.

4. Por otro lado, las escasas sentencias en que ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Supremo sobre el actual art. 550, en la modalidad típica de intimidación grave, lo ha sido por actos de inmediata realización, como apuntar con una pistola al funcionario o autoridad.

También por la Sala 2ª, en términos generales se ha concebido la intimidación como el anuncio o la conminación de un mal inminente, grave, concreto y posible, susceptible de despertar un sentimiento de angustia o temor ante el eventual daño, provocando una coacción anímica intensa. Es frecuente, por tanto, detectar la nota de inminencia, cuando la jurisprudencia habla de la intimidación que se cierne sobre la autoridad o funcionario.

5. Es cierto también que de las cuatro conductas nucleares típicas, contenidas en el art. 550, tres de ellas (acometimiento, empleo de fuerza, o hacer resistencia activa grave), suponen el despliegue de un ataque coactivo inmediato a la autoridad o a sus agentes. La intimidación grave debe estar más próxima, en una interpretación lógica, a las conductas equivalentes entre las que se halla, que respecto a las amenazas, reguladas en otro título del Código, por cuanto mereciendo el mismo reproche legislativo, deberá participar de una similar caracterización conductual.” ”

Curiosa resulta la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2010⁴³⁰, en la que se condena al autor por un delito de

⁴³⁰ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 10-2-2010, Nº 57/2010, REC. 1735/2009. PTE: SORIANO SORIANO, JOSÉ RAMÓN (EDJ 2010/5928): “en motivo único, coincidente en uno y otro recurrente se combate la sentencia, vía art. 849-1 L.E.Cr. (corriente infracción de ley), por inaplicación de los arts. 550 y 551-2 C.Penal.

...4. Avanzando en nuestro razonamiento podemos afirmar que tratándose de una intromisión grave en el derecho a la seguridad, libertad y tranquilidad (amenazas) de una autoridad, es de todo punto indispensable determinar si se hallaba en el ejercicio de sus funciones, por ejemplo, presidiendo como miembro de la Corporación el acto celebrado u ejerciendo de otro modo las competencias o funciones que le son propias como edil municipal, representativas o ejecutivas de su condición pública. De ser así es patente que el delito se habría cometido y nos hallaríamos ante un concurso ideal de delitos, por ser distintos los bienes jurídicos lesionados con una misma conducta (art. 77 C.P.).

Pero al no hallarse en el ejercicio de sus funciones, como proclaman los hechos probados, debemos indagar si las amenazas se dirigieron como tal autoridad para denigrar, desprestigiar o represaliar el ejercicio de las mismas o por las mismas razones por las que se pretendía llevar a cabo una alteración grave de la paz pública o subvertir el orden constitucional, es decir, por el sólo hecho de pertenecer al colectivo de personas o de partidos que aceptan la convivencia pacífica en democracia, con respeto a la Constitución o a las Leyes, frente a quienes no las aceptan y fuera de las vías legales pretenden alcanzar por cauces violentos objetivos separatistas o independentistas. Nuestra jurisprudencia ha reputado que se comete el atentado "con ocasión de ejecutar las funciones del cargo":

- a) Cuando el acto violento dirigido contra la autoridad o funcionario tenga por causa, motivo o referencia no sólo las actividades que a la sazón realiza, dentro de sus funciones públicas, sino las que ejerció o ejercerá en lo sucesivo.
- b) "Con ocasión de ellas" equivale a sufrir las consecuencias de haberlas ejercido (S.T.S. 20-12-86, 8-5-87, 6-3-90, etc.).
- c) "Con ocasión de ellas", también significa en directa contemplación a la actividad funcional realizada (S.T.S. 30-5-88, 24-2-89, etc.).

atentado y otro de amenazas terroristas, suponiendo además dichas amenazas la modalidad comisiva de la intimidación grave.

Analizadas de una forma literal las dos sentencias citadas anteriormente, podría resumirse que la intimidación consiste en el anuncio de un mal de diversa índole, no siendo preciso que el mismo recaiga sobre el sujeto pasivo de la acción del delito de atentado, sino que este mal puede tener como destinatarios a familiares o a terceras personas e incluso puede recaer sobre cosas materiales, estando ante un supuesto de *vis in rebus*.

Para ROIG TORRES⁴³¹, “No es aventurado pensar, por tanto, que también esta conducta va a plantear problemas de deslinde con las figuras de amenazas. Y efectivamente así sucede a la luz de algunos trabajos doctrinales que tratan de discernir ambas conductas, no sólo bajo la vigencia del Código penal anterior, en el que se tipificaba el

d) También alcanza el término "con ocasión de ellas" a la protección post officium, siempre que las acciones que lesionan el bien jurídicamente protegido se hayan producido in contemplatione officii, o sea, por venganza o resentimiento de los actos realizados en cumplimiento de la función, aun cuando hubiese cesado en el desempeño de la misma: S.T.S. 31-1-90.

5. En atención a todo lo expuesto, más que a la diversa condición personal del sujeto (concejal o miembro de un partido o grupo de personas que aceptan la legalidad constitucional) en el caso de autos no ha quedado probado que se atacara el bien jurídico que se protege en el delito de atentado, por considerar que el sujeto activo no tenía el propósito (dolo directo), ni tampoco se representaba como efecto de su conducta (dolo de consecuencias necesarias, admitido en este delito), de que actuando de ese modo se atacara, ofendiera, denigrara o desconociera la dignidad de la función pública que ostentaba la ofendida entorpeciendo su ejercicio. En definitiva, esta Sala entiende que no se actuó con ocasión del ejercicio de las funciones de concejal, ni el prestigio, dignidad y libre desempeño del cargo resultó afectado. En ausencia de la dúplice lesión del bien jurídico entre el art. 169.2 en relación al 577 por un lado y el art. 550 y 551-2 por otro, todos del C.Penal, no se produjo el concurso ideal de delitos postulado.

En un caso idéntico esta Sala tampoco estimó como concurso ideal unas amenazas de muerte dirigidas a la alcaldesa de Lizartza, por no aparecer de modo nítido la lesión del bien jurídico protegido en el delito de atentado (véase S.T.S. núm. 1092/2009 de 23 de octubre) y sí, por el contrario, las amenazas terroristas por las que fue condenado el sujeto.”

⁴³¹ ROIG TORRES, MARGARITA cit.: “El Delito de Atentado”, cit. págs. 133-134.

desacato como infracción autónoma (una de cuyas modalidades era la amenaza a la autoridad, o a sus agentes o funcionarios), sino también en la actualidad, una vez desaparecida esa figura, acaso en atención a las consecuencias que esa dicotomía pueda tener a efectos de un posible concurso de leyes o infracciones. Pues bien genéricamente se fija esa separación atendiendo a la inminencia del mal que caracteriza a la intimidación (ésta, se dice, produce su efecto en el acto), frente al carácter futuro del mal propio de la amenaza. Y así lo entiende, también, el Tribunal Supremo definiendo la intimidación como “el anuncio o la comunicación de un mal inminente, grave, concreto y posible, susceptible de una coacción anímica intensa.”

En la misma línea JAVATO MARTÍN⁴³² refiere que “no existe restricción en cuanto a los medios a través de los cuales se puede canalizar la intimidación. Puede ser palabras, gestos o actitudes. En este último caso la intimidación se distingue del acometimiento porque no constituye el comienzo de una agresión corporal. Esta es sólo anunciada como posible.

El mal debe ser inminente. El requisito de la inminencia es lo que nos permite diferenciar entre la amenaza y esta forma de atentado. No es pacífico, sin embargo, este entendimiento. Frente a esta tesis mayoritaria, doctrinal y jurisprudencialmente se han postulado otras dos teorías en orden a deslindar la amenaza de la coacción. La intimidación al igual que la amenaza supone el anuncio de un mal

⁴³² JAVATO MARTÍN, A.M.: “El delito de atentado. Modelos legislativos. Estudio histórico-dogmático y de Derecho comparado”, cit. pág. 371-372.

futuro, más o menos próximo en el tiempo. Por tanto el único rasgo que nos permite diferenciar esta conducta de las contempladas en el artículo 169, sería el de la gravedad, que expresamente exige el legislador en el artículo objeto de nuestro estudio.”

La segunda cuestión según referido autor⁴³³ es planteada por CÓRDOBA RODA, en el sentido que “sitúa la frontera entre la intimidación/ amenaza en la producción o no de un efecto coactivo. La amenaza supondría la conminación de un mal sin ulterior exigencia mientras que la intimidación requiere la producción de un efecto coactivo de miedo en la víctima.”

Continúa el autor defendiendo a CÓRDOBA RODA en el sentido de que se está haciendo depender la existencia del delito de parámetros de corte subjetivos, como puede ser el caso de la fortaleza psíquica de la víctima.

Además para JAVATO MARTÍN “el mal con que se anuncia debe ser capaz de producir una sensación de terror o miedo en el sujeto. Basta la idoneidad o aptitud para implementar ese sentimiento en el funcionario o autoridad o agente de la autoridad, sin que sea preciso que efectivamente se produzca. En este sentido el mal tiene que presentar visos de verosimilitud y concreción.”

Para QUERALT JIMÉNEZ⁴³⁴, el mal con el que se amenaza debe ser delictivo, aduciendo de un lado a efectos de la pena, que dada

⁴³³ JAVATO MARTÍN, A.M.: “El delito de atentado. Modelos legislativos. Estudio histórico-dogmático y de Derecho comparado”, cit. pág. 371-372.

la gravedad de la misma prevista para el delito de atentado, estaría más que justificado acotar al máximo posible la modalidad delictiva y limitarla a las amenazas delictivas, bien sean condicionales o no. De otro lado, entiende que los funcionarios contra los que se atenta, en la mayoría de los casos son policías y éstos como consecuencia de su propia formación, tienen que estar versados en técnicas de resistencia e intimidaciones.

Por lo tanto, y teniendo en cuenta que la amenaza se mide en función de su potencial intimidador ex ante, según esta interpretación ni siquiera todas las aparentes amenazas delictivas pueden ser calificadas como tales. A pesar de ello, reconoce el autor que no es preciso que el sujeto pasivo de la acción quede efectivamente atemorizado sino que basta con la valoración de la amenaza en abstracto.

En cuanto a la gravedad, refiere JAVATO MARTÍN⁴³⁵ que “nos hallamos ante un elemento normativo de difícil ponderación. Su presencia o concurrencia dependerá no sólo de la gravedad del mal y seriedad de su conminación sino también de otra serie de circunstancias o factores concurrentes en el caso concreto como, por ejemplo los objetos o medios empleados, o el tiempo y lugar en que se desarrolla.

⁴³⁴ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: “Derecho Penal Español, parte Especial”, págs. 823-824.

⁴³⁵ JAVATO MARTÍN, A.M.: “El delito de atentado. Modelos legislativos. Estudio histórico-dogmático y de Derecho comparado”, cit. pág. 372-373.

En suma, será una cuestión a dictaminar por el juzgador, a la vista del global de las circunstancias concurrentes en el caso concreto.”

LORENTE VELASCO⁴³⁶ manifiesta que, “la gravedad de la intimidación deberá ser valorada ex ante y no en función de los efectos que produzca la acción típica en el sujeto al que va dirigida, pues así lo asentábamos al referirnos con carácter general a la figura del atentado, pues estamos ante un delito de mera actividad, que se consuma sin necesidad de que exista un resultado material diferenciado espacio-temporalmente; en consecuencia, no es de recibo exigir que el sujeto sobre el que recae la intimidación se sienta realmente atemorizado o violentado en su acción porque eso dependerá en gran medida de aspectos relativos a su personalidad o incluso a su capacidad, bastando por tanto con que la intimidación que escenifica el sujeto activo tenga objetivamente la gravedad suficiente como para merecer tal calificación.”

ROIG TORES⁴³⁷ sostiene que a tenor del Código vigente y teniendo en cuenta que las sanciones previstas para el atentado no son sustancialmente distintas a las señaladas para las amenazas, podría entenderse que una vez derogado se puede concluir que todos los supuestos de *vis compulsiva* que revistan la suficiente entidad quedan comprendidos en el delito de atentado, sin perjuicio de que se recurra

⁴³⁶ LORENTE VELASCO, S.M.: cit. “Delitos de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos y de resistencia y desobediencia.”

⁴³⁷ ROIG TORRES, MARGARITA cit.: “El Delito de Atentado”, cit. pág. 137.

a la falta del artículo 634 o a los pertinentes tipos de amenazas o coacciones cuando la gravedad sea menor y se cumpla con los requisitos de esos tipos. En este orden de cosas, la jurisprudencia obvia la referencia a la inmediatez del mal como elemento de distinción entre la amenaza y el atentado por intimidación grave, y así la Sentencia del Tribunal Supremo⁴³⁸ de 18 de abril de 2001, a la que aludíamos con anterioridad establece como “indiscutido el carácter de Autoridad en el ejercicio de sus funciones, ha de tenerse en cuenta, respecto a la acción típica cómo esta Sala, partiendo de la descripción del artículo 550, referida a acometimiento, empleo de fuerza, grave intimidación o resistencia también grave, advierte con frecuencia que el atentado se perfecciona incluso cuando el acto de acometimiento no llegara «a consumarse». Lo esencial es la embestida o ataque violento (sentencias de 2 de junio 1970 (RJ 1970, 2722) ; (26 enero (RJ 1984, 416) y 11 octubre 1984 (RJ 1984, 4826) y 30 abril 1987 (RJ 1987, 3046)), y en particular, respecto al atentado como delito de pura actividad, aunque no llegaran a golpear sobre los cuerpos de los Agentes. Como delito de actividad pues, se consuma con el ataque o acometimiento. El acometimiento se parifica con la grave intimidación, que puede consistir en un mero acto formal de iniciación del ataque o en un movimiento revelador del propósito agresivo (sentencia de 15 julio 1988), apreciándose por la jurisprudencia «ante el anuncio o la conminación de un mal inminente, grave, concreto y

⁴³⁸ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL) DE 18 DE ABRIL DE 2001, PONENTE: MONER MUÑOZ, EDUARDO (RJ 2001\2987).

posible, susceptible de una coacción anímica intensa» (sentencia de 18 octubre 1990). En el caso enjuiciado, tanto concurre, al abalanzarse, con inferida inequívoca intención, como la intimidación grave ocasionada.”

Analizada esta casuística jurisprudencial, he de reflexionar en el sentido de que, lo más razonable es entender que en la mayor parte de los supuestos en los que el sujeto activo anuncia un mal, estaremos ante un delito de atentado por la modalidad que estudiamos.

Por tanto, la intimidación debe presentar una potencialidad, aptitud o idoneidad para infundir temor o miedo, en otras palabras, y tal y como especifica el propio artículo 550 del CP, la intimidación ha de ser grave, encontrando como ejemplo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete⁴³⁹ de 28 de febrero de 2002, aduce que “tampoco puede prosperar la alegación sobre falta de la intimidación grave, que es uno de los elementos precisos para la realización del tipo de delictivo de atentado a la autoridad por el que se condenó, ya que el artículo 550 del Código penal dispone que "son reos de atentado los que acometan a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, o empleen fuerza contra ellos, los intimiden gravemente o les hagan resistencia activa también grave, cuando se hallen ejecutando las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas" y en este caso, como acertada y extensamente se expone en la sentencia recurrida,

⁴³⁹ SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALBACETE (SECCIÓN 1ª) NÚM. 13/2002 DE 28 FEBRERO (JUR 2002\104152).

concurren todos los requisitos precisos para la existencia del delito y especialmente el de la producción de una intimidación grave, que deriva no solo de expresar la recurrente condenada la intención de matar a la Juez, sino de su acción siguiente de golpear para abrirla la puerta tras la que se había refugiado la Juez y de los actos previos (expuestos en el fundamento jurídico segundo) que muestran la reiteración y persistencia de los actos constitutivos de atentado.”

En semejante posicionamiento la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza⁴⁴⁰ de 12 de enero de 2004 argumenta que “se cuestiona por la parte recurrente el encuadramiento del tipo del Artículo 238 del CP. regulador del robo con fuerza, en el número 2º, rompimiento de pared, techo o suelo, o fractura de puerta o ventana, por entender que en todo caso sería más adecuado en el número 5º, inutilización de sistemas específicos de alarma o guarda. Negando que se trate de robo y abogando por una condena por falta de hurto.

La distinción entre los delitos de robo y hurto, es clara y terminante en nuestro ordenamiento penal, pues a través del análisis de los artículos tipificadores de los mismos, se pone de relieve, que siempre que pueda apreciarse el empleo de violencia o intimidación sobre las personas o fuerza en las cosas con el objeto de apoderarse de los bienes muebles ajenos, existirá el delito de robo, y cuando se toman con la misma finalidad, pero sin la concurrencia de estos medios violentos o intimidativos, el de hurto. Surgiendo el problema

⁴⁴⁰ SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ZARAGOZA (SECCIÓN 3ª) NÚM. 6/2004 DE 12 ENERO (JUR 2002\60985).

de la distinción únicamente, en la operatividad subjuntiva de los hechos para el encaje tipológico del delito o interpretación fáctica de los hechos bajo la óptica del tipo legal, en los casos límites, debido a que la fuerza, la violencia o la intimidación no se presentan con la suficiente intensidad para eliminar del juicio valorativo toda clase de dudas, con lo que, en estos supuestos, el Juzgador ha de examinar cuantas circunstancias y elementos tanto objetivos como subjetivos se den en los hechos que son objeto de enjuiciamiento, pudiéndose afirmar que siempre que sean susceptibles de apreciarse los medios coercitivos como determinantes o influyentes en la comisión del delito debe apreciarse la normativa del robo y en caso contrario la del hurto.

Pues bien en el supuesto de autos el empleo de fuerza es patente, para inutilizar la barrera que le obstaculizaba para entrar en el lugar en que se iba a depredar.”

Asimismo, entre la jurisprudencia más tradicional en cuanto a la intimidación grave encontramos la Sentencia del Tribunal Supremo⁴⁴¹ de 21 de febrero de 1989 la cual manifiesta que “al amparo del artículo 849,1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se formula el tercero de los motivos del recurso -los dos primeros fueron inadmitidos en su día-, aduciendo haberse cometido infracción de ley por aplicación indebida del artículo 236, párrafo primero, del Código penal, por cuanto no aparecen los requisitos legales necesarios para la comisión del delito de atentado; creyendo que los levísimos daños son

⁴⁴¹ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL) DE 21 DE FEBRERO DE 1989, PONENTE: SOTO NIETO, FRANCISCO (RJ 1989\1632).

típicos, y objetivamente responden, a una pequeña refriega entre unas personas que intentan llevar a otra a un sitio y otra pretende evitarlo, pero que jamás pueden encuadrarse dentro del concepto de ataque o atentado. Como razón justificativa del delito de atentado se señala la de robustecer y refrendar el principio de autoridad, y sus traducciones concretas en mandatos coercitivos, órdenes o disposiciones constructivas de la libre voluntad de los ciudadanos, ya venga desplegada aquélla por quien primaria y legítimamente la encarna, ya por los agentes o funcionarios, brazos ejecutores en su manifestación a través de las cuales se ejercita y hace efectiva, garantizándose así -con el privilegiado tratamiento que la Ley Penal les confiere- la convivencia, el orden y la paz pública. El delito de atentado, en la modalidad a que se refieren los artículos 321,2.º y 236, párrafo primero, exige la concurrencia de los siguientes elementos: a) Que el sujeto pasivo sea un agente de la autoridad, es decir, persona que a las órdenes de aquélla, por disposición inmediata de la ley o por nombramiento de Autoridad competente, tiene por misión mantener el orden público y proteger la seguridad de la personas y de las propiedades. b) El agente de la autoridad ha de hallarse en el ejercicio de sus funciones o el acto integrante del atentado ha de verificarse con ocasión de ellas, es decir, en directa contemplación de las medidas, intimaciones o requerimientos, adoptados para la efectiva realización de los fines encomendados; derivando de ello, que perdiendo su situación de privilegio, retorne el agente a su condición de particular a efectos penales, con inaplicación de los tipos que nos ocupan, cuando

se produzcan abuso o extralimitaciones autoritarias, recurriendo a violencias innecesarias e injustificadas, o cuando sus actos se hallen fuera del círculo o ámbito de las atribuciones conferidas. c) El sujeto activo del delito se ha de hallar impuesto de la condición de agente de autoridad de la víctima, al ser preciso, como elemento subjetivo del injusto, la presencia de un ánimo tendencial y específico de menospreciar, menoscabar o vilipendiar el principio de autoridad, de faltar al respeto debido a quienes lo encarnan, apareciendo ambos requisitos subjetivos íntimamente enlazados y -cual exponen las Sentencia de 25 de junio de 1974 y 24 de abril de 1975 y 9 de octubre de 1987 - obrando el primero como antecedente o presupuesto del segundo, de tal modo que este último viene a ser consecuencia necesaria de aquél, puesto que el que realiza alguna de las conductas enumeradas en el tipo, conociendo la cualidad personal de la Autoridad o sus agentes, forzosamente se ha de representar el menosprecio que de ello resulta para el principio de autoridad, a no ser que se pruebe la existencia de un móvil divergente que por su entidad vendría a anular ya no sólo el dolo, sino el propio injusto de este delito. d) La dinámica comisiva ha de estar constituida por alguna de las cuatro modalidades recogidas en el precepto, las dos primeras, acometimiento y fuerza, traducción material de una decidida vis física, la tercera o intimidación representativa de la vis psíquica o vis compulsiva, violencia moral causante de miedo para coaccionar la voluntad del sujeto pasivo, y la cuarta, o resistencia, grave, oposición o rechazo a la pretensión del agente que -como resaltan las Sentencia

de 6 de octubre y 26 de noviembre de 1981, y 6 de noviembre de 1985 y 18 de enero de 1988 - no es pasiva, inerte o pacíficamente obstativa, sino activa, violenta y abrupta, participando, en cierto modo, de agresividad o ataque, encubiertamente violento.”

Finalmente la Sentencia del Tribunal Supremo⁴⁴² de fecha de 30 de octubre de 2000 establece que “igualmente se dice que han resultado infringidos los artículos 550 y 551 del Código penal afirmándose que por parte del acusado no ha existido acometimiento contra los funcionarios policiales ni menosprecio del principio de autoridad y que tampoco ha concurrido fuerza ni intimidación grave.

Los argumentos esgrimidos en defensa del motivo son contradictorios con los hechos que se declaran probados en la sentencia de instancia. Queda probado que el acusado cogió un cuchillo de cocina que esgrimió frente al agente cuando en el ejercicio de sus funciones trataba de impedir que el acusado continuara con su peligrosa conducción.”

Las figuras delictivas que se agrupan bajo la rúbrica de los atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, y de la resistencia y desobediencia tutelan no tanto el principio de autoridad como la protección del correcto ejercicio de las funciones que corresponden a las autoridades, sus agentes y funcionarios públicos e indirectamente se protege a las instituciones que

⁴⁴² SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL) DE 30 DE OCTUBRE DE 2000, PONENTE: GRANADOS PÉREZ, CARLOS (RJ 2000\9162).

representan, al propio Estado, a la paz pública y en definitiva al orden público que es el título que abraza a todas estas figuras delictivas. Las conductas típicas del atentado presentan diversas modalidades, como son el acometimiento o agresión, la fuerza, la intimidación grave y la resistencia también grave.

El supuesto que examinamos se incardina, sin duda, en una de las modalidades típicas del atentado, ya que difícilmente puede sostenerse que esgrimir un cuchillo contra un agente de la autoridad cuando está en el ejercicio de sus funciones no entraña una intimidación grave, máxime cuando el agente trataba de impedir que continuara con una conducta que entrañaba un serio riesgo para las personas y la circulación.”

Es de resaltar aquellos supuestos en los que el sujeto activo realiza un comportamiento intimidatorio sobre un funcionario, autoridad o agente de la misma pero sin que pueda calificarse tal intimidación de grave la solución viene ofrecida por el artículo 634 del Texto punitivo al calificar la conducta como una falta y no como un delito, pues si la entidad de la intimidación no es lo suficientemente importante como para poder considerarse grave, no será posible entender que se ha cometido un atentado pero sí una falta contra el orden público.

V.- RESISTENCIA ACTIVA GRAVE

La cuarta modalidad comisiva es la resistencia, calificada por la doctrina, con carácter general, como toda conducta o actuación dirigida a impedir o entorpecer la actuación llevada a cabo por el funcionario, o como aquella reacción inmediata y violenta de carácter corporal y de signo pasivo, unida al concepto de oposición.

En este sentido la Real Academia Española de la lengua define la resistencia como “*renuencia a hacer o cumplir algo*”.

Esta conducta de oposición, además, puede ser efectuada no sólo por el destinatario de la pretensión sino por terceros ajenos a la misma.

El Texto punitivo de 1995 introduce como novedad la exigencia de que la resistencia además de grave sea activa, este es el sentido que la jurisprudencia ha venido manteniendo, pues la diferencia entre el delito de atentado y el delito de resistencia estribaba en que en ésta última figura delictiva la resistencia había de ser pasiva mientras que la resistencia propia del delito de atentado requería de un comportamiento activo.

COBO DEL ROSAL/QUINTANAR DÍEZ⁴⁴³ en referencia a la modalidad comisiva de atentado, afirman que se trata de una actitud de oposición tenaz resuelta y violenta, frente a la actuación del sujeto

⁴⁴³ COBO DEL ROSAL, MANUEL / QUINTANAR DÍEZ, MANUEL: “Derecho Penal Español, parte especial”, cit. pág. 1108.

pasivo, debiendo de ser además activa, por tanto, la resistencia pasiva no puede reconducirse a este tipo penal, sino que tendríamos que acudir al tipo penal específico que prevé el delito de resistencia, esto es, el artículo 556 del Texto punitivo.

Para estos autores, el Código penal ha equiparado el acometimiento, el empleo de fuerza física, la grave intimidación y la resistencia grave, exigiendo esta última una inicial intervención de la autoridad ante la que el agente se opone de forma violenta y activa, mostrando como ejemplo el que utiliza alguna técnica específica de artes marciales para resistirse y reaccionar así frente a la compulsión física de la autoridad.

PRATS CANUT⁴⁴⁴ en análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de las modalidades comisivas de resistencia y desobediencia ha deslindado estas dos modalidades del delito de atentado, de tal forma que la resistencia grave queda parificada al delito de atentado junto con las modalidades agresivas recogidas en el mismo, mientras que, por su parte, la desobediencia queda equiparada al delito de resistencia propiamente dicho y tipificado en el artículo 556 del Texto punitivo, restando la desobediencia leve, ya a la autoridad, ya a sus agentes como meras faltas contra el orden público y recogidas en el artículo 634 de dicho cuerpo legal., quedando exoneradas de responsabilidad situaciones como la liviana

⁴⁴⁴ PRATS CANUT, J.M (y otros): “Comentarios a la parte especial de derecho penal”, cit. pág. 2059.

desobediencia que se da dentro de un episodio de fuga, como una fase epilodal del delito.

El autor, señala que en la modalidad comisiva que tratamos, habría que distinguir el distinto grado en la fuerza física del delito, pues la resistencia no puede considerarse como falta sino como delito, siendo circunstancial el hecho de calificar la resistencia como grave o no, pues lo que está en mente del autor es el hecho de que la acción de resistencia es eminentemente de carácter físico en el que se integra el acto de oposición resuelta y eficaz, al cumplimiento de aquello que la autoridad o sus agentes conceptúan necesario en cada caso para el buen desempeño de sus funciones, en tanto que el concepto de desobediencia es más omisión espiritual, pura inercia de mandato autoritario, pero sin llegar a oposición material que lo neutralice.

Concluye PRATS CANUT, que esta caracterización debe de ser completada con la significativa modificación que introduce el Texto punitivo frente a la antigua regulación, al exigir que la resistencia sea activa, es decir que los supuestos de mera resistencia pasiva no podrán integrar la presente modalidad comisiva.

Por su parte, MUÑOZ CONDE⁴⁴⁵ en referencia a la resistencia, sostiene que la misma no se considera grave cuando es meramente pasiva, sin empleo de fuerza ni intimidación, señalando aquellos supuestos en los que el sujeto que se ata de cadenas, el “*forcejeo*” con el agente de la autoridad o empujarlo para huir, la Jurisprudencia es

⁴⁴⁵ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: “Derecho Penal. Parte Especial”, Valencia 2007, cit. págs. 865 y 866.

oscilante a la hora de calificarlos en base a este delito, o como modalidad de resistencia no grave o desobediencia grave, que constituye el ilícito penal previsto en el artículo 556 del Texto punitivo.

Para SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAILLO⁴⁴⁶ esta conducta delictiva de resistencia supondrá la negativa a realizar algo a lo que legalmente se está obligado y se ordena por la autoridad, sus agentes o los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones. Asimismo señalan que la resistencia ha de ser activa, esto es, ejercida directamente contra cualquiera de los sujetos pasivos del delito, debiendo de ser grave, lo que tiene que ser valorado en cada caso por el Juez y, que además ello genera inseguridad jurídica; pues si la resistencia no es grave nos encontraremos al igual que ya apuntara la mayor parte de la doctrina ante un delito de desobediencia tipificado en el artículo 556 del Texto punitivo.

QUERALT JIMÉNEZ⁴⁴⁷ en el amplio estudio que realiza respecto de esta modalidad comisiva en el delito de atentado, apunta que el Texto punitivo, sólo se decanta por la resistencia activa, pero es un concepto claro solo aparentemente, pues entiende la resistencia como la oposición a la realización de un hecho por parte de otro, por tanto, supone algo más que la desobediencia, manifestándose la misma por medio de un fuerza exterior y directa.

⁴⁴⁶ SERRANO GÓMEZ, ALFONSO / SERRANO MAILLO, ALFONSO: “Derecho Penal. Parte Especial”, cit. pág. 1.028.

⁴⁴⁷ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: “Derecho Penal Español, parte Especial”, cit. pág. 1129.

Sostiene el autor que la ejecución forzosa o la coacción directa presumen que su receptor, el ciudadano, no ha cumplido la pretensión objetiva de un poder público, esto es, la ejecución forzosa presupone una desobediencia previa, pues de lo contrario no hubiera sido necesario llegar a la vía de apremio o al empleo de la mínima coacción material; de ahí, sostiene QUERALT JIMÉNEZ la diferencia morfológica entre la resistencia y la desobediencia y sus también diferentes penalidades.

Mientras que la resistencia supone oponerse a la ejecución de una actividad, la desobediencia lo es a una orden, no a una ejecución y así clarificador resulta el apunte del autor⁴⁴⁸, en el que “el mandato se cumple o se deja cumplir, mas la ejecución se soporta o no, pero no se puede desobedecer, porque no es el particular quien por regla general debe correr con su realización, sino con su soportamiento. Con el mandato se pretende que el sujeto receptor realice a su costa una determinada pretensión se le exige una actitud positiva –no una conducta activa, de hacer, necesariamente-. Así, cuando se contrae una deuda tributaria y ésta no se hace efectiva dentro del plazo legal y en la forma establecida, se procede a su exacción por vía de apremio; o habiendo dado a un grupo de manifestantes la orden de disolverse por parte del oficial de las fuerzas de seguridad, si aquellos no obedecen, éstas procederán a su disolución.”

⁴⁴⁸ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: “Derecho Penal Español, parte Especial”, cit. pág. 1130.

Continúa QUERALT JIMÉNEZ⁴⁴⁹ analizando en esta conducta su nota de gravedad en esta modalidad comisiva de resistencia, centrado su radio de acción en las resoluciones administrativas o judiciales, en las cuales el sujeto activo deberá de entorpecer la actuación administrativa o judicial poniendo en peligro la consecución del fin público propuesto, en los supuestos de las ejecuciones judiciales, a juicio del autor constituirán la modalidad comisiva de resistencia grave dentro del delito de atentado, pues su relevancia jurídico constitucional es infinitamente mayor, según se deduce del artículo 118 de la Carta Magna, siendo leve la de las resoluciones administrativas, salvo que se acredite un excepcional perjuicio a la causa pública, concluyendo que “habrá que entender por resistencia grave activa aquella dirigida a la ejecución forzosa de las resoluciones judiciales, oponiendo el sujeto activo a tal ejecución entorpecimientos físicos que no supongan agresión alguna hacia los ejecutantes.”

RODRIGUEZ CANO⁴⁵⁰ en Sentencia de 5 de mayo de 2000 recogiendo la jurisprudencia del Supremo sostiene que “es evidente que el ánimo de desprestigiar se da en el supuesto que se enjuicia, baste para ello remitirse a las sentencias del TS que se recogen en la sentencia de instancia, donde se refiere un supuesto de hecho idéntico al que se recoge en el hecho probado –empujar a un policía que intenta

⁴⁴⁹ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: “Derecho Penal Español, parte Especial”, cit. págs. 1130 Y 1131.

⁴⁵⁰ SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE GRANADA (SECCIÓN 2ª) NÚM. 335/2000 DE 5 MAYO. PONENTE: RODRÍGUEZ CANO, EDUARDO (ARP 2000\1156).

detener-; a mayor abundamiento, la sentencia de 19 de octubre de 1987 de la Sala 2ª del TS viene en cierto modo a reiterar dicha doctrina al establecer que «si un delincuente sorprendido, por los servicios del orden durante la perpetración de una infracción punible o inmediatamente después de cometerla, desoye y desatiende las conminaciones o requerimientos de los agentes de la autoridad para que se entregue y emprende la fuga, negándose tácitamente a obedecer las repetidas órdenes para que se detenga y se deje aprehender o capturar, puede ser de aplicación la doctrina exoneratoria sentada por el Tribunal en su S. 28 de enero de 1982, en la que se proclama la impunidad de esta clase de hechos, basándose, para ello, en la doctrina de la “autoeximición” o del “copenado acto posterior impune”, merced a las cuales la fuga y la coetánea desobediencia, no constituyen sino una prolongación o fase epilodal del delito que se estaba perpetrando o se acababa de cometer, quedando absorbidas por él, criterio exonerativo que fue abonado por las SS. 28 mayo 1904 y , de esta Sala, aunque, otros fallos, sostienen la tesis contraria, por más que, alguno de ellos, se refiera al “autoencubrimiento impune” y a que la fuga integra un “estadio terminal” del delito base que debe refundirse con el mismo, sin adquirir sustantividad o independencia. Sin embargo, la citada S. 28 enero 1982, así como las de 7 y 23 mayo 1975 y 3 febrero 1977, matizaron la cuestión, aunque no las utilizaron o alambicaron, destacando que si ha habido forcejeo con los agentes de la autoridad o se les ha hecho frente de algún modo, ello rebasando del campo de la mera desobediencia, entre en el de la

resistencia, la cual no deja de tener sustantividad aunque constituya la fase epilogal o la prolongación o última secuencia de otra infracción delictiva.”

En esta línea la Sentencia del Tribunal Supremo⁴⁵¹ de fecha 22 de diciembre de 2001, sostiene que “a propósito de la distinción entre los delitos de atentado y resistencia, debemos señalar, en primer lugar, que responden a una misma consideración, a una misma finalidad incriminatoria, al mismo ámbito y a la misma naturaleza jurídica (S.S.T.S., entre otras, de 21/12/95 o 5/6/00). La distinción entre uno y otro, siendo residual el segundo (artículo 556) respecto del primero (artículo 550), se ha basado desde siempre (antiguos artículos 231.2 y 237 C.P. 1973) en el entendimiento de asignar al tipo de atentado una conducta activa en tanto que configura el tipo de resistencia no grave o simple en un comportamiento de pasividad, criterio que se refuerza desde la publicación del Código penal de 1995 por cuanto el artículo 550 incorpora la expresión activa predicándola de la resistencia grave que constituye una de las formas del delito de atentado, junto al acometimiento, empleo de fuerza o intimidación, frente a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, mientras que el artículo 556, que no menciona a los funcionarios públicos entre los sujetos pasivos del delito, se limita a exigir la resistencia sin especial calificación a la autoridad o sus agentes, equiparándola a la desobediencia grave, todo

⁴⁵¹ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 22-12-2001, Nº 2404/2001, REC. 171/2000. PTE: SAAVEDRA RUIZ, JUAN (EDJ 2001/56039).

ello siempre que aquéllos se encuentren en el ejercicio de sus funciones. También, como recuerda la Sentencia citada más arriba en segundo lugar, existe una corriente jurisprudencial (S.S.T.S. de 3/10/96 u 11/3/97) que, acogiendo ciertas críticas que acusaban una interpretación extensiva del tipo de atentado-resistencia conforme a la distinción anterior, ha atenuado la radicalidad de tal criterio, dando entrada al tipo de resistencia no grave "a comportamientos activos al lado del pasivo que no comportan "acometimiento propiamente dicho". La reciente S.T.S. de 18/3/00 se refiere a la resistencia típica como aquélla consistente en el ejercicio de una fuerza eminentemente física, que supone el resultado exteriorizado de una oposición resuelta al cumplimiento de aquello que la autoridad y sus agentes conceptúan necesario, en cada caso, para el buen desempeño de sus funciones, de forma que si dicha resistencia se manifiesta de forma activa y alcanza los caracteres de grave, entra la figura del artículo 550 C.P. Por ello los elementos normativos a ponderar se refieren, por una parte, a la actividad o pasividad de la conducta del sujeto activo, y, por otra, a la mayor o menor gravedad de la oposición física del mismo sujeto al mandato emanado de la autoridad o sus agentes en el ejercicio legítimo de sus funciones, debiendo igualmente subrayarse que hoy en día el bien jurídico protegido, más que el tradicional principio de autoridad, lo constituye la garantía del buen funcionamiento de los servicios y funciones públicas. También debemos señalar que el ánimo o propósito específico de la ofensa exigido por la Jurisprudencia es aplicable en ambos tipos penales.”

Y así también la Sentencia del Tribunal Supremo⁴⁵² de 7 de mayo de 1990 pretende dotar de significado la resistencia en el sentido que “se plantea aquí el problema de la distinción entre el delito de resistencia (art.237 del Código penal) por el que la Audiencia Provincial ha condenado al procesado, y el de atentado (art.231.2.º del mismo Código)del que le acusaba el Ministerio Fiscal.

Corno sintéticamente dice la Sentencia de 19 de septiembre de 1988, resistencia significa oposición a la actuación pública de autoridades, funcionarios públicos o agentes de la autoridad, debiéndose subsumir el comportamiento del sujeto en el art. 231 cuando la oposición es activa, violenta, abrupta y hasta clamorosa, mientras que dicha conducta se encasillará en el art. 237 cuando se trate de oposición meramente pasiva, inerte, renuente e íntegra y tenaz porfía obstaculizadora u obstativa de la acción de los órganos o representantes del sector público.

En el presente caso, es preciso partir de que en la conducta descrita en el factum de la sentencia recurrida se aprecian dos momentos distintos:

Primero.- el primero en que, habiéndose dado a la fuga el procesado, fue alcanzado por los agentes, momento en que "se revolvió empuñando la pistola semiautomática "Star" calibre 9 milímetros parabellum, que hasta ese momento había llevado oculta en la cintura, y dirigiéndose al policía local, que se encontraba más

⁴⁵² SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 07-05-1990, PTE: PUERTA LUIS, LUIS ROMÁN (EDJ 1990/4752).

próximo, le encañonó al tiempo que le decía que estuviera quieto y tirara el arma".

Segundo.- el segundo, en que tras haber emprendido de nuevo la huida fue rodeado por los agentes, "y tras breve forcejeo pudo ser reducido y desarmado ... "

La jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que pretender identificar exclusivamente el acometimiento (art.231.2.º del Código penal) con la agresión física o material es contrario a una reiterada doctrina que parifica tales actos con los de grave intimidación (vid. Sentencias de 8 de febrero de 1983, 21 de mayo de 1985 y 7 de abril de 1987); habiendo asimismo declarado esta Sala que la grave intimidación puede consistir en un mero acto formal de iniciación del ataque o en un movimiento revelador del propósito agresivo (vid. Sentencias de 16 de septiembre de 1982 y de 11 de octubre de 1984). Concretamente, el acto de amenazar con un arma de fuego a un agente de la autoridad ha sido considerado como constitutivo de un acto intimidatorio grave, que cumple las exigencias típicas del art. 231.2.º del Código penal (vid. Sentencias de 10 de julio de 1986 y de 29 de noviembre de 1989). Como quiera que la comisión de este delito "con armas" comporta, respecto de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, a los efectos de su protección penal, "la consideración de autoridad" (art.7.º.2.º de la Ley 2/1986, de 13 de marzo)tal asimilación legal lleva indefectiblemente al tipo del art. 232.1.º del Código penal. Por todo ello, es vista la procedencia de estimar este motivo.”

De la jurisprudencia anteriormente señalada se desprende que hacer resistencia al funcionario, autoridad o agente de la autoridad implica el oponerse a un comportamiento pretendido de éste, una actuación tendente a evitar la consecución de lo pretendido, que ha de ser activa y positiva y violenta, y ello implica el empleo de una oposición tenaz, resuelta y decidida, con utilización de fuerza real, requisito que diferencia el comportamiento del pasivo integrado en el artículo 556, meramente impeditivo, de naturaleza renuente, obstativa e inerte.

Pero en cuanto a esta distinción entre la conducta de resistencia del artículo 550 del artículo 556, se ha pronunciado recientemente el Tribunal Supremo en Sentencia de 30 de junio de 2010⁴⁵³, sosteniendo que, “llegados a este punto es necesario hallar la línea divisoria entre las tipicidades del art. 550 y 556 del C.Penal.

No existe conflicto o puntos de contacto entre los acometimientos directos y graves a la autoridad, sus agentes o los funcionarios públicos, tampoco el empleo de fuerza contra ellos o ejerciendo también de modo grave y directo intimidación. La conducta que entraría en colisión sería: “hacer resistencia activa también grave” que es la última de las descritas dentro de la figura del atentado.

Si nos fijamos en las conductas del art. 556 C.P. tampoco entra en colisión la denominada “desobediencia grave” en tanto la acción de

⁴⁵³ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 30-6-2010, Nº 610/2010, REC. 11457/2009. PTE: SORIANO SORIANO, JOSÉ RAMÓN (EDJ 2010/140068).

desobedecer no se menciona en el art. 550, surgiendo la duda con el comportamiento referido a “resistir a la autoridad o sus agentes”

La primera de las notas delimitadoras que llama la atención en esta última es que no existe graduación de intensidad, es decir de gravedad o levedad. Contrastándola con la resistencia integrante del delito del art. 550 podemos concluir que integrarán el delito del art. 556:

a) la resistencia pasiva grave. Si fuera leve podría integrar la falta del art. 634 C.Penal.

b) la resistencia activa no grave.

Para integrar el atentado del art. 550 C.P. deben concurrir en la resistencia simultáneamente las notas de activa y grave.

Así pues, frente a la radicalidad del criterio de que cualquier resistencia activa que suponga tomar la iniciativa el acusado para actuar contra la autoridad y sus agentes debería subsumirse en el art. 550, el Código de 1995 ha dado entrada a un tipo de resistencia activa no grave que no comporta el acometimiento al funcionario.

En conclusión, podemos afirmar, que dentro del art. 556 C.P. tienen cabida junto a los supuestos de resistencia pasiva otros de resistencia activa que no estén revestidos de la nota de gravedad, produciéndose una ampliación del tipo genérico de resistencia compatible con actitudes activas del acusado, pero ello cuando éstas sean respuesta a un comportamiento del funcionario o agente, como sería el caso de intentar detener a un sujeto el cual se opone dando patadas o manotazos contra el policía, pero cuando en los casos en que

sin tal actividad previa del funcionario, es el particular el que toma la iniciativa agrediendo, el tipo que debe aplicarse es de atentado, doctrina consagrada por innumerables sentencias de esta Sala (ver S.T.S. núm. 7110/2001 de 4 de mayo; núm. 1828/2001 de 16-octubre; núm. 361/2002 de 4 de marzo; núm. 670/2002 de 3-abril; núm. 819/2003 de 6 de junio; núm. 370/2003 de 15 de marzo; núm. 742/2004 de 9 de junio; núm. 894/2004 de 12 de julio; núm. 911/2004 de 16 de julio; núm. 1156/2004 de 21 de octubre; núm. 709/2005 de 7 de junio; núm. 776/2005 de 22 de junio; núm. 912/2005 de 8 de julio; núm. 24/2006 de 19 de enero; núm. 607/2006 de 4 de mayo; núm. 1222/2006 de 14 de diciembre; núm. 136/2007 de 8 de febrero; núm. 418/2007 de 18 de mayo; núm. 452/2007 de 23 de mayo y 778/2007 de 9 de octubre).”

En esta línea argumental respecto de la gravedad refiere JAVATO MARTÍN⁴⁵⁴ “en cuanto al requisito de la gravedad, se ha afirmado acertadamente que nos hallamos ante un elemento circunstancial. Habrá que evaluar los diversos actores que confluyen en la situación concreta (mayor o menor intensidad del ataque, medio empleado, lugar, tiempo y duración) para dictaminar la gravedad o levedad de la resistencia”

Según se desprende de esta modalidad comisiva recogida en el Texto punitivo, habrá que distinguir y al hilo de lo sostenido por JAVATO MARTÍN, la resistencia activa grave, constitutiva del delito

⁴⁵⁴ JAVATO MARTÍN, A.M.: “El delito de atentado. Modelos legislativos. Estudio histórico-dogmático y de Derecho comparado”, cit. pág. 373.

de atentado del artículo 550 del delito de resistencia del artículo 556 del Texto punitivo, el cual se configura como un tipo residual para los casos en los que no se cumplan los requisitos del artículo 550.

Asimismo tendremos que distinguir en esta modalidad comisiva la falta de desobediencia recogida en el artículo 634 de referido cuerpo legal, pues es preciso aclarar que por muy grave que sea no puede dar nunca lugar al delito de atentado pues estamos ante una figura delictiva distinta.

Resistirse supone no acatar una pretensión previa de la autoridad o incluso obstaculizar una actuación de la misma. Se trata, por tanto, de una negativa a realizar algo a lo que legalmente se está obligado y que se ordena por autoridad, sus agentes o funcionarios.

Para ROIG TORRES⁴⁵⁵ de tal afirmación se desprenden varias cuestiones fundamentales.

En primer lugar, la resistencia puede ser constitutiva de delito de atentado si es activa y grave, o el delito específico de resistencia contenido en el artículo 556 del Texto punitivo cuando no revista suficiente entidad, derivando aquellas otras situaciones a la falta prevista en el artículo 634.

Para la autora la desobediencia, en cambio, no puede dar lugar en ningún caso al delito de atentado, castigándose esta como delito del artículo 556 o como falta del artículo 634, en función de la mayor o menor gravedad de la omisión del sujeto.

⁴⁵⁵ ROIG TORRES, MARGARITA cit.: “El Delito de Atentado”, cit. pág. 143.

Por tanto, para que se den los requisitos de la resistencia es necesario según apunta LORENTE VELASCO⁴⁵⁶ que:

“1.- Por un lado, resulta imprescindible que exista una actuación, un acto o un requerimiento previo del sujeto que soporta la acción, pues la conducta del sujeto activo es –en todo caso– una respuesta ante esa exigencia legal que le viene ordenada por el funcionario, la autoridad o el agente de la misma. En consecuencia, cuando no exista tal actuación previa, y el comportamiento de sujeto activo no responda a ningún requerimiento por parte de quienes portan el bien jurídico, no habrá en ningún caso, delito de resistencia en ninguna de sus modalidades típicas. Y es que en definitiva, la resistencia se caracteriza por ser una conducta de oposición, siendo esta circunstancia la cuestión que por excelencia nos permitirá distinguir la modalidad de resistencia, bien sea activa y grave –art. 550– o bien en el tipo residual –Art. 556– pues este requisito es exclusivo de esta conducta y ajeno a las otras modalidades de atentado –acometimiento, empleo de fuerza e intimidación grave–.

2.- Tal requerimiento por parte de la autoridad debe ser conforme al ordenamiento jurídico, es decir, no nace el ilícito de resistencia cuando el funcionario público, autoridad o agente se extralimita en sus funciones, pues su conducta al margen de la ley tiene como automática consecuencia la pérdida, a efectos penales, de

⁴⁵⁶ LORENTE VELASCO, S.M.: cit. “Delitos de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos y de resistencia y desobediencia.”

su carácter de funcionario, autoridad y agente, ya que el fundamento de su protección penal radica en la significación e importancia de las funciones que le vienen encomendadas siempre cuando las mismas sean propias del Estado de Derecho, pues el ordenamiento penal no puede nunca amparar conductas arbitrarias y ajenas a la realidad jurídica⁴¹².

3.- Por último, merece recordarse que la conducta del sujeto activo –al igual que ocurría con las otras modalidades de atentado– no es preciso que consiga impedir el ejercicio de las funciones del sujeto que soporta la acción, pues recordamos que tanto el atentado como la resistencia –sea del art. 550 o del art. 556– son delitos de mera actividad, que se perfeccionan sin necesidad de que se produzca un resultado distinto a la propia afectación el buen funcionamiento del orden constitucionalmente establecido y de la dignidad de los sujetos portadores del bien jurídico. Por lo tanto, y a pesar de que la conducta típica va dirigida a que evitar que la pretensión de que se trate se realice, no es imprescindible que tal resultado se consiga para entenderse consumado el tipo.”

Según se desprende del artículo 550 del Texto punitivo, para que una conducta de resistencia pueda entenderse delito de atentado ha de ser activa y grave, siendo necesaria la concurrencia de ambos requisitos de una forma cumulativa.

En cuanto a la exigencia de que la conducta sea activa la misma no es del todo imprescindible y así la Sentencia del Tribunal

Supremo⁴⁵⁷ de 21 de diciembre de 1995 apunta “como resumen doctrinal puede afirmarse que la conducta agresiva deberá encuadrarse en el delito de atentado cuando la oposición sea activa, violenta o abrupta, mientras que será típica al delito de resistencia cuando la oposición sea meramente pasiva, inerte, renuente o integre una terca y tenaz, porfía que obstaculice la acción de los en este caso Agentes de la Autoridad (ver las Sentencias de 20 mayo 1994, 5 noviembre 1991, 17 octubre 1989 y 19 septiembre 1988). Es decir, el delito de resistencia viene caracterizado por la actitud obstativa, de no hacer y de pasividad, que no es precisamente la esencia del atentado. Se ha hablado de resistencia grave o de resistencia menos grave como datos diferenciadores típicos de una y otra infracción, también de resistencia activa frente a la resistencia pasiva.

No puede ocultarse que la calificación del tipo penal ha de obtenerse sólo cuando las circunstancias del supuesto concreto, a la vista de lo acaecido, sean objeto de estudio y análisis racional, siendo a veces difícil llegar a conclusiones firmes pues ambos delitos, atentado y resistencia, responden a una misma consideración, responden a una misma finalidad incriminatoria, responden en suma al mismo ámbito y a la misma naturaleza jurídica. Ahí están, para las dos infracciones, el desprecio, la ofensa y el ataque a quienes representan a la Autoridad o al principio de autoridad que los Agentes encarnan.”

⁴⁵⁷ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO NÚM. 1305/1995, DE 21 DE DICIEMBRE (RJ 1995, 9436).

En la misma línea sostiene la Sentencia del Tribunal Supremo⁴⁵⁸ de 8 de octubre de 2001 que “como dice acertadamente el Ministerio Fiscal, puede admitirse que el Código penal ha ensanchado el delito de resistencia en detrimento del atentado, pues en el Código derogado, la resistencia equiparada al atentado, debía ser calificada como grave, que según la jurisprudencia, para distinguirla de la leve, tenía que tratarse de resistencia activa. Ahora el legislador exige que la resistencia para que constituya atentado ha de ser activa y grave – artículo 550–, con lo que ha de revestir un plus que concurre en los hechos declarados probados, pues según relatan los mismos, que han de permanecer inmutables, dada la vía procesal elegida, no sólo hubo forcejeo violento entre el acusado y el agente policial, que hace caer al suelo a este último, sino que también le propinó reiteradas patadas. Es evidente que tal conducta, no sólo significa una resistencia activa, sino que además es grave, por la intensidad que se emplea, agresión equiparable al acometimiento, que caracteriza el atentado – sentencia del Tribunal Supremo de 17 junio 1999.

Por ello, si según el texto legal –artículo 556– para ser calificada de resistencia la conducta no debe estar comprendida en el artículo 550, al incardinarse en el mismo, el precepto primero no puede ser aplicado.

También se argumenta en el motivo, que el acusado desconocía la condición de agente de autoridad del agredido. Para rebatirlo, basta

⁴⁵⁸ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO NÚM. 1773/2001, DE 8 DE OCTUBRE (RJ 2001, 8787).

con confrontarlo con el encabezamiento del motivo, donde se pretende que el delito cometido es el de resistencia, lo que conlleva también el conocimiento de que la víctima es agente de autoridad.

Aun omitiendo tal incongruencia, es obvio que, según el «factum», que como se ha dicho ha de respetarse, el funcionario de Policía, previamente le dio la voz de «alto policía», antes de su actuación.”

Finalmente, en cuanto a resistencia activa apunta la Sentencia del Tribunal Supremo⁴⁵⁹ de 22 de diciembre de 2002 que “a propósito de la distinción entre los delitos de atentado y resistencia, debemos señalar, en primer lugar, que responden a una misma consideración, a una misma finalidad incriminatoria, al mismo ámbito y a la misma naturaleza jurídica (SSTS, entre otras, de 21-12-1995 o 5-6-2000). La distinción entre uno y otro, siendo residual el segundo (artículo 556) respecto del primero (artículo 550), se ha basado desde siempre (antiguos artículos 231.2 y 237 CP/1973) en el entendimiento de asignar al tipo de atentado una conducta activa en tanto que configura el tipo de resistencia no grave o simple en un comportamiento de pasividad, criterio que se refuerza desde la publicación del Código penal de 1995 por cuanto el artículo 550 incorpora la expresión activa predicándola de la resistencia grave que constituye una de las formas del delito de atentado, junto al acometimiento, empleo de fuerza o intimidación, frente a la autoridad, a sus agentes o funcionarios

⁴⁵⁹ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO NÚM. 2404/2001, DE 22 DE DICIEMBRE (RJ 2002, 1813).

públicos, mientras que el artículo 556, que no menciona a los funcionarios públicos entre los sujetos pasivos del delito, se limita a exigir la resistencia sin especial calificación a la autoridad o sus agentes, equiparándola a la desobediencia grave, todo ello siempre que aquéllos se encuentren en el ejercicio de sus funciones. También, como recuerda la Sentencia citada más arriba en segundo lugar, existe una corriente jurisprudencial (SSTS de 3-10-1996 u 11-3-1997) que, acogiendo ciertas críticas que acusaban una interpretación extensiva del tipo de atentado-resistencia conforme a la distinción anterior, ha atenuado la radicalidad de tal criterio, dando entrada al tipo de resistencia no grave «a comportamientos activos al lado del pasivo que no comportan “acometimiento propiamente dicho”». La reciente STS de 18-3-2000 se refiere a la resistencia típica como aquella consistente en el ejercicio de una fuerza eminentemente física, que supone el resultado exteriorizado de una oposición resuelta al cumplimiento de aquello que la autoridad y sus agentes conceptúan necesario, en cada caso, para el buen desempeño de sus funciones, de forma que si dicha resistencia se manifiesta de forma activa y alcanza los caracteres de grave, entra la figura del artículo 550 CP. Por ello los elementos normativos a ponderar se refieren, por una parte, a la actividad o pasividad de la conducta del sujeto activo, y, por otra, a la mayor o menor gravedad de la oposición física del mismo sujeto al mandato emanado de la autoridad o sus agentes en el ejercicio legítimo de sus funciones, debiendo igualmente subrayarse que hoy en día el bien jurídico protegido, más que el tradicional principio de

autoridad, lo constituye la garantía del buen funcionamiento de los servicios y funciones públicas. También debemos señalar que el ánimo o propósito específico de la ofensa exigido por la Jurisprudencia es aplicable en ambos tipos penales.”

Respecto de la llamada resistencia pasiva, apunta LORENTE VELASCO⁴⁶⁰ que “hay que recordar que quien ante la orden de detención de la autoridad, se niega a seguir al agente, o ante la de identificación personal rehúsa dar su nombre y exhibir el documento nacional de identidad, no se resiste, desobedece.

En este sentido, hemos de adelantar nuestro escepticismo respecto a la existencia de una resistencia pasiva, pues en la práctica más bien se trata de supuestos en los que la resistencia se presenta con una menor intensidad en la acción, o implica un empleo de fuerza en las cosas, en definitiva se trataría de una manera de resistirse menos activa y por tanto impropia del delito de atentado pero no del todo pasiva porque la pasividad es, a nuestro modo de ver, una característica propia de la desobediencia y no tanto de la resistencia. Por ende, el tipo residual del artículo 556 estará pensado para los supuestos de resistencia menos grave (pudiendo entenderse por tal menos activa) y quizás para la resistencia pasiva propiamente dicha, que es en sí misma la propia desobediencia. A pesar de ello, tal cual venimos exponiendo, reconocemos la construcción doctrinal y jurisprudencial de una modalidad de resistencia pasiva que dista de la

⁴⁶⁰ LORENTE VELASCO, S.M.: cit. “Delitos de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos y de resistencia y desobediencia.”

propia desobediencia y que se encuadra en el artículo 556 junto con la resistencia activa menos grave.

En realidad, el hecho de que la resistencia tenga que ser activa implica que la conducta se lleve a cabo mediante una acción dirigida a oponerse a la pretensión de que se trate. Suficientemente conciso es SOTO cuando apunta que «la conducta encaminada a levantar una barrera frente a la autoridad, agente o funcionario, ha de suponer la activación de una iniciativa actuacional dirigida a rechazar violentamente cualquier pretensión de aquéllos, forjamiento de un frente contrarrestador u obstructor capaz de imposibilitar u obstaculizar la ejecución de un mandato o requerimiento enmarcado en el área de sus funciones.»

La jurisprudencia ha definido la resistencia pasiva como una actitud “inerte, inerte o renuente, terca o tensa, inmovilista u obstaculizadora, o conducta meramente obstativa o pasividad rebelde.”

En este sentido, ha considerado resistencia pasiva grave la Sentencia del Tribunal Constitucional⁴⁶¹ de fecha 10 de mayo de 1999 que “partiendo de la calificación hecha por el Ministerio Público, relativa a la existencia de un delito de atentado al considerar que había habido un acometimiento por el recurrente contra un agente, según resultaba de una mordedura que, al parecer, éste había sufrido, se concluye del examen de la prueba practicada que no queda acreditada

⁴⁶¹ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SENTENCIA NÚM. 85/1999 DE 10 MAYO PONENTE: CACHÓN VILLAR, PABLO MANUEL (RTC 1999\85).

la existencia de una agresión directa y que «se alza una duda razonable sobre la existencia de tal acometida», lo que impide la calificación postulada. Se indica seguidamente que «sólo queda una resistencia del acusado a la orden dada por la fuerza actuante del desalojo de las dependencias municipales», y se señala que, a la vista de la testifical practicada, «es difícil... llegar a una conclusión contundente sobre cuál fue la actitud desplegada por el acusado, ya que la conclusión es diferente según quien depone en su condición de testigo en el acto del juicio oral», pues mientras unos testigos, los agentes de policía, declararon que el acusado «lanzaba puñetazos y patadas a los agentes», otros testigos, los compañeros de éste, «manifestaron que su actitud era en todo momento pasiva».

A continuación señala la sentencia los datos, que dice «incontrovertidos», de que uno de los agentes sufrió las lesiones (ya transcritas) y de que fue este agente el que, junto con otros dos, procedió al traslado del acusado y ahora recurrente hasta el pasillo próximo a la Sala de Comisiones (en los términos que ya se han indicado), a lo que añade la referencia a la actitud de aquél, de oposición a la orden de desalojo, actitud que queda evidenciada «partiendo del dato objetivo de que hubo de ser retirado por tres agentes».

De todo ello se deduce en la sentencia que el acusado, ahora recurrente mantuvo un actitud que no era de acometimiento directo contra los agentes, pero sí constitutiva de una «oposición contumaz, firme y violenta, por lo que la misma está incardinada en un delito de

resistencia». Y termina esta exposición la sentencia, en lo pertinente a las expresadas lesiones, reiterando la afirmación de que el resultado lesivo sufrido por el agente de policía debe imputarse al entonces acusado, Sr. L. V.”

En esta línea la Sentencia del Tribunal Supremo⁴⁶² de 19 de septiembre de 1988, aduciendo que “resistencia, a efectos de lo dispuesto en el número 2.º del artículo 231 y en el artículo 237 del Código penal, significa oposición a la actuación pública de Autoridades, funcionarios públicos o agentes de la Autoridad, debiéndose subsumir, el comportamiento del sujeto o sujetos activos, en el artículo 231, cuando la oposición es activa, violenta, abrupta y hasta clamorosa, mientras que, dicha conducta, se encasillará en el artículo 237 antes citado, cuando se trate de oposición meramente pasiva, inerte, renuente, e íntegra terca y tenaz porfía obstaculizadora u obstativa de la acción de los órganos o representantes del sector público. Pero si, como en el caso de autos, el sujeto activo, no se limita a la mencionada oposición pasiva, ni siquiera a obstaculizar activamente la acción del Agente de la Autoridad de autos, sino que le empuja, haciéndole caer al suelo, no cabe la menor duda de que se trató de un acometimiento, embestida, agresión o ataque, perpetrado en la persona de un, como ya se ha dicho, Agente de la Autoridad - concretamente un Policía Municipal-, el cual se hallaba en el ejercicio de sus funciones reguladoras del tránsito, de vehículos y de personas,

⁴⁶² SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO⁴⁶² DE 19 DE SEPTIEMBRE DE 1988 (RJ 1988, 6792).

escarneciendo el principio de autoridad que, el susodicho Agente, encarnaba y representaba, así como la «autoritas», la «potestas» y el «imperium», que caracterizan a los entes públicos y se extiende a sus servidores, lo cual determinó que, el Tribunal de instancia, certeramente, incardinara el caso en el número 2.º del artículo 231 del Código penal, procediendo, en consecuencia, la desestimación conjunta de los motivos segundo y tercero del recurso estudiado, fundados, ambos, en el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y, el segundo, en aplicación indebida de los artículos 231-2.º y 236 del Código penal, y, el tercero, en inaplicación del artículo 237 del citado cuerpo legal.”

Similar posición sostiene la Sentencia del Tribunal Supremo⁴⁶³ de fecha núm. 747/1999, de 11 de mayo de 1999 para a que “como quiera que en el art. 550 del Código penal, definidor del delito de atentado, se considera integrante de dicho tipo penal el hecho de hacer "resistencia activa" grave, cuando la autoridad, el agente de la misma o el funcionario público, se hallaren ejecutando las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas», en tanto que, en el art. 556 del mismo Código, en el que se define el delito de «resistencia», se describe este tipo penal en forma negativa (“los que, sin estar comprendidos en el artículo 550, resistieren a la autoridad o a sus agentes,..., en el ejercicio de sus funciones,...”), es preciso señalar los hitos que delimitan ambas figuras penales. En este sentido, según ha sentado la

⁴⁶³ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE FECHA NÚM. 747/1999, DE 11 DE MAYO DE 1999 (RJ 1999, 4974).

jurisprudencia de esta Sala, la nota distintiva entre ambas modalidades de resistencia consiste en que la constitutiva del delito de atentado es de «carácter activo», en tanto que la constitutiva del delito de resistencia es pasiva. Consiguientemente, habrá de aplicarse el art. 550 del Código penal cuando la oposición del sujeto activo sea activa, violenta, abrupta y hasta clamorosa; por el contrario, deberá aplicarse el art. 556 del mismo cuerpo legal cuando se trate de una oposición meramente pasiva, inerte, renuente, de modo que denote una terca y tenaz porfía obstaculizadora u obstativa de la acción de los órganos o representantes del sector público (v. SS. de 19 de septiembre de 1988, 7 de mayo de 1990, 20 de mayo de 1994 y 30 de mayo de 1998).

También mantiene idéntica distinción el Auto de Tribunal Supremo⁴⁶⁴ de 10 mayo 2000 según el cual “tiene afirmado que como quiera que en el art. 550 CP, definidor del delito de atentado, se considera integrante de dicho tipo penal el hecho de hacer «resistencia activa grave, cuando la autoridad, el agente de la misma o el funcionario público, se hallaren ejecutando las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas», en tanto que, en el art. 556 del mismo Código, en el que se define el delito de «resistencia», se describe este tipo penal en forma negativa –«los que, sin estar comprendidos en el art. 550, resistieren a la autoridad o a sus agentes,... en el ejercicio de sus funciones,...»–, es preciso señalar los hitos que delimitan ambas figuras penales. En este sentido, la nota distintiva entre ambas modalidades de resistencia consiste en que la constitutiva del delito de

⁴⁶⁴ AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 MAYO 2000 (RJ 2000, 7767).

atentado es de «carácter activo», en tanto que la constitutiva del delito de resistencia es pasiva. Consiguientemente, habrá de aplicarse el art. 550 mencionado cuando la oposición del sujeto activo sea activa, violenta, abrupta y hasta clamorosa, por el contrario, deberá aplicarse el art. 556 del mismo texto legal cuando se trate de una oposición meramente pasiva, inerte, renuente, de modo que denote una terca y tenaz porfía obstaculizadora u obstativa de la acción de los órganos o representantes del sector público (STS de 11 de mayo de 1999).”

En cuanto a la intencionalidad del sujeto activo en referencia a la gravedad de la resistencia tiene establecido la Sentencia del Tribunal Supremo⁴⁶⁵ de 28 de octubre de 1991 que “constituye delito de atentado -entre otros comportamientos- la resistencia grave a la Autoridad, a sus Agentes o a los funcionarios públicos, «cuando se hallaren ejerciendo las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas» (vid, artículo 231.2.º del Código penal), mas, cuando aquélla fuera leve y tuviere lugar en relación con la Autoridad o sus agentes «en el ejercicio de las funciones de su cargo», el delito cometido será el de «resistencia» (vid. artículo 237 del Código penal). Para distinguir la gravedad de la levedad, en materia de resistencia, tiene declarado esta Sala que es preciso efectuar un examen de las circunstancias de modo, y lugar y tiempo, si bien la diferencia principal radica en la vertiente subjetiva, es decir, en la intención del culpable de atentar o no (vid. SS. de 7-12-1928 y 4-5-1962).”

⁴⁶⁵ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE OCTUBRE DE 1991 (RJ 1991, 7412).

En la misma línea la Sentencia del Tribunal Supremo⁴⁶⁶ de 30 de mayo de 1998 apuntando que “alega que en el hecho probado, la acción de acometimiento, se concreta simplemente en un «fuerte golpe en la mano» con la finalidad de arrebatarle la bolsa. No se dispone de más datos fácticos que describan más minuciosamente en qué consistió el abalanzamiento. A su juicio no existen dos conductas diferenciadas, a saber una primera destinada a la consecución de la droga y una segunda de resistencia activa frente a los funcionarios. Descarta asimismo que existiese resistencia grave ante la Autoridad por lo que nos encontramos ante el mismo caso de un intento de fuga en el que el acusado echa a correr y ha de ser detenido por los Agentes de la Autoridad. No concurre el elemento subjetivo del injusto que viene constituido por el ánimo de inferir agravio al principio de autoridad, menospreciar o vulnerar la función pública.

2. Efectivamente el hecho probado es muy parco en matices sobre la forma en que se produjo en el enfrentamiento entre el acusado y el funcionario de prisiones. Ahora bien, sí consta, con la debida certeza, que el motivo que impulsó al recurrente para abalanzarse sobre el funcionario de prisiones fue el de arrebatarle la bolsa que contenía la heroína con objeto de tragársela y eliminar las huellas o vestigios del delito. En este sentido, la Sentencia de 23 marzo 1995 de esta Sala ya matizó que entre los delitos de atentado y de resistencia a Agentes de la Autoridad existen zonas de confluencia en lo que se

⁴⁶⁶ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO NÚM. 753/1998, DE 30 DE MAYO (RJ 1998, 9195).

refiere a sus elementos constitutivos distinguiéndose, en cuanto a su tipificación, en la dinámica comisiva que es diferente en los dos supuestos considerados. En ambos casos es necesario que el sujeto pasivo sea Agente de la Autoridad, que estos últimos se encuentren en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas y, por último, que el sujeto activo sea conecedor de la condición de Agente de la Autoridad, siendo preciso, como elemento subjetivo del injusto, un ánimo tendencial de menospreciar el principio de autoridad.

El elemento diferencial radica en la forma en que se realiza la acción que es distinta en el delito de atentado que en el de resistencia. En el atentado predomina la acción típica de acometimiento en alguna de las modalidades, alternativas o confluyentes, que se contemplan en el artículo 231.2 del Código penal y que no son otras que el empleo de fuerza o intimidación o, la resistencia grave. Con arreglo a los datos fácticos que hemos mencionado, no nos encontramos ante un supuesto de comportamiento agresivo externo realizado contra un Agente de la Autoridad, sino ante un caso de resistencia. La gravedad de la intimidación y de la resistencia debe medirse con un criterio objetivo, valorando las circunstancias de cada caso. También la resistencia pasiva puede ocasionar lesiones, generalmente leves, a los funcionarios que pretenden llevar a cabo la detención, pero no por ello se debe elevar la cota punitiva hasta equiparar esta conducta a la del atentado que requiere una mayor entidad objetiva y un ánimo específico y activo de acometer, circunstancias que faltan en el caso presente.”

Para distinguir el delito de desobediencia del de resistencia activa ROIG TORRES⁴⁶⁷ señala que la resistencia menor se diferencia de la desobediencia, pues, aún siendo las dos conductas omisivas frente a un requerimiento previo, en la primera de ellas se precisa de cierto esfuerzo del agente para impedir que se lleve a cabo lo mandado, mientras que la segunda de ellas consiste en un mero no hacer.

GROIZARD⁴⁶⁸ manifestaba en este sentido que “en la desobediencia obra solamente la voluntad, en la resistencia obra además el cuerpo.”

⁴⁶⁷ ROIG TORRES, MARGARITA: “El Delito de Atentado”, págs. 148-149.

⁴⁶⁸ GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, ALEJANDRO: “El Código penal de 1870 concordado y comentado”, Tomo III, 2ª edición, Madrid 1911, cit. pág. 450.

VI.- EL SUBTIPO AGRAVADO DE EMPLEO DE ARMAS O MEDIOS PELIGROSOS

Antes del Texto punitivo de 1995 la jurisprudencia había sostenido que la inclusión de esta agravación suponía vulnerar el principio de legalidad⁴⁶⁹.

En primer término, hemos de referir que las armas pueden ser de cualquier clase, por cuanto que el legislador no apunta exclusivamente a las armas de fuego, pudiendo incluirse igualmente, las armas blancas tales como cuchillos, machetes, navajas, etc.

Para la Real Academia de la Lengua española, arma es todo “instrumento, medio o máquina destinados a atacar o a defenderse.”

El Tribunal Supremo ha venido manteniendo su tradicional criterio de calificar “armas” a efectos agravatorios en el delito de robo las de fogueo, las detonadoras y cualesquiera otras cuyo funcionamiento no conste⁴⁷⁰.

QUERALT JIMÉNEZ⁴⁷¹, afirma que el tipo del artículo 552.1^a se refiere exclusivamente a los supuestos de agresión, añadiendo que

⁴⁶⁹ Así, la SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 13 DE NOVIEMBRE DE 1991 (RJ 1991, 8062) en la que se establece que: “[...] la equiparación de la utilizada vehículos de motor [...] con la utilización de armas [...] infringe el principio de prohibición de analogía, y verifica una interpretación extensiva del concepto de arma en perjuicio del procesado y en sentido desfavorable al reo, que no puede acogerse”.

⁴⁷⁰ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE ENERO DE 1991 (RJ 1991, 248).

⁴⁷¹ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: “Derecho Penal Español, parte Especial”, cit. págs. 1139 y 1140.

“si el arma se utiliza únicamente a efectos intimidatorios y no agresivos, no entra en juego este subtipo agravado, quedando todo en un atentado por intimidación del tipo básico.”

Además, para QUERALT JIMÉNEZ, “el medio utilizado para efectuar el atentado por agresión ha de ser armas u otros instrumentos peligrosos, lo que puede dilatar contra reo este precepto, tal y como ha hecho la jurisprudencia sin base legal para ello. No olvidemos que a diferencia de la objetiva peligrosidad de las armas –sobrentendidas siempre las de fuego-, la de otros instrumentos nominados in genere es más que discutible cuando se esgrimen o utilizan ante funcionarios perfectamente entrenados para resolver esas agresiones. De todos modos, una serie de supuestos no presentan dudas; tal es el caso de los explosivos, como los cócteles molotov.”

Continúa el autor, señalando que ante la indefinición legal, hay que atender primeramente al peligro real del arma o instrumentos empleados por el sujeto activo; de tal forma que exista un peligro potencial, pues no genera el mismo peligro una piedra que un arma de fuego, por lo que la ampliación eventual de la ley supondría carta blanca, con lo que habría además que estar a cada caso concreto para ponerlo en relación con el arma empleada, vgr. una situación de prevalimiento en el que el sujeto pasivo esté sedado, lo mismo da que se le agreda con un arma de fuego que se le golpee con una piedra en la cabeza.

Concluye QUERALT JIMÉNEZ, que “no es necesario que las armas se lleguen a utilizar produciendo resultados lesivos; aunque

como mínimo, habrá que blandirlas contra la autoridad para consumar la agresión, dado que no se trata de una intimidación. Tampoco es necesario que el arma sea portada previamente por el sujeto activo: puede encontrarla en el lugar de los hechos o sustraérsela al agente que quiere detener. En fin, aun existiendo un instrumento peligroso, como es una motocicleta y a consecuencia de su uso hasta han resultado lesiones en unas víctimas del atentado, cabe no apreciar el tipo agravado puesto que, el sujeto, al que los agentes habían dado el alto para que les exhibiera la documentación del vehículo, tras hacer que iba a cumplir el requerimiento, sale huyendo y golpeando en la huída a un agente, pero sin dirigir la motocicleta contra él. Ello pone de manifiesto que la ratio de la agravante es la utilización dolosa en el delito de atentado del arma o instrumento igualmente peligroso.”

Según LORENTE VELASCO ⁴⁷² resulta curioso, el supuesto presentado en STS de 31 de diciembre de 2001 (RJ 2001, 824) en el que se aborda una agresión con arma de fuego que no logró su objetivo último por estar puesto el seguro. Ante tal circunstancia se ha defendido la posibilidad de extender a las armas el requisito de peligrosidad que viene exigiéndose cuando se aborda el concepto de instrumento peligroso.

Habría que considerar, por tanto, que la peligrosidad del daño se mide ex ante y no ex post, en opinión de referida autora.

⁴⁷² LORENTE VELASCO, S.M.: cit. “Delitos de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos y de resistencia y desobediencia.”

PRATS CANUT⁴⁷³, por su parte refiere, que “se trata de una agravante que se encuentra diseminada en nuestro Código penal, con relación a los delitos que exigen algún tipo de acometimiento; de la misma manera que puede servir para integrar algunos supuestos de las agravantes genéricas del artículo 22 CP/1995, es por ello que poco cabe decir al respecto, si acaso criticar el concepto extensivo que de arma viene haciendo el Tribunal Supremo, ya que por arma cabe entender aquéllos objetos cuya función propia es la de servir normalmente de instrumento para la defensa o la agresión, debiendo restringir el concepto de otros medios peligrosos a los instrumentos cuyo uso natural no es la defensa o el ataque, pero sí que revisten idoneidad suficiente para equiparlos a las armas, como objetos punzantes o similar, sin embargo ello no debería un concepto tan extensivo como el empleado por el Tribunal Supremo entendiendo por tal piedras (vid. STS 13 de noviembre de 1934 (RJ 1934,1979)), palos, etc., en definitiva, utilizando un criterio a sensu contrario en el cual es con armas prácticamente toda agresión no ejecutada con armas (SSTS 10 noviembre 1998 (RJ 1988, 8991) y 19 noviembre 1992)).”

Una vez analizados los supuestos en los que la agravación se sustenta en el uso de armas como tales, llega el momento de profundizar en el análisis del término otros medios peligrosos. STS núm. 2003/2000, de 20 de diciembre (RJ 2000, 10465), se desprende de esta resolución que han de integrarse a ese concepto aquellos

⁴⁷³ PRATS CANUT, J.M: “Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal”, cit. págs. 2064 y 2065.

medios que objetivamente sean potencialmente peligrosos para la vida e integridad física, aumentando o potenciando la capacidad agresiva del autor.

Según CUERDA ARNAU⁴⁷⁴ el Tribunal ha de explicar de una forma convincente lo que parece una disparidad de tratamiento entre la utilización de tales medios en el delito de robo y en el delito de atentado, máxime si tiene en cuenta que no han faltado casos en los que el simple uso de una jeringuilla se ha estimado peligroso.

Con independencia de las armas de fuego o de las armas blancas, no cabe duda que se consideran medios peligrosos, por ejemplo, el uso de cócteles molotov (STS núm. 258/1998, de 28 de febrero (RJ 1998, 1749)) y de explosivos. Especialmente relevante resulta el caso de los vehículos a motor, pues antes de la entrada en vigor del actual Código resultaba inadecuado considerar estos como un arma pues no lo son en sentido propio, por lo que tal interpretación habría supuesto una extensión analógica en contra del reo.

Tampoco existe ningún inconveniente en considerar los vehículos a motor como un instrumento peligroso y así encontramos las Sentencias de la AP de Alicante núm. 525/2007, de 27 de septiembre (JUR 2008, 129479), las Palmas núm. 123/2007, de 4 de mayo (JUR 2007, 170500) o de la AP de Málaga núm. 123/2003, de 28 de mayo (JUR 2004, 46176).

⁴⁷⁴ CUERDA ARNAU: cit. “Los delitos de atentado y resistencia”.

La concurrencia de esta circunstancia agravante requiere que el arma se emplee para atacar al sujeto portador del bien jurídico, de modo que si se exhibe para intimidarlo no podrá apreciarse el tipo agravado, sino el tipo básico del artículo 550 del CP en su modalidad de intimidación grave. El artículo 552.1 del CP dice expresamente cuando la agresión se verifique con armas u otros medios peligrosos.

En esta línea COBO DEL ROSAL y QUINTANAR DÍEZ⁴⁷⁵ y en referencia a estas posturas jurisprudenciales, señalan que “ello impide que el concepto de medio peligroso, pueda ser correctamente entendido desde la perspectiva de la distinción, entre ataque, en este caso atentados, especialmente peligrosos, para la vida o integridad física del sujeto pasivo de la acción y los que no lo son. Por arma debiera entenderse, aquel objeto cuya función genuina fuese la de ser utilizada como instrumento de defensa o de agresión y medio peligroso debiera ser instrumento cuya utilización usual no fuese ni la defensa, ni el ataque, pero sí que revistiese la idoneidad suficiente para equipararlo a las armas. Sin embargo un concepto tan extensivo de arma, el concepto de medio peligroso, ya no cuenta con ningún parámetro valorativo que no sea el de la concreta utilización que pueda dar al agente y, su relación más o menos intensa con el peligro a la vida o la integridad física de la víctima.”

Esta es por tanto la postura a mi juicio más correcta, añadiendo además que el uso de armas, incluyendo las armas blancas, distinguido

⁴⁷⁵ COBO DEL ROSAL, MANUEL/ QUINTANAR DÍEZ, MANUEL: “Derecho Penal Español, parte especial”, cit. págs. 1093 y 1094.

del de medios peligrosos, y en referencia a estas armas habrá que estar a lo establecido en el Reglamento de Armas⁴⁷⁶, pues de lo contrario

⁴⁷⁶ REAL DECRETO 137/1993, DE 29 DE ENERO, POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO DE ARMAS:

ARTICULO 2. A los efectos del presente Reglamento, en relación con las armas de fuego y con la munición para armas de fuego, se entenderá por:

- a) Arma de fuego corta: El arma de fuego cuyo cañón no exceda de 30 centímetros o cuya longitud total no exceda de 60 centímetros.
- b) Arma de fuego larga: Cualquier arma de fuego que no sea un arma de fuego corta.
- c) Arma automática: El arma de fuego que se recarga automáticamente después de cada disparo y con la que es posible efectuar varios disparos sucesivos al accionar el disparador una sola vez.
- d) Arma semiautomática: El arma de fuego que después de cada disparo se recarga automáticamente y con la que sólo es posible efectuar un disparo al accionar el disparador cada vez.
- e) Arma de repetición: El arma de fuego que se recarga después de cada disparo, mediante un mecanismo accionado por el tirador que introduce en el cañón un cartucho colocado previamente en el depósito de municiones.
- f) Arma de un solo tiro: El arma de fuego sin depósito de municiones, que se carga antes de cada disparo mediante la introducción manual de un cartucho en la recámara o en un alojamiento especial a la entrada del cañón.
- g) Munición con balas perforantes: La munición de uso militar con balas blindadas de núcleo duro perforante.
- h) Munición con balas explosivas: La munición de uso militar con balas que contengan una carga que explota por impacto.
- i) Munición con balas incendiarias: La munición de uso militar con balas que contengan una mezcla química que se inflama al contacto con el aire o por impacto.

SECCION 3.

Clasificación de las armas reglamentadas

ARTICULO 3. Se entenderá por armas y armas de fuego reglamentadas, cuya adquisición, tenencia y uso pueden ser autorizados o permitidos con arreglo a lo dispuesto en este Reglamento, los objetos que, teniendo en cuenta sus características, grado de peligrosidad y destino o utilización, se enumeran y clasifican en el presente artículo en las siguientes categorías:

1. categoría.

Armas de fuego cortas: Comprende las pistolas y revólveres.

2. categoría:

1. Armas de fuego largas para vigilancia y guardería: Son las armas largas que reglamentariamente se determinen por Orden del Ministerio del Interior o mediante decisión adoptada a propuesta o de conformidad con el mismo, como específicas para desempeñar funciones de vigilancia y guardería.

2. Armas de fuego largas rayadas: Se comprenden aquellas armas utilizables para caza mayor. También comprende los cañones estriados adaptables a escopetas de caza, con recámara para cartuchos metálicos, siempre que, en ambos supuestos, no estén clasificadas como armas de guerra.

3. categoría:

1. Armas de fuego largas rayadas para tipo deportivo, de calibre 5,6 milímetros (.22 americano), de percusión anular, bien sean de un disparo, bien de repetición o semiautomáticas.

2. Escopetas y demás armas de fuego largas de ánima lisa, o que tengan cañón con rayas para facilitar el plomeo, que los bancos de pruebas reconocidos hayan marcado con punzón de escopeta de caza, no incluidas entre las armas de guerra.

tendríamos que aplicar la relación concursal oportuna con el delito de tenencia ilícita de armas del Artículo 563 del Texto punitivo, según el cual “La tenencia de armas prohibidas y la de aquéllas que sean resultado de la modificación sustancial de las características de fabricación de armas reglamentadas, será castigada con la pena de prisión de uno a tres años.”

Finalmente, en cuanto a la peligrosidad del arma utilizada, además de las circunstancias que en cada caso se den a su utilización, especial consideración deberán tener las armas de guerra, pues no

3. Armas accionadas por aire u otro gas comprimido, sean lisas o rayadas, siempre que la energía cinética del proyectil en boca exceda de 24,2 julios.

4. categoría:

1. Carabinas y pistolas, de tiro semiautomático y de repetición; y revólveres de doble acción, accionadas por aire u otro gas comprimido no asimiladas a escopetas.

2. Carabinas y pistolas, de ánima lisa o rayada, y de un solo tiro, y revólveres de acción simple, accionadas por aire u otro gas comprimido no asimiladas a escopetas.

5. categoría:

1. Las armas blancas y en general las de hoja cortante o punzante no prohibidas.

2. Los cuchillos o machetes usados por unidades militares o que sean imitación de los mismos.

6. categoría:

1. Armas de fuego antiguas o históricas, sus reproducciones y asimiladas, conservadas en museos autorizados por el Ministerio de Defensa, si son dependientes de cualquiera de los tres Ejércitos, y por el Ministerio del Interior, en los restantes casos.

2. Las armas de fuego cuyo modelo o cuyo año de fabricación sean anteriores al 1 de enero de 1870, y las reproducciones o réplicas de las mismas, a menos que puedan disparar municiones destinadas a armas de guerra o a armas prohibidas.

La antigüedad será fijada por el Ministerio de Defensa, que aprobará los prototipos o copias de los originales, comunicándolo a la Dirección General de la Guardia Civil.

3. Las restantes armas de fuego que se conserven por su carácter histórico o artístico, dando cumplimiento a lo prevenido en los artículos 107 y 108 del presente Reglamento.

4. En general, las armas de avancarga.

7. categoría:

1. Armas de inyección anestésica capaces de lanzar proyectiles que faciliten la captura o control de animales, anestesiándolos a distancia durante algún tiempo.

2. Las ballestas.

3. Las armas para lanzar cabos.

4. Las armas de sistema Flobert .

5. Los arcos, las armas para lanzar líneas de pesca y los fusiles de pesca submarina que sirvan para disparar flechas o arpones, eficaces para la pesca y para otros fines deportivos.

6. Los revólveres o pistolas detonadoras y las pistolas lanza bengalas.

olvidemos que en los tiempos que vivimos son las armas preferidas de los grupos terroristas armados, como ETA o Al Qaeda y para ello solamente hemos de acudir al Reglamento de armas⁴⁷⁷

En este sentido, creo que el legislador debería de añadir un párrafo a este subtipo agravado, para cuando en esta modalidad comisiva se utilicen armas de guerra, tales como subfusiles de asalto, lanza granadas, bombas, ect, todas ellas contempladas en el referido Reglamento de armas, pues ello en primer lugar genera un mayor peligro no sólo para el agente contra el que se atenta, sino para con terceros que se pueden ver afectados en este tipo de atentados a la autoridad, y en segundo lugar, porque estos grupos organizados, con este tipo de ataques pretender erradicar el orden constitucional establecido democráticamente, esto es, el orden público en sí mismo,

⁴⁷⁷ REAL DECRETO 137/1993, DE 29 DE ENERO, POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO DE ARMAS:

SECCION 5.

Armas de guerra

ARTICULO 6. 1. Se consideran armas de guerra, quedando en consecuencia prohibidos su adquisición, tenencia y uso por particulares:

- a) Armas de fuego o sistemas de armas de fuego de calibre igual o superior a 20 milímetros.
 - b) Armas de fuego o sistemas de armas de fuego de calibre inferior a 20 milímetros, cuyos calibres sean considerados por el Ministerio de Defensa como de guerra.
 - c) Armas de fuego automáticas.
 - d) Las municiones para las armas indicadas en los apartados a) y b).
 - e) Los conjuntos, subconjuntos y piezas fundamentales de las armas y municiones indicadas en los apartados a) a d), así como, en su caso, sus sistemas entrenadores o subcalibres.
 - f) Bombas de aviación, misiles, cohetes, torpedos, minas, granadas, así como sus subconjuntos y piezas fundamentales.
 - g) Las no incluidas en los apartados anteriores y que se consideren como de guerra por el Ministerio de Defensa.
2. Corresponde al Gobierno, a propuesta conjunta de los Ministerios de Defensa y del Interior, determinar las armas comprendidas en este artículo que pueden ser utilizadas como dotación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

y ello merece mayor reproche que el sujeto activo cuyos fines atentatorios al orden público son bien distintos.”

Está muy próxima la modificación del Reglamento actual de armas, por ello, no puedo concluir este apartado sin completar la definición más exhaustiva que ofrece el nuevo Proyecto de Reglamento de Armas⁴⁷⁸, y que actualmente se encuentra en el

⁴⁷⁸PROYECTO DE REAL DECRETO POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO DE ARMAS:

Artículo 2: Definiciones.

A los efectos del presente Reglamento, en relación con las armas y su munición, se entenderá por:

1. “Arma de aire u otro gas comprimido”: Armas que utilizan como fuerza impulsora del proyectil la originada por la expansión de un gas comprimido.
2. “Arma antigua”: Arma de fuego cuyo modelo o cuyo año de fabricación es anterior al 1 de enero de 1870.
3. “Arma artística”: Arma que en su ornamentación presenta una peculiaridad distinta a las demás de su clase, en razón de los materiales nobles empleados o de diseño, que le confiere un especial valor.
4. “Arma automática”: Arma de fuego que recarga automáticamente después de cada disparo y con la que es posible efectuar varios disparos sucesivos mientras permanezca accionado el disparador.
5. “Arma de avanguardia”: Arma de fuego en la que la carga de proyección y el proyectil se introducen por la boca del cañón o, en su caso, por la boca de la recámara del tambor. La carga de proyección es de pólvora negra o de sustancia explosiva o pirotécnica similar.
6. “Arma basculante”: Arma de fuego que, sin depósito de municiones, se carga mediante la introducción manual de un cartucho en la recámara y tiene un sistema de cierre mediante báscula. Puede tener uno o varios cañones.
7. “Arma blanca”: Arma constituida por una hoja metálica u otro material de características físicas semejantes, cortante o punzante.
8. “Arma combinada”: Arma formada por la unión de elementos intercambiables o fijos de dos o más armas de distinta categoría, que pueden ser utilizados separada o conjuntamente.
10. “Arma detonadora”: Arma destinada para la percusión de cartuchos sin proyectil destinados a provocar un efecto sonoro y cuyas características la excluyen para disparar cualquier tipo de proyectil.
11. “Arma Flobert”: Arma de fuego portátil que utiliza munición de calibre Flobert. Dicha arma siempre es de percusión anular y puede llevar una pequeña carga de pólvora o solo la carga iniciadora. La energía cinética en boca no puede sobrepasar los cien (100) J para ningún calibre.
12. “Arma de fuego”: Toda arma que tenga cañón y que lance, esté concebida para lanzar o pueda transformarse fácilmente para lanzar un perdigón, bala o proyectil por la acción de un combustible propulsor.

A estos efectos, se considerará que un objeto es susceptible de transformarse para lanzar un perdigón, bala o proyectil por la acción de un combustible propulsor cuando tenga la apariencia de un arma de fuego y debido a su construcción o al material con el que está fabricada, pueda transformarse de este modo.

Parlamento para su próxima aprobación y entrada en vigor, y que como definición y clasificación de armas resulta más elocuente que el ofrecido por el actual Reglamento, y que siempre servirá de base para dotar de contenido al subtipo agravado de atentado cuando se emplean armas o medios peligrosos, encontrando nuevas definiciones entre las que se encuentran las armas de *paint ball* o las de *airsoft*, y que bien pueden resultar también armas simuladas, pues muchas de ellas son réplicas de armas originales, pero para el caso que tratamos lo que importa es el uso que se le dé para la comisión delictiva del delito de atentado, atendiendo a cada caso concreto, el arma utilizada y el empleo que se le haya dado a la misma frente al funcionario, la autoridad o el agente de ésta.

13. “Arma de fuego corta”: Arma de fuego cuyo cañón no exceda de 30 cm o cuya longitud total no exceda de 60 cm.

14. “Arma de fuego larga”: Cualquier arma de fuego que no sea un arma de fuego corta.

15. “Arma histórica”: Arma que se signifique especialmente por su relación con un hecho o personaje histórico relevante, acreditada documentalmente.

16. “Arma puesta a tiro o tomada en diente”: Arma que estando en proceso de fabricación ya está preparada para efectuar el disparo, aunque para su total terminación falten todavía otras operaciones.

17. “Arma de repetición”: Arma de fuego que se recarga después de cada disparo, mediante un mecanismo accionado por el tirador que introduce en el cañón un cartucho colocado previamente en el depósito de municiones.

18. “Arma semiautomática”: Arma de fuego que después de cada disparo se recarga automáticamente y con la que solo es posible efectuar un disparo al accionar el disparador cada vez.

19. “Arma de un solo tiro”: Arma de fuego sin depósito de municiones, que se recarga antes de cada disparo mediante la introducción manual de un cartucho en la recámara o en un alojamiento especial a la entrada del cañón.

20. “Arma de uso lúdico-deportivo”: arma accionada por aire, o gas comprimido o por muelle, de ánima lisa, que dispara proyectiles de material plástico que pueden contener líquidos o geles en su interior, de un peso no superior a 0,40 g y de un diámetro igual o menor a 8mm, con una energía cinética en boca inferior a 3 julios. Las armas comprendidas en esta categoría deberán llevar una marca permanente de color amarillo y fosforescente que permita su rápida identificación.

Estas marcas deberán presentar una anchura de 5 cm alrededor del cañón e inmediatamente detrás del punto de mira. Quedan comprendidas dentro de la presente definición, tanto las armas de “airsoft” como las armas de “paintball”.”

VIII.- EL REQUISITO DE HALLARSE EN EL EJERCICIO LEGÍTIMO DE SU CARGO O CON MOTIVO DE ÉSTE

8.1.- Antecedentes jurisprudenciales

Al Igual que referimos cuando tratamos el bien jurídico protegido en el delito de atentado, la justificación de la tutela privilegiada contenida en los artículos 550 y siguientes del Texto punitivo, veíamos la idea de función pública, el orden público o la dignidad de la función pública entre más, pero ello sigue estando bajo la idea de acatamiento a la autoridad, cuya salvaguarda se estima necesaria, aun en un Estado de Derecho, para garantizar el correcto funcionamiento de las instituciones democráticas, tal y como nos marcaba la más reciente y consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS 1030/07 (EDJ 2007/243074⁴⁷⁹)), pues entiende que

⁴⁷⁹ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 4-12-2007, Nº 1030/2007, REC. 759/2007. PTE: COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, MIGUEL (EDJ 2007/243074): “Abandonada la concepción del bien jurídico protegido por el delito de atentado como referencia al principio de autoridad, se ha identificado aquél con el orden público, entendido como aquella situación que permite el ejercicio pacífico de los derechos y libertades públicas y el correcto funcionamiento de las instituciones y organismos públicos, y consiguientemente, el cumplimiento libre y adecuado de las funciones públicas, en beneficio de intereses que superan los meramente individuales.

En definitiva, se sancionan a través de esos preceptos los hechos que atacan al normal funcionamiento de las prestaciones relativas al interés general que la Administración debe ofrecer a los ciudadanos. Aun cuando la mención a las Autoridades y a sus agentes como sujetos pasivos pudiera dar a entender que el delito de atentado se refiere exclusivamente a actos dirigidos contra quienes se caracterizan por tener mando o ejercer jurisdicción o contra quienes actúan a sus órdenes o bajo sus indicaciones (artículo 24 del Código Penal EDL1995/16398), la consideración de los funcionarios públicos como tales sujetos pasivos, amplía necesariamente al ámbito de estos últimos. Una limitación en atención al cumplimiento de funciones derivadas de resoluciones en las que se actúe con tal

“abandonada la concepción del bien jurídico protegido por el delito de atentado como referencia al principio de autoridad, se ha identificado aquél con el orden público, entendido como aquella situación que permite el ejercicio pacífico de los derechos y libertades públicas y el correcto funcionamiento de las instituciones y organismos públicos, y consiguientemente, el cumplimiento libre y adecuado de las funciones públicas, en beneficio de intereses que superan los meramente individuales.”

El requisito de que el agente, la autoridad o el funcionario se hallen ejecutando la funciones de su cargo o la agresión se produzca con ocasión de referidas funciones, es imprescindible para que se dé la comisión del delito de atentado, pues son las Instituciones del Estado a las que se representa bajo el ejercicio de ese cargo o de esas funciones, pues de otro modo estaríamos antes la lesión de un bien jurídico particular.

Y así, este requisito de que el agente, la autoridad o el funcionario se hallen ejecutando la funciones de su cargo o con ocasión de ellas, ya desde antiguo la Jurisprudencia veía exigiendo este requisito como fundamental, para que se pudiera aplicar la figura delictiva del atentado, encontramos una Sentencia del Tribunal Supremo⁴⁸⁰ de fecha 13 de julio de 1882, la que establecía en sus

mando o jurisdicción, no encuentra precedentes definitivos en la jurisprudencia, que, por el contrario, se ha orientado a considerar como sujetos pasivos a los funcionarios públicos en cuanto vinculados al cumplimiento o ejecución de las funciones públicas antes referidas.”

⁴⁸⁰ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª, NÚM. 266, DE FECHA 13 DE JULIO DE 1882: “Colección Legislativa de España, Sentencias del Tribunal

considerandos “que el hecho de causar lesiones a un guarda de campo, al manifestar que quedaba denunciado por haber introducido su ganado en el término que custodiaba, constituye el delito de atentado, definido en el caso 2º del art. 263 del Código penal.

Que no deja de existir atentado, aunque el hecho que lo produce no fuera ejecutado en el término en el que ejerza sus funciones la Autoridad, si resulta que tuvo lugar con ocasión de ellas”.

Asimismo, el Tribunal Supremo⁴⁸¹ en Sentencia de fecha 27 de Agosto de 1883, manifestaba “que constituye el delito de atentado el hecho de acometer o intimidar gravemente, cuando se hallen ejerciendo las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas, de cuyo delito corresponde conocer siempre a la jurisdicción ordinaria, con al arreglo al núm. 6 del artículo 349 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con el 348”.

También el Tribunal Supremo⁴⁸² en Sentencia de fecha 19 de diciembre de 1883 aducía “que no cabe suponer la existencia de atentado cuando un hecho si bien tiene lugar contra personas que ejercen cargo público, no es por razón de sus funciones oficiales, ni con ocasión de ellas, requisito indispensable en aquél delito”.

Supremo en materia criminal, salas segunda y tercera, primer semestre de 1882”, pág. 668.

⁴⁸¹ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª, NÚM. 42, DE FECHA 27 DE AGOSTO DE 1883: “Colección Legislativa de España, Sentencias del Tribunal Supremo en materia criminal, salas segunda y tercera, segundo semestre de 1883”, pág. 122.

⁴⁸² SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª, NÚM. 330, DE FECHA 19 DE DICIEMBRE DE 1883: “Colección Legislativa de España, Sentencias del Tribunal Supremo en materia criminal, salas segunda y tercera, segundo semestre de 1883”, pág. 921.

Respecto de hallarse en el ejercicio de sus tareas, se pronuncia el Tribunal Supremo⁴⁸³ en Sentencia de fecha 9 de abril de 1884 señalando “que si bien para los efectos del art. 23 de la ley de policía de los ferrocarriles, de 23 de noviembre de 1877, tienen carácter de agentes de la Autoridad, desde los jefes de estación y de tren hasta los porteros y vigilantes, es en cuanto se trate de operaciones y servicios relacionados con la conservación y policía de las vías férreas, tracción y movimiento de los trenes, y cuanto entrañe interés público, mas no el ejercicio de tareas puramente mercantiles o administrativas de orden interior de las empresas”.

Otro ejemplo lo encontramos en la Sentencia del Tribunal Supremo⁴⁸⁴, Sala 2ª, núm. 253, de fecha 20 de marzo de 1884 la cual establecía “1º. Que los vigilantes de consumos, agente del Alcalde o del Ayuntamiento, son todos agentes de la Autoridad.

2º. Que la cualidad de Autoridad es inherente al cargo que se ejerce y consecuentemente a las funciones emanadas del mismo”.

Finalmente la Sentencia del Tribunal Supremo⁴⁸⁵ de fecha 29 de diciembre de 1884 argumentaba “que el que acomete a un Agente de

⁴⁸³ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª, NÚM. 332, DE FECHA 9 DE ABRIL DE 1884: “Colección Legislativa de España, Sentencias del Tribunal Supremo en materia criminal, salas segunda y tercera, primer semestre de 1884”, pág. 971.

⁴⁸⁴ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª, NÚM. 253, DE FECHA 20 DE MARZO DE 1884: “Colección Legislativa de España, Sentencias del Tribunal Supremo en materia criminal, salas segunda y tercera, primer semestre de 1884”, pág. 735.

⁴⁸⁵ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª, NÚM. 348, DE FECHA 29 DE DICIEMBRE DE 1884: “Colección Legislativa de España, Sentencias del Tribunal Supremo en materia criminal, salas segunda y tercera, segundo semestre de 1884”, pág. 1065.

la autoridad cuando por encargo de su superior, bajo su guardia y custodia, y por tanto en ejercicio de sus funciones y con ocasión de ellas, era llevado desde el hospital a la cárcel, al cual acometió causándole ciertas lesiones a mano armada, o sea con una bayoneta que en un descuido del agente pudo el agresor quitarle, incurre en la responsabilidad que señala la regla 1ª del art. 279 del Código penal vigente en Cuba, en relación con el núm. 2º del art. 258 del mismo”.

8.2.- Doctrina y jurisprudencia actual

Como apuntábamos anteriormente, para que se dé la comisión de la infracción penal en el delito de atentado no basta con que la acción recaiga sobre el funcionario, autoridad o agente, sino que es necesario que la misma tenga lugar cuando se hallaren ejecutando las funciones de su cargo o con ocasión de ellas.

Es unánime la posición de la doctrina y la jurisprudencia respecto del significado de hallarse ejecutando las funciones del cargo, en el sentido de realizar actos o tomar acuerdos dentro del orden de las atribuciones que le corresponde al funcionario, a la autoridad o al agente de ésta.

El Texto punitivo, por tanto, introduce el requisito objetivo se hallaren ejecutando las funciones de su cargo o con ocasión de ellas para la apreciación de estos delitos, al margen del resto de elementos del tipo así como la necesidad de no extralimitación, en el caso del delito de atentado (artículo 550 CP) y como apunta LORENTE VELASCO⁴⁸⁶ para que se dé la comisión delictiva habrá de concurrir alguno de los siguientes presupuestos:

“1.- Que al momento en que se produce la acción agresiva el sujeto sobre el que recae la misma se halle en el ejercicio de sus funciones.

⁴⁸⁶ LORENTE VELASCO, S.M.: cit. “Delitos de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos y de resistencia y desobediencia.”

2.- Que aun en el caso de que el sujeto no se halle en el ejercicio de sus funciones, la acción delictiva tenga su origen con ocasión de ellas, esto es que el hecho delictivo esté relacionado de algún modo en la intención del sujeto activo con el cargo a alguna de las actividades desempeñadas por el funcionario público, la autoridad o agente de la misma.

En el caso del delito de desobediencia, sólo podrá cometerse el ilícito cuando la autoridad o el agente de la misma se halle en el ejercicio de sus funciones, pues de la propia idiosincrasia del tipo se desprende que el sujeto que soporta la acción debe estar ejerciendo su cargo en el momento en el que se perpetre la conducta lesiva pues sólo así puede reconocérsele la autoridad precisa para emitir la orden o mandato que dé lugar al tipo.”

MUÑOZ CONDE⁴⁸⁷ sostiene que cuando el funcionario se halla en el ejercicio de sus facultades, la identificación entre su persona y el órgano al que representa es total, protegiéndose a través de la persona al órgano que encarna.

Por el contrario, cuando el ataque se produce no en ejercicio de sus funciones sino con ocasión de ellas, no existe tal identificación bastando con que el ataque se realice en atención a las funciones ya ejercidas o a las que van a realizarse, en todo caso, es imprescindible que el cargo que se ha desempeñado, que se está desempeñando o que se va a desempeñar, sea el motivo del ataque.

⁴⁸⁷ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: “Derecho Penal. Parte Especial”, Valencia, 2007, cit. pág. 878.

En este orden de cosas JUANATEY DORADO⁴⁸⁸ afirma “qué hemos de entender por «ejercicio de sus funciones», a los efectos de lo dispuesto en el artículo 556 del Código penal -y en otros preceptos afines-, ha sido y sigue siendo una cuestión ampliamente debatida dentro de la doctrina penal española. La importancia del tema es manifiesta: la desobediencia a órdenes o mandatos dictados por la autoridad o por sus agentes fuera del ejercicio de sus funciones quedan fuera del ámbito de protección del precepto y, en consecuencia, resultan impunes. Esta es la razón por la que la doctrina penal española se ha ocupado con cierto detenimiento de tratar de fijar el significado de esta expresión, si bien las respuestas que ofrece no son en absoluto coincidentes.”

Sostiene la autora⁴⁸⁹ que “existe unanimidad en admitir que la tutela penal se extiende sólo al tiempo en el que la autoridad o sus agentes se hallan en el ejercicio de sus funciones, a diferencia de lo que ocurre con otras figuras jurídicas como el atentado, en las que el ámbito de protección penal se prolonga más allá en el tiempo por expresa disposición legal. De otra parte, como indica Vives Antón, «hallarse ejerciendo las funciones del cargo significa, según el entendimiento unánime de doctrina y jurisprudencia, estar tomando acuerdo o ejerciendo actos comprendidos en el orden de las atribuciones que les corresponde, es decir, encontrarse en el ámbito de

⁴⁸⁸ JUANATEY DORADO, CARMEN: cit. “El delito de desobediencia a la autoridad”.

⁴⁸⁹ JUANATEY DORADO, CARMEN: cit. “El delito de desobediencia a la autoridad”.

la función pública». Y, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial existente sobre el tema, indica que, «el carácter de función pública vendría atribuido por la concurrencia, en la actividad concreta, de un triple elemento: subjetivo (función pública es la actividad llevada a cabo por un ente público); objetivo (función pública es la actividad realizada mediante actos sometidos al derecho público), y teleológico (función pública es aquella en la que se persiguen fines públicos).”

Refiere JUANATEY DORADO⁴⁹⁰ que “otro sector de nuestra doctrina penal se inclina por una interpretación más restrictiva de la anterior expresión «ejercicio de las funciones del cargo» (actual «ejercicio de sus funciones»). Así, Córdoba afirma que «el estimar que la frase legal «cuando se hallaren ejerciendo las funciones de su cargo» comprende tanto los casos de ejercicio legal, como ilegal, del cargo, debe, a nuestro juicio, ser desechado, por la razón de que funciones del cargo, lo son únicamente aquellas que el Derecho establece y conforma: sólo el ejercicio de las mismas -de las creadas y delimitadas por el Ordenamiento jurídico- constituye ejercicio de «las funciones de su cargo» (186). Para este autor, «el ejercicio de las funciones debe entenderse conforme a Derecho, en cuanto dicho ejercicio haya observado las normas reguladoras de la respectiva función» (187). En coherencia con ello, censura aquellas opiniones doctrinales y jurisprudenciales que «con el propósito de ampliar el ámbito de protección penal del principio de subordinación a la

⁴⁹⁰ JUANATEY DORADO, CARMEN: cit. “El delito de desobediencia a la autoridad”.

autoridad, tutelado por el presente tipo (...) han mitigado, en ocasiones, la exigencia de la adecuación a Derecho del ejercicio de las funciones por la autoridad o sus agentes» (188). Y, en este sentido, cita críticamente, entre otras, la STS de 5 de junio de 1962 en la que se proclama que «si bien es cierto que la figura de desobediencia del artículo 237 -actual 556- del Código penal no obliga a acatar resoluciones injustas... esa desobediencia o resistencia sólo destipifica la conducta cuando es patente y notoria, en extralimitaciones de plena evidencia, no en supuestos que, como en el que ahora se enjuicia, la falta de estricto ajuste a la legalidad civil, en el orden material y penal, es a lo más discutible.»

Según LORENTE VELASCO⁴⁹¹ “no será constitutiva del tipo de estos delitos la acción que tenga su origen en atacar exclusivamente al agente o funcionario como persona civil, sin que ello guarde relación alguna con su profesión.”

Finaliza señalando la autora⁴⁹² que “por lo tanto, siempre que la agresión tenga su origen en la condición de funcionario, autoridad o agente de la misma, de quien soporta esa acción, podrá imputarse el delito, aun a pesar de que en el justo instante de la consumación el sujeto que soporta la acción no esté de servicio. Estos serán los casos en los que se entiende que el delito se comete con ocasión de las funciones propias del sujeto que lo soporta, aunque en ese momento

⁴⁹¹ LORENTE VELASCO, S.M.: cit. “Delitos de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos y de resistencia y desobediencia.”

⁴⁹² LORENTE VELASCO, S.M.: cit. “Delitos de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos y de resistencia y desobediencia.”

no esté en ejercicio de ellas entendido en sentido estricto. Evidente riqueza casuística aporta esta circunstancia, como ejemplo podemos citar el caso enjuiciado en la SAP de Cádiz núm.140/2001, de 27 de marzo en la que el acusado agrede a un policía local mientras paseaba por un mercado junto con su esposa, vestido de paisano y fuera de servicio. Tal y como quedó probado la agresión tuvo su origen en una denuncia previa que tal agente había formulado contra el agresor en días anteriores, por lo que la Sala resuelve condenándolo por delito de atentado argumentando que: «...es cierto que cuando se produjeron tales hechos dicho agente se encontraba de paisano y fuera de servicio, pero también lo es, que los insultos y amenazas proferidas por el acusado y el acometimiento posterior, estuvieron motivados por una actuación anterior del mencionado agente».”

ROIG TORRES⁴⁹³ apunta que “no es de extrañar que en el Código penal sigan estando tipificados no sólo los atentados cometidos por el sujeto activo cuando la autoridad, agente o funcionario se halle “ejecutando las funciones de su cargo”, sino también los producidos en un momento distinto si bien “con ocasión de ellas”; comportamientos, estos últimos, que en otros sistemas, como el alemán, no son objeto de un delito específico, como tendremos ocasión de comprobar.”

Distingue la autora⁴⁹⁴ pues de atentados cometidos en el ejercicio de la función pública de los hechos realizados con ocasión de la

⁴⁹³ ROIG TORRES, MARGARITA: “El Delito de Atentado”, cit. págs. 159-168.

función pública, así pues respecto de la primera, no ofrece graves problemas interpretativos el hecho de que la autoridad, el agente o el funcionario se hallen ejecutando las funciones de sus cargos,

Mayores problemas se plantean a la hora de ofrecer una solución ante los supuestos de irregularidad en la actuación funcional que motiva el atentado, así como entorno al aspecto subjetivo.

ROIG TORRES⁴⁹⁵ apunta que en el ámbito de la tipicidad surgen dudas en cuanto a la calificación de determinados hechos realizados cuando el funcionario no se halla en el ejercicio de su cargo pero ocasionalmente lleva a cabo un acto propio de sus competencias siendo víctima de alguna de las conductas que se describen en los correspondientes tipos de atentado.

En consonancia con la doctrina del Tribunal Supremo⁴⁹⁶, en ocasiones, ha entendido que basta para apreciar el atentado con que el

⁴⁹⁴ ROIG TORRES, MARGARITA: “El Delito de Atentado”, cit. págs. 159-168.

⁴⁹⁵ ROIG TORRES, MARGARITA: “El Delito de Atentado”, cit. págs. 159-168.

⁴⁹⁶ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL) 7 DE NOVIEMBRE DE 1989, PONENTE: GARCÍA PÉREZ, FRANCISCO (RJ 1989\8575): “TERCERO.- Pues bien, en la sentencia de instancia se describe sin obscuridad ni duda alguna que: 1) el policía nacional vio al procesado cuando éste sustraía cierto radio-cassette de un automóvil, 2) el agente alcanzó al acusado, se identificó como policía nacional, recuperó el aparato y trató de retener al inculcado hasta que llegara un coche patrulla, 3) el procesado huyó, para lo que empujó al agente, quien cayó y resultó herido. Todo lo cual supone el claro y terminante relato de una actividad de consciente, y físicamente violenta, obstrucción al legítimo y propio quehacer de un agente de la autoridad, subsumible, al menos, en la resistencia no grave que prevé el art. 237 del Código Penal -véanse SS. 27-2-89 (RJ 1989\1666) y 24-4-89 (RJ 1989\3511).

CUARTO.- El segundo de los motivos aducidos, ubicado en el art. 849.1, se basa en la indebida aplicación del citado art. 237, porque, se dice, al ir vestido de paisano, el agente no se hallaba en el ejercicio de sus funciones. Pero baste tener en cuenta los arts. 492.1.º y 490.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para entender que el agente, cualquiera fuera su vestido, actuaba en el cumplimiento de su deber profesional de detener al delincuente in fraganti; además de que el art. 5.4 de la Ley Orgánica 2/1986 (RCL 1986\788), relativa a Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, establece que los miembros de los institutos «deberán llevar a

agente se identifique como tal, aunque no se halle en el ejercicio de su actividad pública y vaya vestido de paisano, cuando actúe en el cumplimiento del deber profesional que le impone la Ley Orgánica 2/1986, de 1 de marzo, de fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado.

Argumenta ROIG TORRES⁴⁹⁷, “que esta argumentación no es extrapolable a cualesquiera funcionarios públicos. Y así por ejemplo, si un médico que reúne tal cualidad es agredido, intimidado, etc., cuando en una situación de urgencia atiende a un paciente cuya salud o vida está en peligro, y lo hace fuera del horario y lugar en que presta sus servicios para la Administración prevalecerá su condición profesional sobre la funcionarial, y las agresiones, injurias, y amenazas de que pueda ser víctima (no impensables cuando quien precisa tal auxilio ha ingerido una dosis excesiva de alcohol, etc. Habrán de sancionarse conforme a los tipos comunes.”

Por último refiere la autora⁴⁹⁸ que cuando la autoridad agente o funcionario se halla desempeñando su cargo, suele ser común en la doctrina la afirmación de que tiene que ser la función pública el motivo del atentado.

En cuanto a los hechos realizados con ocasión de la función pública, apunta ROIG TORRES⁴⁹⁹ “dicha modalidad típica

cabo sus funciones con total dedicación, debiendo intervenir siempre, en cualquier tiempo y lugar, se hallaren o no de servicio, en defensa de la ley y de la seguridad ciudadana», lo que de manera semejante también imponía la Ley de Policía 55/1978 (RCL 1978\2657 y ApNDL 1975-85, 6921), en su art. 4.º 4.º”

⁴⁹⁷ ROIG TORRES, MARGARITA: “El Delito de Atentado”, cit. págs. 159-168.

⁴⁹⁸ ROIG TORRES, MARGARITA: “El Delito de Atentado”, cit. págs. 159-168.

⁴⁹⁹ ROIG TORRES, MARGARITA: “El Delito de Atentado”, cit. págs. 159-168.

constituiría un estadio más avanzado que la anterior, de suerte que se precisaría un acto previo de la autoridad, frente al cual reaccionara el sujeto activo, comúnmente en un acto de venganza. Desde este punto de vista sólo serían sancionables en virtud de esta cláusula los hechos delictivos que estuviesen motivados por una actuación precedente de los poderes públicos.”

La autora⁵⁰⁰ recalca la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1990, según la cual “son pues elementos de este delito: a) que el sujeto pasivo sea una autoridad, conforme a lo que define al artículo 119; b) un acometimiento o acción de fuerza contra aquél; c) que esté ejerciendo funciones propias del cargo que ostenta o cuando el hecho se produzca con ocasión derivada de tal ejercicio; y d) el elemento intencional de menoscabar el principio de autoridad o sea ánimo doloso vejatorio de agraviarla, con conciencia de que lo es y precisamente por serlo; este elemento se infiere de la conducta externa del sujeto y, dados los demás elementos y esa conciencia, se sobreentiende tal factor tendencial.

De todos los elementos enumerados el concepto es claro, pero presentando tal vez cierta delimitación dudosa sólo al concepto de la «ocasión», conviene dedicarle una atención algo más detenida. Claro está que al distinguir la ocasión del ejercicio ya hay un límite diferenciador negativo: ocasión supone una situación de la autoridad, al sufrir el acometimiento, ajena al ejercicio de sus funciones

⁵⁰⁰ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL) 6 DE MARZO DE 1990 PONENTE: CARRERO RAMOS, JUSTO (RJ 1990\2404).

propriadamente dichas. Pero las circunstancias que rodeen el hecho han de presentar, para deducir que tiene lugar con ocasión de las funciones del cargo, patentizando una relación entre agresión y funciones que muestre que se deriva de éstas, o sea «post officio sed in contemplatione officii».

La acción atentatoria se origina porque de alguna decisión o medida de la autoridad, adoptada en ejercicio de su cargo público, función propia o delegada en virtud del que ostenta se han producido consecuencias para el sujeto agente que le mueven con ánimo vindicatorio (con independencia de que esté en lo cierto o no al atribuir el acto de autoridad y sus consecuencias personales), con resentimiento, a agredir a la persona que ejerce ese cargo, a modo de reacción compensatoria del supuesto agravio causado a sus intereses.

No basta pues la condición de autoridad sino, además, una de esas dos situaciones o ejerciendo sus funciones o sufriendo las consecuencias de haberlas ejercido -Sentencias de 11-06-74, 23-06-83, 18-07-83, 21-05-85, 07-02-86, 14 y 20-12-86, 07-04 y 08-05-.

Generalmente, cabe deducir de la agresión a autoridad, por súbdito directo de su jurisdicción y conociendo su carácter esa motivación «in contemplatione officii», salvo que de los hechos y relaciones se desprendan razones personales ajenas a la función pública, según dice la Sentencia de esta Sala de 07-07-88 -que cita las de 10-07-86, 30-04 y 01-12-87.”

JAVATO MARTÍN⁵⁰¹ refiere que el contenido y la naturaleza de la legalidad del ejercicio de la funciones debe estar presidida por la finalidad de conseguir una ponderación entre los intereses del ciudadano a ser protegido ante intervenciones públicas irregulares y los del Estado a proceder a un normal ejercicio de sus funciones en beneficio de la colectividad.

Y así apunta el autor⁵⁰² que la doctrina alemana distingue entre actos básicos y actos de ejecución; y así los primeros, en un proceso normal, ordinario de ejecución se requerirá únicamente la legalidad de la acción ejecutora, mientras que en el acto que sirve de cobertura basta su eficacia (no nulidad) y su ejecutabilidad conforme a la normativa procesal y administrativa.

JAVATO MARTÍN⁵⁰³ establece que cuando el afectado no puede acceder en esta situación ante el funcionario, agente o autoridad al sistema de recursos, es necesario dotar de forma y contenido la legalidad del acto. Y así, esta regla sería excepcionada por el legislador mediante la consagración de tipos de sospecha o de peligro. A través de los mismos se trata de paliar el riesgo del error del funcionario, agente o autoridad en situaciones de extrema incertidumbre. Será suficiente la correcta valoración objetiva *ex ante*

⁵⁰¹ JAVATO MARTÍN, A.M.: “El delito de atentado. Modelos legislativos. Estudio histórico-dogmático y de Derecho comparado”, cit. págs. 388-390.

⁵⁰² JAVATO MARTÍN, A.M.: “El delito de atentado. Modelos legislativos. Estudio histórico-dogmático y de Derecho comparado”, cit. págs. 388-390.

⁵⁰³ JAVATO MARTÍN, A.M.: “El delito de atentado. Modelos legislativos. Estudio histórico-dogmático y de Derecho comparado”, cit. págs. 388-390.

de los presupuestos de la intervención pública para considerarla legal aunque *ex post* se pruebe la existencia de un error en su apreciación.

El autor, rechaza esta tesis sosteniendo que bajo esta legalidad penal se estaría encubriendo una concepción del Estado y del poder público autoritaria, y además, desde un punto de vista dogmático también es rechazable pues se estaría produciendo una confusión entre el plano de la antijuricidad y la culpabilidad.

En este sentido, de la legitimidad y legalidad de la actuación del funcionario, agente o autoridad apunta la Sentencia del Tribunal Supremo⁵⁰⁴ de 20 de enero de 1986 “que de los diversos elementos integrantes del delito de atentado, el recurrente, no niega, -como no podía ser menos- el acto del acometimiento y sí tan sólo que haya concurrido el «animus» o elemento intencional de ofender el principio de autoridad, dado que lo único que pretendió el procesado fue el hacer valer sus derechos que entendía eran conculcados por los miembros de la Policía Nacional que le habían detenido, mas es de tener en cuenta que, como con tanta reiteración ha declarado este Tribunal, el elemento subjetivo del injusto constituido por la intención de menoscabar el principio de autoridad tiene su manifestación más significativa cuando se produce una fuerte resistencia o acometimiento, como ocurrió en el presente caso, en el que los Policías sufrieron lesiones, sin que pueda enervar tal presunción el hecho invocado por la parte recurrente de que los agentes de la

⁵⁰⁴ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL) 20 ENERO 1986 PONENTE: GARCÍA MIGUEL, MANUEL (RJ 1986\154).

autoridad habían quedado desprovistos de su carácter de tales, en cuanto que se habían extralimitado al detener al procesado cuando éste no se hallaba realizando ningún acto justificativo de su detención y sí por el contrario, que su conducta no era otra que la correspondiente al ejercicio de derechos constitucionalmente reconocidos, argumento éste que no es admisible ya que sin perjuicio de que sea cierto que el procesado no había cometido ningún acto ilícito penal ni gubernativamente, ante el requerimiento de la Autoridad o sus agentes el destinatario del mismo tenía la obligación de obedecer sin perjuicio de ejercitar las acciones correspondientes para corregir la supuesta actuación arbitraria de aquéllos y para obtener el reconocimiento de sus derechos injustamente desconocidos, pero lo que no puede es ofrecer resistencia a las órdenes o requerimientos mediante actos de acometimiento, ya que ello equivale a tomarse la justicia por su mano, pues únicamente legitiman para hacerlo u obrar así las extralimitaciones de hecho de la Autoridad o sus Agentes que constituyan una verdadera agresión física, pero no las actuaciones que general o aparentemente correspondan a sus atribuciones aun cuando en realidad carezcan de fundamento jurídico, de donde resulta pues, que procede desestimar el único motivo del recurso interpuesto al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y mediante el que se denuncia la infracción de lo dispuesto en los artículos 237 del Código penal, en relación con los artículos 28, 20, 1 a) y 10,2 de la Constitución así como el número 6.º del artículo 6 del Real Decreto-Ley de 4 de Marzo de 1977.”

En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo⁵⁰⁵ de 7 de noviembre de 1987 declara que “desde este relato que ahora resulta inatacable se desprenden dos notas esenciales en trance tipificador: a) Un acto inicial de desobediencia al ser requerido para su identificación por el agente de la autoridad. b) Otro puramente reaccional al que el «factum» describe como «al coger al procesado por un brazo para que le acompañase». Conducta por parte del agente que no se inscribe en la zona propia de actuación dentro del orden de sus atribuciones, al instalarse de una dinámica propia de la detención, cuando ni el acto ejecutado por el procesado podía estimarse como extravasante de una mera contravención administrativa y, sobre todo, porque este ilícito mínimo había ya cesado: «el procesado Rafael A. P., que permanecía con el balón en la mano, lo lanzó contra los que corrían» expresa la narración histórica de la sentencia recurrida. Y si ello es así, como así es al restar incólume el relato al no haber sido impugnado por la vía procesal adecuada (artículo 884-3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), es obvio que la conducta del procesado ahora recurrente no ha de residenciarse en la forma grave de resistencia parificable al atentado propio que prevé el artículo 231-2.º del Código penal, sino en el más leve tipo descrito en el artículo 237 del mismo cuerpo legal sustantivo, ya que aun sin acudir a otros argumentos cuales los de inexistencia del elemento subjetivo del injusto, de concurrencia de un error en cualquiera de las

⁵⁰⁵ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL) 7 DE NOVIEMBRE DE 1987 PONENTE: MONTEO FERNÁNDEZ-CID, RAMÓN (RJ 1987\8473).

manifestaciones registradas en el artículo 6 bis b) del Código penal, lo cierto es que desde cualquiera de tales perspectivas posibles la actuación del agente de la autoridad se mostraba como notoriamente excesiva y, consecuentemente, desimplicada de la reiterada doctrina de esta Sala que diferencia la resistencia grave de la menos grave por razones de actividad y simple pasividad. Sin acudir al vidrioso tema de la legítima defensa frente a actuaciones de la autoridad o sus agentes, lo cierto es que la propia estructura del recurso opera «bajo mínimos» posibles -por utilizar un símil meteorológico-, ya que con facilidad el supuesto podría residenciarse en el artículo 570 del Código penal; y por ello procede sin duda alguna la estimación de los dos motivos del mismo. En tanto en cuanto, como reflexión última, el ejercicio de la coacción estatal ha de verificarse con acuidad suma y si es cierto que en sus escalones más mínimos la exigibilidad no es tan relevante, no lo es menos que ello con probabilidad obedezca a una defectuosa instrucción por parte de los centros de poder orientada a una más adecuada convivencia ciudadana.”

Por su parte la Sentencia del Tribunal Supremo⁵⁰⁶ de 18 de abril de 1988 en referencia a legitimidad del mandato que emana de la autoridad, y que por su interés transcribimos, manifiesta que “desde antiguo la jurisprudencia de esta Sala viene sosteniendo que en el delito de resistencia a la Autoridad, ésta o el agente de la misma ha de

⁵⁰⁶ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL) 18 DE ABRIL DE 1988 PONENTE: BACIGALUPO ZAPATER, ENRIQUE (RJ 1988\2803).

actuar de acuerdo con las normas vigentes -Tribunal Supremo 26-1-68. Asimismo, ha decidido esta Sala recientemente -SS. 25-2-88, Rec. n.º 1854/85- que «la resistencia requerirá una obstaculización activa de la acción legítima de la autoridad». Ello tiene como consecuencia que el afectado por una acción de la autoridad, que no se ajusta a las exigencias impuestas para este acto por el ordenamiento jurídico, puede ejercer -si se dan los requisitos que lo autorizan- un derecho de defensa de los bienes jurídicos que resultan afectados por dicha acción.

Por lo tanto, en los casos en los que se alegue la falta de adecuación a derecho de la acción de la autoridad los Tribunales deben verificar si se dan las condiciones del derecho de defensa que otorga el orden jurídico al afectado por tales acciones, verificación que ha sido por completo omitida en la sentencia recurrida, a pesar de haber sido planteada por la Defensa en sus conclusiones provisionales, elevadas luego, en el juicio oral, a definitivas.”

CAPÍTULO QUINTO.- CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN EN EL DELITO DE ATENTADO

I.- INTRODUCCIÓN

Las causas de justificación son situaciones reconocidas por el Derecho penal en las que la ejecución de un hecho típico se encuentra permitido, es decir, suponen normas permisivas que autorizan, bajo ciertos requisitos, la realización de actos generalmente prohibidos por el Derecho penal.

Son situaciones específicas que excluyen la antijuridicidad de un determinado comportamiento típico que, *a priori*, podría considerarse antijurídico.

En este sentido, la doctrina afirma comúnmente que “la teoría de la antijuridicidad se resuelve en una teoría de las causas de justificación.”

Entre las causas de justificación más comunes, reconocidas por nuestro Texto punitivo, encontramos en primer lugar el “consentimiento del titular o interesado”, que es la conducta realizada con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se cumplan ciertos requisitos como el bien jurídico disponible, capacidad jurídica del titular y consentimiento expreso del sujeto pasivo.

Esta causa de justificación no es interés en el estudio del delito de atentado, pues en cualquier caso, el consentimiento expreso tendría que ser otorgado por el Estado o cualquiera de sus instituciones, pues de ser otorgado por el funcionario, la autoridad o el agente de ésta, nos hallaríamos ante un supuesto de consentimiento delegado y, éste no debiera de operar en el delito objeto de estudio, esto es, el delito de atentado.

En segundo lugar encontramos como causa de justificación la “legítima defensa”, entendida ésta como la ejecución de una conducta típica que pretende repeler o impedir una agresión real, actual o inminente, e ilegítima, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, existiendo una necesidad racional de defensa y de los medios empleados.

En tercer lugar, otra causa de justificación es el “estado de necesidad” como daño o puesta en peligro un bien jurídico determinado con el objetivo de salvar otro bien jurídico de igual o mayor entidad o valoración jurídica.

En cuarto y quinto lugar, el Texto punitivo prevé como causas de justificación “el ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber.”

II.- SUPUESTOS DIVERSOS DE CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN EN ESTE DELITO

Legítima defensa

Como indica JIMÉNEZ DÍAZ⁵⁰⁷ “podemos decir sin temor a equivocarnos que la legítima defensa es la causa de justificación por antonomasia, la de más tradición histórica, la que más respaldo popular tiene, la que probablemente haya generado más literatura científica y sobre la que más han reflexionado nuestros tribunales por ser la de mayor aplicación práctica.”

Por tanto, la legítima defensa es una causa que justifica la realización de una conducta sancionada penalmente, eximiendo de responsabilidad a su autor, y que para el caso de que no se cumplan todos sus requisitos, permite reducir la pena aplicable a este último; o dicho de otro modo, es una situación que permite eximir o graduar la pena ante la realización de una conducta generalmente prohibida por el Derecho penal.

La repulsa de una agresión actual, inminente e inmediata con el fin de proteger bienes jurídicos propios o ajenos son requisitos esenciales para poder apreciar esta causa de justificación en su integridad, y así el artículo 20.4⁵⁰⁸ del Texto punitivo es el que regula esta conducta.

⁵⁰⁷ JIMÉNEZ DÍAZ, MARÍA JOSÉ: “El exceso intensivo en la legítima defensa”, Granada 2007, cit. pág. 2.

La doctrina mayoritaria sostiene que el fundamento de la legítima defensa estriba en la ausencia de la protección estatal donde el ciudadano tiene derecho a proteger sus bienes jurídicos y los de terceros.

MORILLAS CUEVA⁵⁰⁹, define esta causa de justificación utilizando una interpretación usual-gramatical, en la que “la defensa cabe concretarla como acción y efecto de defender o defenderse y la legítima defensa como la violencia autorizada en ciertos casos para rechazar una agresión injusta. Esta última se aproxima, en buena medida a la utilizada generalmente en el ámbito punitivo, que presenta dos características esenciales, de inicio: agresión previa a determinados bienes jurídicos contraria a derecho y una acción legitimada de respuesta del sujeto que de esa forma es atacado. Es una especie de acción-reacción amparada por el propio Derecho, que supone dos conductas contrapuestas: una agresiva y otra defensiva. En definitiva, y en términos de introducción general, puede ser definida como la conducta de defensa que resulta necesaria para impedir una

⁵⁰⁸ LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE DEL CÓDIGO PENAL, artículo 20.4º: “El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos siguientes:

Primero.- Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito o falta y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquella o éstas.
Segundo.- Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla.
Tercero.- Falta de provocación suficiente por parte del defensor.”

⁵⁰⁹ MORILLAS CUEVA, LORENZO: “Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Volumen I. Teoría jurídica del delito. Nociones Generales. El delito doloso: Juicio de antijuricidad”, Madrid 2008, pág. 225.

agresión actual e injusta sobre el sujeto mismo que se defiende sobre otro.”

Por tanto la mayor parte de la doctrina manifiesta que el fundamento de la legítima defensa tiene una doble vertiente que se centra tanto en el aspecto individual como en el supraindividual.

Dentro del esquema de la teoría del delito, la legítima defensa es una causa de justificación de una acción típica que impide que la conducta sea calificada como antijurídica, de manera que su apreciación si es total por que se cumplen todos los requisitos esenciales dan lugar a la aplicación de la eximente completa, mientras que si no se dan todos los requisitos esenciales, deberá de aplicarse la eximente incompleta, la primera supondrá la ausencia de pena, la segunda supondrá la reducción de la pena.

Dicho esto, ahora he de analizar las características de la legítima y que han sido clasificadas tradicionalmente por la doctrina en forma de requisitos esenciales e inesenciales, cuyo cumplimiento determina el grado de la eximente, cual es el caso de los requisitos inesenciales, o incluso la aplicabilidad o no de la legítima defensa como ocurre en los requisitos esenciales de esta institución penal.

En cuanto a los requisitos esenciales, la concurrencia de éstos será necesaria para considerar la existencia de la legítima defensa, de tal modo que su incumplimiento evitará la aplicación de cualquier eximente.

El primer de los requisitos es la existencia de una agresión ilegítima, siendo ésta una acción humana y dolosa que ponga en

peligro bienes jurídicos personales, propios o de tercero como lo define el Texto punitivo.

En cuanto al bien jurídico particular, éste habrá de ser particular, de manera que no cabe la legítima defensa de bienes colectivos, comunitarios o suprapersonales, debido a la inidoneidad o peligro que supone facultar al particular para actuar en defensa de aquellos bienes.

En este sentido, parte de la doctrina afirma que para distinguir los bienes jurídicos particulares, no habrá que prestar atención exclusivamente a la titularidad de tales bienes, sino que dentro de los bienes que pertenezcan al Estado y que es el supuesto que aquí interesa para el delito de atentado, podrá distinguirse aquellos en los que actúa como un particular, de manera que en esos casos sí que cabe la legítima defensa.

Otro de los requisitos esenciales es que la agresión sea una acción, y no un supuesto de “falta de acción”, como por ejemplo una agresión procedente de movimientos inconscientes o involuntarios, como ataques epilépticos, sonambulismo, etc.

En este orden de cosas, señalar que cabe tanto la acción como la comisión por omisión, no obstante, no es posible que la agresión proceda de una omisión pura.

Además, esa acción tendrá que suponer un peligro verdadero para el bien jurídico, por lo que no cabría hablar de legítima defensa cuando tratemos la agresión procedente de una tentativa.

La doctrina afirma que sólo constituyen agresiones ilegítimas aquellas acciones tipificadas, es decir, exclusivamente aquellas conductas recogidas en el Texto punitivo.

Se requiere también de esa acción, que tenga carácter antijurídico, pues la misma no sólo habrá de ser típica, sino que para considerarse agresión ilegítima, aquella habrá de suponer una amenaza al bien jurídico protegido proveniente de una conducta no amparada por el Derecho penal.

Otro de los requisitos es que la agresión ilegítima sea actual, que esté causando peligro provocando la necesidad de impedir o repeler tal agresión, por tanto se dará cuando la actuación defensiva resulte inaplazable para salvar el bien jurídico. No obstante, no es necesario que el ataque sea inminente salvo en los casos en los que exista tal exigencia legal, normalmente vinculados a la agresión de bienes patrimoniales.

Del mismo modo para apreciar esta causa de justificación estriba en la necesidad de defensa, es decir, la agresión ilegítima que se dirige a un bien jurídico ha de suponer que sea necesaria la intervención que impida o repela el ataque.

En la parte objetiva de la legítima defensa también se requiere para que la misma se plantee que la misma sea idónea, para repeler o impedir la agresión.

Igualmente, la defensa deberá dañar bienes jurídicos del autor de la agresión ilegítima. De esta manera, los daños recaerán única y exclusivamente sobre bienes jurídicos del agresor, y jamás sobre

bienes jurídicos de terceros, o bienes jurídicos colectivos y suprapersonales.

La defensa habrá de ser ejercida necesariamente por un particular, de manera que se excluye de la figura aquello que no esté dentro de éste ámbito.

Finalmente, en la legítima defensa exige que el que el sujeto no tenga otras alternativas para defender el bien jurídico aparte de la autodefensa.

La legítima defensa también requiere de una parte subjetiva en la que el fin perseguido por el sujeto no tiene por qué ser la defensa, por tanto, bastará con que haya voluntad defensiva, no siendo necesario un ánimo defensivo.

Una vez se cumplan los requisitos esenciales, habrá que determinar si también se cumplen los requisitos inesenciales, ya que, en caso de que no se cumplan, ello daría lugar a una eximente incompleta, por ello, si se cumplen tanto los requisitos esenciales como los inesenciales se procederá a aplicar la eximente completa y así se requiere.

Y así encontramos en primer término la racionalidad del medio empleado, lo que implica que el medio que se ha utilizado en la defensa era proporcional al peligro creado por la agresión ilegítima, ponderando en cada caso concreto tal situación.

En este sentido, el medio utilizado para evitar o repeler la agresión ha de ser proporcional con respecto al medio utilizado para tal agresión y, además, debe de ser un medio proporcionado “ex

ante”, es decir, un medio previsiblemente eficaz de antemano para detener la agresión.

Finalmente, se requiere una falta de provocación suficiente; encontrando la mayor dificultad en establecer el límite entre dónde hay suficiencia de la provocación, y dónde insuficiencia.

Centrándonos en el tipo de atentado que es el objeto de estudio en este trabajo de investigación, la legítima defensa del particular según MUÑOZ CONDE⁵¹⁰, como justificación de un delito de atentado sólo se puede admitir cuando el acto de la autoridad o funcionario sea antijurídico. Argumenta que la existencia de actos antijurídicos formalmente obligatorios en el Derecho administrativo y en el Derecho procesal se deriva que no todo acto antijurídico puede fundamentar una legítima defensa, aunque sí, en su caso, el estado de necesidad.

Para MUÑOZ CONDE, la posición que adopta CEREZO MIR en la que partiendo de algunos preceptos jurídicos administrativos y penales, considera que sólo es posible la legítima defensa frente a actos evidentemente antijurídicos, imposibles o que constituyan delito o falta sería la adecuada.

Y así sostiene el autor⁵¹¹ que el empleo de violencia justifica por supuesto la reacción del particular.

QUERALT JIMÉNEZ⁵¹² señala que la legítima defensa en el caso del delito de atentado es plenamente inoperante y así refiere que

⁵¹⁰ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: “Derecho Penal. Parte Especial”, Valencia 2007, cit. pág. 866.

⁵¹¹ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: “Derecho Penal. Parte Especial”, cit. pág. 866.

“ante un detención improcedente, p.ej., ya sea por animadversión del funcionario hacia el particular –detención ilegal- o por haberle sido ordenada legítimamente su práctica al funcionario (obediencia debida), no procede la legítima defensa, dados todos los requisitos, sino contra el instigador de la medida.”

Otros autores, como el caso de SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAÍLLO⁵¹³ apuntan que las extralimitaciones de la autoridad, sus agentes o funcionarios pueden llevar a que pierdan la protección que les ofrece el Texto punitivo, aunque no es suficiente con unos excesos de escasa importancia, incluso es posible la legítima defensa frente al exceso de aquéllos.

Lo fundamental, a mi parecer y en consonancia con la posición adoptada por CARBONELL MATEU y VIVES ANTÓN⁵¹⁴ para la modalidad comisiva de empleo de fuerza, acometimiento, intimidación o resistencia, es determinar el requisito objetivo de la existencia de la agresión ilegítima, esto es, si el funcionario, la autoridad o el agente de la autoridad, estarían en una situación *ex ante* delictiva frente al sujeto, que no tiene tal condición de funcionario, de

⁵¹² QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: “Derecho Penal Español, parte Especial”, cit. pág. 1133.

⁵¹³ SERRANO GÓMEZ, ALFONSO / SERRANO MAILLO, ALFONSO: “Derecho Penal. Parte Especial”, cit. págs. 1.030 y ss.

⁵¹⁴ VIVES ANTÓN, T.S/ CARBONELL MATEU, J.C: cit. “Comentarios al Código Penal de 1995”, Valencia 1996, cit. pág. 2081, consideran que si el acto del funcionario o autoridad es radicalmente nulo, no hay en el caso de empleo de fuerza por parte del particular de atentado, independientemente de que la actuación del funcionario sea una simple extralimitación o algo más grave, pero en los casos en que el propio Ordenamiento jurídico ofrezca unos medios legales de impugnación y limite a ellos la posible reacción del particular, el recurso a la fuerza constituirá atentado.

autoridad o de agente de la autoridad; y en esa situación *ex ante* la agresión tenga la consideración de acción típica, antijurídica, culpable.

Apunta la Sentencia del Tribunal Supremo⁵¹⁵ de 18 de abril de 1988 admitiendo la legítima defensa en el delito de atentado que “ “desde antiguo la jurisprudencia de esta Sala viene sosteniendo que en el delito de resistencia a la Autoridad, ésta o el agente de la misma ha de actuar de acuerdo con las normas vigentes (Tribunal Supremo 26-1-68). Asimismo, ha decidido esta Sala recientemente (SS. 25-2-88, Rec. núm. 1854/85) que la resistencia requerirá una obstaculización activa de la acción legítima de la autoridad". Ello tiene como consecuencia que el afectado por una acción de la autoridad, que no se ajusta a las exigencias impuestas para este acto por el ordenamiento jurídico, puede ejercer -si se dan los requisitos que lo autorizan- un derecho de defensa de los bienes jurídicos que resultan afectados por dicha acción.

Por lo tanto, en los casos en los que se alegue la falta de adecuación a derecho de la acción de la autoridad los Tribunales deben verificar si se dan las condiciones del derecho de defensa que otorga el orden jurídico al afectado por tales acciones, verificación que ha sido por completo omitida en la sentencia recurrida, a pesar de haber sido planteada por la Defensa en sus conclusiones provisionales, elevadas luego, en el juicio oral, a definitivas.

⁵¹⁵ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 18-4-1988. PTE: BACIGALUPO ZAPATER, ENRIQUE (EDJ 1988/3096).

SEGUNDO.- En el presente caso la aplicación del artículo 237 del Código penal requiere una doble verificación respecto de las premisas de la jurisprudencia de esta Sala. Dado que la sentencia no ha especificado como hubiera sido deseable, cuál de las alternativas ofrecidas por el tipo penal contenido en dicha disposición, ha aplicado, conviene puntualizar la significación que puede tener la falta de legitimidad del comportamiento de la autoridad en la resistencia (en sentido propio) y en la desobediencia grave.

Primero.- En primer lugar la sentencia ha caracterizado la conducta, que se atribuye al recurrente, como una "actitud pasiva de forcejeo" (Considerando 1.º). A partir de tal premisa se debería, por lo tanto, haber aplicado la alternativa típica referente a la desobediencia, para lo cual se hubiera tenido que establecer que ésta revestía el carácter de grave. Así se lo estableció en la Sentencia de 25 de febrero de 1988, donde se sostuvo que cuando el requerido por la autoridad sólo se negara a cumplir (pasivamente) con el requerimiento, la tipicidad de tal conducta dependería de si ésta revestía o no gravedad en el sentido de texto del artículo 237 del Código penal. Dicho de otra manera: en los casos de un comportamiento activo dirigido a impedir la acción de la autoridad (resistencia en sentido estricto), la gravedad está representada en la misma obstaculación activa de la acción de la autoridad ya que si se diera además una gravedad adicional de la obstaculación activa sería de aplicación al artículo 231, 2.º del Código penal; por el contrario, en los comportamientos pasivos

(omisivos del cumplimiento de lo requerido), el carácter típico de la omisión dependerá de su especial gravedad.

Esta gravedad de la desobediencia (pasiva) puede depender, de acuerdo con lo establecido en la mencionada sentencia, de la legitimidad de la acción de la Autoridad, toda vez que, como allí se dijo, "el delito del artículo 237 del Código penal no protege a la autoridad en abstracto, sino en su función de protección jurídica de la comunidad". En concreto, lo que se sostiene es que la desobediencia a un requerimiento de la autoridad que no se ajusta al derecho no es, en ningún caso, grave.

En resumen, la falta de adecuación al derecho de la acción de los policías determinaría, en tales casos, la exclusión de la tipicidad objetiva de la "actitud pasiva de forcejeo" que se ha imputado al recurrente.

Segundo.- En segundo, lugar estando exclusivamente al resultando 1.º de la sentencia, el recurrente también "trató de impedirles la entrada" (a los policías), por lo cual parece que se le imputara, en primera línea, un comportamiento activo, es decir, de resistencia en sentido estricto.

Si esta fuera la situación, la Audiencia debería haber verificado si concurrían en el caso los requisitos de la legítima defensa, pues ante una acción de la autoridad carente de legitimidad puede caber la aplicación del artículo 8, 4.1 del Código penal. La acción de la autoridad carente de legitimidad, no afectará consiguientemente, la tipicidad de la resistencia (en sentido estricto), es decir de

obstaculización activa, pero abre la posibilidad de la exclusión de la antijuricidad. Por lo tanto, mientras la falta de legitimidad de la acción de la autoridad excluye la tipicidad objetiva de la desobediencia, porque tal comportamiento carecería de gravedad, en la resistencia (en sentido estricto) abre la posibilidad de la defensa de los bienes jurídicos afectados por la autoridad.” ”

En sentido desestimatorio de la legítima defensa en el delito de atentado, se pronuncia la Sentencia⁵¹⁶ de 7 de noviembre de 2008, estableciendo que “a su vez, por lo que se refiere a los motivos restantes, Cuarto y Quinto, relativos a la supuesta indebida aplicación de los artículos 550 del Código penal, que describe el delito de atentado contra agentes de la Autoridad, y el 20.4º del mismo texto legal, referente a la concurrencia de una legítima defensa en la conducta rebelde de Adolfo , justificada por la irregularidad en la que la entrada y registro en su domicilio se llevó a cabo, ha de recordarse que, de acuerdo con numerosísimos pronunciamientos de esta Sala, la vía casacional común aquí utilizada (art. 849.1º LECr) ha de suponer, tan sólo, la comprobación por este Tribunal de Casación de la correcta subsunción de los Hechos declarados probados en los preceptos de orden sustantivo que integran el ordenamiento penal.

Labor que, no obstante, ha de partir siempre de un principio esencial, cual es el de la intangibilidad de la narración de Hechos llevada a cabo por el Tribunal de instancia, sobre la convicción que

⁵¹⁶ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 7-11-2008, Nº 711/2008, REC. 331/2008. PTE: MAZA MARTÍN, JOSÉ MANUEL (EDJ 2008/222308).

por el mismo se alcanza acerca de la realidad de lo acontecido, como consecuencia de la valoración del material probatorio disponible, que le es propia.

En este sentido, es clara la improcedencia también de estos dos motivos, puesto que la descripción narrativa del relato sobre el que se asienta el pronunciamiento de la Audiencia es de sobra bastante e idónea para alcanzar sus conclusiones, tanto condenatoria respecto del delito de Atentado contra agentes de la Autoridad, que actuaban con toda corrección y dentro del desempeño plenamente legítimo de sus funciones, como ya dijimos antes a la hora de analizar la forma en la que practicaron la diligencia de entrada y registro, como acerca de la improcedencia, por las mismas razones, de la aplicación de la eximente de legítima defensa, en el acometimiento llevado a cabo por el recurrente contra tales guardias.

Por estas razones, los dos últimos motivos también han de desestimarse y, con ellos, el Recurso en su integridad.”

Igualmente se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo⁵¹⁷ de 18 de diciembre de 2002, según la cual “el segundo motivo, por la vía del error iuris del núm. 1 del art. 849 L.E. Criminal denuncia como indebidamente inaplicada la eximente de legítima defensa en relación a Domingo por la agresión causada al agente de la Policía.

⁵¹⁷ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 18-12-2002, Nº 2143/2002, REC. 2793/2001. PTE: GIMÉNEZ GARCÍA, JOAQUÍN (EDJ 2002/61198).

Se trata de un motivo cuyo éxito queda vinculado a la suerte del precedente con lo que rechazado aquel, este debe correr la misma suerte.

Acreditado el previo conocimiento por parte de Domingo de la condición de agente, resulta inaceptable la tesis de la legítima defensa al no existir agresión ilegítima, en la acción del agente de la Guardia Civil que se dirigió a Juan que por otra parte carece de toda descripción fáctica en el "factum" con lo que el motivo desconoce el respeto a los hechos probados que es el presupuesto de la admisibilidad del motivo, incurriendo en causa de inadmisión -art. 884-3 L.E. Criminal - que opera en este momento como causa de desestimación.”

El Tribunal Supremo distingue a este respecto entre las meras extralimitaciones y excesos, no admitiendo en estos supuestos la legítima defensa, y las violencias innecesarias en las que si admite tal posibilidad, y como muestra la Sentencia del Tribunal Supremo⁵¹⁸ de 1 de junio de 2006, manifiesta que, “al amparo del art. 849-1º L.E.Cr., estima indebidamente aplicados los arts. 617.1 y 20-4º C.Penal; por el contrario, dejó de aplicarse el art. 147.1 C.Penal.

1. La recurrente afirma que es indiscutible la autoría de las lesiones de las que fue víctima, así como la clara distinción entre delito y falta, determinada por la necesidad de tratamiento médico, posterior a la primera asistencia. Considera que no concurrieron los

⁵¹⁸ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 1-6-2006, Nº 589/2006, REC. 1038/2005. PTE: SORIANO SORIANO, JOSÉ RAMÓN (EDJ 2006/80854).

requisitos exigidos para la aplicación de la eximente de legítima defensa.

No considera agresión agarrar a la víctima por la corbata, sin otra actuación o causación de lesión alguna. Tampoco ante el resultado objetivo de las lesiones provocadas por Andrés se impone la necesidad racional del medio utilizado para repelerlas, resultando desproporcionada la reacción.

2. Las alegaciones o argumentaciones de la recurrente, vuelven a prescindir del relato de hechos probados (art. 884-3 L.E.Cr.).

En él lo descrito como ocasionado por Andrés eran unas lesiones leves y el mecanismo de su causación, ampliamente probado, fue el propósito único de que la recurrente no prosiguiera en su actitud agresiva, dándole patadas y ejerciendo violencia en la persona del ofendido, que se mantenía agarrado de la corbata.

La situación o necesidad de defensa resultaba indispensable ante la racional expectativa de que los efectos lesivos aumentasen de consideración. La realidad o efectividad de las patadas propinadas, es incuestionable, y su rechazo se produjo, sin excesos y de una manera proporcionada, quitándose de encima, lógicamente por la fuerza, a la agresora, para dar fin a un acometimiento que era incapaz de impedir el dueño del bar, el cual se interpuso ante la agresora sin que aquélla cesara en su empeño.

Tampoco existió provocación previa del ofendido Andrés, ni se ha acreditado que se excediera o abusara del ejercicio de su función de

concejal, pues ninguna mención de este tipo se hace por la impugnante.

Con todo ello la causa de exclusión de la antijuricidad (legítima defensa) estuvo perfectamente aplicada por la Audiencia, reputando justo el comportamiento del afectado, al tratar de impedir una actitud permanentemente agresiva que se cernía sobre su persona.”

Finalmente, en la misma línea se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo⁵¹⁹ de 22 de febrero de 2002, para la que, “al amparo del núm. 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el quinto motivo de impugnación, se alega inaplicación del artículo 20.4 del Código penal.

Sin respetar los hechos probados, vuelve a afirmar en base al parte médico ya citado, que existió una agresión inicial de los policías, lo que ya ha obtenido respuesta en el fundamento precedente.

La sentencia describe una actuación obligada al observar la comisión de un delito y ser urgente la ocupación de la droga, percibida visualmente, en la vivienda abierta, lo que no fue posible ante la agresividad de la reacción de sus ocupantes, no existiendo extralimitación alguna que de pié a la legítima defensa alegada.”

⁵¹⁹ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 22-2-2002, Nº 323/2002, REC. 196/2000. PTE: MONER MUÑOZ, EDUARDO (EDJ 2002/4067).

Estado de necesidad

En otro orden de cosas y, en atención al estado de necesidad, de una forma introductoria, apuntamos que para el Derecho penal, las posiciones doctrinales en la teoría del delito no son unánimes, si bien coinciden en la necesidad de eximir de pena a quien actúa amparado por un estado de necesidad.

Y así, para un sector doctrinal el estado de necesidad es una causa de justificación que excluye la antijuridicidad del comportamiento típico-teoría unitaria-.

En cambio los partidarios de la teoría de la diferenciación consideran que, según los bienes jurídicos en juego, en unos supuestos el estado de necesidad actuará como causa de justificación y en otros como causa de exclusión de la culpabilidad.

Finalmente hay quien considera, según las redacciones de los concretos códigos penales, que en algunos ordenamientos jurídicos el estado de necesidad en el ámbito penal solo excluiría la culpabilidad.

MORILLAS CUEVA⁵²⁰ señala que “tradicional es la definición que lo concreta en “la amenaza de un mal grave que solo puede ser evitado mediante la lesión de bienes jurídicos ajenos”. Sin embargo, dicha descripción es insuficiente en la regulación actual que camina por derroteros más específicos. Así, de su contenido y de las valoraciones dogmáticas que sucesivamente se han producido cabe

⁵²⁰ MORILLAS CUEVA, LORENZO: “Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Volumen I. Teoría jurídica del delito. Nociones Generales. El delito doloso: Juicio de antijuridicidad”, cit. págs. 248 y ss.

establecer, como consignas para conseguir un concepto adecuado a la realidad, las siguientes: a) una situación de peligro actual para un bien jurídico propio o ajeno, que de no ser evitado produciría un mal; b) que semejante mal únicamente pueda ser evitado con la lesión de un bien jurídico de otra persona o con la infracción de un deber; c) que como consecuencia de ello se produzca un conflicto de intereses sobre el que el legislador asume, como conforme a Derecho o, al menos, tolera, dicha lesión o infracción siempre que el mal causado no sea mayor que el que se pretende evitar.”

Por tanto este autor define el estado de necesidad “como un estado de peligro actual para bienes jurídicos propios o ajenos que sólo puede evitarse mediante la lesión, de igual o menor gravedad, de los de otra persona o infringiendo un deber.”

Partiendo de las distintas acepciones y de las consecuencias del estado de necesidad, cabe añadir que su fundamento y naturaleza giran en torno a que el Derecho ofrece la posibilidad al particular de dañar o poner en peligro un bien jurídico determinado con la finalidad de salvar otro bien jurídico de igual o mayor trascendencia jurídica.

En este sentido existen dos doctrinas mayoritarias que explican los efectos del estado de necesidad, y sobre todo, que justifican la aplicación.

De un lado encontramos la doctrina de diferenciación originariamente alemana que contempla dos supuestos distintos dentro del estado de necesidad.

En primer lugar estará el estado de necesidad justificante que salvando un bien determinado, sacrifica otro de menor valor, en estos supuestos se aplica el criterio de ponderación de bienes, como muestra encontramos el caso de la persona que para salvar su integridad física comete un delito de allanamiento de morada; en este primer supuesto, la acción no sólo no se considera antijurídica, sino que se estima valorada positivamente por el ordenamiento jurídico.

En segundo lugar encontramos el estado de necesidad exculpante que busca salvar un determinado bien sacrificando otro bien de igual valor; en este caso, la acción no se considera positiva por parte del ordenamiento jurídico.

No obstante, tampoco se cree razonable la existencia de responsabilidad penal, esto es, el principio de no exigibilidad de un comportamiento distinto del sujeto, con lo que la conducta estará meramente disculpada excluyendo la culpabilidad pero no la antijuridicidad del hecho, pese al desvalor existente por el daño de bienes iguales en importancia.

Sin embargo del artículo 20.5⁵²¹ del Texto punitivo no se desprende este tratamiento dualista del estado de necesidad, por lo que

⁵²¹ LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE DEL CÓDIGO PENAL, artículo 20.5º: “El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos:

Primero.- Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.

Segundo.- Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.

Tercero.- Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.”

es fruto de la dogmática, siendo ésta la postura dominante en la doctrina.

Dicho esto, he de referir que en el estado de necesidad se establecen una serie de requisitos que el actor de la conducta típica que lesione bienes jurídicos ajenos habrá de cumplir para que pueda apreciarse, al igual que sucedía en la legítima defensa, estos requisitos pueden ser esenciales o inesenciales, suponiendo dos categorías que entran a analizar el grado de desvalor jurídico de la acción y del resultado, de tal forma que los requisitos esenciales serán el mínimo para que exista un menor desvalor de resultado, y los inesenciales habrán de cumplirse para concluir que no existe desvalor de acción ni de resultado.

En este sentido, el cumplimiento de los requisitos esenciales permitirá apreciar si cabe o no aplicar la causa de justificación a la acción típica.

En estas situaciones existe una alta probabilidad de daño para el bien jurídico a proteger, por tanto, tal peligro habrá de ser suficiente como para motivar la actuación del hombre medio ideal.

Además, el peligro habrá de ser objetivamente real, de manera que no cabe aplicar la causa de justificación de estado de necesidad en el supuesto de que tan sólo exista la creencia subjetiva de que existe peligro, pues en este caso estaríamos ante un supuesto de un error sobre la causa de justificación, o la exculpación por existencia de miedo insuperable.

Es de resaltar el hecho de que sea una creencia fundada o no determinará si existe o no error invencible pues el peligro de ser destruido o dañado ha de ser inminente, esto es, no puede realizarse de forma preventiva.

Este peligro ha de sustentar la actuación salvadora impulsada por el estado de necesidad, provocando así una situación de conflicto entre intereses en la que se daña otro bien para salvar el bien jurídico en peligro, realizando así una conducta típica que en el supuesto de aplicar la causa de justificación no sería antijurídica.

Finalmente, los bienes jurídicos susceptibles de ser salvados podrán ser propios o ajenos.

La gran mayoría de la doctrina se inclina por pensar que no cabe el estado de necesidad en una acción que busque salvar intereses comunitarios, o en todo caso, suprapersonales, precisamente por el peligro que supondría legitimar una actuación en pro de bienes que trascienden la esfera del individuo y competen al Estado, como pudiera ser el orden público o la integridad territorial.

No cabe una conducta completamente inidónea e inadecuada cuya capacidad para salvar el bien sea nula o imposible.

Es necesario que la acción salvadora posea un “*animus salvationis*”, de manera que es exigible que la persona, subjetivamente, tenga como fin la salvación del bien jurídico.

En referencia a los requisitos no esenciales, su cumplimiento da lugar a la aplicación de la eximente completa. Para el caso de que no se cumplan los requisitos inesenciales, podría ello dar lugar a

considerar en tales circunstancias un estado de necesidad disculpante o exculpante.

Respecto del requisito de la necesidad del medio empleado y partiendo de que se está dañando un bien jurídico con el fin de salvar otro, hay que analizar si el daño provocado podría haber sido menor si se hubiera empleado otro medio de defensa menos lesivo y que hubiera evitado el mal con igual seguridad.

De otro lado, señalar que el estado de necesidad tiene un carácter completamente subsidiario, de manera que en el caso de que exista un medio que no lesione inmediatamente bienes jurídicos ajenos, existe un deber de acudir a ellos.

Finalmente, el mal provocado ha de ser igual o menor que el mal que se trata de evitar.

Igualmente habrá que atender al grado de peligro de la acción salvadora en comparación al grado de riesgo de la situación que ponga en peligro el bien jurídico.

La ausencia del deber de sacrificio, es otra vertiente del estado de necesidad, en la que algunas personas, por razón de oficio o cargo, tienen la obligación de sacrificio, como muestra encontramos los integrantes de los cuerpos policiales, bomberos, militares, las tripulaciones de buques y aeronaves, el personal sanitario en caso de epidemia, etc.

Tras la breve introducción realizada respecto de la parte general de Derecho en cuanto al estado de necesidad como causa de

justificación, ahora se hace necesario abordar el mismo en el delito de atentado.

QUERALT JIMÉNEZ, apunta que “dejando de lado que no es de rigor acudir a los recursos ante una vía de hecho o ante una injusticia de la que el funcionario actuante no es responsable (obediencia debida), la defensa con la que el particular puede proteger sus derechos ante las agresiones de los poderes públicos es toda aquella que quepa amparar dentro del estado de necesidad.”

Compartiendo el mismo argumento que QUERALT JIMÉNEZ⁵²² en referencia a su teoría de la bagatelización, entendemos que el funcionario, la autoridad y el agente de la autoridad, no debieran ser excesivamente rigoristas al ejercer su cargo u oficio para con ciudadanos aparentemente normales, pues ello supondría aplicar el Derecho penal de una forma estricta al igual que

⁵²² QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: “Derecho Penal Español, parte Especial”, cit. pág. 1133: “En muchas ocasiones, algunas de las variantes de este delito tienen lugar en situaciones límite: manifestaciones, ejecuciones judiciales, detenciones...; en estas situaciones, a las que cierta emotividad y tensión no es ajena, pueden producirse choques individuales. El rigorismo autoritario de la jurisprudencia tradicional ha de ser desechado en estas circunstancias: ha de reconocerse una franja de bagatelización de las eventuales infracciones que puedan cometer los ciudadanos; los insultos, es decir, ciertos desacatos, lo empujones, los arañazos y otras actuaciones revelan más rabia e impotencia que rebeldía consciente y forman parte del riesgo mínimo que ciertos funcionarios (no sólo los policías) asumen al ejercer sus funciones. El abalanzarse, presa de la histeria, sobre un juez, no pasa de ser un episodio desagradable indigno de represión penal, al igual que tirar de la chaqueta de un guardia para que no pueda detener a un compañero de parranda. En este contexto, no deja de llamar la atención un hecho relativamente frecuente, pero no muy significativo: me refiero al caso del delincuente que cercado por la policía intenta abrirse paso a tiro limpio: mientras no dañe a nadie, no será procesado ni condenado por tantos delitos de atentado en concurso ideal como mínimo, homicidio intentado, homicidio intentado en dolo eventual, como disparos efectuados, o, en todo caso, por intimidación grave. Esto no hace más que demostrar la comprensión, que no justificación ni alabanza, de un hecho simple: el deseo de no ser aprehendido. Si esto es así para hechos que en otras circunstancias tendrían una severa respuesta penal, no parece que deban cargarse las tintas sobre eventos de muchísima menos importancia.

La bagatelización, pues, se impone y supone considerar impunes estos pequeños incidentes aparentemente típicos.”

sucede con un delincuente habitual, ello, supondría, considerar impunes los pequeños e insignificantes incidentes que no suponen un verdadero menosprecio al principio de autoridad.

La jurisprudencia, en cuanto al estado de necesidad en el delito de atentado, señala que han de concurrir las siguientes circunstancias, y así la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 6 de junio de 2007⁵²³ significa que “de todo lo expuesto se desprende que concurren todos y cada uno de los elementos del tipo penal de desobediencia, pero no se recogen los elementos necesarios para aplicar ni el error ni la eximente completa de estado de necesidad...

En cuanto al estado de necesidad , tanto en su vertiente completa como incompleta, requiere como presupuesto necesario e imprescindible, la existencia de una situación angustiosa e inminente de puesta en peligro de bienes jurídicos, es decir, como pendencia acuciante y grave de un mal propio o ajeno que sea necesario atajar y, además, por su carácter de subsidiariedad, la imposibilidad de poner remedio a tal situación por vías lícitas (v., entre otras, las SSTS de 27 marzo 1990, 2 marzo 1992 y 28 de marzo de 1996); siendo elemento esencial para exención de responsabilidad que realmente exista una situación de conflicto entre diversos males, de modo que sea necesario acudir a la realización del mal que el delito lleva consigo para librarse del mal que amenaza, precisamente porque no haya otro medio de

⁵²³ SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE TARRAGONA, SEC. 2ª, 6-6-2007, Nº 437/2007, REC. 1480/2005. PTE: UCEDA SALES, SARA (EDJ 2007/164906).

impedir el peligro de realización inminente de este último, siempre teniendo en cuenta las circunstancias específicas del caso (v. SSTS. 30 septiembre de 1994). En todo caso, el mal que se trata de evitar no ha de ser menor que el causado por el necesitado (v. SS. 22 abril 1983 y 20 abril 1985). Así, la STS de 10 de febrero de 2005 declara que la esencia de la eximente de estado de necesidad , completa o incompleta, radica en la existencia de un conflicto entre distintos bienes o intereses jurídicos, de modo que sea necesario llevar a cabo la realización del mal que el delito supone -dañando el bien jurídico protegido por esa figura delictiva- con la finalidad de librarse del mal que amenaza al agente, siendo preciso, además, que no exista otro remedio razonable y asequible para evitar este último, que ha de ser grave, real y actual, mereciendo destacarse dos conceptos fundamentales que informan el núcleo de esta circunstancia: la proporcionalidad y la necesidad . Respecto de la proporcionalidad del mal causado, se ha establecido (STS de 8 de octubre de 1996) que si el mal que se pretende evitar es de superior o igual entidad que la gravedad que entraña el delito cometido para evitarlo, y no hay otro remedio humanamente aceptable, la eximente debe ser aplicada de modo completo; si esa balanza comparativa se inclina mínimamente en favor de la acción delictiva y se aprecian en el agente poderosas necesidades , la circunstancia modificativa debe aceptarse con carácter parcial (eximente incompleta); pero si ese escalón comparativo revela una diferencia muy apreciable, no puede ser aplicable en ninguna de sus modalidades. Por lo que al elemento de la necesidad se refiere, la

apreciación de esta circunstancia exige que el mal que se pretende evitar sea real, grave y actual o inminente, y también la comprobación de que el agente haya agotado todos los medios alternativos lícitos para soslayar ese mal antes de acudir a la vía delictiva, de tal manera que, fracasados aquellos, no quepa otra posibilidad humanamente razonable que el delito, pues a nadie se le puede exigir la heroicidad o el martirio en este ámbito.

En el supuesto de autos y únicamente según la versión de la acusada, el mal causado (desobedecer un mandato judicial e impedir la relación paterno-filial) sería menor que el mal que se trataba de evitar (abusos sexuales sobre la menor) y sobre dicha creencia decía actuar la acusada; no obstante, no existe prueba alguna sobre la existencia real de dicho mal, sino todo lo contrario, los alegados abusos sexuales han sido negados por los Tribunales y no consta que, por ningún tribunal, civil o penal, se adoptara medida alguna de protección de dicha menor por encontrarse en una verdadera situación de peligro, pues ni siquiera se suspendió el régimen de visitas establecido en sentencia, sino todo lo contrario, únicamente constan los múltiples requerimientos efectuados a la madre para que cumpla con el mismo, constando por el contrario, en los propios hechos probados y derivado del informe del EATAV en fecha 26 de abril de 2004 su postura obsesiva y poco objetiva respecto a la figura paterna, por lo que no concurren los elementos que exige la eximente de estado de necesidad postulada.

En un supuesto parecido al presente, la STS núm. 285/2007 (Sala de lo Penal, Sección 1), de 23 marzo expone: "Se defiende la concurrencia de la eximente de estado de necesidad argumentando que el mal causado (apartar a un hijo de su madre) es menor que el mal que se trata de evitar (abusos sexuales sobre la menor). Subsidiariamente se solicita una eximente incompleta o una atenuante muy cualificada. El motivo debe ser desestimado. No se recogen en la sentencia recurrida los elementos que exige la eximente de estado de necesidad postulada, máxime cuando los alegados abusos sexuales han sido negados por los Tribunales, no obstante, la obsesión padecida por el recurrente sobre tal eventualidad, ha sido valorada por el Tribunal de instancia y ha apreciado una atenuante a través de la circunstancia de arrebato u obcecación prevista en el artículo 21.3º del Código penal."

En otro supuesto jurisprudencial el Tribunal Supremo⁵²⁴ no aprecia de exención de la responsabilidad penal en situación de estado de necesidad, pues según el Alto Tribunal "sostiene el recurrente que esta disposición habría resultado infringida pues el Alcalde procesado decidió «suspender el pleno (ordenado por resolución judicial) para evitar una catástrofe», dada la cantidad de personas que ocupaban el recinto del Ayuntamiento. Alega en este sentido que sería de aplicación en primer término el art. 8.7.º CP, pues el Alcalde fue impulsado por el impulso de evitar un mal ante el «riesgo de

⁵²⁴ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL) NÚM. 2104/1993 DE 2 OCTUBRE PONENTE: BACIGALUPO ZAPATER, ENRIQUE (RJ 1993\7472).

tumultos». Por otra parte, agrega con carácter subsidiario, que sería de aplicación el art. 6 bis.a) CP, pues, al menos, el Alcalde habría obrado en la creencia errónea de hacerlo lícitamente...

...a) La aplicación del art. 8.7.^a CP exige, en todo caso, que exista una situación de peligro para un bien jurídico que no pueda ser superada sin sacrificar otro bien jurídico de igual o menor importancia que el primero. La Audiencia, sin embargo, constató que el procesado «desatendió el ofrecimiento hecho por las fuerzas de orden público presentes para desalojar el salón de plenos», circunstancia esta que no ha sido cuestionada por la Defensa. Ello demuestra que las fuerzas de seguridad estaban en condiciones de generar el orden que hasta ese momento impedía dar cumplimiento al mandato judicial de celebración del pleno del Ayuntamiento. Consecuentemente, la acción del Alcalde que vulneró su deber de obediencia no era necesaria, toda vez que cabía la realización de otras acciones que no implicaban la lesión del bien jurídico causada por la suspensión del pleno.

Asimismo, la Audiencia estableció que el Alcalde no adoptó las medidas necesarias para impedir la situación que luego invocó como fundamento de su incumplimiento. De esta manera, queda claro también, que los hechos no cumplían con el requisito tercero del art. 8.º, núm. 7 CP. En efecto, la ley establece expresamente que la situación de necesidad no debe haber sido provocada intencionalmente por el sujeto. Es cierto que en este caso el procesado no indujo -como lo estableció la Audiencia- a la muchedumbre a ocupar el pleno, pero lo cierto es que no impidió hacerlo, pues, en conocimiento de su deber

de cumplir un mandato judicial, «no adoptó la más elemental de las cautelas» para limitar el acceso de tal manera que se pudiera realizar la sesión ordenada por la Audiencia Territorial.

Por último, es también claro que el art. 6 bis. a) CP no es aplicable al caso, dado que en los hechos probados no se ha establecido que el recurrente haya obrado creyendo hacerlo lícitamente.”

Concluimos con una desestimación de error, y así la Audiencia Provincial de Burgos en Sentencia⁵²⁵ de fecha 28 de febrero de 1997, argumenta que, “finalmente la defensa solicita la libre absolución de su defendido en la concurrencia de una eximente de estado de necesidad, al amparo de lo previsto en el artículo 8, núm. 7 del Código penal de 1973.

En el caso de alegaciones de causas eximentes de la responsabilidad criminal la carga de la prueba se traslada a la parte que las alega, tal y como dispone el artículo 1214 del Código Civil al determinar que incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y de su extinción al que las opone. Así a la defensa corresponde acreditar el estado de necesidad alegado y la concurrencia de los elementos integrantes de la eximente recogida en el artículo 8, núm. 7, antes indicado.

Ninguna prueba testifical o documental se presenta que acredite la concurrencia de la eximente indicada y de sus elementos

⁵²⁵ SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BURGOS (SECCIÓN 1ª) NÚM. 30/1997 DE 28 FEBRERO, PONENTE: MARÍN IBÁÑEZ, FRANCISCO MANUEL (ARP 1997\460).

integrantes. Ninguna prueba de descargo se presenta que acredite: 1. Un conflicto total e inminente entre bienes jurídicamente protegidos; 2. Realidad del mal que se trata de evitar, esto es, que el bien, propio o ajeno que se intenta tutelar, se halle, no en trance de tangencial y leve menoscabo o deterioro, o de molestia o incomodidad para su titular, sino en peligro de perecimiento, destrucción o aniquilamiento; 3. Que el sacrificio del bien jurídico de otro se lleve a cabo precisamente para preservar el bien propio o perteneciente a otra persona distinta a la del sacrificado; 4. Que el mal causado no sea de superior rango que el que se trata de evitar; 5. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionalmente por el sujeto activo, es decir, que éste no trate de escudarse o de parapetarse en una situación conflictiva creada maliciosamente por él para dicho fin; y 6. Que el necesitado no tenga, por razón de su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

La defensa alega como fundamento de la causa eximente de responsabilidad criminal la utilización del vehículo precintado para el desplazamiento del padre del acusado a un centro hospitalario y la obtención ulterior de la medicación correspondiente. Sin embargo dichas afirmaciones no quedan acreditadas por prueba alguna en el acto del juicio oral, y subsiguientemente tampoco la necesidad de violentar los precintos establecidos sobre el turismo por la autoridad judicial, cosa fácilmente acreditable por la defensa mediante la correspondiente prueba documental, pericial o simplemente testifical.

Por otro lado el propio acusado reconoce la conducción del turismo previamente precintado para otros usos distintos del alegado

como eximente, como es el de desplazar el móvil por razones de la matanza. Por todo ello procederá la emisión de sentencia ratificadora de la dictada en primera instancia, máxime cuando se aprecia un elemento doloso y de desprestigio y oposición al mandato de la autoridad judicial al manifestar, según declaración del testigo Juan José V. O., quien nos indica en el acto del juicio oral que, tras el primer requerimiento y precintaje, y las actuaciones de la Guardia Civil en averiguación de los hechos, el acusado le manifestó que «volvería a romper el precinto, cuantas veces fuera necesario».

CAPÍTULO SEXTO.- LA CULPABILIDAD EN EL DELITO DE ATENTADO

I.- LA IMPUTABILIDAD

La imputabilidad dentro de la estructura del delito, se encuadra en la culpabilidad.

La culpabilidad, para el Derecho penal, es la conciencia de la antijuridicidad de la conducta, es decir, supone la reprochabilidad del hecho ya calificado como típico y antijurídico, fundada en que su autor, pudiendo someterse a los mandatos del Derecho en la situación concreta, no lo hizo ejecutándolo y así lo define el Texto punitivo en su artículo 10⁵²⁶.

Para SAINZ CANTERO⁵²⁷ “la imputabilidad supone en el sujeto de la acción capacidad de entender lo ilícito de la conducta que realiza y capacidad de poder actuar conforme a ese conocimiento. Será imputable, por tanto, “el autor que, gracias a su desarrollo moral-espiritual, es capaz de comprender lo ilícito de su acción y de actuar conforme a ese conocimiento” (MAURACH). Así entendida, la imputabilidad es capacidad de culpabilidad.”

⁵²⁶ LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE DEL CÓDIGO PENAL, artículo 10: “Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley.”

⁵²⁷ SAINZ CANTERO JOSE A.: “Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Volumen III”, Barcelona 1985, cit. pág. 19.

El problema de la culpabilidad es central para el Derecho penal, por cuanto determina y justifica finalmente la posibilidad de ejercicio del *ius puniendi*.

Bajo la categoría de la culpabilidad, como último elemento de la teoría del delito, se agrupan todas aquellas cuestiones relacionadas con las circunstancias específicas que concurrieron en la persona del autor en el momento de la comisión del hecho típico y antijurídico.

La culpabilidad exige una valoración del comportamiento humano, y allí donde pueda hacerse un juicio de reproche puede existir una culpabilidad.

Además, la culpabilidad supone la valoración que se hace en el individuo que cometió un ilícito y su correspondiente acción, por ello, en el juicio de reproche se individualiza la pena, es decir, se vincula al hecho injusto con su autor.

La culpabilidad consta de tres elementos, en primer lugar, la imputabilidad como capacidad de conocer lo injusto del actuar, así como de reconocer la posibilidad de actuar de otra manera; en segundo lugar, la conciencia de la ilicitud, esto es, la posibilidad de comprender lo injusto del acto concreto; y, en tercer lugar, la exigibilidad como posibilidad de autodeterminarse conforme al Derecho en el caso concreto.

Finalmente, en la culpabilidad, se encuentra un elemento negativo, esto es, el error de prohibición, el cual se da cuando una persona realiza una acción voluntaria creyendo que es lo correcto.

Centrándonos en a la imputabilidad, como elemento de la culpabilidad, la doctrina desde antiguo tal y como pone de manifiesto CASTELLÓ NICÁS⁵²⁸, toma como punto de partida el origen de la discusión ente “el indeterminismo y el determinismo y que se sitúa en los albores de la Ciencia del Derecho penal.”

Y así recoge la autora, que en la escuela clásica para CARRARA⁵²⁹ “la teoría de la imputación considera al delito en sus puras relaciones con el agente, y a éste, a su vez, lo considera en sus relaciones con la Ley moral, según los principios del libre albedrío y de la responsabilidad humana, que son inmutables y no se modifican con el variar de los tiempo, de los pueblos y las costumbres”

En este sentido apunta CASTELLÓ NICÁS⁵³⁰ a la escuela clásica de nuestro país representada por Pacheco y que, desde una perspectiva individualista, sostiene que el “delinquir es la existencia de un agente libre e intencional, de una persona que obrase á sabiendas de lo que hacía, con intención de hacer lo que hacía, con poder de no hacer lo que hacía”, por tanto, las bases fundamentales

⁵²⁸ CASTELLÓ NICÁS, NURIA: “La imputabilidad penal del drogodependiente”, Granada 1997, cit. págs. 40 y ss.

⁵²⁹ CASTELLÓ NICÁS, NURIA: “La imputabilidad penal del drogodependiente”, cit. págs. 40 y ss., cit. a CARRARA, FRANCESCO: “Programa del Curso de Derecho Criminal”, Buenos Aires 1944, pág. 30.

⁵³⁰ CASTELLÓ NICÁS, NURIA: “La imputabilidad penal del drogodependiente”, cit. págs. 40 y ss.

⁵³⁰ CASTELLÓ NICÁS, NURIA: “La imputabilidad penal del drogodependiente”, cit. págs. 40 y ss.

⁵³⁰ CASTELLÓ NICÁS, NURIA: “La imputabilidad penal del drogodependiente”, cit. págs. 40 y ss., cit. a FERRI, ENRICO: “Principios de Derecho Criminal”, Madrid 1933, págs. 270 y ss.

para la imputabilidad, partiendo de considerar al individuo libre y consciente de la acción delictiva llevada a cabo por el mismo.”

En cuanto a la escuela positiva, que tiene a su máximo representante a Ferri, señala CASTELLÓ NICÁS⁵³¹ que dicha escuela negaba con rotundidad la teoría del libre albedrío, esto es, la libertad natural de actuación del ser humano, como fundamento de la culpa y, consecuentemente, en la culpabilidad, en este sentido, FERRI⁵³² manifiesta que “el hombre es responsable de todo acto que realice sólo y en tanto vive en sociedad. Viviendo en sociedad, el hombre recibe las ventajas de la protección y de la ayuda para el desenvolvimiento de la propia personalidad física, intelectual y moral.

Por ello debe también sufrir las restricciones y sanciones correspondientes que aseguran aquél mínimo de disciplina social, sin el que no es posible ningún consorcio civil”, añadiendo respecto del principio de la defensa social, basado en la prevención justificada por la peligrosidad social y en la represión como respuesta a la peligrosidad criminal pues “la peligrosidad del delincuente constituye, por tanto, el criterio (subjetivo) fundamental que va sustituyendo al criterio clásico (objetivo) de la entidad del delito”, cumpliendo la función jurídica para el autor de “conseguir la adaptación (en la ley, en la sentencia y en la ejecución) de la sanción represiva a la

⁵³¹ CASTELLÓ NICÁS, NURIA: “La imputabilidad penal del drogodependiente”, cit. págs. 40 y ss.

⁵³² CASTELLÓ NICÁS, NURIA: “La imputabilidad penal del drogodependiente”, cit. págs. 40 y ss., cit. a FERRI, ENRICO: “Principios de Derecho Criminal”, Madrid 1933, págs. 270 y ss.

personalidad del delincuente en razón del delito cometido y en vista de su readaptación a la vida libre.”

Apunta CASTELLÓ NICÁS a Von Liszt⁵³³ como fundador de la escuela criminal, el que la imputabilidad “se da con aquel estado psíquico del autor que le garantiza la posibilidad de conducirse socialmente, es decir, con la facultad que tiene el agente de determinarse, de un modo general, por las normas de la conducta social, ya pertenezcan éstas a los dominios de la religión, de la moral, de la inteligencia, etc., o a los dominios del derecho.”

Para que el individuo sea imputable, según Von Liszt, es necesario que “la psiquis del autor disponga de la riqueza necesaria de representaciones para la completa valoración social; que la asociación de representaciones se produzca normalmente y con la velocidad normal; que la base afectiva de las representaciones y, por consiguiente, la fuerza motivadora de las normas generales, jurídicas, morales, religiosas, etc., corresponda a la medida media, y que la dirección y vigor de los impulsos de la voluntad no ofrezcan nada esencialmente anormal⁵³⁴.”

En la doctrina moderna de la imputabilidad, encontramos COBO DEL ROSAL⁵³⁵, para el que la imputabilidad es “el conjunto de

⁵³³CASTELLÓ NICÁS, NURIA: “La imputabilidad penal del drogodependiente”, cit. págs. 40 y ss., cit. a VON LISZT, FRANZ: “Tratado de Derecho Penal”, Madrid, pág. 297.

⁵³⁴CASTELLÓ NICÁS, NURIA: “La imputabilidad penal del drogodependiente”, cit. págs. 40 y ss., cit. a VON LISZT, FRANZ: “Tratado de Derecho Penal”, Madrid, pág. 397.

requisitos psicobiológicos, exigidos por la legislación penal vigente, que expresan que la persona tenía la capacidad de valorar y comprender la ilicitud del hecho realizado por ella y de actuar en los términos requeridos por el ordenamiento jurídico.”

Pero a mi juicio, la postura más interesante la encontramos en CASTELLÓ NICÁS⁵³⁶ la que en referencia a la imputabilidad sostiene que “el hombre es libre para decidir su actuación, pero además, para considerarlo responsable jurídicamente de una actuación, es necesario que conozca la norma, para que pueda actuar conforme a ella, porque si no la conoce, y en consecuencia, no se motiva por la prohibición que ésta establece – como sucede en los casos de error de prohibición -, puede ocurrir que al elegir, infrinja una prohibición, aunque no se le castigue jurídicamente por no tener conocimiento de ella.”

Concluye la autora que “en relación a un inimputable que comete un acto antijurídico, se puede decir que tampoco se motiva por la norma, pues no la conoce, en el sentido de que no alcanza a comprender su obligatoriedad ni la relevancia de la sanción, ni tampoco es libre, pues no tiene la capacidad suficiente para evaluar o calibrar en qué sentido debe orientar su actuación.”

Por tanto, podríamos definir, la inimputabilidad, como la antítesis de la imputabilidad, en el sentido que CASTELLÓ NICÁS o

⁵³⁵ COBO DEL ROSAL, M / VIVES ANTÓN, TOMÁS S.: “Derecho Penal Parte General”; cit. pág.523.

⁵³⁶ CASTELLÓ NICÁS, NURIA: “La imputabilidad penal del drogodependiente”, cit. págs. 40 y ss, cit a VON LISZ, FRANZ: “Tratado de Derecho Penal”, Madrid, pág. 397 y ss.

COBO DEL ROSAL⁵³⁷ apuntan, partiendo de la libertad e inteligencia del individuo, si éste, no es libre, ni tiene capacidad suficiente para sopesar el actuar antijurídico de su acción.

Finalmente, recordar que el Texto punitivo en su artículo 20, regula entre las eximentes y atenuantes, las causas de inimputabilidad que son las anomalías o alteraciones psíquicas, el trastorno mental transitorio, el estado de intoxicación plena y las alteraciones de la percepción.

Una vez hecha, este breve prólogo, se hace necesario señalar en cuanto al delito de atentado que referir que el Texto punitivo establece como causas de inimputabilidad las siguientes: las anomalías o alteraciones psíquicas (art. 20.1), el trastorno mental transitorio (art. 20.1.), el estado de intoxicación plena (art. 20.2.), las alteraciones de la percepción (art. 20.3) y la minoría de edad penal (art. 19).

Dicho esto, señalamos la jurisprudencia que en distintos supuestos se ha pronunciado respecto del delito de atentado y así, en lo que respecta a la ingesta de alcohol o de drogas como una causa de inimputabilidad penal, se requiere para apreciar la inimputabilidad que el autor actúe “con una menor comprensión del injusto o una menor capacidad de dominio de la voluntad, debido a ciertas reacciones pasionales producidas por estímulos poderosos no

⁵³⁷ COBO DEL ROSAL, M / VIVES ANTÓN, TOMÁS S.: “Derecho Penal Parte General”; cit. pág.529: “La inimputabilidad no es más que el reverso de la imputabilidad, es decir, en su aspecto negativo, consistente en la ausencia de imputabilidad. Causan de inimputabilidad son, por tato, aquellos supuestos en los que no puede afirmarse que la persona sea imputable en el momentos de la realización del delito.”

contrarios a las reglas ético sociales vigentes en la comunidad. Esas reacciones que perturban la inteligencia y la voluntad del sujeto hacen comprensible y explicable, aunque no justificable, su comportamiento en un determinado contexto social, aminorando la exigibilidad de su conducta con arreglo a la norma y reduciendo, en consecuencia, el grado de merecimiento de pena.”

En esta línea se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona⁵³⁸ de 16 de febrero de 1999, la que señala que “mejor suerte debe correr, sin embargo, el tercer motivo de impugnación relativo a la imputabilidad del acusado, puesto que de las declaraciones de los agentes en orden a la sintomatología que presentaba el acusado - habiéndose calificado su estado de intoxicación etílica como grave en el propio atestado (folio 4)- traducida en dificultades para coordinar los movimientos, mantener la estabilidad y articular palabras, perturbaciones en el comportamiento - con cambios bruscos de humor y reacciones agresivas- y disminución de su resistencia física, datos todos ellos consignados en la relación fáctica de la sentencia, unido al dictamen del médico forense (folio 113) en el que se concluye que las facultades psicofísicas del acusado estaban alteradas de forma importante, de todo ello no cabe sino concluir en que la imputabilidad del acusado se hallaba disminuida de una forma más intensa que la que daría lugar a la apreciación de una simple circunstancia de atenuación, debiéndose, en consecuencia,

⁵³⁸ SENTENCIA AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIRONA (SECCIÓN 3ª) NÚM. 63/1999 DE 16 FEBRERO (ARP 1999\905).

estimar concurrente la eximente incompleta del artículo 21.1 del CP, en relación con el artículo 20.2 del mismo Texto Legal, y, por aplicación del artículo 66 del CP, efectuar la preceptiva rebaja en un grado de la pena impuesta, la cual, atendidas las concretas circunstancias concurrentes, se fija en seis meses de prisión.”

Finamente en cuanto a la circunstancia eximente contemplada en el artículo 20.1 del Texto punitivo de anomalía o alteración psíquica o trastorno mental transitorio se manifiesta la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga⁵³⁹ de 20 de enero de 1999 , en la que, “en la realización del mismo ha concurrido la circunstancia eximente de enajenación mental del art. 20 núm. 1 del Código penal, pues, del informe emitido por el señor Médico Forense, obrante al folio 52, se desprende que al ocurrir los hechos el acusado presentaba un cuadro psicótico que anulaba totalmente su capacidad intelectual y volitiva, haciéndole plenamente inimputable, siendo procedente en su virtud, absolverle libremente del delito imputado, imponiéndole la medida de sometimiento a tratamiento ambulatorio por tiempo de dieciocho meses, que establece el art. 105 del Código penal, que se estima adecuada y proporcionada a las circunstancias concurrentes y que caso de ser incumplida podría ser sustituida por la de internamiento en Centro Psiquiátrico.”

⁵³⁹ SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA (SECCIÓN 1ª) NÚM. 9/1999 DE 20 ENERO (ARP 1999\188).

En el mismo sentido para un caso de esquizofrenia, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba⁵⁴⁰ de 26 de marzo de 2009 apunta que, “sobre estas bases, el Ministerio Fiscal, ante la ausencia de nueva prueba en esta segunda instancia, solicita que se valore de forma distinta a como se ha hecho en la instancia la prueba documental y pericial obrante en autos. En el informe pericial, que sólo puede valorarse en cuanto al dictamen escrito, porque el médico-forense no declaró en el juicio oral, sin que ninguna de las partes solicitara la suspensión y nueva citación del perito, se concluía que el acusado, en el momento de cometer los hechos, padecía una esquizofrenia paranoide crónica, trastorno de la conducta, consumo abusivo de alcohol y drogas, con nula conciencia de enfermedad y siendo reacio a cumplir el tratamiento, por lo que -en suma- presentaba una alteración grave de las bases psicobiológicas de la imputabilidad (inteligencia y voluntad). Si a ello se añade que los propios Policías Locales agredidos declararon que el acusado estaba muy alterado, y que fue imposible que el acusado declarase en el acto del juicio oral, dado lo incongruente de sus manifestaciones, no sólo se trata de que la valoración de dichas pruebas no pueda ser revisada por este tribunal de apelación, por las razones de orden constitucional ya expuestas, sino que incluso se aprecia que la valoración realizada por la juzgadora de instancia, al considerar como completa la

⁵⁴⁰ SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÓRDOBA (SECCIÓN 3ª) NÚM. 84/2009 DE 26 MARZO (JUR 2009\322066).

eximente de enajenación mental, es plenamente acorde con el resultado probatorio existente.”

En cuanto al trastorno mental transitorio, considera la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca⁵⁴¹ de 4 de abril de 2002, para la que, “no apreciamos error en la valoración de la prueba pericial medica ni, por tanto, en la calificación penal del estado mental del acusado. En la sentencia se le reconoce una eximente incompleta porque, como indica, "no puede tener por acreditado que al tiempo, al menos, de la inicial y aislada agresión a uno de los funcionarios, el inculpado hubiera llegado a ese dintel a partir del cual su autorregulación puede ser nula". En definitiva, el acusado, desde un punto de vista neurológico, padece lobectomía frontal derecha, epilepsia postraumática, y ha sido diagnosticado de trastorno de la personalidad de tipo combinado, desinhibido agresivo, presenta dificultad para controlar sus impulsos. Todo esto, en abstracto, no permite eximirle por completo de responsabilidad, si no se demuestra que al momento de producirse los hechos enjuiciados dicho trastorno le hubiera producido la anulación completa, total, de su capacidad volitiva. No consta que en el momento de suceder los hechos por los que se le acusa el interno estuviera en uno de esos episodios de descontrol absoluto y completo, lo que da lugar a que consideramos acertada la calificación de eximente incompleta que hace la sentencia de instancia, que es preciso confirmar.”

⁵⁴¹ SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE HUESCA (SECCIÓN UNICA) NÚM. 67/2002 DE 4 ABRIL (JUR 2002\153306).

II.- EL DOLO

Como breve introducción refiere ALVAREZ BONILLA⁵⁴² que “el dolo es el paradigma del elemento subjetivo del delito y la especie principal de la culpabilidad; lo cual representa un progreso importante en la evolución del Derecho penal, ya que antiguamente, incluso en el derecho romano, se aplicaban penas primitivas y castigos inhumanos conforme al mero resultado material del delito que se tenía a la vista. Conforme al dolo se aprecia el perfil de la intencionalidad del acto por parte del agente de la perpetración.”

Y así, señala el autor las definiciones contenidas en diversas fuentes:

“Para Enciclopedia Jurídica OPUS: "El dolo", consiste en aquella conducta que intencionalmente provoca, refuerza o deja subsistir una idea errónea en otra persona, con la conciencia de que ese error tendrá valor determinante en la emisión de su declaración de voluntad.

Según Hernando Grisanti: "El dolo", es la voluntad consciente, encaminada u orientada a la perpetración de un acto que la ley tipifica como delito.

⁵⁴² ALVAREZ BONILLA, ARGENIS JESÚS: “Inimputabilidad, la culpabilidad y el dolo”, www.monografias.com.

Manzini define al dolo como: La voluntad consciente y no coaccionada de ejecutar u omitir un hecho lesivo o peligroso para un interés legítimo de otro, del cual no se tiene la facultad de disposición conociendo o no que tal hecho esta reprimido por la ley.

Luis Jiménez de Asúa dice que: "El dolo", es la producción del resultado típicamente antijurídico con la conciencia de que se está quebrantando el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre las manifestaciones humanas y el cambio en el mundo exterior, con la voluntad de realizar la acción u con representación del resultado que se requiere."

En cuanto a la evolución del dolo sostiene ÁLVAREZ BONILLA ⁵⁴³ que "la voluntad criminal constituida por la conciencia de querer y por la conciencia de obrar traducidas en una conducta externa es el dolo que en el Derecho Romano Justiniano se denominada "*dolos*", "*dolus malus*", "*propositum*". Significaba la intención encaminada al delito, conciencia del hecho criminoso que se iba a cometer. En el Derecho canónico el dolo expreso con las palabras "*dolos*", "*voluntas*", "*sciens*", "*malitia*", por eso el dolo equivalió a la malicia, astucia. En fin el dolo consiste en la voluntad de cometer un acto sabiendo que es punible, es una posición de voluntad distinta de la actuación voluntaria, que es la acción."

⁵⁴³ ALVAREZ BONILLA, ARGENIS JESÚS: cit. "Inimputabilidad, la culpabilidad y el dolo", www.monografias.com.

Para ÁVAREZ BONILLA “la evolución del concepto de Dolo surgió primero la Teoría de la voluntad, y así el dolo se definió tomando en cuenta solo el resultado previsto y querido por el autor del delito. Después, se encontró que este único criterio no era aplicable a la construcción técnico- jurídica del dolo eventual; surgió entonces una tesis más avanzada: "La teoría de representación" propugnada por Von Liszt que sostenía que el dolo es el conocimiento que acompaña a la manifestación de voluntad, de todas las circunstancias que concurren al acto previsto por la ley penal.

Posteriormente surgió la "Teoría de la Voluntariedad" sostenida por Francisco Carrara; según esta teoría el dolo es la intención o voluntad más o menos perfecta de ejecutar un acto que se conoce contrario a la ley.”

Según el autor⁵⁴⁴, se distinguen dos elementos de composición del dolo: los elementos intelectuales y los elementos efectivos o emocionales.

En cuanto al elemento intelectual, está constituido por la prevención, por el reconocimiento, la representación de un acto típicamente antijurídica, y comprende, antes que todo el conocimiento de los elementos objetivos del delito.

Por ello se exige el conocimiento de los hechos actuales, aquellos hechos de tipo legal que existen ya en el momento en que el

⁵⁴⁴ ALVAREZ BONILLA, ARGENIS JESÚS: cit. “Inimputabilidad, la culpabilidad y el dolo”, www.monografias.com.

acto de voluntad se realiza y que por lo tanto son independientes de la voluntad del autor.

El elemento emocional, volitivo o afectivo, consiste en que no basta, para que haya dolo que el agente se represente un resultado antijurídico determinado, si no que es menester, que desee la realización de ese resultado típicamente antijurídico.

MORILLAS CUEVA⁵⁴⁵, se refiere a que los elementos que conforman el “*animus*” caben ser definidos como “componentes de naturaleza subjetiva, referidos a fines y propósitos específicos del sujeto, diferentes al dolo y que el tipo penal requiere, junto a aquel y en seleccionados supuestos, para su real ejecución.”

Atendiendo al delito de atentado, que es el objeto de este trabajo de investigación, para ROIG TORRES⁵⁴⁶ el legislador desarrolla una dimensión constitutiva del tipo sin la cual, la conducta realizada sería atípica, pues la imposición de este requisito subjetivo supondrá la concurrencia de una intención o finalidad específica en el autor que, de acuerdo con la naturaleza de los elementos subjetivos del injusto serán independientes del dolo.

Señala la autora⁵⁴⁷ que la dificultad que surge a la hora de determinar el ánimo del autor, además de la evidencia de que en la mayor parte de los atentados es ostensible la conducta pública del

⁵⁴⁵ MORILLAS CUEVA, LORENZO: “Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Volumen I”.cit. págs. 177-178.

⁵⁴⁶ ROIG TORRES, MARGARITA: “El Delito de Atentado”, cit. pág. 168.

⁵⁴⁷ ROIG TORRES, MARGARITA: “El Delito de Atentado”, cit. pág. 170.

agraviado (por vestir de uniforme, vgr.), no deja lugar a dudas en torno a la existencia del conocimiento requerido en el dolo, y ello ha llevado al Tribunal Supremo a establecer una presunción *iuris tantum* la intencionalidad del autor, a juicio de ROIG TORRES⁵⁴⁸ esta argumentación es censurable pues pone de relieve la confusión entre los elementos subjetivos del injusto y el dolo, y así la Sentencia del Tribunal Supremo⁵⁴⁹ de 29 de mayo de 2000 expone “como dice la Sentencia de esta Sala de 25 de octubre de 1996, se viene exigiendo, como requisito subjetivo del delito de atentado, la presencia de un «animus», al que se denomina «dolo específico», que puede manifestarse en forma directa, cuando el sujeto persigue realizar la acción en menoscabo del principio de autoridad, o en forma de lo que llama «dolo de consecuencias necesarias», cuando, aun persiguiendo otras finalidades, el sujeto sabe y acepta que el principio de autoridad queda vulnerado a consecuencia de su actuación. Para la jurisprudencia, el «dolo genérico» en el atentado abarca la calidad del sujeto pasivo y la circunstancia de hallarse en el ejercicio de las funciones de su cargo. El «dolo específico» o elemento subjetivo del injusto estriba en el ánimo de menosprecio, escarnecimiento o vilipendio del principio de autoridad o de la dignidad de la función pública, y ello no en abstracto, sino hecho efectivo merced al acometimiento, empleo de fuerza, intimidación o resistencia graves,

⁵⁴⁸ROIG TORRES, MARGARITA: “El Delito de Atentado”, cit. pág. 168.

⁵⁴⁹ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL) NÚM. 948/2000 DE 29 MAYO, PONENTE: SÁNCHEZ MELGAR, JULIÁN (RJ 2000\4146).

contra las personas que en el caso concreto encarnan y exteriorizan el ejercicio de aquella función. Como todo factor subjetivo, la afirmación de intencionalidad del sujeto exige del Tribunal un juicio de índole valorativa para determinar su existencia y eficacia. Semejante ánimo se presume ínsito en la realización de las conductas descritas en el precepto del artículo 231.2º, del hoy art. 550 CP/1995. Ello en tanto no conste que el autor actúe impulsado por móviles estrictamente personales, ajenos por completo a la esfera de actividad legal o funcional de la autoridad, agente o funcionario. El sentido expuesto palpita en muy varias Sentencias, entre ellas la de 16 abril, 3 julio y 20 noviembre 1985 , 17 y 20 enero, 7 febrero, 17 julio y 24 septiembre 1986, 26 febrero, 7 y 30 abril, 18 mayo, 1 junio, 9 octubre, 4 y 16 noviembre y 14 diciembre 1987, 9 febrero, 7 y 31 mayo, 4 noviembre y 28 diciembre 1988, 24 febrero, 16 junio y 15 septiembre 1989, 22 febrero 1991, 14 febrero y 19 noviembre 1992 y 10 noviembre 1993. El ánimo de ofensa, menosprecio o falta de respeto – suele reiterarse– va ínsito en los actos desplegados cuando no constan circunstancias concurrentes que permitan inferir otra motivación ajena a las funciones públicas del ofendido. Cuando la autoridad o el agente –y el funcionario público– actúa en el ámbito de sus atribuciones y dicha condición es conocida del sujeto, la acción violenta sobre su persona, dentro de las especificaciones objetivas de dicho artículo y directamente relacionadas con el ejercicio de tales funciones o con ocasión de las mismas, evidencien la voluntad de acometer, emplear fuerza, intimidar o resistir, y el ánimo de vulnerar o dejar malparado el

principio de autoridad. Por último diremos que la Sentencia de esta Sala de 27 de febrero de 1996, aplicó dicho tipo delictivo en el caso de la agresión a un ertzaina incluso franco de servicio y de paisano, una vez que el acusado pudo conocer su condición de policía.”

Según tiene establecido la jurisprudencia lo característico de este delito como elemento subjetivo del injusto es el ánimo de ofender, denigrar, menospreciar o desconocer el principio de autoridad, que va ínsito en los actos desplegados cuando no constan circunstancias concurrentes que permitan inferir otra motivación ajena a las funciones públicas del ofendido.

En este sentido COBO DEL ROSAL⁵⁵⁰ o MUÑOZ CONDE⁵⁵¹ señalan que el delito es puramente doloso, exigiendo el perfecto conocimiento por el autor de la condición de autoridad, o agente de ésta, o funcionario público del sujeto pasivo.

Consiguientemente ese *animus* puede manifestarse de forma directa o a través de un dolo de segundo grado, indirecto o de consecuencias necesarias, o como refiere JAVATO MARTÍN⁵⁵² o

⁵⁵⁰ COBO DEL ROSAL, MANUEL (y otros): “Derecho Penal Español. Parte Especial”, editorial Dykinson, S.L., cit. págs. 1091-1092: “el delito es netamente doloso, lo que exige el perfecto conocimiento de la condición de autoridad, o agente de ésta, o funcionario público por parte del agente. La jurisprudencia exige un dolo específico consistente en el propósito de ofender, denigrar o menospreciar el “principio de autoridad” o la dignidad de la función pública, lo que se infiere a partir de la entidad de la violencia (o intimidación) desplegada por el reo si no concurren otras circunstancias que permitan afirmar distinta motivación.”

⁵⁵¹ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: “Derecho Penal. Parte Especial”, Valencia 2007, cit. pág. 866.

⁵⁵² JAVATO MARTÍN, A.M.: “El delito de atentado. Modelos legislativos. Estudio histórico-dogmático y de Derecho comparado”, cit. pág. 392.

ROIG TORRES⁵⁵³, dolo mediato o de segundo grado y el dolo eventual, cuando aun persiguiéndose otras finalidades, al sujeto activo le consta la condición de autoridad o funcionario del atacado, aceptando y asumiendo que aquel principio resulta vulnerado, como efecto directo de los actos ejecutados, aunque es de resalta que la jurisprudencia también ha previsto la posibilidad de la existencia de un dolo eventual en el delito de atentado.

En este orden de cosas la Sentencia del Tribunal Supremo⁵⁵⁴ de 16 de mayo de 2005 establece que “ciertamente no hubo dolo directo de primer grado, consistente en que la acción vaya dirigida a la obtención del resultado de que se trate. Pero hubo, sin duda, dolo eventual: el conductor del coche que dio marcha atrás contra el vehículo oficial que le obstaculizaba su maniobra de huida, forzosamente tuvo que prever y aceptar la posibilidad (o probabilidad) de que, de alguna manera, atropellara a alguno de los varios agentes de la autoridad que allí se encontraban.”

Refiere JAVATO MARTÍN⁵⁵⁵ el Texto punitivo de 1995 al establecer su artículo 12 que las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley, y al no estar previsto por la norma de atentado la modalidad culposa, no ofrece duda pues que su comisión únicamente puede integrarse en

⁵⁵³ ROIG TORRES, MARGARITA: “El Delito de Atentado”, cit. pág. 171.

⁵⁵⁴ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL) NÚM. 676/2005 DE 16 MAYO (RJ 2005\6752).

⁵⁵⁵ JAVATO MARTÍN, A.M.: “El delito de atentado. Modelos legislativos. Estudio histórico-dogmático y de Derecho comparado”, cit. pág. 392.

cualquiera de las modalidades de dolo antes referida y que recoge la jurisprudencia a lo largo de diversas sentencias que más adelante analizaremos.

Así sostiene el autor⁵⁵⁶ que el dolo habrá de abarcar todos los elementos del tipo incluidos los normativos cualquiera que sea la modalidad comisiva, es decir, acometimiento, empleo de fuerza, intimidación o resistencia.

En este sentido se pronuncia QUINTERO OLIVARES⁵⁵⁷ para el que el contenido del dolo en este delito viene integrado por el conocimiento de los elementos típicos, es decir, la condición de agentes de la autoridad y su actuación en los límites de la función pública, así como la intención de impedir su ejercicio.

Basta con tener conciencia de que se realiza una acción de acometimiento, empleo de fuerza, intimidación o resistencia contra autoridad o funcionario que, por las circunstancias o contexto, va a implicar necesariamente la ofensa del principio de autoridad o va a resentirse la protección del ejercicio de la función pública.

Añade el autor que el delito de atentado supone, además del dolo genérico, un dolo específico identificado con el “*animus*” del autor, cualificado, marcadamente intencional, de ofender a los sujetos pasivos en detrimento del principio de autoridad, “el dolo y el ánimo de ofender, denigrar, menospreciar, vilipendiar, ultrajar, desprestigiar,

⁵⁵⁶ JAVATO MARTÍN, A.M.: “El delito de atentado. Modelos legislativos. Estudio histórico-dogmático y de Derecho comparado”, cit. pág. 392.

⁵⁵⁷ QUINTERO OLIVARES, GONZALO /MORALES PRATS, FERMÍN.: “Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal”, séptima edición (revisada, ampliada y puesta al día) Pamplona, cit. págs. 2060-2061.

encarnecer o desconocer el principio de autoridad que va ínsito en los actos realizados”.

En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo⁵⁵⁸ de 29 de octubre de 1979 establece “que el delito de atentado, definido en el núm. 2 del art. 231 del C. P., consta de diversos requisitos o elementos, unos objetivos y subjetivos los restantes, los que han sido fijados con precisión tanto por la doctrina como por la jurisprudencia de esta Sala, representadas V. G. por las SS. de 11 junio y 5 octubre 1974, 18 febrero, 13 mayo y 28 octubre 1975, 2 junio 1978 (RJ 1978\2228), y 30 mayo y 29 junio 1979; pero, para evitar innecesarias repeticiones, es preciso circunscribir el estudio tan sólo a aquellos elementos relacionados con el «dubio» de este recurso, bastando con recordar: 1.º) que sujeto pasivo de esta infracción lo pueden ser, la Autoridad -entendiendo por tal a las personas a que se refieren los dos primeros párrafos del art. 119 del C. P.-, los funcionarios públicos - cuyo concepto se encuentran en el párr. 3.º del precepto que se acaba de citar- o los agentes de la autoridad, es decir, aquellas personas, que por nombramiento de autoridad competente o por disposición inmediata de la Ley, tienen como misión la de mantener el orden público, proteger la seguridad de las personas y de las propiedades, y cumplir, y hacer cumplir los mandatos emanados de las autoridades competentes ejecutando sus órdenes, decisiones o decretos; 2.º) que es indispensable que dicho sujeto pasivo se halle en el ejercicio legítimo

⁵⁵⁸ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL) DE 29 OCTUBRE 1979, PONENTE: VIVAS MARZAL, LUIS (RJ 1979\3763).

de sus funciones o que, el acometimiento, fuerza, intimidación o resistencia que constituyen la dinámica comisiva del delito estudiado, se perpetren en contemplación a dichas funciones; 3.º) que es preciso también que el sujeto activo obre con intención delictuosa la cual presupone la concurrencia de los dos elementos integrantes del dolo, esto es, el cognoscitivo, caracterizado por el conocimiento que, dicho sujeto, ha de tener inexcusablemente respecto a la condición pública y privilegiada del ofendido, conocimiento que, de ordinario, puede obtenerse y detectarse, bien por notoriedad, bien de la exhibición de credenciales, efectuada previamente por el más tarde afrentado, bien de la circunstancia de haberse dado a conocer, por otros medios, la Autoridad o agente de que se trate, o bien, finalmente, del uniforme que vista dicho sujeto pasivo o de las insignias o distintivos reglamentarios, que visiblemente ostente, y el volitivo, que consiste en que, el delincuente, perfectamente percatado del carácter público del ofendido, desee y quiera, libremente, obrar de modo que la Ley prevé y sanciona,; acometiéndole, empleando fuerza contra él, intimidándole gravemente, o haciéndole resistencia también grave, y 4.º) que, además, debe constatarse y concurrir un «animus» especial, verdadero elemento subjetivo del injusto, el cual requiere que el sujeto activo obre con la específica intención de ofender, afrentar y vilipendiar al principio de autoridad que el sujeto pasivo encarna y representa.”

QUERALT JIMÉNEZ⁵⁵⁹ es el único autor que señala respecto al tipo subjetivo la existencia de una conducta dolosa-imprudente, y así refiere que “se trata de una serie de delitos claramente dolosos. Ello no impide que el resultado lesivo para las personas pueda resultar atribuible a título de imprudencia: la acción inicial siempre es dolosa y, por tanto, impregna todo el tipo de atentado, de acuerdo a la combinación dolo-imprudencia. En cualquier caso el sujeto debe conocer que está en presencia de una víctima especialmente protegida (S 8-10-2001); yendo de uniforme (S29-5-2000) o identificando con claridad al receptor de la agresión (S 15-2-2002) o atacando a la víctima en su despacho oficial(S 12-2-2001), el desconocimiento de su protección específica resulta imposible.”

Continúa el autor afirmando que “ha de llamarse la atención sobre un hecho significativo y que se deriva de la concepción aquí sostenida del delito de atentado al dividirlo en dos grandes áreas: la del acometimiento y las restantes. En efecto, el acometimiento a los funcionarios exige el dolo, pero puede darse sin ninguna otra finalidad; queda abarcado desde el atentado político al mero acto de gamberrismo. En cambio, para las otras tres modalidades que abarca el tipo no parece que puedan tener sentido si no es con referencia a una finalidad. El empleo de fuerza y la resistencia parecen claramente relacionadas con el impedir la ejecución o la realización de algún resuelto o decisión de los poderes públicos.”

⁵⁵⁹ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: “Derecho Penal Español, parte Especial”, cit. pág. 1134.

Para CERZO MIR⁵⁶⁰ el ánimo específico de ofender a la autoridad no se encuentra comprendido ni explícita ni implícitamente, en la definición de atentado, ni cabe deducirlo del término atentado, de otro lado, produce el efecto de reducir en exceso y sin base legal, el ámbito del tipo.

En este sentido JAVATO MARTÍN⁵⁶¹ sostiene que tampoco es preciso que concurra un específico ánimo, como el de venganza por la actuación pasada o la finalidad de obstaculizar el ejercicio de la función en el futuro, en los casos de relación meramente ocasional entre el atentado y el ejercicio de la función, pues basta con que el ejercicio de la función, pasada o futura (objetiva y abarcada por el dolo) que favorece la realización de la acción constitutiva con independencia de los fines, móviles o motivos del autor.

En esta línea doctrinal de que el propósito perseguido por el sujeto no pertenece al tipo de acción del delito de atentado o de resistencia VIVES ANTÓN⁵⁶² mantiene que la finalidad subjetiva, que tanto se asemeja al propósito, no es en ningún caso un componente conceptual necesario de la acción, pues las reglas, que determinan el significado y, por ende, la acción, comportan la atribución de intenciones, pero no siempre cuentan entre los presupuestos de su aplicación, con la intención correspondiente.

⁵⁶⁰ CERZO MIR, J: “Los delitos de atentado propio, resistencia y desobediencia”, cit. pág. 339.

⁵⁶¹ JAVATO MARTÍN, A.M.: “El delito de atentado. Modelos legislativos. Estudio histórico-dogmático y de Derecho comparado”, cit. pág. 395.

⁵⁶² VIVES ANTÓN, T.S: Fundamentos del sistema penal, cit. págs. 223 y 224.

Señala el autor⁵⁶³ que la acción realizada por el autor no depende de la intención que pudiera atribuirse al mismo, sino que se constituye de un modo objetivo, en virtud de las convenciones, costumbres, hábitos o normas, que la definen.

Por tanto, VIVES ANTÓN⁵⁶⁴, no se opone a reconocer que esa intencionalidad objetiva presupone la posibilidad de atribución de intenciones al sujeto, pues sin intenciones subjetivas no habría convenciones ni, por consiguiente, significado, es por lo que una vez establecida la convención, el significado se produce con independencia de la intención, por ello concluye el referido autor que el papel definitorio (conceptual) lo cumple la intencionalidad objetiva.

En la misma línea CUERDA ARNAU⁵⁶⁵ rechaza que la aplicación de los tipos de atentado o resistencia esté condicionada por cualquier género de intención subjetiva, de manera que lo que puede quererse decir cuando se afirma que debe existir un ánimo o propósito de menospreciar el principio de autoridad o de menoscabar la dignidad de la función pública es algo enteramente distinto de lo que parece desprenderse de ese modo de expresarse.

A quien acomete, intimida o emplea fuerza sabiendo que lo hace contra una autoridad o un agente de ésta en el ejercicio de sus funciones podemos atribuirle como intencional la acción descrita en la norma.

⁵⁶³ VIVES ANTÓN, T.S: Fundamentos del sistema penal, cit. págs. 223 y 224.

⁵⁶⁴ VIVES ANTÓN, T.S: Fundamentos del sistema penal, cit. págs. 223 y 224.

⁵⁶⁵ CUERDA ARNAU: cit. “Los delitos de atentado y resistencia”.

COBO DEL ROSAL/ QUINTANAR DÍEZ⁵⁶⁶ sostienen que este delito es netamente doloso, lo que exige el perfecto conocimiento de la condición de autoridad, agente o funcionario por parte del sujeto activo, señalando que la jurisprudencia exige un dolo específico que consiste en el propósito de ofender, denigrar o menospreciar el “principio de autoridad” o la dignidad de la función pública, lo que se infiere a partir de la entidad de la violencia (o intimidación) desplegada por el reo, si no concurren otras circunstancias que permitan afirmar distinta motivación.

Para MUÑOZ CONDE⁵⁶⁷ en el delito de atentado, el dolo requiere el conocimiento de la cualidad de autoridad, agente o funcionario público del sujeto pasivo, por tanto, cuando este no se encuentra ejerciendo sus funciones, el atentado debe de realizarse con motivo de dicho ejercicio.

Por su parte SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAILLO⁵⁶⁸ afirman que en el delito de atentado solo es posible que se dé la conducta dolosa.

En la misma posición doctrinal LORENTE VELASCO⁵⁶⁹ mantiene que la definición de los delitos de atentado, resistencia y

⁵⁶⁶ COBO DEL ROSAL, MANUEL / QUINTANAR DÍEZ, MANUEL: “Derecho Penal Español, parte especial”, 2ª edición, Valencia, cit. págs. 1109 y 1110.

⁵⁶⁷ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: “Derecho Penal. Parte Especial”, Valencia 2007, cit. pág. 866.

⁵⁶⁸ SERRANO GÓMEZ, ALFONSO / SERRANO MAILLO, ALFONSO: “Derecho Penal. Parte Especial”, Madrid 2008, cit. pág. 1.029.

⁵⁶⁹ LORENTE VELASCO, S.M.: cit. “Delitos de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos y de resistencia y desobediencia.”

desobediencia ofrecida por el Texto punitivo no se desprende ninguna exigencia subjetiva más allá de la necesidad de que concurra el dolo.

En este sentido apunta la autora⁵⁷⁰ que basta con la existencia de un dolo que debe abarcar el conocimiento por parte del sujeto activo de la condición de funcionario público, autoridad o agente de la misma del sujeto pasivo, sin que sea necesario analizar en el tipo el *animus* del autor, pues ello implicaría una dificultad probatoria considerable, pues su exigencia dificultaría la prueba de la conducta y su consiguiente aplicación.

En cuanto al dolo, resaltar la postura de ROIG TORRES⁵⁷¹, para la que es preciso diferenciar de una lado la intencionalidad por parte de autor de menoscabar a la autoridad cuando dicha agresión es producida durante la ejecución de la función pública, de otro, aquellos hechos que tienen lugar fuera del tiempo y del lugar en que el sujeto pasivo desarrolla esa función pública.

En el primer supuesto, es decir, en los atentados cometidos cuando el agente, la autoridad o el funcionario están desempeñando su cargo, de forma que de no querer menoscabar a la autoridad no se daría la comisión de la infracción, aunque el autor no haya buscado directamente ese efecto de menoscabar al sujeto pasivo, como dolo directo de primer grado, o por el contrario, sea aceptado simplemente como una consecuencia necesaria de su actuación en la que el autor

⁵⁷⁰ LORENTE VELASCO, S.M.: cit. “Delitos de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos y de resistencia y desobediencia.”

⁵⁷¹ ROIG TORRES, MARGARITA: “El Delito de Atentado”, cit. pág. 172.

persigue otros fines, encontrándonos con un dolo directo de segundo grado o de consecuencias necesarias.

A ello habrá que añadir el hecho de calificar como elemento subjetivo del injusto o como dolo específico diferenciándolo del genérico en este tipo delictual, dependiendo de la posición que adoptemos en cuanto a ubicar estos elementos en la tipicidad o en la culpabilidad, y así distinguiremos partiendo del libre albedrío del autor el dolo genérico entendido como voluntad consciente de realizar la conducta descrita en el tipo conociendo su significado antijurídico, del dolo específico, que contempla aquéllas específicas intenciones diferentes de la realización del tipo, pero que deben concurrir para que exista el delito.

Pues como refiere ROIG TORRES⁵⁷² los elementos del tipo no son suficientes para dotar de contenido el injusto, es decir, cuando la descripción de la conducta externa no basta para afirmar que el bien jurídico protegido ha sido lesionado o puesto en peligro, siendo necesario comprobar, además, la tendencia o motivo que llevó al autor a actuar así.

En referencia al dolo específico que puede manifestarse en el delito de atentado de una forma directa o a través de un dolo de segundo grado, indirecto o de consecuencias necesarias la Sentencia del Tribunal Supremo⁵⁷³ de 1 de Junio de 2006 establece que “en el

⁵⁷² ROIG TORRES, MARGARITA: “El Delito de Atentado”, cit. pág. 173.

⁵⁷³ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA SEGUNDA, DE LO PENAL, DE 1 JUNIO DE 2006, REC. 1038/2005 (LA LEY 60536/2006).

plano subjetivo el tipo que analizamos demanda la concurrencia de dos elementos:

a) el conocimiento por parte del sujeto activo de la cualidad y actividad del ofendido.

b) dolo de ofender, denigrar o desconocer el principio de autoridad, que va ínsito en los actos desplegados cuando no constan circunstancias concurrentes que permitan inferir otra motivación ajena a las funciones públicas del ofendido. Consiguientemente ese "animus" o dolo específico puede manifestarse de forma directa o a través de un dolo de segundo grado, indirecto o de consecuencias necesarias, cuando aun persiguiéndose otras finalidades, al sujeto activo le consta la condición de autoridad o funcionario del atacado, aceptando y asumiendo que aquel principio resulte vulnerado, como efecto directo de los actos ejecutados.

Basta con tener conciencia de que se realiza una acción de acometimiento contra una autoridad o funcionario que, por las circunstancias o contexto, va a implicar necesariamente la ofensa del principio de autoridad o va a resentirse la protección del ejercicio de la función pública.

....Por último, es incuestionable la concurrencia del dolo específico, pues por una razón profesional referida al desempeño del cargo de concejal, acomete en un lugar público, contra el mismo, quebrantando la seguridad y garantía del ejercicio de su función pública y la consideración y protección que su persona, en razón del cometido desempeñado, merece.

Como tenemos dicho, el dolo puede ser de segundo grado o de consecuencias necesarias, pero en esta hipótesis no puede negarse.”

En la misma línea la Sentencia del Tribunal Supremo⁵⁷⁴ de 8 de octubre de 2001 significa que “por último, en relación con el ánimo de menoscabar el principio de autoridad, es preciso subrayar que según la jurisprudencia, estamos ante un dolo de consecuencias necesarias: cuando el sujeto realiza alguna de las conductas descritas en el artículo 550 conociendo la cualidad de agente de la autoridad de la víctima, forzosamente se ha de representar el menosprecio que de ello resulta para el principio de autoridad y para el respeto que merece la función pública -sentencias de 12 o 19 mayo 1992, 27 octubre 1993, 3 marzo 1994 o 27 abril 1995.”

En más sentencias encontramos el ánimo (dolo) del autor en sacar un arma de fuego que simulaba auténtica que producía una detonación similar a la de una pistola genuina, que produjo una situación de “grave intimidación” en las funcionarios policiales (cfr. sentencia de 19 de febrero de 2003 (LA LEY 1780/2003⁵⁷⁵).

⁵⁷⁴ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 8-10-2001, Nº 1773/2001, REC. 3167/1999. PTE: MONER MUÑOZ, EDUARDO (EDJ 2001/36703).

⁵⁷⁵ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA SEGUNDA, DE LO PENAL, 19 FEBRERO DE 2003, REC. 2289/2001, PONENTE: RAMOS GANCEDO, DIEGO ANTONIO (LA LEY 1780/2003): “En el caso presente no se cuestiona la concurrencia de los elementos subjetivos que precisa el tipo, esto es, el conocimiento por parte del sujeto activo de la cualidad y actividad del sujeto pasivo, y el dolo de ofender, denigrar o desconocer el principio de autoridad que va ínsito en los actos realizados. Lo que se pone en tela de juicio es el componente material del injusto. Pero ninguna duda cabe de que en el marco en el que se desarrollaron los hechos, la acción de sacar un arma, que si bien posteriormente se comprobó que era de fuego, simulaba era auténtica arma de fuego que producía una detonación similar a la de una pistola genuina, la cual fue disparada por el acusado, produjo una situación de «grave intimidación» en los funcionarios policiales en tanto que dicha acción generó en éstos un razonable temor de un mal grave, concreto y posible ante

Conforme a la sentencia de 21 de enero de 2002 (LA LEY 3696/2002⁵⁷⁶), el elemento subjetivo del injusto viene constituido por el “deseo de menospreciar y vulnerar la función pública que el agente encarna y representa”, teniendo los agentes en el caso examinado la obligación de intervenir aunque estuviesen francos de servicio, o incluso fueran funcionarios en prácticas.

Finalmente y al hilo de lo que sostiene CUERDA ARNAU⁵⁷⁷ todo lo expuesto en referencia al elemento subjetivo del injusto no varía sustancialmente cuando la cuestión del elemento subjetivo se aborda en relación con la modalidad de atentado que tiene lugar con ocasión del ejercicio de funciones públicas.

La exigencia de que el motivo de la agresión sea el desempeño de dichas funciones es un requisito sin el cual perdería sentido la protección específica que estos tipos contienen y, en esa medida, es un criterio para valorar la acción, teniendo en cuenta además la irrelevancia del propósito del autor.

la creencia de que el arma que el acusado disparaba era auténtica, habiendo declarado la jurisprudencia que constituye grave intimidación «el encañonamiento de los agentes de la autoridad» según STS de 29 Nov. 1989 acertadamente citada por el Ministerio Fiscal. Cuando, además, la acción intimidatoria --simultánea a la efectuada por el otro coacusado--, produjo un estado psíquico de verdadero temor (como afirma uno de los agentes) al punto que permitió la fuga del ahora recurrente, ninguna duda cabe de que la subsunción de los hechos en el tipo aplicado es jurídicamente correcta.”

⁵⁷⁶ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA SEGUNDA, DE LO PENAL, 21 ENERO 2002, REC. 3785/1999, PONENTE: GIMÉNEZ GARCÍA, JOAQUÍN (LA LEY 3696/2002): “Entre las primeras podemos citar que el sujeto pasivo sea autoridad o agente de la misma, que se encuentra en el ejercicio de sus funciones, que ello sea conocido por el sujeto activo y un especial animus tendencial de menospreciar el principio de autoridad.”

⁵⁷⁷ CUERDA ARNAU: cit. “Los delitos de atentado y resistencia”.

A mi parecer y sumándonos a la doctrina mayoritaria que discrepa de la jurisprudencia, el dolo debe extenderse al conocimiento del sujeto sobre el que recae la acción es funcionario público, autoridad o agente de la misma, sin que se requiera la existencia de ningún otro elemento subjetivo del injusto.

Finalmente y al igual que otros autores, manteniendo la tesis de que la existencia de un requisito subjetivo del tipo penal, se reduce a la necesidad de que el sujeto activo conozca la condición especial del sujeto sobre el que recae la acción, pues ello significaría menospreciar el principio de autoridad que como portador del bien jurídico recae sobre el sujeto pasivo y con ello la tutela privilegiada que le ofrece justificadamente el Texto punitivo.

III.- EL ERROR

Al igual que vengo haciendo, es conveniente antes de analizar la parte especial, recordar la parte general de Derecho penal, y así para COBO DEL ROSAL⁵⁷⁸ “el error constituye, en vía de principio, una causa, la más importante y significativa, de ausencia de formas de la culpabilidad. El dolo y la imprudencia, pues pueden verse excluidos por la presencia de determinado error, en la medida en que la existencia de éste hace imposible su afirmación.”

Continua señalando el autor que es cierto conforme reiterara Antolisei, que “considerando desde el punto de vista empírico, el error en general es un estado de la inteligencia por el que un objeto del mundo exterior no se conoce como realmente es, sino de manera exacta o falsa”.

Para COBO DEL ROSAL⁵⁷⁹ en la misma línea que Antolisei, “puede decirse que, *el error consiste en la discordancia entre la conciencia y su objeto*”, pues “esta idea sobre el error presupone la concepción de la verdad como *adequatio intellectus et rei*, según la vieja formulación aristotélica que, de una parte, corresponde a las representaciones del sentido común y que, de otra, en el plano

⁵⁷⁸ COBO DEL ROSAL, M / VIVES ANTÓN, TOMÁS S.: “Derecho Penal Parte General”, cit. pág. 593.

⁵⁷⁹ COBO DEL ROSAL, M / VIVES ANTÓN, TOMÁS S.: “Derecho Penal Parte General”, cit. pág. 593.

filosófico, ha sido, de algún modo, retomada a partir de las formulaciones de Tarski.”

Es por ello que COBO DEL ROSAL⁵⁸⁰ sostiene que hay que hablar de error “allí donde hay una representación falsa, una idea que no se corresponde con la realidad. Por consiguiente, debemos afirmar que, conceptualmente *la ignorancia* no es identificable con el error: *la ignorancia es ausencia de conocimiento, mientras que el error es conocimiento equivocado* y, por tanto, *falso*. La ignorancia, así expresada, tiene tan sólo un carácter negativo, en tanto que el error encierra algo positivo, desde el momento en que implica un cierto, aunque equivocado conocimiento.”

No obstante, apunta el autor, “es claro que *todo error supone ignorancia* porque quién yerra, desconoce, total o parcialmente, el objeto de conocimiento. Pero no todo el que ignora yerra a su vez: puede existir ignorancia sin error.”

Así viene a distinguir, “una *ignorancia pura*, consistente en la simple y absoluta ausencia de conocimiento, de una *ignorancia error*, en la que el desconocimiento provoca una falsa representación de la realidad.”

Para COBO DEL ROSAL⁵⁸¹ “a efectos penales, la ignorancia Pura es irrelevante. La ignorancia que interesa al Derecho penal es

⁵⁸⁰ COBO DEL ROSAL, M / VIVES ANTÓN, TOMÁS S.: “Derecho Penal Parte General”, cit. pág. 593.

⁵⁸¹ COBO DEL ROSAL, M / VIVES ANTÓN, TOMÁS S.: “Derecho Penal Parte General”, cit. pág. 594

solamente aquélla que determina un error, de modo que, en el seno de nuestra disciplina, ambos términos son tenidos como equivalentes.”

Concluye el autor advirtiéndolo que “distinta del error y la ignorancia es la duda. En la duda el sujeto se halla incierto, de forma más o menos alternativa, sobre la verdad de dos o más representaciones diferentes, una de las cuales ha de ser verdadera, (pues si todas fuesen falsas estaríamos ante un caso de error). La duda difiere del conocimiento positivo y actual, pero no se identifica con el error: “Hasta que el conflicto se resuelve, es evidente que no puede decirse haya conocido una cosa en total o parcial desacuerdo con la realidad y, por ello, que se halle en error.”

El tratamiento jurídico de los casos de duda ha de resolverse conforme a las exigencias generales derivadas de la estructura que se otorgue al dolo y a la imprudencia y, especialmente al dolo eventual.”

Error de tipo

DE LA CUESTA AGUADO⁵⁸², señala que “el error de tipo es el aspecto negativo del elemento intelectual del dolo. Es la falla de la conciencia de los elementos del tipo penal, ya sea por error o ignorancia. Es el desconocimiento de las circunstancias objetivas del tipo.”

⁵⁸² DE LA CUESTA AGUADO, PAZ M.: cit. “Tipicidad e Imputación Objetiva”, Primera edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 1995.

Según la autora⁵⁸³, el error de tipo tiene como efecto principal eliminar el dolo. Si el dolo es la voluntad de realizar el tipo objetivo con conocimiento de todos y cada uno de sus elementos, evidentemente el error que recae sobre el conocimiento de alguno de los componentes objetivos, eliminará el dolo en todos los casos.

En efecto, el error de tipo se presenta bajo dos formas, el error de tipo invencible y el error de tipo vencible, eliminando el dolo en ambos casos, no obstante en el vencible subsiste la imprudencia, siempre y cuando se encuentre incriminado el tipo culposo.

La consecuencia que se prevé para este tipo de error es -al desaparecer el dolo- la atipicidad de la conducta si el error es invencible, y el castigo con la pena del delito culposo, cuando el error es vencible, siempre que esté tipificado, ya que hay un sistema cerrado con relación a los tipos penales culposos. Resulta entonces que si no hay tipo culposo, aunque el error sea vencible, la conducta resultará atípica.

Y así, para DE LA CUESTA AGUADO⁵⁸⁴ la teoría del error pretende establecer un margen de flexibilidad a la eficacia “*erga omnes*” del Derecho, evitando que esta consista en una aplicación del *summum ius summa iniuria*. Como reconoce en la mayoría de los códigos civiles, el principio de ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento. En herencia del Derecho Romano, los ordenamientos

⁵⁸³ DE LA CUESTA AGUADO, PAZ M.: cit. “Tipicidad e Imputación Objetiva”.

⁵⁸⁴ DE LA CUESTA AGUADO, PAZ M.: cit. “Tipicidad e Imputación Objetiva”.

jurídicos continentales se rigen por el principio “*ignorantia vel error iuris non excusat*”, la ignorancia o error de derecho no excusa.

La primera distinción que hacemos al definir el concepto penal de error, es la diferencia entre error e ignorancia; ya que el primer concepto hace referencia al conocimiento deformado de la realidad o de su significación social o jurídica, y el segundo es la ausencia total de conocimiento perceptivo o valorativo sobre algo. Aunque se presentan como dos ideas diferentes, que tiene los mismos efectos jurídicos, será indiferenciable que el sujeto menoscabe un bien jurídico por que pareció un error invencible o porque simplemente ignoraba que era un bien jurídico valioso para los demás y protegido por un sistema coercitivo penal.

Analiza la autora⁵⁸⁵ la división en la doctrina en cuanto a la distinción en las clases de error. La doctrina alemana moderna, niega la distinción clásica entre error de hecho y de Derecho, aceptando la división que hace Carrara entre error de Derecho penal y error de Derecho no penal. (Beling, Liszt). La división actual entre error del tipo, referida a los elementos que forman parte del mismo, que pueden ser fácticos, valorativos e incluso normativos, y el error de prohibición atañe a la valoración de la conducta frente al ordenamiento jurídico en su totalidad, comprendiendo que el error no solo como la significación antijurídica general del hecho, sino como el error sobre la personal legitimación del autor para llevarlo a cabo. Cabe advertir que la

⁵⁸⁵ DE LA CUESTA AGUADO, PAZ M.: cit. “Tipicidad e Imputación Objetiva”.

frontera para distinguir ambas clases de error no es del todo nítida, por lo que no está exento de defectos o inconvenientes al analizar los elementos normativos del tipo como ya apuntó Mezguer.

En el error sobre el tipo el sujeto no percibe de forma correcta la realidad de su conducta, ya que conoce algunos de sus elementos pero no todos. En el error de prohibición el sujeto no conoce que lo que está realizando es un hecho ilícito.

Los supuestos psíquicos en caso del error del tipo, donde conoce algunos de los elementos del tipo pero no todos, se pueden clasificar en, error vencible e invencible.

En el error de prohibición, el sujeto conoce todos los elementos del tipo penal, sabe lo que está haciendo aunque en algunos casos desconoce que el hecho en sí es típico, y en otro sabe que es típico pero cree que es antijurídico. Le falta la conciencia de antijuricidad o cree que su acción es lícita. Aunque en estos casos se puede atenuar la pena debido a la falta de dolo con conocimiento de la antijuricidad, no se puede prescindir de ella, ya que su conducta negligente, que no ha actuado con el debido deber de cuidado y ha llevado al perjuicio de un bien jurídico permite afirmar la tipicidad.

DE LA CUESTA AGUADO⁵⁸⁶ apunta que las consecuencias derivadas del error del tipo siempre excluyen el dolo, pero no significa que el sujeto activo del delito que ha actuado bajo un error de tipo no incurra en responsabilidad penal. Las consecuencias jurídico penales de su conducta dependerán si el error cometido recae sobre los

⁵⁸⁶ DE LA CUESTA AGUADO, PAZ M.: cit. “Tipicidad e Imputación Objetiva”

elementos esenciales o sobre los accidentales. Los elementos esenciales son aquellos elementos objetivos que caracterizan la conducta típica, configuran el “tipo básico”.

El error invencible es aquel que no tenía la posibilidad de evitarse, por tanto, es la persona que en la situación del autor y aún actuando con la máxima diligencia hubiera cometido el mismo error; en este caso, el autor ni sabía ni tenía la conciencia de que realizaba una conducta típica

Por el contrario, el error vencible, es aquél error que se podía haber evitado si el sujeto activo hubiera actuado observando el cuidado debido, en este caso, el sujeto no actúa con dolo pero se tiene que comprobar si ha actuado con imprudencia, esto es, si ha superado el riesgo permitido infringiendo el deber de cuidado que se exige; este tipo de error sólo será posible si está tipificada la comisión imprudente del delito, ya que si esta no está tipificada en el Texto punitivo quedara impune por el Principio de Legalidad.

El error puede recaer sobre los diferentes elementos del tipo, y así el error sobre el objeto de la acción; en este supuesto, no tiene una especial transcendencia la cualidad del objeto o de la persona sobre la que recae la acción.

Otro elemento del tipo lo encontramos en el error en el golpe, conocido también como *aberratio ictus* y que se suele dar en los delitos contra la vida y la integridad física;

Para la DE LA CUESTA AGUADO⁵⁸⁷ un sector doctrinal considera que al ser resultados típicos equivalentes la solución debe ser igual que en el error sobre la persona y aprecia un único delito consumado.

Y así recoge la autora la postura del profesor Muñoz Conde, para el que “ésta solución sería injusta cuando además de la tercera persona alcanzada por el disparo, también es dañado la persona a la que pretendía herir, y desde luego no se puede aplicar con resultados heterogéneos”

También se requerirá la existencia de un *dolus generalis*, esto es, el sujeto activo cree haber consumado el delito, cuando en verdad ha sido caudado por un hecho posterior.

DE LA CUESTA AGUADO señala que en la práctica lo que parece más justo es apreciar un solo delito consumado doloso, el sujeto quería matar a la persona, y ha logrado su objetivo, es por lo que este tipo de error, le diferencia de la *aberratio ictus* en que no se pone en peligro ni se lesiona a otra persona.

El error sobre los elementos agravantes o cualificadores hace que no se puedan conocer las circunstancias agravantes o en su caso el tipo cualificado.

Para la autora, “el problema legal que suscita las hipótesis de error sobre circunstancias atenuantes o error sobre la concurrencia de elementos configuradores de un tipo privilegiado aun esta sin

⁵⁸⁷ DE LA CUESTA AGUADO, PAZ M.: cit. “Tipicidad e Imputación Objetiva”.

solventar. Podría resolverse por la vía de las atenuantes de análogo significado y la analogía in “*bonan partem*” respectivamente.”

Concluye DE LA CUESTA AGUADO⁵⁸⁸ que “el error del tipo permisivo o el error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación (como es la legítima defensa putativa), es interpretado por los seguidores de la Teoría finalista, estricta de la culpabilidad como un error de prohibición. Otro importante sector, del que es partidario Mir Puig, respecto de la Teoría restringida de la culpabilidad y la teoría de los elementos negativos del tipo, propone aplicar las reglas del error del tipo.”

Error de prohibición

En cuanto al error de prohibición, se da el mismo cuando se produce un déficit cognitivo del autor de una conducta típica en relación a la antijuridicidad de la conducta. Dependiendo de su carácter de “vencible” o “invencible” se determina la ausencia o no de culpabilidad.

El error de prohibición puede ser directo, cuando el sujeto desconocía la existencia de la norma que prohíbe la conducta o indirecto, cuando el sujeto sabe que existe una norma jurídica que prohíbe la realización de la conducta, pero el sujeto cree erróneamente que en su caso concreto concurre una causa de justificación. Algunos

⁵⁸⁸ DE LA CUESTA AGUADO, PAZ M.: cit. “Tipicidad e Imputación Objetiva”.

supuestos de legítima defensa putativa podrían tratarse también como error de prohibición indirecto.

Error vencible, su consecuencia es que se considera menor el desvalor de la acción. Error invencible, su consecuencia es que se elimina el desvalor de la acción, no mereciendo tal acción ser castigada con una pena.

El error en el delito de atentado

Tras la introducción realizada en cuanto al error en la Parte General de Derecho penal, en el delito de atentado CUERDA ARNAU⁵⁸⁹ analiza los supuestos de error que suelen plantearse con mayor frecuencia, el que recae sobre la condición de servidor público del sujeto pasivo de la acción y el referido a la conformidad a Derecho de la actuación del funcionario.

Respecto al primero de ellos sostiene la autora que no es polémica su catalogación como error que recae sobre un hecho constitutivo de la infracción penal a tenor de lo establecido en el artículo 14.1 del Texto punitivo, por ello, tanto si es invencible, como si es vencible, el resultado será la imposibilidad de sancionar la conducta como atentado o resistencia, sin perjuicio de dejar subsistente la responsabilidad que, en su caso, pueda exigirse conforme a los tipos comunes de lesiones, homicidio, coacciones, etc.

⁵⁸⁹ CUERDA ARNAU: cit. “Los delitos de atentado y resistencia”.

Para CUERDA ARNAU⁵⁹⁰, si el error versa exclusivamente sobre la categoría concreta de la víctima pero se conoce que se trata de un servidor público, la penalidad debe articularse conforme a lo dispuesto en el artículo 14.2 del referido texto legal, lo que excluirá tanto imponer la pena más grave prevista para los supuestos en que el sujeto pasivo de la acción es una autoridad, como la aplicación de lo dispuesto en el art. 551.2.

En este sentido y recordando a lo señalado por COBO DEL ROSAL, he de discrepar de la autora, en cuanto que el mero desconocimiento de si se trata o no de un servidor público el sujeto pasivo del delito de atentado, no sería suficiente para apreciar el error, pues “la ignorancia es ausencia de conocimiento, mientras que el error es conocimiento equivocado y, por tanto, falso.”

Según la autora, “mayores son los problemas que origina el error que recae sobre la legitimidad de la actuación y, así ejemplifica de un lado el caso del particular que reacciona violentamente contra los funcionarios uniformados y los dos vecinos a quienes sorprende entrando en su domicilio por desconocer que lo hacen en virtud de un auto judicial que no le fue notificado por ignorarse su paradero; y de otro, el caso referido a esa misma reacción por parte de quien, sometido a un cacheo por el mero hecho de hallarse cerca del lugar donde instantes antes se ha producido una reyerta, cree erróneamente que la ley no ampara tal modo de actuar.”

⁵⁹⁰ CUERDA ARNAU: cit. “Los delitos de atentado y resistencia”.

En este sentido CUERDA ARNAU⁵⁹¹ sostiene que “el error existe y siendo, según creo, un error relevante, la cuestión central afecta al tratamiento que debe recibir el error vencible, que es, sobra decirlo, el que desde una perspectiva eminentemente práctica plantea el crucial problema de su catalogación -o su tratamiento- como error sobre el tipo o como error sobre la prohibición. La solución para esta autora dista mucho de ser sencilla porque, amén de discurrir en torno a una materia tan debatida como es el error, depende en parte de la naturaleza dogmática que cada uno decida otorgar a la conformidad a Derecho de la actuación y, claro está, depende también del contenido concreto que se otorgue a dicha fórmula.”

Para la autora⁵⁹² “la exigencia típica de que el sujeto se encuentre en el ejercicio de sus funciones debe ser entendida, por razón del bien jurídico protegido, en el sentido de ejercicio no arbitrario de tales funciones, pues nada hay que legitime incluir en la órbita de esos tipos la eventual reacción frente a una conducta arbitraria. Por el contrario, sostiene la autora que puede seguir hablándose de ejercicio de dichas funciones allí donde la conducta, pese a ser antijurídica, carece del *quid pluris* que caracteriza a la arbitrariedad, sin perjuicio, claro está, de que en tales casos la reacción del particular pueda resultar amparada por una causa de justificación. Como es obvio, tal planteamiento no coincide con el de quienes optan por interpretar que sólo hay ejercicio de funciones públicas cuando

⁵⁹¹ CUERDA ARNAU: cit. “Los delitos de atentado y resistencia”.

⁵⁹² CUERDA ARNAU: cit. “Los delitos de atentado y resistencia”.

éste es incuestionablemente conforme a Derecho, y elevan tal exigencia a la categoría de elemento normativo implícito de las figuras que estudiamos. Quienes sostienen tal cosa es comprensible que traten como error sobre el tipo cualquiera de los que versen sobre la conformidad a Derecho, sin que procedan ulteriores distinciones”

Así, CUERDA ARNAU aduce que “por el contrario, si, como aquí se defiende, a la tipicidad sólo pertenece el ejercicio no arbitrario, es claro que sólo el error que recae sobre la arbitrariedad podría ser tratado como error sobre el tipo. Sin embargo, no está tan claro que haya que otorgar tal tratamiento al que recae sobre la antijuridicidad de una actuación que no se tuvo por arbitraria, pues en tal caso dicho error se proyecta sobre un derecho de resistencia de efectos justificantes que el particular creyó erróneamente que concurría.”

Concluye, CUERDA ARNAU⁵⁹³, “que la cuestión, por tanto, hay que derivarla hacia los intrincados caminos por los que discurre el problema de la naturaleza dogmática que deba atribuirse a las distintas clases de error que recaen sobre una causa de justificación. Más concretamente, es claro que el ejemplo verdaderamente polémico es el que versa sobre los presupuestos de la causa de justificación, ya que, aunque sea desde posiciones muy diferentes, existe acuerdo en otorgar el tratamiento del error sobre la prohibición al que recae sobre la existencia o límites de una causa de justificación, sin perjuicio en este último caso de que la exención pueda en determinados supuestos

⁵⁹³ CUERDA ARNAU: cit. “Los delitos de atentado y resistencia”.

abrirse paso a través de otras causas de exculpación (vgr. el miedo insuperable). Menos pacífica es la solución en lo que afecta al error que versa sobre los presupuestos de la causa de justificación, pues, como es harto sabido, a la tesis partidaria de reconducir cualquier error sobre las causas de justificación al párrafo 3 del art. 14 CP, se enfrenta la que, desde posiciones sistemáticas muy distintas, aboga por otorgar a tal supuesto el tratamiento del error sobre el tipo. Las diferentes consecuencias a que conduce mantener una u otra tesis en unos tipos que no conocen la modalidad imprudente saltan a la vista, ya que de optar por la segunda de ellas sólo cabría sancionar, en su caso, por los resultados imprudentes (vgr. lesiones), lo que conlleva tratar esa reacción olvidando que se atacó a quien ejercía legítimamente funciones públicas. En esa medida, pueden entenderse en cierto modo debilitados los buenos argumentos polímicocriminales que de ordinario adornan a la solución de tratar el error sobre la situación justificante como un error sobre el tipo. No por ello, sin embargo, hay que dejar de reconocer que la nueva redacción de que ha sido objeto el error en el Código parece favorecer esa interpretación.”

MUÑOZ CONDE⁵⁹⁴ hace referencia al error del sujeto que cree que está siendo objeto de una actuación ilegítima por parte del agente de la autoridad, poniendo el autor el que se cree víctima de una detención arbitraria y en consecuencia se resiste activa y gravemente a la misma, es, en principio irrelevante, dado que difícilmente puede

⁵⁹⁴ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: “Derecho Penal. Parte Especial”, cit. págs. 866 y 867.

considerarse legítimo el empleo de fuerza o intimidación o de medios equivalentes a la misma, aunque por vía del error de prohibición vencible puede dar lugar a una atenuación de la pena. Resulta para el autor más admisible admitir, el error en el delito de desobediencia.

En este sentido el Tribunal Supremo⁵⁹⁵ en Sentencia de 30 de enero de 1996, en referencia al delito de desobediencia y la posibilidad del error de prohibición invencible manifestó que: “La sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca que absolvió a los acusados del delito de desobediencia, recuerda el mandato del artículo 118 de la CE , lo dispuesto en los artículos 17.2 y 18.2 de la LOPJ, 105, 109 y 110 de la LJCA y Sentencias 207/1989 y 152/1990 del Tribunal Constitucional, afirmando que «los acusados desobedecieron consciente y abiertamente el mandato judicial contenido, de manera expresa y clara, en la Sentencia de fecha 14 marzo 1989 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo... confirmada por el Tribunal Supremo» analizando a continuación el contenido del mandato para concluir que era «claro y concreto», así como la negativa al cumplimiento, que se estima «rebelde, tenaz y manifiesta». Concurren en consecuencia los elementos integradores del delito, procediendo analizar, sin más, la supuesta concurrencia de error invencible de prohibición.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 6 bis.a) tercero del CP la creencia errónea e invencible de estar obrando lícitamente, supuesto

⁵⁹⁵ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL) NÚM. 1104/1995 DE 30 ENERO (RJ 1996\190).

conocido doctrinalmente como error de prohibición, excluye la responsabilidad criminal. El error de prohibición puede ser directo, cuando recae sobre los mandatos o prohibiciones abstractas de la Ley Penal o indirecto, cuando recae sobre la concurrencia de una circunstancia que exime de la responsabilidad criminal. En el caso actual la Sala sentenciadora no precisa el tipo de error que concurre, pero por su descripción únicamente puede ser indirecto, ya que no es imaginable que los acusados desconociesen las normas que imponen el acatamiento de las sentencias dictadas por los Tribunales, comenzando por el artículo 118 de la CE o que apreciaran una infracción clara y manifiesta del Ordenamiento Jurídico en una sentencia judicial confirmada por el Tribunal Supremo, siendo informados de forma expresa por la Sala de lo Contencioso de la posibilidad de incurrir en delito de desobediencia en caso de negativa a cumplir el mandato judicial.

Dentro del error de prohibición indirecto no podemos encontrarnos ni ante un supuesto de error sobre los límites de una circunstancia eximente ni sobre la concurrencia de los presupuestos fácticos de la misma (lo que se denominaba en la doctrina tradicional eximente putativa) dado que no se menciona por la sentencia impugnada ninguna circunstancia específica de las legalmente reconocidas que pudiese estimarse como erróneamente concurrente.

La creencia errónea en que incurrieron los acusados consistió, según la sentencia impugnada, en que «la voluntad colectiva que ellos representaban exigía el comportamiento que adoptaban y que de este

modo quedaba legitimada su conducta», es decir, que se trataría de un error sobre la existencia de una causa supra-legal de justificación que legitimaría a los Gobiernos Municipales para incumplir aquellas decisiones jurisdiccionales que estimasen contrarias al sentir mayoritario de los vecinos de la localidad, a los que como Gobierno Municipal representan...

En consecuencia una causa de justificación como la que aquí se postula choca frontalmente con nuestro sistema constitucional, basado en el sometimiento del Poder al Derecho.

Tratándose de Derecho penal, en materia de error es fácil incurrir en errores. Esta Sala ha declarado reiteradamente que el error de prohibición, en su faceta invencible, exige determinados requerimientos: 1.º) Su estudio y aplicación al caso concreto debe partir del hecho probado declarado en la sentencia de instancia; 2.º) Para excluir el error no se precisa que el agente tenga seguridad respecto de su proceder antijurídico, pues basta con que tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad; 3.º) En todo caso debe ser probado por quien lo alegare si se pretende la exculpación; 4.º) Para llegar a esta exculpación habrán de tenerse en cuenta los condicionamientos jurídicos y culturales del agente, así como las posibilidades de recibir instrucciones y asesoramiento y acudir a medios que permitan conocer la trascendencia jurídica de la acción; 5.º) Su invocación no es aceptable en aquellas infracciones cuya ilicitud sea notoriamente evidente y de comprensión generalizada (STS 11 julio 1991).

QUINTO.-En el caso actual la supuesta creencia invencible sobre la legitimidad de la actuación de los condenados se pretende fundamentar, como se ha expresado, en una causa de justificación cuya radical incompatibilidad con el ordenamiento jurídico hace absolutamente inverosímil su asunción por quienes ocupan cargos públicos representativos y son mínimamente conocedores de nuestro sistema constitucional: todos los cargos municipales están familiarizados con el funcionamiento de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y conocen suficientemente que su representatividad como cargos electos no les faculta a desobedecer los mandatos jurisdiccionales. Afirmar lo contrario constituiría un caso de ceguera jurídica, es decir, no de desconocimiento sino de deliberada falta de reconocimiento del ordenamiento jurídico.

En segundo lugar, en el caso actual la sentencia desobedecida había sido confirmada por el Tribunal Supremo, siendo inverosímil que puedan mantenerse dudas sobre la legitimidad y ejecutividad de su mandato o acerca de su prevalencia sobre los criterios de la Corporación Municipal, cuando existe un pronunciamiento jurídico del que, conforme al artículo 123 de la CE, es el Órgano Jurisdiccional Superior en todas las órdenes, máxime cuando la Sala de lo Contencioso-Administrativo competente para la ejecución, efectuó reiterados apercibimientos que no daban lugar a duda alguna sobre la obligación jurídica de cumplimentar el mandato.

En tercer lugar los acusados dispusieron de multiplicidad de asesoramientos tanto externos como internos que reiteradamente les

informaron de lo que necesariamente ya sabían: la ineludible obligación de cumplir la resolución judicial, por todo lo cual hay que concluir que no concurre en el caso actual el invocado error invencible de prohibición.

De la propia sentencia impugnada así se deduce. La sentencia relata cómo ante el dilema de escoger entre la ejecución de una sentencia que contenía un mandato claro y explícito que el Ordenamiento constitucional, orgánico y procesal les obligaba a cumplir, y la inejecución de la misma siguiendo el criterio de la mayoría de los vecinos, del propio Consistorio y de los responsables políticos, los acusados optaron consciente y voluntariamente por esta última posición, desobedeciendo el mandato judicial de un modo que la propia sentencia impugnada califica de «rebelde, tenaz y manifiesto». No hay, en consecuencia, error sino opción libre y voluntaria por la decisión políticamente más popular aun cuando se transgrediese conscientemente el Ordenamiento Jurídico.

No se desconoce que la ejecución de la sentencia pudiese plantear dificultades desde la perspectiva legal o material. Pero tales supuestos están previstos en nuestro Ordenamiento Jurídico que prohíbe expresamente que se utilicen como pretexto para suspender o inejecutar las sentencias, debiendo someterse a la decisión del Tribunal sentenciador y no quedar al arbitrio de la parte condenada (artículo 107 LJCA). Junto a ello existen otras fórmulas que permiten dar solución a este tipo de situaciones manteniendo el respeto al Ordenamiento Jurídico y sin desconocer los derechos e intereses

legítimos tutelados por la sentencia, como es la vía convencional, propuesta en este caso por el Parlamento Balear, que puede ser más costosa, pero es legal. Y por último los supuestos excepcionales en que la ejecución de la sentencia pueda resultar perjudicial para el interés social o la utilidad pública, tienen también su cauce de solución a través del artículo 18.2 de la LOPJ. En definitiva lo que no cabe es vulnerar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva desde la Administración Pública oponiéndose consciente y tenazmente a la ejecución de una sentencia firme dictada por órgano competente.”

En la misma línea encontramos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona⁵⁹⁶ para la que “como ha precisado la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo la apreciación del error, en cualquiera de sus formas, vencible o invencible, vendrá determinado en atención a las circunstancias objetivas del hecho y subjetivas del autor y a la naturaleza del hecho delictivo, sus características y las posibilidades que de él se desprenden para ser conocido el mismo por el sujeto activo. Sin embargo, a) queda excluido el error si el agente tiene normal conciencia de la antijuridicidad o al menos sospecha de lo que es un proceder contrario a Derecho (Sentencia de 29 noviembre 1994) de la misma manera y en otras palabras (Sentencia de 16 marzo 1994), que basta con que se tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad, no la seguridad absoluta del proceder incorrecto; y b) no es permisible la invocación del error en aquellas infracciones cuya

⁵⁹⁶ SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE TARRAGONA, SEC. 2ª, 6-6-2007, Nº 437/2007, REC. 1480/2005. PTE: UCEDA SALES, SARA (EDJ 2007/164906)

ilicitud es notoriamente evidente. (STS de 29 septiembre de 1997). En la misma línea la STS de 3 diciembre 1996 citando la de 10 marzo 1992 dice «si bien es cierto que el error sobre un elemento esencial integrante de la infracción o que agrave la pena excluye la responsabilidad criminal o la agravación en su caso..., no debe olvidarse que para que ello suceda es absolutamente imprescindible que tal extremo se halle demostrado y fundado mediante afirmaciones que lo contengan o evidencien estampadas en la sentencia de que se trate, sin que en modo alguno sean bastantes para estimarlo las subjetivas e interesadas declaraciones del culpable si los hechos probados acreditan lo contrario...». Por lo demás, como también se dice en la Sentencia de 14 febrero 1992, «toda la teoría del error hay que proyectarla sobre el caso concreto partiendo del contenido predeterminado por el relato fáctico que no puede ser alterado ni adaptado al realizarse el análisis de los supuestos esgrimidos por la parte recurrente».

En el supuesto de autos la acusada era plenamente consciente de la antijuricidad de su conducta y, a pesar de ello, decidió llevarla a término, pues la propia sentencia dictada, en el fundamento de derecho primero, relata, como hechos reconocidos por la Sra. Elsa, que fue requerida y advertida de que podía incurrir en delito de desobediencia y que conocía que no se había suspendido el régimen de visitas por la denuncia por abusos sexuales, por lo que no le resulta aplicable el error.”

A mi parecer, analizando el desconocimiento por parte del autor que acomete, intimida, etc. a una autoridad, un agente de ésta o un funcionario público, no habrá de traducirse en una mera ignorancia (por ejemplo que el agente de la autoridad estando de servicio secreto no lleve uniforme y el agresor crea que se trata de un ciudadano normal), además será exigible que la representación del conocimiento por parte del autor sea equivocado y por tanto falso, no ignorado como apuntara ya anteriormente citando a COBO DEL ROSAL, debiendo tal circunstancia ser analizada en cada caso concreto, pues es de difícil labor probatoria determinar si el sujeto que meramente ignora, utiliza esa ignorancia para convertirla en error, esto es, una representación falsa de la realidad, ya que sólo es en su mente donde se halla la realidad de lo que aconteció.

No obstante discernir la ignorancia de la representación errónea o falsa por el autor es labor casi imposible, pues también la ignorancia puede conllevar a tener una representación de la realidad falsa y equívoca, por tanto errónea.

IV.- EL MIEDO INSUPERABLE

Define MIR PUIG⁵⁹⁷ el miedo insuperable como la ausencia total de representación en si (del sujeto actor) en la acción misma del delito y su proyección en el resultado, a causa de que la persona o el individuo se encuentra en una situación desventajosa por causa del miedo que siente y que es manifiestamente colocado por la persona en la cual se producirá el resultado.

Mantiene el autor⁵⁹⁸, que para el artículo 20.6 del Texto punitivo está exento de responsabilidad criminal “el que obra impulsado por el miedo insuperable”. “No se contempla aquí la fuerza física irresistible que actúa sobre el cuerpo excluyendo el comportamiento humano sino la coacción que supone para mente la amenaza de un mal (asociada o no a violencia física efectiva). El miedo insuperable no excluye la voluntariedad de la acción sino que la priva de la normalidad necesaria para que pueda imputarse penalmente al sujeto.”

Asimismo, para MIR PUIG⁵⁹⁹ el miedo insuperable no afecta a la antijuridicidad, sino solo a la imputación personal, excluyendo la responsabilidad penal (culpabilidad), se ha aceptado tradicionalmente

⁵⁹⁷ MIR PUIG, SANTIAGO: “Derecho Penal; Parte General”, cit. págs. 596-600.

⁵⁹⁸ MIR PUIG, SANTIAGO: “Derecho Penal; Parte General”, cit. págs. 596-600.

⁵⁹⁹ MIR PUIG, SANTIAGO: “Derecho Penal; Parte General”, cit. págs. 596-600.

de forma pacífica. Lo que ha sido objeto de discusión es si dicha eximente excluye la imputabilidad o es una causa de inexigibilidad.

Para el autor⁶⁰⁰ la diferencia entre las causas de justificación y las de exclusión de la responsabilidad penal ha de buscarse en una distinta razón de por qué el legislador “no quiere” castigar. Una eximente excluirá la responsabilidad penal cuando se prevé porque se entiende que bajo sus presupuestos el sujeto no podrá adoptar una decisión que responda a las leyes de una motivación racional normal.

Mientras que a veces se ve en el miedo insuperable una causa que excluye la imputabilidad, otras se aproximan al estado de necesidad del artículo 20.5. Ambas concepciones son insatisfactorias porque harían inútil la eximente. El miedo insuperable debe concebirse como una causa de no exigibilidad.

Según MIR PUIG⁶⁰¹ un sector doctrinal alude a la imputabilidad fijando la atención en el efecto perturbador de la lucidez mental que supone la vivencia del miedo. Según este punto de vista, la razón de la exención sería la misma que explica el trastorno mental transitorio. Pero con ello se vendría a convertir la eximente de miedo insuperable en una inútil modalidad de trastorno mental transitorio ya que produce el mismo efecto según el artículo 20.1.

Para el autor, tampoco debe concebirse la eximente del artículo 20.6 del Texto punitivo como una innecesaria variedad de la de estado

⁶⁰⁰ MIR PUIG, SANTIAGO: “Derecho Penal; Parte General”, cit. págs. 596-600.

⁶⁰¹ MIR PUIG, SANTIAGO: “Derecho Penal; Parte General”, cit. págs. 596-600.

de necesidad del artículo 20.5, y así, aunque también el miedo insuperable presupone un conflicto de intereses, entre el mal que amenaza y el que se causa para evitarlo, no cabe desconocer la diferencia que existe entre una causa de justificación como la prevista en el artículo 20.5 de referido cuerpo legal, basada objetivamente en la idea de la colisión de intereses y otra, la del artículo 20.6 del Texto punitivo, que contempla una situación motivacional, como el miedo que en si misma solo afecta a la imputación personal.

Por tanto, el espacio propio de la eximente de miedo insuperable solo se encuentra concibiendo la eximente 6ª del artículo 20 del Texto punitivo como una causa de inexigibilidad, distinta tanto de las que excluyan la imputabilidad, como el estado mental transitorio, como del estado de necesidad del artículo 20.5 del precitado texto legal.

No se trata de que el sujeto pierda su lucidez mental y sea excluida su imputabilidad, sino de que se halla sometido a la amenaza de un mal intersubjetivamente insuperable, esto es, que el hombre medio no superaría, por mucho que tenga clara su conciencia y sea dueño de su voluntad.

Ello basta para que concurra un miedo insuperable. Por otra parte, tampoco ha de desconocerse que el miedo debe afectar a la responsabilidad penal del sujeto, esto es, debe excluir su normalidad motivacional. La problemática es aquí distinta a la del estado de necesidad del artículo 20.5 se basa en la teoría de la colisión hegeliana: ante la colisión de dos intereses, actúa correctamente

(justificadamente) quien salva uno de ellos sin causar un mal mayor en el otro.

Concluye MIR PUIG⁶⁰², que no importa entonces la presencia de un conflicto psicológico que afecte a la normalidad motivacional del sujeto, como lo demuestra que la eximente abarque al auxilio necesario de cualquier tercero ajeno a los bienes en colisión. La eximente de miedo insuperable si exige, en cambio que la amenaza suponga una situación motivacional plenamente anormal, en el sentido de insuperable para una persona normal. En contrapartida no ha de requerir que el conflicto de intereses se resuelva de forma objetivamente justificada. Entendida como causa de inexigibilidad, la eximente 6ª del artículo 20 debe limitarse a través del criterio de lo exigible al hombre medio en la situación concreta del autor.

En esta línea doctrinal, la jurisprudencia, y en concreto la Sentencia del Tribunal Supremo⁶⁰³ de 8 de marzo de 2005, sienta las bases sobre las cuales ha de operar el miedo insuperable para conseguir su exención incompleta, y así señala que “la doctrina jurisprudencial sobre la circunstancia eximente de miedo insuperable parte de la consideración de que la naturaleza de la exención por miedo insuperable no ha sido pacífica en la doctrina. Se la ha encuadrado entre las causas de justificación y entre las de inculpabilidad, incluso entre los supuestos que niegan la existencia de

⁶⁰² MIR PUIG, SANTIAGO: “Derecho Penal; Parte General”, cit. págs. 596-600.

⁶⁰³ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL) NÚM. 340/2005 DE 8 MARZO, PONENTE: MARTÍNEZ ARRIETA, ANDRÉS (RJ 2005\2728).

una acción, en razón a la paralización que sufre quien actúa bajo un estado de miedo. Es en la inexigibilidad de otra conducta donde puede encontrar mejor acomodo, ya que quien actúa en ese estado, subjetivo, de temor mantiene sus condiciones de imputabilidad, pues el miedo no requiere una perturbación angustiosa sino un temor a que ocurra algo no deseado. El sujeto que actúa típicamente se halla sometido a una situación derivada de una amenaza de un mal tenido como insuperable. De esta exigencia resultan las características que debe reunir la situación, esto es, ha de tratarse de una amenaza real, seria e inminente, y que su valoración ha de realizarse desde la perspectiva del hombre medio, el común de los hombres, que se utiliza de baremo para comprobar la superabilidad del miedo. El art. 20.6 del nuevo Código penal introduce una novedad sustancial en la regulación del miedo insuperable al suprimir la referencia al mal igual o mayor que exigía el antiguo art. 8.10º del Código penal derogado. La supresión de la ponderación de males, busca eliminar el papel excesivamente objetivista que tenía el miedo insuperable en el Código anterior y se decanta por una concepción más subjetiva y pormenorizada de la eximente, partiendo del hecho incontrovertible de la personal e intransferible situación psicológica de miedo que cada sujeto sufre de una manera personalísima. Esta influencia psicológica, que nace de un mal que lesiona o pone en peligro bienes jurídicos de la persona afectada, debe tener una cierta intensidad y tratarse de un mal efectivo, real y acreditado. Para evitar subjetivismos exacerbados, la valoración de la capacidad e intensidad de la afectación del miedo

hay que referirla a parámetros valorativos, tomando como base de referencia el comportamiento que ante una situación concreta se puede y se debe exigir al hombre medio (S 16-07-2001, núm. 1095/2001). La aplicación de la eximente exige examinar, en cada caso concreto, si el sujeto podía haber actuado de otra forma y se le podría exigir otra conducta distinta de la desarrollada ante la presión del miedo. Si el miedo resultó insuperable, se aplicaría la eximente, y si, por el contrario, existen elementos objetivos que permiten establecer la posibilidad de una conducta o comportamiento distinto, aún reconociendo la presión de las circunstancias, será cuando pueda apreciarse la eximente incompleta (S 16-07-2001, núm. 1095/2001). La doctrina jurisprudencial (STS 1495/99, de 19 de octubre), exige para la aplicación de la eximente incompleta de miedo insuperable, la concurrencia de los requisitos de existencia de un temor inspirado en un hecho efectivo, real y acreditado y que alcance un grado bastante para disminuir notablemente la capacidad electiva (Sentencia de 29 de junio de 1990) En parecidos términos la STS 1382/2000, de 24 de octubre , en la que se afirma que la naturaleza jurídica ha sido discutida en la doctrina si se trata de una causa de inimputabilidad, o de inculpabilidad, o de inexigibilidad de otra conducta distinta, e incluso de negación de la acción, tiene su razón de ser en la grave perturbación producida en el sujeto, por el impacto del temor, que nubla su inteligencia y domina su voluntad, determinándole a realizar un acto que sin esa perturbación psíquica sería delictivo, y que no tenga otro móvil que el miedo, sin que, ello no obstante, pueda servir

de amparo a las personas timoratas, pusilánimes o asustadizas (v., ss. de 29 de junio de 1990 y de 29 de enero de 1998, entre otras).”

Además es requisito como señala la Sentencia del Tribunal Supremo⁶⁰⁴ de 16 de febrero de 2006, que “cuando acudimos al hombre medio como criterio de valoración de la situación, no queremos decir que haya de indagarse en una especie de fantasma un comportamiento esperado. Ello sería injusto y además sólo serviría para transferir a un ser no real comportamientos de seres humanos, en su situación concreta. Se trata de indagar si la persona que ha actuado, en su concreta situación anímica y social, tuvo posibilidad de actuar conforme prescribe el ordenamiento jurídico. Es decir, se utiliza el recurso el hombre medio sin olvidar las concretas circunstancias concurrentes.”

Es muy difícil probar y acreditar esa situación de miedo insuperable en el delito que estudiamos, en este sentido apuntamos la casuística desestimatoria de la exención de la responsabilidad criminal por miedo insuperable, pues como manifiesta una Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba⁶⁰⁵, “el miedo, en su valoración penal, afecta a la culpabilidad del sujeto activo aunque otro sector doctrinal lo considera como un supuesto de falta de acción. Sin embargo nuestra jurisprudencia (S. 3 marzo 1987) mantiene que en esta circunstancia se da un presupuesto social de inexigibilidad de otra

⁶⁰⁴ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO NÚM. 180/2006, DE 16 DE FEBRERO (RJ 2006, 2150).

⁶⁰⁵ SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÓRDOBA (SECCIÓN 2ª) NÚM. 11/1998 DE 12 FEBRERO (ARP 1998\870).

conducta y un estado de imputabilidad. Pero en cualquier caso ese terror invencible ha de ser «insuperable» de tal manera que, como indican las SS. 26 octubre 1982 y 26 febrero 1986, no pueda dominarse por el común de los hombres, viniendo a decir la de 24 septiembre 1992 que ha de ser provocado por estímulos reales, ciertos, conocidos, inminentes y no justificados por el ordenamiento jurídico.

Nada de ello concurre en el supuesto enjuiciado. Parece lógico que cuando un delincuente se ve sorprendido por la Policía, su natural reacción sea la del huir, pero en ningún caso el hecho de la no menos lógica persecución puede crear en el ánimo del fugitivo esa reacción del temor o pavor que afecte, hasta anular sus facultades intelectivas y volitivas hasta el punto de amenazar y golpear a los policías e incluso echar mano a un garrote con el que les agredió.

No cabe hablar, pues, de miedo insuperable en su sentido técnico-jurídico ni siquiera como atenuante.”

En esta línea la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona⁶⁰⁶ de 4 de noviembre de 2003 significa en “el segundo motivo de apelación pretende la aplicación de la eximente de miedo insuperable.

La susodicha eximente «ex» art. 20.6 del CP contempla un concepto jurídico penal del vocablo miedo, que debemos ubicar en un sobrecogimiento del espíritu, producido por el temor fundado de un mal efectivo, grave e inminente, que ofusca la inteligencia y en

⁶⁰⁶ SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE TARRAGONA (SECCIÓN 2ª) 4 NOVIEMBRE 2003 (JUR 2004\108521).

consecuencia domina la voluntad, determinándola a realizar un acto que sin esa perturbación psíquica del agente sería delictivo. Por otra parte debe señalarse que la apreciación de la eximente requiere que el miedo sea el único móvil de la acción delictiva y que sea de naturaleza invencible, esto es, insuperable para una persona normal (por todas STS de 24.7.2001).

Pretende el recurrente la apreciación de la eximente de miedo insuperable en base que la persona que le acompañaba en el vehículo le ordenó que intentara huir de la Guardia Civil amenazándole a tales efectos. El alegato resulta totalmente estéril, por cuanto aún en el supuesto (que no ha sido acreditado) de que la naturaleza de la amenaza vertida pudiera haber dominado la voluntad del acusado, no podemos obviar que la resistencia ofrecida por el recurrente, y por tanto la acción delictiva, se materializa cuando el acompañante de Carlos Jesús ha huido ya del lugar, razón por la cual no resulta racionalmente mantenible una alegación referida a una situación de miedo insuperable o invencible en tales condiciones.”

Finalmente en el mismo sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante⁶⁰⁷ de 30 de marzo de 2001 apunta que, “como segundo motivo se solicita la estimación de la eximente de miedo insuperable (art. 20 n° 6 C.P.). Para que concurra dicha causa de inimputabilidad deben concurrir los siguientes presupuestos: 1) la presencia de un temor que coloque al sujeto en una situación de temor

⁶⁰⁷ SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE (SECCIÓN 2ª) NÚM. 164/2001 DE 30 MARZO (JUR 2001\179441).

invencible que anule su voluntad; 2) que dicho miedo esté inspirado en un hecho real, suficientemente acreditado; 3) que dicho temor anuncie un mal igual o mayor que el causado por el sujeto con su conducta; 4) que el miedo sea invencible, no susceptible de control; 5) que el miedo sea el único móvil de la acción (SSTS de 29 de Junio de 1990, 19 de julio de 1994 o 29 de enero de 1998, entre otras muchas). En este caso, según razonó el Juez a quo la actuación del recurrente se produce tras terminar el enfrentamiento entre la policía y los otros imputados, y guiada únicamente por la finalidad de eludir la actuación policial. Por todo ello, procede la desestimación del motivo.”

En conclusión, para poder apreciar el miedo insuperable en el delito de atentado, deberán de cumplirse los requisitos jurisprudenciales antes citados de existencia de un temor inspirado en un hecho efectivo, real y acreditado y que alcance un grado bastante para disminuir notablemente la capacidad electiva, pero atendiendo a cada caso concreto, pues aquéllas conductas que pertenecen al arcano absoluto de la conciencia del autor y se hallan en su mente, son de un ardua tarea probatoria ante los tribunales de justicia.

CAPÍTULO SÉPTIMO.- FORMAS DE APARICIÓN EN EL DELITO DE ATENTADO

I.- EL “ITER CRÍMINIS”

Como breve introducción a este apartado, conviene recordar, en referencia al “*iter criminis*” lo señalado al respecto por COBO DEL ROSAL⁶⁰⁸, según el cual “las distintas figuras del delito descritas en la Parte Especial del Código no se realizan sino a través de hechos humanos. Y cada hecho humano cobra vida, no de un modo inmediato, sino a través de un proceso. Los diferentes hechos constitutivos de delito no pasan, sin momentos intermedios, de la nada al ser: por el contrario, su realización recorre una serie de estadios o fases, atraviesa, en definitiva, un camino.”

Partiendo de esta introducción, define el autor⁶⁰⁹ el “*iter criminis*” como “la serie de etapas sucesivas que va desde el alumbramiento de la idea criminal hasta su completa realización.”, y que tiene por objeto “no la abstracta figura del delito, sino su concreta realización”, y es por ello que “a las diferentes etapas de ésta, a las que se confiere relevancia penal, constituyen otras tantas formas de aparición del delito.”

⁶⁰⁸ COBO DEL ROSAL, M / VIVES ANTÓN, TOMÁS S.: “Derecho Penal Parte General”, cit. págs. 639-641.

⁶⁰⁹ COBO DEL ROSAL, M / VIVES ANTÓN, TOMÁS S.: “Derecho Penal Parte General”, cit. págs. 639-641.

Así, pues, continúa argumentando que “el proceso de realización suele dividirse en dos fases: una interna que transcurre en el seno del ánimo del autor, y otra externa, en la que la voluntad criminal se manifiesta.”

Al respecto apunta COBO DEL ROSAL⁶¹⁰ que “la fase interna se halla constituida por todos los momentos del ánimo a través de los cuales se formaliza la voluntad criminal y que preceden a su manifestación” y es por lo que “la fase interna es, por sí sola, penalmente irrelevante.”

En cuanto a la fase externa, mantiene el autor que “comienza a partir de la exteriorización de la voluntad, desde que el proceso de realización del delito puede proseguir, a través de la preparación y la ejecución, hasta la consumación”, y añade que “la manifestación de la voluntad, según lo expuesto, representa el límite máximo de la penalidad. El legislador puede conminar con pena el propósito criminal sólo desde su manifestación, lo que, en modo alguno, significa que deba castigar las simples resoluciones delictivas manifestadas. La manifestación de la voluntad, que es, sin duda, condición del castigo, no constituye todavía su fundamento. Si se ha caracterizado objetivamente el injusto como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, ha de trazarse del mismo modo la frontera de la punibilidad: para fundamentar la conminación penal, no basta la simple manifestación de la voluntad antijurídica, como sostienen las

⁶¹⁰ COBO DEL ROSAL, M / VIVES ANTÓN, TOMÁS S.: “Derecho Penal Parte General”, cit. págs. 639-641.

teorías subjetivas sino que es preciso que esa manifestación tenga lugar de tal modo que represente, a la vez, un peligro, siquiera abstracto, para el bien jurídico. Ello excluye la punición indiscriminada de los actos preparatorios y sitúa, en vía de principio, el límite genérico de la punibilidad en el inicio de ejecución del delito.”

Concluye COBO DEL ROSAL⁶¹¹ que “no todo el ámbito de la fase externa resulta penalmente relevante, sino que, en términos generales, la relevancia penal no surge más que con el comienzo de la ejecución: las simples resoluciones manifestadas, e incluso, los actos meramente preparatorios, quedan más allá de la línea dentro de la cual debe actuar un poder punitivo que se atenga a una idea secular del Derecho, concibiéndolo como simple orden de la coexistencia.”

Una vez realizada esta breve introducción, y entrando en el análisis concreto del delito de atentado, recordamos que la jurisprudencia y la doctrina sostienen mayoritariamente que el delito de atentado es un delito de pura actividad, con lo que sentada esta base, cabe hablar seguidamente de su consumación.

Y así, ROIG TORRES⁶¹² señala que su consumación se produce con la ejecución de cualquiera de las acciones típicas que conforman este delito, a saber, acometimiento, empleo de fuerza, intimidación grave o resistencia grave, con la consiguiente violación del objeto de tutela, sin que sea necesario precisar ningún cambio en el mundo

⁶¹¹ COBO DEL ROSAL, M / VIVES ANTÓN, TOMÁS S.: “Derecho Penal Parte General”, cit. págs. 639-641.

⁶¹² ROIG TORRES, MARGARITA: “El Delito de Atentado”, cit. págs. 203-206.

exterior diferente de la propia acción del sujeto; y en este sentido se pronuncia la referida Sentencia del tribunal Supremo de 10 de febrero de 2006 en la que mantenía respecto del delito de atentado que resulta suficiente “además para su consumación, como delito de actividad que es, el mero ataque o acometimiento, aunque no llegaran a producirse resultados lesivos (STS de 8 de marzo de 1999 (RJ 1999, 1454)”.

Para ROIG TORRES⁶¹³, además, hay que plantearse cuando se produce el menoscabo a la autoridad, agente o funcionario y, en concreto, en la modalidad de acometimiento, pero la respuesta ya la ha ofrecido la jurisprudencia en el sentido que al tratarse de un delito de pura actividad basta además del inicio de la agresión, la existencia de cierta cercanía entre el agresor y el sujeto pasivo.

La jurisprudencia, asimismo, señala que no es necesario el logro del objetivo deseado por parte del autor, es decir, que llegue a la consumación plena del delito y así la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2006⁶¹⁴ manifiesta que “la jurisprudencia de esta Sala ha ido perfilando los requisitos objetivos y subjetivos necesarios para integrar un delito de atentado... Entre los objetivos figuran los tres siguientes:...c) un acto típico, en este caso, de acometimiento, equivalente a embestida, ataque o agresión, sin ser preciso que el efecto perseguido con tal actuación agresiva se perfeccione, construyéndose el tipo del injusto como delito de actividad, pues de

⁶¹³ ROIG TORRES, MARGARITA: “El Delito de Atentado”, cit. págs. 206-209.

⁶¹⁴ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 1-6-2006, Nº 589/2006, REC. 1038/2005. PTE: SORIANO SORIANO, JOSÉ RAMÓN (EDJ 2006/80854).

producirse un resultado lesivo debería pensarse separadamente. Propinar una bofetada, puñetazo o fuerte empujón al sujeto pasivo, integraría este delito según praxis jurisprudencial.”

En la misma línea se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2006⁶¹⁵ para la que “como quiera que el tipo delictivo aplicado justifica su existencia en la protección del ejercicio específico de la Autoridad, en la medida que ello permita asegurar el orden interno del Estado (STS de 3 de febrero de 1993), siempre que el sujeto pasivo no haya perdido la razón de ser de esa especial protección, por uso abusivo o notoria extralimitación en sus funciones que, en cualquier caso nunca cabe presumirse, sino que ha de acreditarse suficientemente y consignarse en el narración fáctica que sirva de base a la Resolución (STS de 31 de octubre de 1968 y 21 de junio de 1989, entre otras muchas) y basta con que la acción del agresor se concrete en actos de acometimiento, incluyendo ahí bofetadas, patadas, empujones, puñetazos (STS de 30 de abril de 1987) e, incluso, resultando suficiente además para su consumación, como delito de actividad que es, el mero ataque o acometimiento, aunque no llegaran a producirse resultados lesivos (STS de 8 de marzo de 1999), hay que concluir que la descripción de las conductas de ambos recurrentes, contenida en la narración histórica de lo acontecido y que lleva a cabo la Resolución de instancia es plenamente acorde con la calificación de esos hechos como delitos de

⁶¹⁵ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 10-2-2006, Nº 146/2006, REC. 1936/2004. PTE: MAZA MARTÍN, JOSÉ MANUEL (EDJ 2006/11987).

Atentado contra agentes de la Autoridad.”

En el mismo criterio que adopta ROIG TORRES⁶¹⁶, a mi juicio se debe discrepar de la jurisprudencia, pues al castigar al autor adelantándose a momentos anteriores al inicio de la actividad delictiva en el caso de la modalidad comisiva de acometimiento, sin que se haya manifestado todavía por parte del autor siquiera un mínimo contacto físico; esta discrepancia se debe fundamentalmente a que, de un lado, se estaría vulnerando el principio de legalidad y, de otro, no puede entenderse que el acometimiento haya comenzado si el bien jurídico aún no ha sido lesionado.

De ello he de deducir que si acometer significa embestir, hasta tanto no se hayan realizado movimientos corporales oportunos, como pueda ser el caso de apuntar con un arma, entenderíamos excesivo decir que el delito se ha ejecutado, pues estaríamos castigando básicamente, lo que creemos que estaba pensando el posible agresor, y el Derecho penal está para sancionar conductas, no pensamientos.

En este sentido serán los elementos cognitivos y volitivos del autor que suponen el dolo y el animus, en cada caso concreto determinarán que conducta ha supuesto menoscabar el principio de autoridad.

En este orden de cosas, COBO DEL ROSAL⁶¹⁷ en referencia a los elementos que integran el dolo del autor, refería que “el

⁶¹⁶ ROIG TORRES, MARGARITA: “El Delito de Atentado”, cit. pág. 207.

⁶¹⁷ COBO DEL ROSAL, M / VIVES ANTÓN, TOMÁS S.: “Derecho Penal Parte General”, cit. págs. 558-559.

conocimiento de la significación antijurídica de la conducta es elemento imprescindible del dolo si éste se concibe, cual se ha hecho, como forma de culpabilidad.

Sólo del conocimiento de la antijuricidad deriva la antinormatividad del querer, las pautas de determinación dimanantes de las normas y, en suma, su reprochabilidad. Si el dolo no contuviese el conocimiento de la antijuricidad, no podría ser entendido como una figura del reproche, porque no ofrecería base sobre la que sustentar ese reproche.

De ahí deriva una importante consecuencia: el conocimiento de la significación antijurídica requerido por el dolo ha de ser, al igual que el conocimiento de los hechos, un conocimiento actual, sin que se satisfaga, como pretende un destacado sector de la doctrina, con un simple conocimiento potencial. Porque, como con razón se ha afirmado, un conocimiento potencial no lo es aún, por eso mismo, conocimiento en sentido estricto.”

En la misma postura mantenida por COBO DEL ROSAL⁶¹⁸, estimo que castigar al autor por delito doloso en aquellos casos en los que tal vez el autor del delito podía conocer la significación jurídica de sus actos, pero que de hecho no la conocía, es tanto como atribuirle el injusto típico sobre la base de una resolución antinormativa que no existía en su “animus”, y ello auspicia una absoluta quiebra al propio principio de culpabilidad, pues como ya apuntara este autor en

⁶¹⁸ COBO DEL ROSAL, M / VIVES ANTÓN, TOMÁS S.: “Derecho Penal Parte General”, cit. págs. 558-559.

referencia al “*iter criminis*” que es el apartado objeto de estudio y en el mismo pensamiento que Von Liszt, la fase interna es, por sí sola, penalmente irrelevante.

Igualmente discrepo de la jurisprudencia antes referida, al igual que ya lo hiciera Cobo del Rosal, pues las simples resoluciones manifestadas por el autor del delito, e incluso, los actos meramente preparatorios, quedan más allá de la línea dentro de la cual debe actuar el *ius puniendi* del Estado.

Al hilo de esta idea, conviene recordar que la jurisprudencia excluye las formas imperfectas de ejecución precisamente por tratarse de un delito formal de pura actividad, y así la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 1992⁶¹⁹ establece que, “no nos hallamos ante un delito de resultado, sino de actividad o riesgo. El procesado tuvo en sus manos arma y municiones; sólo la rápida intervención del Letrado impidió cargar aquélla. El dolo específico en el delito de atentado estriba en el ánimo de menosprecio, escarnecimiento o vilipendio del principio de autoridad o de la dignidad de la función pública, y ello no en abstracto, sino cristalizado merced al acometimiento, empleo de fuerza, intimidación o resistencia graves ejercidas contra las personas que en concreto encarnan y exteriorizan el ejercicio de aquella función. El empleo de armas, aparte de eventualmente intensificar el riesgo, acentúa la desconsideración humillante que el atentado supone para la Autoridad

⁶¹⁹ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 16-9-1992, Nº 1873/1992, REC. 3401/1989. PTE: SOTO NIETO, FRANCISCO (EDJ 1992/8829).

ultrajada. De ahí la razón de la agravación específica. Procede desestimar el motivo.”

Por sorprendente que parezca, tras analizar la consumación en un delito formal de pura actividad como es el caso del delito de atentado, la jurisprudencia ha estimado en algunas ocasiones la existencia de tentativa en el delito de atentado y como muestra valga la Sentencia de la Audiencia Nacional⁶²⁰, en la que se relata que, “cuando Ángel, Jesús, José y Ventura colocaron los artefactos explosivos trampa en "C." y llamaron después telefónicamente al cuartel de la Guardia Civil de Tafalla, comunicando la noticia de que en ese lugar había aparecido una bolsa abierta conteniendo diversas armas, no lo hicieron para causar daños materiales, ni persiguiendo los fines que son propios del delito de terrorismo; sino que lo que aquellos perseguían era, ni más ni menos hacer caer a los miembros de la Guardia Civil que acudieran a "C.", en busca de la imaginaria bolsa, en la mortal trampa, preparada concienzudamente para arrebatarse la vida.

Por eso, la calificación jurídica adecuada de los hechos, conforme al Código penal vigente en el momento en que ocurrieron es la de delito de asesinato en grado imperfecto de ejecución de tentativa, previsto y penado en el art. 406.3 en relación con el art. 3.3 del Código penal texto refundido de 1973.

⁶²⁰ SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL SALA DE LO PENAL, SEC. 3ª, 31-5-2000, Nº 19/2000, REC. 77/1997. PTE: MURILLO BORDALLO, ANGELA MARÍA (EDJ 2000/43348).

El mencionado art. 406.3º establece "es reo de asesinato el que matare a una persona concurriendo alguna de las circunstancias siguientes..." por medio de inundación, incendio, veneno o explosivos.

El reo de asesinato será castigado con la pena de reclusión mayor en su grado máximo".

Sin embargo, el Ministerio Fiscal en sus conclusiones provisionales elevadas a definitivas, optó por aplicar la Ley posterior, L.O. 3/1988 de 25 de mayo, que introdujo en el Código el párrafo 3º del art. 233, porque en tal precepto también son subsumibles los hechos delictivos por los que enjuicamos, y dicha aplicación resulta más favorable para los procesados, y ello por las siguientes razones: Si el Ministerio público hubiera optado por acusar a los procesados por el delito de asesinato, castigado con pena de reclusión mayor en su grado máximo, en este supuesto también sería de aplicación la agravante prevista en el artículo 57 bis h) del Código penal texto refundido de 1973, que establece "las penas correspondientes a los delitos relacionados con la actividad de bandas armadas o de elementos terroristas o rebeldes se impondrán en su grado máximo...

Al calificar dicho Ministerio Fiscal tales hechos como constitutivos de atentado, castigado también con reclusión mayor en su grado máximo, impide la aplicación de la mencionada agravante del art. 57 bis a), pues tal precepto la excluye cuando esa relación de los delitos cometidos con actividad de banda armada, estuviera ya

prevista como elemento constitutivo del tipo penal, como sucede claramente con el art. 233.3.

Donde desde luego no pueden encuadrarse los sucesos de autos es en las previsiones típicas de los arts. 174 bis b) o 554, como pretende la defensa de los procesados, sobre la base de que, en definitiva se produjeron mínimos daños materiales, pues tan solo resultaron destruidos tres árboles, y no hubo daños personales, porque si el resultado fue ese, no era en modo alguno el que perseguían los autores de los hechos, en los cuales había un claro dolo directo de muerte.”

Asimismo el Tribunal Supremo en Sentencia⁶²¹ de 1 de octubre de 1992 en el caso de no detonar el explosivo preparado sanciona un delito de atentado en grado de tentativa, y así refiere que “el procesado -lo mismo que Antonio- es condenado como cómplice de un atentado en grado de tentativa y es correcta la calificación porque no se está en un supuesto de desistimiento voluntario. Se han llevado a cabo los actos de preparación que no han podido culminar por circunstancias ajenas a su voluntad. Para que el desistimiento actúe ante de la consumación ha de ser voluntario, personal y definitivo y no puede quedar impune el sujeto que desiste porque surjan obstáculos relativos ajenos a su voluntad. La no presencia en el acto final llevó al Tribunal juzgador a degradar la participación de autoría a complicidad.”

⁶²¹ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, S 1-10-1992, Nº 2106/1992, REC. 81/1992. PTE: RUIZ VADILLO, ENRIQUE (EDJ 1992/9525).

II.- AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

A modo de pequeña introducción partiremos de una definición penal de autor, y así según JESCHECK⁶²² “la teoría de la participación es una parte de la teoría del tipo. Autor es, en primer lugar, quien en su propia persona realiza todos los elementos del tipo de la acción punible. El concepto de autoría, sin embargo, no está limitado a la autoría única inmediata sino que también se extiende al caso en que el autor se sirve de otro como “instrumento”. Por lo tanto, como autor también es castigado “quien comete el delito por medio de otro (autoría mediata). Además, existe la posibilidad de que varias personas concertadas entre sí intervengan en el hecho a título de autor (coautoría). De acuerdo con ello, el artículo 25II determina lo siguiente: “Si varios cometen conjuntamente el hecho punible, cada uno de ellos será castigado como autor”. También hay que tener en cuenta que varias personas puedan intervenir en el mismo hecho como autores de modo recíprocamente independientemente (autoría accesoria). Mientras que el autor realiza la acción típica por sí mismo, conjuntamente con otras personas o por medio de otro, el inductor y el cómplice quedan extramuros del tipo. Están comprendidos por disposiciones penales especiales: Inductor es “quien dolosamente ha determinado a otro a la comisión de un hecho antijurídico doloso”

⁶²² H.H-WEIGEND JESCHECK, T.W.: “Tratado de Derecho Penal. Parte General”, cit. págs. 692-693.

(artículo 26), y cómplice “quien dolosamente ha prestado ayuda a otro para la comisión de un hecho antijurídico doloso” (artículo 27). De esta forma, los requisitos de la punibilidad de la inducción y la complicidad sólo se derivan en parte del tipo delictivo correspondiente; los restantes lo hacen de las disposiciones complementadoras de la Parte general que toman por referencia los tipos de la Parte especial.”

Nuestro Texto punitivo define la autoría y las formas de aparición en los artículos 27 a 29 ⁶²³y así establece que “son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento.”

Atendiendo precisamente a la Parte Especial y, en concreto al delito de atentado, hemos de referir que los delitos de atentado y resistencia son tipos comunes que, aunque no generan problemática respecto de la autoría, existe un debate doctrinal en cuanto a la posibilidad de admitir la autoría mediata.

⁶²³ LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE DEL CÓDIGO PENAL:

Artículo 27

Son responsables criminalmente de los delitos y faltas los autores y los cómplices.

Artículo 28

Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento.

También serán considerados autores:

- a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo .
- b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado.

Artículo 29

Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos.”

ROIG TORRES⁶²⁴ manifiesta que “la naturaleza del atentado que hemos sustentado (como delito de mera actividad y de lesión) tiene también, algunas implicaciones en lo que atañe a la autoría y participación. Así pues, de acuerdo con esa configuración hay que afirmar que, en principio, cada uno de los sujetos que realiza alguna de las acciones típicas responde por su ofensa individual, resultando inviables los supuestos de coautoría⁶²⁵. Con todo no faltan ejemplos en la jurisprudencia en los que se da esta calificación cuando en el ataque a una autoridad o funcionario intervienen varias personas.”

Para CUERDA ARNAU⁶²⁶ en los delitos de atentado y resistencia cabe la posibilidad de admitir la autoría mediata.

En este sentido refiere la autora⁶²⁷ que “el delito sería, pues, de propia mano por la propia naturaleza del acontecer externo. Frente a tal razonamiento podría objetarse -además de las conocidas críticas que se han hecho a esa fundamentación de los delitos de propia mano- que aunque es cosa bien cierta que toda acción de resistencia implica

⁶²⁴ TORRES, MARGARITA: “El Delito de Atentado”, Navarra 2004, pág. 209.

⁶²⁵ En este sentido se pronuncian CUERDA ARNAU: cit. “Los delitos de atentado y resistencia”, concreta esta autora que: “es más correcto entender que cada uno de los intervinientes es autor de su propio delito, pues el que ejecuten al mismo tiempo no quita el que todos ellos realicen íntegramente la conducta descrita en el tipo, lo que es bien distinto a ejecutar conjuntamente” o; LORENTE VELASCO, S.M.: cit. “Delitos de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos y de resistencia y desobediencia.”, y así cit. esta autora: “Personalmente –de manera general– no podemos mostrarnos favorables a la aplicación de la coautoría en estos tipos penales, de modo que dependiendo de las circunstancias concretas –y sin perjuicio de que tal forma de aparición pueda apreciarse en algunos casos– la mayoría de los supuestos deberán resolverse considerando autores a todos aquellos sujetos que ejecuten el hecho delictivo, o en su caso apreciar la existencia de complicidad o cooperación.”

⁶²⁶ CUERDA ARNAU: cit. “Los delitos de atentado y resistencia”.

⁶²⁷ CUERDA ARNAU: cit. “Los delitos de atentado y resistencia”.

conceptualmente una previa pretensión, no se ve por qué haya de deducirse de ahí que sólo se resiste el que rechaza una pretensión que le tiene a él por destinatario. Por servirme de un ejemplo vanal, también ofrece resistencia el amigo del titular del domicilio que ayuda a éste a impedir violentamente la entrada de la comisión judicial. En todo caso, la cuestión no es tan trascendente como para merecer ulteriores reflexiones, toda vez que es obvia la posibilidad de sancionar los casos más graves conforme a la modalidad de acometimiento, con respecto a la cual nada hay que permita excluir la autoría mediata.”

En cuanto a la coautoría la autora⁶²⁸ manifiesta disentir de la calificación que a la misma en ocasiones se hace frente a casos en que son varios los intervinientes en la agresión de que es objeto un mismo sujeto.

Y así como botón de muestra explica que “en la STS 3 abril 2001 (RA 3343) en la que se da cuenta de la conducta violenta desplegada por dos individuos frente a un agente que recibió empujones de uno de los atacantes y patadas del otro.”

El parecer de CUERDA ARNAU estima que es más correcto entender que cada uno de los intervinientes es autor de su propio delito, pues el que ejecuten al mismo tiempo no quita el que todos ellos realicen íntegramente la conducta descrita en el tipo, lo que es bien distinto a ejecutar conjuntamente.

⁶²⁸ CUERDA ARNAU: cit. “Los delitos de atentado y resistencia”.

La autora⁶²⁹, en cuanto a los supuestos de participación, destaca en primer lugar la conducta de quien facilita información sobre un sujeto contra el que posteriormente se atenta y que suele darse en los delitos de terrorismo, y así mantiene que “no hay duda de que tal actividad es un acto de cooperación al delito de atentado, que, en la mayoría de las ocasiones, habrá de estimarse incurso en el art. 28 CP. Su calificación como complicidad no necesaria es, a mi juicio, muy discutible cuando, como en la STS de 7 de mayo de 1997 (RA 4026), la referida información incluye, entre otras cosas, la descripción física de la víctima, su domicilio y el modelo, color y matrícula del vehículo utilizado.”

Concluye CUERDA ARNAU significando que estima que la cooperación necesaria “debe calificarse la conducta de quien conduce el coche desde el que, durante la huida, los acompañantes efectúan varios disparos contra los agentes. Esta es la hipótesis enjuiciada por la STS de 27 de octubre de 1993 (RA 7878), en la que acertadamente se argumenta partiendo de la efectiva contribución al hecho de la acusada y dejando parcialmente a un lado las vetustas construcciones que en supuestos de esta naturaleza se contentaban con presumir la existencia de un acuerdo previo o incluso simultáneo, desbordando con ello no sólo los límites de la autoría, sino también los de la participación. Sin embargo, las cosas son distintas en el ejemplo que se analiza. A partir del momento en que los acompañantes realizan el primer disparo y, pese a ello, se continúa la marcha, bien puede

⁶²⁹ CUERDA ARNAU: cit. “Los delitos de atentado y resistencia”.

decirse que sin su actuación el hecho no se hubiera cometido en los términos generales en que se llevó a cabo, por lo que ningún reparo merece la condena recurrida.”

En la misma línea LORENTE VELASCO⁶³⁰ aduce que “resulta censurable la aplicación de la llamada “teoría del acuerdo previo”, en virtud de la cual, se consideran autores quienes planean conjuntamente el hecho, con independencia de cuál sea su posterior intervención material en él. No resulta inadvertida la imprecisión del concepto de “acuerdo” pues es de recibo preguntarse qué se entiende por tal, cuándo debe considerarse que surge, etc. Tanto es así, que en el supuesto de hecho de la resolución de acabamos de transcribir, ni siquiera consta que existiera tal acuerdo, en tanto que parece que el consenso existió en cuanto a la voluntad de huir pero no queda claro que así fuese en el propósito de atentar.”

Sostiene la autora⁶³¹, que “casos como éste no deben conducir a la estimación de la coautoría, pues ello nos parece una interpretación desmedida y atentatoria del principio de legalidad. No puede condenarse como autor de un delito de atentado, quien se limita a conducir el vehículo en el que se encuentra quien dispara, en todo caso, su conducta podría ser condenada como la de un cooperador necesario pues la mera conducción del vehículo no permite imputarle al sujeto la acción de acometer.”

⁶³⁰ LORENTE VELASCO, S.M.: cit. “Delitos de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos y de resistencia y desobediencia.”

⁶³¹ LORENTE VELASCO, S.M.: cit. “Delitos de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos y de resistencia y desobediencia.”

Finalmente apunta LORENTE VELASCO⁶³² “no está de más recordar que la doctrina jurisprudencial se ha encargado de estimar al cómplice como un auxiliar eficaz y consciente de los planes del ejecutor material, participación accidental y no condicionante de carácter secundario –ejemplo STS de 8 de febrero de 1984 (RJ 1984, 732) y de 8 de noviembre de 1986 (RJ 1986, 6822)–. La complicidad exige una duplicidad de elementos:

a) Por un lado el llamado elemento subjetivo, consistente en colaborar en la realización de una infracción criminal

b) Y por otro el elemento objetivo, o participación por medio de un acto anterior o simultáneo en la realización del hecho punible que sea de importancia menor.

En consecuencia, claro queda que la diferencia entre complicidad –artículo 29 CP– y cooperación necesaria –artículo 28.2b CP– radica en que ésta puede considerarse casual – en el sentido de la «conditio sine qua non– porque sin tal cooperación el delito no se hubiera realizado, mientras que la complicidad no es causal y el delito se hubiera realizado igualmente, pero ha sido favorecido o facilitado⁷²⁹⁷²⁹ Para mayor información ver SSTS de 5 abril 1991, núm. 2491/1992, de 13 noviembre y la núm. 711/1993, de 24 marzo.”

En la casuística jurisprudencial encontramos diversos supuestos de autoría y así la Sentencia del Tribunal Supremo⁶³³ de 23 de abril

⁶³² LORENTE VELASCO, S.M.: cit. “Delitos de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos y de resistencia y desobediencia.”

de 2007 refiere que “Los hechos descritos se subsumen sin ninguna dificultad en el delito de atentado apreciado por el Tribunal de instancia ya que los procesados arremetieron con su vehículo contra el vehículo policial, en cuyo interior se encontraban los dos Guardias Civiles. Hubo pues, acometimiento, empleo de fuerza y resistencia activa contra agentes de la autoridad en el ejercicio de sus funciones. El hecho de que no condujera el vehículo no es impedimento para afirmar esa conducta delictiva en el ahora recurrente, ya que los hechos que se declaran probados evidencian un co-dominio de la situación y de la decisión por ambos acusados, acorde con la doctrina de esta Sala sobre el dominio del hecho, en razón a cada aportación, basado en la división del trabajo o de funciones entre los intervinientes, pudiéndose afirmar, por consiguiente, en este caso, un dominio funcional del hecho.”

La Sentencia del Tribunal Supremo⁶³⁴ de 4 de junio de 2000 considera que por esa sola circunstancia no merece el sujeto la calificación de autor, y así sostiene el recurrente que “por aplicación estricta del principio de culpabilidad, nadie debe responder de los actos de otro y, en consecuencia, las circunstancias en que se producen los hechos relativos a la conducción temeraria y al delito de atentado, son acciones repentinas, sobrevenidas en las que no se dan las circunstancias de concierto previo, mutuo concurso o recíproca

⁶³³ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO NÚM. 370/2007, DE 23 DE ABRIL DE 2007 (RJ 2007, 2151).

⁶³⁴ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 4-6-2000, Nº 950/2000, REC. 661/1999-P. PTE: MARTÍN PALLÍN, JOSÉ ANTONIO (EDJ 2000/13854).

colaboración, como sí se daba en las otras acciones conjuntas que le han sido imputadas (sustracción del vehículo de motor y delito de hurto).

Alega que el recurrente no es la persona que no obedeció la orden de parada, limitándose a viajar al lado del conductor y, a la velocidad con que se produjeron los acontecimientos, no podía pedir bajarse del coche o lanzarse a la calzada con grave riesgo de su vida.

2.- Así como resulta indiscutible la coparticipación de este recurrente en el delito de robo de uso del vehículo de motor y en las faltas de hurto, en relación con los delitos de atentado y contra la seguridad del tráfico se debe revisar, como plantea el recurrente, si cabe atribuirle, algún género de coparticipación en estos últimos delitos. El Código penal vigente, en su artículo 28, establece las diversas modalidades de autoría distinguiendo entre la autoría directa o mediata y las que tienen su base en la inducción o en la cooperación necesaria. Descartada la autoría directa y la mediata, sólo podemos valorar si el hecho de ir como ocupante en el asiento contiguo al del conductor, constituye la modalidad de autoría derivada de la inducción o de la cooperación necesaria.

3.- No existe en la sentencia ningún dato de carácter fáctico o complementario de éste, que permita construir una modalidad de participación inductiva sobre la base de una actuación intelectual del recurrente que animara o incitara al acusado que conducía el automóvil, a dirigirlo contra el agente de la autoridad o a escapar de la persecución vulnerando todas las normas y señales de tráfico,

poniendo en serio riesgo la seguridad del tráfico. La resolución recurrida argumenta en un doble sentido, por un lado apunta la existencia de un acuerdo previo simultáneo, y al mismo tiempo imputándole que asiente a su ejecución no oponiéndose, ni realizando ninguna actividad contraria por la que se exteriorice un desacuerdo con los hechos llevados a cabo por el ejecutor material de los mismos. El pacto previo o consenso criminal sólo puede extenderse, en términos razonables, a la sustracción del vehículo de motor y a las acciones contra la propiedad que habían diseñado, pero no puede ampliarse, sin la constancia de otros datos, al hecho de dirigir el automóvil contra el agente de la autoridad o de huir a través de las calles de la ciudad vulnerando las normas reguladoras del tránsito rodado, ya que no entraban en las previsiones iniciales. En un caso como el presente, la decisión de actuar activamente contra determinados bienes jurídicos protegidos que se interponían en su camino hacia la huida, nace del otro acusado que es el que decide, al manejar los mandos, acelerar el vehículo y lanzarlo contra el agente de la autoridad, sin que haya constancia fáctica de que fue incitado por su acompañante y sin que le sea exigible al recurrente y acompañante, una acción impeditiva que supusiese un peligro incluso para su integridad física. En lo que respecta al delito contra la seguridad del tráfico, se ha puesto de relieve por la parte recurrente, que no era posible que se tirase en marcha del coche, con el consiguiente riesgo que ello implicaba, por lo que no cabe atribuirle una coparticipación en un hecho que, en principio y sin otros datos complementarios,

ciertos y contrastados, supongan que el copartícipe animaba o propiciaba la maniobra evasiva.”

En opinión de LORENTE VELASCO⁶³⁵, la inducción “se realiza cuando alguien, mediante un influjo meramente psíquico, pero eficaz y directo, se convierte en la causa que otro u otros resuelvan cometer un delito y efectivamente lo cometan; lo que quiere decir: a) Que la influencia del inductor ha de incidir sobre alguien que previamente no esté decidido a cometer la infracción; b) Que la incitación ha de ser intensa y adecuada, de forma que motive suficientemente al inducido a la perpetración del hecho deseado; c) Que se determine a un ejecutor determinado y a la comisión de un delito concreto; d) Que el inducido realice activamente el tipo delictivo a que ha sido incitado y e) Que el inductor haya actuado con la doble intención de provocar la decisión criminal y de que el delito efectivamente se ejecute.”

En cuanto a la inducción al delito de atentado establece la Sentencia del Tribunal Supremo⁶³⁶ de 12 de mayo de 1992 que “la autoría por inducción que la sentencia de instancia atribuye a los coprocesados Enrique y Gonzalo para el delito de atentado no puede extenderse, como pretende el Ministerio Fiscal, a la detención ilegal, pues tal participación, propia del núm. 2 del art. 14 del Código penal, ha de ser directa y eficaz, en cuanto a la persona y en cuanto al delito.

⁶³⁵ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 4-6-2000, Nº 950/2000, REC. 661/1999-P. PTE: MARTÍN PALLÍN, JOSÉ ANTONIO (EDJ 2000/13854).

⁶³⁶ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 12-5-1992, Nº 1065/1992, REC. 5312/1990. PTE: MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, JOSÉ MANUEL (EDJ 1992/4650).

Esto es, ha de recaer sobre persona determinada y ha de referirse a un delito concreto -Sentencias de 30 de noviembre de 1964 y 2 de diciembre de 1974- señalando la Sentencia de 5 de mayo de 1988 que la denominada inducción se realiza cuando alguien, mediante un influjo meramente psíquico, pero eficaz y directo, se convierte en la causa que otro u otros resuelvan cometer un delito y efectivamente lo cometan; lo que quiere decir:

Primero.- Que la influencia del inductor ha de incidir sobre alguien que previamente no esté decidido a cometer la infracción;

Segundo.- Que la incitación ha de ser intensa y adecuada, de forma que motive suficientemente al inducido a la perpetración del hecho deseado;

Tercero.- Que se determine a un ejecutor determinado y a la comisión de un delito concreto;

Cuarto.- Que el inducido realice activamente el tipo delictivo a que ha sido incitado, y.

Quinto.- Que el inductor haya actuado con la doble intención de provocar la decisión criminal y de que el delito efectivamente se ejecute.

Ha señalado esta Sala que si el desbordamiento de la voluntad del inductor es esencialmente cualitativo, es claro que el instigador no responderá como tal -Sentencias de 24 de junio de 1987 y 16 de noviembre de 1991- Debe estimarse pues el recurso del Ministerio Fiscal, pero limitado tan sólo al autor material Valderrábano, pero no a los inductores Enrique y Gonzalo.”

Para la Sentencia del Tribunal Supremo⁶³⁷ de 4 de junio de 2000 no es autor el copiloto del vehículo con el que se acomete, pudiendo ser sancionado por participación, pues “resulta indiscutible la coparticipación de este recurrente en el delito de robo de uso del vehículo de motor y en las faltas de hurto, en relación con los delitos de atentado y contra la seguridad del tráfico se debe revisar, como plantea el recurrente, si cabe atribuirle, algún género de coparticipación en estos últimos delitos. El Código penal vigente, en su artículo 28, establece las diversas modalidades de autoría distinguiendo entre la autoría directa o mediata y las que tienen su base en la inducción o en la cooperación necesaria. Descartada la autoría directa y la mediata, sólo podemos valorar si el hecho de ir como ocupante en el asiento contiguo al del conductor, constituye la modalidad de autoría derivada de la inducción o de la cooperación necesaria.”

Finalmente, al obrar de común acuerdo existe coautoría en el delito de atentado, y así se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo⁶³⁸ de 13 de abril de 2002, en el sentido que “los acusados obraron conjuntamente y de común acuerdo. Se trata, por lo tanto, de coautores en el sentido del art. 28 CP. Por consiguiente a ambos les es imputable tanto el atentado como la tenencia del arma robada a los policías. La argumentación del recurrente, basada en considerar sola y

⁶³⁷ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 4-6-2000, Nº 950/2000, REC. 661/1999-P. PTE: MARTÍN PALLÍN, JOSÉ ANTONIO (EDJ 2000/13854).

⁶³⁸ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 13-4-2002, Nº 678/2002, REC. 798/2001. PTE: BACIGALUPO ZAPATER, ENRIQUE (EDJ 2002/10013).

aisladamente la acción de sustraer la pistola a uno de los policías, contradice su propia pretensión que sólo se lo condene por robo. Es evidente que al admitir que la violencia del robo -ejercida por el coacusado- se imputa al recurrente, ya no se puede negar que esa misma violencia permite configurar el atentado, a cuya realización éste se sumó.”

III.-CONCURSO DE INFRACCIONES PENALES

Nuevamente, haciendo una breve referencia a la parte general de Derecho penal, concurre el concurso ideal, según JESCHECK⁶³⁹ “cuando el autor, a través de la misma acción, infringe varias normas penales o una misma repetidas veces. Por tanto, el presupuesto del concurso ideal es doble: por un lado debe concurrir unidad de acción y, por otro, a través de la acción tiene que haber tenido lugar una pluralidad de infracciones legales.”

Asimismo para el autor⁶⁴⁰ cabe diferenciar entre concurso ideal homogéneo, en el que cabe la aplicabilidad de distintas normas penales.

En cuanto al concurso ideal heterogéneo la misma norma penal ha de resultar varias veces aplicable.

Para JESCHECK⁶⁴¹ “un hecho, aun cuando infrinja varias normas penales o la misma múltiples veces, tiene que valorarse con un contenido de culpabilidad inferior al de una pluralidad de hechos; no obstante, deben ser considerados la totalidad de puntos de vista jurídicos que sean correctamente aplicables.”

⁶³⁹ H.H-WEIGEND JESCHECK, T.W.: “Tratado de Derecho Penal. Parte General”, Traducción por Miguel Olmedo Cardenete, Granada 2002, cit. págs. 773-774.

⁶⁴⁰ H.H-WEIGEND JESCHECK, T.W.: “Tratado de Derecho Penal. Parte General”, Traducción por Miguel Olmedo Cardenete, Granada 2002, cit. pág.774.

⁶⁴¹ H.H-WEIGEND JESCHECK, T.W.: “Tratado de Derecho Penal. Parte General”, Traducción por Miguel Olmedo Cardenete, Granada 2002, cit. pág.774.

Y así refiere el autor, que para explicar la naturaleza del concurso ideal se han formulado dos teorías. La teoría de la unidad entiende que, al concurrir únicamente una acción en el concurso ideal, en este sólo existe también un único delito, aunque se apliquen varios tipos penales.

En cuanto a la teoría de la pluralidad subraya, en cambio, que la infracción de varias normas penales ha de conducir a la estimación de varios hechos punibles, aunque externamente concorra sólo una acción.

Concluye JESCHECK⁶⁴² que “la discusión teórica afecta a una cuestión que carece de significado práctico. No es más que una discusión terminológica pues, en definitiva, que existe unidad en entender que sólo existe *una* acción sobre la que se aplican *varias* normas penales por vía de la combinación de marcos punitivos.”

En cuanto al concurso real, existe según JESCHECK⁶⁴³ en contrapartida al concurso ideal, concurriendo éste cuando el autor ha cometido varios delitos autónomos que son enjuiciados en un mismo proceso penal. Para el autor, el “presupuesto de esta concurrencia es, por un lado, la existencia de varias acciones y, por otro, la posibilidad de su enjuiciamiento conjunto.”

Para JESCHECK no toda pluralidad de acciones conduce a las reglas de determinación de la pena propias del concurso real, y así

⁶⁴² H.H-WEIGEND JESCHECK, T.W.: “Tratado de Derecho Penal. Parte General”, Traducción por Miguel Olmedo Cardenete, Granada 2002, cit. pág.774.

⁶⁴³ H.H-WEIGEND JESCHECK, T.W.: “Tratado de Derecho Penal. Parte General”, Traducción por Miguel Olmedo Cardenete, Granada 2002, cit. págs. 782-783.

señala que “puede suceder que tal pluralidad de acciones tenga que ser considerada como un supuesto de concurso de normas (consunción) y, por ello, no estar sometido a los artículos 53 ss; también puede ocurrir que esté ausente la posibilidad del enjuiciamiento conjunto a través de un único proceso.”

Así el autor sostiene que al igual que en el concurso ideal, en el real también se distingue entre casos de concurso homogéneo y heterogéneo, en cuanto al primero de ellos supone que el autor ha cometido varias veces el mismo hecho punible, mientras que en el segundo, es decir, en el heterogéneo surge cuando se dan cita distintos tipos de delito.

Finalmente resalta JESCHECK⁶⁴⁴ que al igual que sucede en el concurso ideal, en el real cabe distinguir los supuestos de concurrencia heterogénea y homogénea, siendo la primera cuando el autor comete el mismo delito varias veces y la segunda cuando concurren distintos tipos penales.

El Texto punitivo español regula estos concursos en los artículos 73 y 76⁶⁴⁵.

⁶⁴⁴ H.H-WEIGEND JESCHECK, T.W.: “Tratado de Derecho Penal. Parte General”, Traducción por Miguel Olmedo Cardenete, Granada 2002, cit. pág.783.

⁶⁴⁵ LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE DEL CÓDIGO PENAL:

“Artículo 73

Al responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas.

Artículo 76

En cuanto al llamado concurso medial, lo encontramos tipificado en el artículo 77 del Código penal⁶⁴⁶, y así COBO DEL ROSAL⁶⁴⁷ significa que la doctrina ha discutido entorno a cuando un solo hecho sea medio necesario para cometer la otra (infracción) constituye un caso de concurso ideal o concurso real, estudiando para ello la relación de medio a fin.

Para el autor, “a favor del primer término de la alternativa, se han alegado razones literales y materiales y, de esta forma el concurso

1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de 20 años. Excepcionalmente, este límite máximo será:

- a) De 25 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión de hasta 20 años.
- b) De 30 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años.
- c) De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, dos de ellos estén castigados por la ley con pena de prisión superior a 20 años.
- d) De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años.

2. La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión o el momento de su comisión, pudieran haberse enjuiciado en uno sólo.”

⁶⁴⁶LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE DEL CÓDIGO PENAL:

Artículo 77

1. Lo dispuesto en los dos artículos anteriores, no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más infracciones, o cuando una de ellas sea medio necesario para cometer la otra.
2. En estos casos se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones.
3. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado.”

⁶⁴⁷ COBO DEL ROSAL, M / VIVES ANTÓN, TOMÁS S.: “Derecho Penal Parte General”; cit. pág. 698.

medial no sería sino una especie de concurso ideal. Según este primer grupo de autores ésta sería la única solución congruente desde el punto de vista material, pues de lo contrario la realización de un delito para cometer otro independiente produciría una atenuación penológica sólo justificable si se entiende que el hecho es unitario.”

Para COBO DEL ROSAL⁶⁴⁸ “el entendimiento de la relación medio necesario-fin, como supuesto de unidad de hecho, no carece de precedentes doctrinales. Pero, en el seno del Código vigente no parece que pueda admitirse. Desde un punto de vista literal, el texto establece dos supuestos: que “un solo hecho constituya dos o más infracciones” o que “una de ellas sea medio necesario para cometer la otra”. Si este segundo caso exigiese también la unidad de hecho, su mención habría resultado absolutamente superflua. Una interpretación que priva de utilidad y sentido a un fragmento de la proposición normativa, debe *prima facie*, rechazarse como contraria al principio de vigencia. Tampoco son convincentes las razones materiales aducidas a favor de la interpretación que se discute, pues no se trata en el artículo 77, de que una ulterior finalidad delictiva atenúe la pena de una infracción, sino que de la dirección final de la voluntad, en un sentido único (cuya realización pasa por el empleo de los medios necesarios para llevarlo a cabo), da lugar a una consideración unitaria del actuar a efectos penológicos, conclusión que podrá discutirse, pero que responde a las

⁶⁴⁸ COBO DEL ROSAL, M / VIVES ANTÓN, TOMÁS S.: “Derecho Penal Parte General”; cit. pág. 698.

concepciones mayoritarias de la doctrina penal, plasmada en el texto del Código.”

En este sentido y compartiendo la misma opinión que la doctrina mayoritaria entre la que es de destacar a COBO DEL ROSAL, el párrafo segundo del artículo 77 del Texto punitivo, establece dos requisitos objetivamente distintos, unidos ambos por una relación medio necesario a fin, tratándose por tanto de una situación de concurso real equiparable a la del concurso ideal.

Recordemos que cuando estudiábamos el bien jurídico protegido en el delito de atentado en capítulos anteriores, observábamos como el mismo poseía una naturaleza supraindividual traducida en el hecho de que una sola actitud agresiva frente a varios funcionarios, autoridades o agentes de la misma, no dé lugar a tantos atentados como sujetos portadores del bien jurídico resulten agredidos, sino a una sola infracción que recae sobre esa acción, pues el bien jurídico en el delito de atentado es uno y único, esto es, el orden público, aunque sean varias las autoridades, los agentes de ésta o los funcionarios sobre los que recae el delito de atentado.

Es por ello que en el supuesto en que el autor, como consecuencia en la ejecución de la acción del delito de atentado, lesiona otro bien jurídico distinto, deberá apreciarse el correspondiente concurso de delitos en sus modalidades de ideal, real o medial, pues el contenido del injusto de estos tipos penales no incorpora la lesión o puesta en peligro de otros bienes jurídicos

distintos como puedan ser la vida o la integridad física, pues el bien jurídico tutelado por la norma es el orden público-social.

En esta línea argumental, apunta ROIG TORRES⁶⁴⁹ que “de acuerdo con esta configuración, hemos de afirmar que si el autor llega a golpear al funcionario, causándole lesión, se debe de apreciar un concurso ideal entre el atentado y la correspondiente infracción contra la integridad física (delito o falta de lesiones).”

Para la autora si la acción no alcanza al sujeto pasivo, se ha de vetar la posibilidad que en el delito de atentado pueda apreciarse una tentativa de lesiones, “toda vez que el conato de agresión realizado con un móvil lesivo es, justamente lo que da lugar al acometimiento constitutivo de atentado (intención que como vimos, diferencia a esta forma comisiva de la resistencia y del uso de la fuerza)), sancionándose con una pena sustancialmente mayor que la tentativa de lesiones por la condición pública del agraviado. Por lo tanto pueden traerse a colación las reglas del concurso de leyes, entendiendo que el desvalor constituido por el peligro para la integridad corporal queda consumido en el atentado, como modalidad de ofensa al principio de autoridad.”

Y así la Sentencia del Tribunal Supremo⁶⁵⁰ de fecha 28 de febrero de 1998, establece que “el quinto motivo se ampara en lo establecido en el art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por

⁶⁴⁹ ROIG TORRES, MARGARITA: “El Delito de Atentado”, cit. págs. 213-214.

⁶⁵⁰ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 28-2-1998, Nº 258/1998, REC. 1707/1997-. PTE: MARTÍN PALLÍN, JOSÉ ANTONIO (EDJ 1998/773).

estimar que se ha aplicado indebidamente el art. 557 del nuevo Código penal.

1.- Sostiene que no se cumple uno de los elementos constitutivos del delito de desordenes públicos, puesto que tal y como recoge la propia sentencia, es absolutamente necesario que las alteraciones del orden público se produzcan causando lesiones a las personas, produciendo daños en las propiedades, obstaculizando las vías públicas o invadiendo instalaciones o edificios. En su opinión no se ha producido ninguno de estos resultados.

Menciona en su apoyo, la jurisprudencia de esta Sala en la que, según su opinión, el delito de desordenes públicos es una figura delictiva de carácter defectivo o residual, en perfecta armonía con lo dispuesto en el artículo 8.4 del nuevo Código penal, por lo que no se aplicará el artículo 557 cuando a los hechos perpetrados corresponda una sanción más grave de conformidad con los preceptos de dicho cuerpo legal. Estima que esta circunstancia concurre en los supuestos de autos dado que el delito de atentado está sancionado con pena más grave.

2.- En el hecho probado se dice que llegaron a producirse diversos incidentes en el casco viejo de la ciudad, en el transcurso de los cuales grupos de encapuchados procedieron a cruzar vehículos para interrumpir el tráfico, prendieron fuego a un autobús y lanzaron cócteles molotov y piedras contra Agentes de la Ertzaintza. Se declara además que se produjeron daños en diversos vehículos y en otra serie de bienes, resultando además herida una viandante.

Al llegar la policía observa la presencia de seis encapuchados, entre los que se encontraba el acusado, al que se le imputa, además, el haber prendido fuego a la botella que portaba y haberla lanzado contra los Agentes.

3.- El delito de desordenes públicos puede ser considerado como una infracción plurisubjetiva es decir, actuación en grupo, que produce como resultado la alteración del orden público a consecuencia de la utilización de medios determinados. Al mismo tiempo, exige un elemento interno de carácter finalista como es el de atentar contra la paz pública. En el hecho concreto, está acreditado que se produjo una intervención o actuación en grupo y que el recurrente formaba parte del mismo. Como ha señalado la doctrina y una reiterada jurisprudencia de esta Sala para que exista el elemento plurisubjetivo o la existencia del grupo no es necesaria la concurrencia de una cierta estructuración asociativa entre los participantes, basta con que haya un acuerdo, aunque sea improvisado y súbito, que obedezca a la finalidad de atentar contra la paz pública.

La producción de un resultado como consecuencia de las conductas adoptadas por los componentes del grupo es un elemento imprescindible del tipo que, en el caso presente, concurre de forma palmaria como pone de manifiesto el contenido del hecho probado que hemos transcrito en el apartado anterior. Para que se dé el hecho delictivo no es necesario agotar la producción de todos los resultados previstos en el tipo siendo suficiente con que se produzcan o alcancen alguno de ellos. El elemento interno de carácter finalista existe

también en el caso presente ya que no se puede justificar la actuación por otra motivación distinta, que no sea la de conseguir alterar la paz pública.

Los problemas concursales, se derivan de la propia naturaleza del delito de desordenes públicos y de la referencia final que el tipo delictivo hace a las penas que puedan corresponder conforme a otros preceptos de este Código. En el caso presente no se trata de concurrencia con los delitos de lesiones, daños o invasión de instalaciones o edificios, sino con los delitos de atentado y tenencia de explosivos que tienen la suficiente autonomía típica como para considerarlos aisladamente y como parte de un concurso real.”

CUERDA ARNAU⁶⁵¹ mantiene que no se discute que el contenido de injusto de estos delitos no incorpora la lesión o puesta en peligro de la vida o integridad de los sujetos sobre los que se dirige la acción, por lo que en tales casos habrá de acudir al concurso de delitos.

Por otra parte, refiere la autora que la doctrina mayoritaria alcanza a la conclusión de que se trata de un concurso ideal, y así se aprecia esta clase de concurso entre atentado y homicidio o asesinato, así como entre ese mismo tipo y las respectivas figuras de lesiones, incluidas las constitutivas de una simple falta.

Para CUERDA ARNAU⁶⁵² “la cosa se complica cuando nos enfrentamos a un resultado lesivo que afecta a varios sujetos pasivos y

⁶⁵¹ CUERDA ARNAU: cit. “Los delitos de atentado y resistencia”.

hay que decidir si todos ellos se integran en un concurso ideal o si, por el contrario, esos otros resultados han de sujetarse a las reglas del concurso real, sin perjuicio de que uno de ellos sirva para construir el respectivo concurso ideal con el delito de atentado. Tal sería el caso, por ejemplo, de quien arroja un explosivo a la furgoneta en que viajan varios policías. La cuestión planteada reviste una complejidad de todos conocida y trasciende los límites de este trabajo, por lo que basta con hacer constar que la solución que decida dársele dependerá de la posición que se mantenga en relación con la polémica expresión «unidad de hecho». Como es sabido, entenderán que las diversas muertes deben ser tratadas como un supuesto de concurso real quienes entienden que el término hecho remite al momento ejecutivo, al causal y al efectual, por lo que rechazan la posibilidad conceptual de admitir el denominado concurso ideal homogéneo. Por el contrario, abogarán por la solución contraria quienes rechazan que la pluralidad de resultados afecte a la unidad de hecho e interpretan esta expresión como equivalente a acción, siendo mayoritaria la opinión que se contenta con la identidad parcial de los actos ejecutivos que están a la base de las correspondientes infracciones para hablar de identidad de acción.”

En todo caso, y como apuntaban JESCHECK o COBO DEL ROSAL respecto de la unidad de hecho, la jurisprudencia viene manteniendo que la unidad de hecho viene determinada por la unidad de acción y ésta, a su vez, por el contenido del acto de voluntad, de

⁶⁵² CUERDA ARNAU: cit. “Los delitos de atentado y resistencia”.

manera que sólo habrá concurso real cuando los diferentes resultados acaecidos hayan sido directamente buscados por el sujeto, con independencia, de que para lograrlos haya optado por efectuar varios disparos o por lanzar una bomba contra sus víctimas.

En esta línea CUERDA ARNAU⁶⁵³ apunta que cuando el autor actúa con dolo eventual, estaríamos ante hipótesis de concurso ideal por entenderse que en tales casos la voluntad afecta directa y fundamentalmente a la acción pero no al resultado.

Precisamente respecto de la unidad de acción la Sentencia del Tribunal Supremo⁶⁵⁴ de 11 de junio de 1997 resuelve que “la conducta de quien lanzó un explosivo a una furgoneta de la Ertzantza causando graves lesiones a sus ocupantes, y así señala que Llegados a este punto, es menester afrontar el tema relativo al tipo de concurso que debe estimarse en el presente caso, al haber resultado gravemente lesionados cinco agentes que iban en el interior de la furgoneta de la Policía Autónoma Vasca. El Tribunal de instancia se ha decantado por el concurso ideal, en tanto que --como hemos visto-- el Ministerio Fiscal entiende que debe apreciarse la existencia de un concurso real, por estimar que los acusados han dirigido su actuación dolosa a la causación de varios resultados típicos materiales que efectivamente se han producido. El concurso ideal --destaca el Ministerio Fiscal-- deberá apreciarse entre el asesinato y el atentado.

⁶⁵³ CUERDA ARNAU: cit. “Los delitos de atentado y resistencia”.

⁶⁵⁴ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 11-6-1997, Nº 861/1997, REC. 913/1996-P. PTE: PUERTA LUIS, LUIS ROMÁN (EDJ 1997/3943).

Concorre el denominado concurso ideal cuando un solo hecho constituya dos o más delitos (art. 71 C. Penal de 1973). Ha de reconocerse que no es cuestión pacífica en la doctrina ni en la jurisprudencia la relativa al tipo de concurso que debe apreciarse cuando la conducta enjuiciada produce varios resultados, especialmente cuando del concurso ideal "homogéneo" se trata, es decir, cuando cabe apreciar la violación reiterada del mismo tipo penal. El Ministerio Fiscal defiende la existencia en tales casos de un concurso real "cuando ... los sujetos dirigen su actuación dolosa a la causación de varios resultados típicos materiales que efectivamente se producen", "puesto que la unidad de hecho descrita por el tipo de resultado doloso se define en función de la causación (dolosa) de un resultado, ...", y cita como ejemplo de sentencias que han aceptado dicha tesis las de los llamados "caso Amedo", "caso de los Abogados de Atocha" y el "caso Hipercor".

En principio, la base del concurso ideal la constituye la identidad del hecho y, en definitiva, la unidad de acción. La dificultad de precisar en múltiples casos cuándo estamos en presencia de una o de varias acciones hace que la frontera entre el concurso ideal y el real sea también difícil de determinar. De todos modos, como se dice en la sentencia de 23 de abril de 1992 ("caso de la Colza"), "partiendo del carácter personal de lo ilícito penal, es evidente que la pena se dirige contra la acción y no contra el resultado. La norma sólo puede ser vulnerada por la acción y, consecuentemente, no se justifica en modo alguno que en los delitos dolosos se considere que la unidad o

pluralidad de hechos dependa de los resultados producidos, ..." (F.J. 17 b). Cosa distinta, por tanto, es que esos resultados fueran directamente queridos por el sujeto.

Si la unidad de acción viene determinada, en último término, por el acto de voluntad y no por los resultados, habrá que determinar en cada caso cuál es el contenido del acto de voluntad del sujeto, pues si éste pretende alcanzar con su acción la totalidad de los resultados producidos --es decir, si el mismo actúa con "dolo directo"-- y dichos resultados constituyen la lesión de otros tantos bienes jurídicos protegidos, habrá que concluir que en tal supuesto, tanto desde el punto de la antijuricidad como desde el punto de vista de la culpabilidad, estaremos en presencia de "varios hechos" punibles en concurso real. Así, tratándose de la causación de la muerte de varias personas, directamente buscada por el homicida, su conducta deberá considerarse constitutiva de otros tantos delitos de homicidio, con independencia de que para lograrlo haya optado por efectuar varios disparos con un arma de fuego o haya hecho explotar una bomba. Por el contrario, cuando la voluntad del sujeto afecte directa y fundamentalmente a la acción, más no al resultado --previsto pero no directamente perseguido--, es decir, cuando se actúa con "dolo eventual" --como sucede en el caso de autos-- estaremos en presencia de un verdadero concurso ideal. En tal caso, existirá unidad de acción y diversidad de resultados penalmente típicos que deberán castigarse conforme a las reglas de dicho concurso.

De cuanto queda dicho, es preciso concluir que en la conducta de los acusados debe apreciarse un "ánimo homicida", en la modalidad de "dolo eventual" que impide la estimación de la agravante de "alevosía" cualificativa del asesinato y del "concurso real de delitos", por las razones anteriormente expuestas. En este sentido, pues, los hechos objeto de la presente causa son constitutivos de cinco delitos de homicidio, en grado de tentativa (agotada), en concurso ideal, de los artículos 138, 16.1, 62 y 77 del Código penal vigente, conforme estima el Ministerio Fiscal en el segundo de los motivos de su recurso, habida cuenta de que en el nuevo Código penal (v. art. 2.2 del mismo y art. 9.3 C.E.) ha desaparecido las agravantes de ejecutar el hecho por medio de incendio --que, por lo demás, únicamente podría apreciarse como circunstancia agravante cualificativa del asesinato en el supuesto de concurrir "dolo directo" en la conducta enjuiciada-- y de obrar con premeditación conocida (v. art. 10.3ª y 6ª, y art. 406.3º y 4º del C.P. de 1973), tanto en su significación de circunstancias genéricas (art. 22), como en la de agravantes cualificativas del delito de asesinato (art. 139).”

Interesante resulta la postura de ROIG TORRES⁶⁵⁵ cuando afirma que “el uso de la violencia menor contra un funcionario queda consumido en el atentado, como forma de ofensa a la autoridad, debiéndose apreciar un concurso ideal con el delito o falta de lesiones cuando rebasa esa virulencia mínima ocasionando una lesión”, por tanto ello podría dar lugar a un concurso de normas que se resolvería

⁶⁵⁵ ROIG TORRES, MARGARITA: “El Delito de Atentado”, cit. pág. 215.

por el criterio de la consunción y así la Sentencia del Tribunal Supremo⁶⁵⁶ de fecha 13 de febrero de 1992, establece que “el primero de los motivos se interpone al amparo del núm. 1.º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y denuncia la infracción de lo dispuesto en los arts. 231.2 y 236 del Código penal art.231.2 art.236, y la procedencia de desestimar el motivo procede por la simple lectura del relato fáctico de la sentencia recurrida de la que aparece perfectamente descrito un acto de acometimiento como son las "patadas y puñetazos" o de empleo de fuerza física que constituye el elemento objetivo característico del delito de atentado y que excede de los actos de mera resistencia o desobediencia a los que se refiere el art. 237 del Código penal.”

En otro orden de cosas y, en relación al concurso medial regulado en el artículo 77 del Texto punitivo, la Sentencia del Tribunal Supremo⁶⁵⁷ de 4 de junio de 2000 significa que “El segundo motivo, también por el recurrente, se ampara en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por estimar que se ha vulnerado el artículo 77 del Código penal, por inaplicación al caso presente.

1.- Sostiene la parte recurrente que la acción de huir con el vehículo es una acción conexa con la de no obedecer la orden de parada y conducir a gran velocidad, concatenadas ambas, con unidad de propósito, para conseguir el fin último: el lograr no ser detenidos.

⁶⁵⁶ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 13-2-1992, REC. 6799/1989. PTE: GARCÍA MIGUEL, MANUEL (EDJ 1992/1338).

⁶⁵⁷ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 4-6-2000, Nº 950/2000, REC. 661/1999-P. PTE: MARTÍN PALLÍN, JOSÉ ANTONIO (EDJ 2000/13854).

Añade que al encontrarnos ante una unidad de acción, procede aplicar las normas del concurso de delitos contenida en el artículo 77 del Código penal, al ser el delito de conducción temeraria el medio para cometer el de desobediencia por lo que procedería corregir la pena impuesta.

2.- El artículo 77 del Código penal contempla dos posibilidades diferentes, para conseguir una unidad punitiva en los casos en que un sólo hecho constituya dos o más infracciones o cuando una de ellas sea medio necesario para cometer la otra. En los casos de unidad naturalística de la acción, se descomponga en un efecto pluriofensivo, nos encontramos ante un sólo hecho o comportamiento que recibe dogmáticamente la denominación de concurso ideal. Pero también se contempla, en el precepto citado, la posibilidad de la existencia de una dualidad o pluralidad de acciones que están concatenadas de manera que una de las conductas delictivas, se constituye en medio necesario para cometer otra diferente pero íntimamente relacionada. En estos casos se contempla la posibilidad de concentrar la pena sobre la infracción que sea reputada más grave en función de la pena prevista por la ley, salvo que este mecanismo nos lleve a una pena de más duración que la que resultaría de penar ambas infracciones por separado.

3.- En el caso presente nos encontramos ante un supuesto en el que inequívocamente existe una dualidad de acciones (conducción temeraria y atentado), netamente diferenciadas en cuanto a su realización material y bienes jurídicos protegidos y lo que pretende la

parte recurrente es que se declare la existencia de un concurso medial al considerar la conducción temeraria como un medio instrumental en cuyo marco se comete también el delito de atentado. En los casos de concurso medial, a diferencia del concurso ideal, no se produce la confluencia de leyes sobre un mismo hecho, sino la diversidad de preceptos penales vulnerados que pueden merecer un reproche unitario desplazando el más grave al de menor intensidad punitiva.

Lo esencial de la conexión delictiva radica en la exigencia de una relación o enlace medial entre las infracciones, de tal manera que una de ellas sea medio necesario para cometer la otra. Si no concurre esta necesidad o ineludibilidad de la comunicación o anclaje entre uno y otro delito, nos encontraremos ante un concurso real, que nos lleva a penar separadamente ambas infracciones. Es evidente que la conducción temeraria tenía como finalidad o propósito de huir de la acción de la policía que pretendía detenerles, pero el comportamiento coetáneo o posterior de dirigir el automóvil con la intención de arrollar al agente de la autoridad, es perfectamente escindible y separable del anterior, por lo que no se produce la absorción punitiva que pretende la parte recurrente.”

Cuando son varios los sujetos pasivos de la acción, la cuestión queda zanjada por el Tribunal Supremo en Sentencia⁶⁵⁸ de 20 de marzo de 1998 sentando que “el motivo se ha de rechazar porque a la vista de cuanto antecede en el supuesto de ahora los delitos asumidos

⁶⁵⁸ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 20-3-1998, Nº 434/1998, REC. 931/1997-P. PTE: VEGA RUIZ, JOSÉ AUGUSTO DE (EDJ 1998/1297).

por la Audiencia se apoyan estrictamente en los hechos señalados por las acusaciones y objeto de prueba, así como también en los pronunciamientos jurídicos de las mismas, sin que se hayan incluido delitos nuevos, delitos o penas más gravemente considerados o consideradas. El acusado conoció todo cuanto en su contra se ejercitaba desde el primer momento, pudiendo pues alegar lo que a su derecho convenía. Fue en consecuencia informado de las acusaciones sin causación alguna de indefensión.

Si se analizan, ya de manera concreta, las peticiones jurídicas de las acusaciones, especialmente la acusación particular, se observa que la resolución pronunciada se encuentra acogida dentro de los límites con que aquellas se pronuncian. La acusación particular habla de hasta tres delitos de atentado en concurso ideal con las lesiones. En relación a las infracciones aquí afectadas por este motivo, tal acusación se refiere primero a un delito de atentado en concurso ideal con dos delitos de lesiones, para después solicitar la pena de cinco años de prisión por cada uno de los delitos de atentado en concurso con los de lesiones, aunque a continuación incluya también un tercer delito de atentado y lesiones para otro supuesto fáctico distinto, lo que abunda en la complejidad, por no decir confusión, con que unos y otros se han pronunciado aquí.

Las partes definen sus posturas en relación al atentado de los artículos 550, 550.1 y 552.1 , este por lo que se refiere al subtipo agravado (pena de 3 a 4 años y medio de prisión), a las lesiones de los artículos 147,1 y 148.1 , el último en relación al subtipo agravado

(penas de hasta cinco años y hasta seis años de prisión, respectivamente), todo ello enmarcado en el artículo 77 del Código. Lo que antecede sirve ya de antecedente para comprender las penas, ciertamente benévolas, impuestas ahora, dos penas, por el concurso ideal de los delitos de atentado a Agentes de la Autoridad y lesiones.”

En referencia a la continuidad delictiva, la sentencia⁶⁵⁹ anteriormente citada, establece que “el cuarto motivo denuncia, ya en la infracción de Ley del artículo 849.1 procesal, la inaplicación indebida del artículo 74.1 del Código penal que obligaría a tener en cuenta aquí la figura del delito continuado.

Su especificación, decía la Sentencia de 4 de julio de 1991, requiere la concurrencia de una serie de requisitos:

a) Pluralidad de hechos, ontológicamente diferenciables, que no hayan sido sometidos al enjuiciamiento y sanción por parte del órgano judicial, pendientes pues de resolver en el mismo proceso.

b) Dolo unitario, no renovado, con un planteamiento único que implica la unidad de resolución y de propósito criminal. Se trata de un dolo global o de conjunto como consecuencia de la unidad de designio. Requiere, en definitiva, como una especie de culpabilidad homogénea, una trama preparada con carácter previo, programada para la realización de varios hechos delictivos, aunque puedan dejarse los detalles concretos de su realización para precisarlos después, conforme surja la oportunidad de ejecutarlos, siempre sin embargo

⁶⁵⁹ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 20-3-1998, Nº 434/1998, REC. 931/1997-P. PTE: VEGA RUIZ, JOSÉ AUGUSTO DE (EDJ 1998/1297).

con la existencia de elementos comunes que pongan de manifiesto la realidad de esa ideación global. Es, en suma, el elemento básico y fundamental del delito del artículo 69 bis, que puede ser igualmente un dolo continuado cuando la conducta responda al aprovechamiento de idéntica ocasión.

c) Unidad de precepto penal violado o, al menos, de preceptos semejantes y análogos, es decir, una especie de "semejanza del tipo" se ha dicho.

d) Homogeneidad en el "modus operandi", lo que significa la uniformidad entre las técnicas operativas desplegadas o las modalidades delictivas puestas a contribución del fin ilícito.

e) Identidad de sujeto activo en tanto que el dolo unitario requiere un mismo portador, lo que no es óbice para la posible implicación de terceros colaboradores, cuyas cooperaciones limitadas y singulares quedarían naturalmente fuera del juego de la continuidad.

Negativamente ha de tenerse presente:

a) Que no es necesaria la identidad de sujetos pasivos.

b) Que los bienes jurídicos atacados no han de ser acentuadamente personales, pues la incidencia en bienes tan enraizados o inherentes al ser humano, primariamente insertados en la persona, dificultaría el propósito unificador y aglutinador de las distintas acciones.

c) Que no es precisa tampoco la unidad espacial y temporal, aunque sin un distanciamiento temporal disgregador que las haga aparecer ajenas y desentendidas las unas de las otras, problema que

habrá de ser examinado racional y lógicamente en cada supuesto de caso concreto (Sentencias de 9 de junio de 1986 y 14 de diciembre de 1990, entre otras muchas). El delito continuado precisa a este respecto que, por encima del tiempo, haya una ligazón o causa común, aunque se diluya la unidad temporal.

OCTAVO.- Conforme a ésta doctrina evidentemente los delitos de atentado han de considerarse como continuados. Ahora bien, de acuerdo con lo que se establece en el tercer párrafo del precepto, no procede la continuidad respecto de los delitos que supongan ofensa a bienes eminentemente personales, así las lesiones, tal y como entre otras se afirma en las Sentencias de 26 de abril de 1994 y 14 de junio de 1993. Lo que ocurre es que aquí las lesiones no entran en esa continuidad del atentado.

En el presente caso y a la vista de lo expuesto, el delito continuado de atentado ha de entrar pues en relación con dos delitos de lesiones a través evidentemente del artículo 77, ya que la jurisprudencia considera que en el concurso ideal propio entra no solo el caso de que el acto único produzca un único resultado pero varias violaciones jurídicas, sino también aquel otro en que un mismo acto produzca varios resultados, ya homogéneos, ya heterogéneos (Sentencia de 8 de marzo de 1982), como para el atentado y las lesiones señalaron las Sentencias de 20 de septiembre de 1985 y 6 de diciembre de 1969.

En ese sentido debe estimarse el motivo, que de otro lado no afecta a las restantes infracciones a las que en ningún caso puede

absorber el atentado, a través del citado artículo. Cuando la actividad criminal se va sucediendo, produciendo varios delitos independientes unos de otros, aunque sean correlativos, no procede aplicar el repetido artículo 77.”

En conclusión, he de recordar que la jurisprudencia viene manteniendo que si el autor llega a producir un resultado lesivo, el mismo entra en concurso con el delito de atentado (Sentencia del Tribunal Supremo N° 256/2004), penándose por separado (Sentencia del Tribunal Supremo N° 589/2006).

En cuanto al concurso de leyes, para la jurisprudencia el delito de atentado es de mayor gravedad que el tipo recogido en el art. 556 CP coincidiendo con éste en la finalidad incriminatoria, ámbito y naturaleza jurídica y diferenciándose en la amplitud del sujeto pasivo (STS N° 370/2003 y STS N° 670/2002), y por exigir el atentado una conducta, además de activa, grave (STS N° 1755/2002).

Recordar también que el delito de atentado no es homogéneo con las amenazas por ser el bien jurídico del atentado de naturaleza supraindividual (STS N° 1183/2001).

Según referida jurisprudencia se absorbe en la detención ilegal y quebrantamiento de condena con violencia (STS N° 206/1998).

Encontramos también casuística en la que se aprecia un concurso real de delitos entre el delito de detención ilegal (STS N° 1341/2001) y el delito de robo (STS N°1730/1999).

Asimismo, existe casuística jurisprudencial en atención a apreciar el concurso ideal con el delito de desórdenes públicos al ser

distintos los bienes jurídicos (STS N° 1792/2002); con el resultado del acometimiento (SSTS N° 614/2006; N° 497/2006; N° 708/2005; N° 1427/2004; N° 2143/2002 y N° 72/2002); con el robo, cuando la fuerza es la empleada contra el agente (SSTS N° 678/2002 y N° 2188/2001), y si hay varios sujetos pasivos puede darse unidad natural o pluralidad de acciones en concurso ideal (STS N° 72/2002), aunque medien diferentes movimientos corporales (STS N° 1437/2000). Pero si son varias las conductas el concurso es real (STS 1672/1999).

Afirma referida jurisprudencia que no cabe el delito continuado (STS N° 1779/1993).

Finalmente apuntar que esta jurisprudencia mantiene que existe un único delito de atentado en dos secuencias: la primera, cuando se dirige el vehículo de forma clara y a toda velocidad contra el Policía, intentando atropellarlo, y la segunda, cuando, tras detener el vehículo, se enfrente al Agente, causándole lesiones y daños (STS N° 238/2006).

CAPÍTULO OCTAVO.- CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO DE ATENTADO

I.- EL FUNDAMENTO DE LA PENA EN ESTE DELITO

Apuntando nuevamente a la parte general del Derecho penal como introducción de este epígrafe en referencia a la pena, según GARCÍA BENITEZ⁶⁶⁰ “a cada estadio de la humanidad le corresponden determinados delitos y sus consiguientes penas, puesto que unos y otras viene condicionados por la situación en que se encuentra el hombre en la sociedad.

El fin señalado para la pena no ha sido visto siempre con igual generalidad, existiendo diversas doctrinas o escuelas. No obstante, como veremos en este trabajo, se ha impuesto la idea durante mucho tiempo, de que la pena debía servir a dos fines. Por un lado, a la expiación de la culpa para el criminal o retribución por el daño social causado y, por otro, la intimidación del resto de los ciudadanos por el temor que causa la sanción.

La pena es la primera y principal consecuencia jurídica del delito. Es un instrumento de control del Estado quedando reflejadas las diferencias profundas que separan las diversas concepciones sobre el poder y sus modus operandi. El concepto de pena procede del latín *poena* que equivale a dolor, fatiga o sufrimiento que purifica una

⁶⁶⁰ GARCÍA BENÍTEZ, ANTONIO: “Los orígenes de la pena”, Sevilla 2009, págs. 7-8.

acción mala. El término pena ha de estar en relación con el concepto de Derecho, pues aquélla es algo encaminado a mantener efectivo el orden jurídico cuando este ha sido violado. Por ello, la inviolabilidad de del Derecho trae como consecuencia la represión de las transgresiones del mismo, imponiendo al trasgresor la sanción que el mismo Derecho señala para estas transgresiones.

La sanción ha de ser impuesta por el órgano adecuado para ello, haciendo de la trasgresión, en un momento histórico determinado, un delito, del trasgresor, un delincuente, de la sanción, un castigo y el órgano adecuado, fuente del poder público. Así, pues, todo lo que pueda constituir un castigo, dolor o sufrimiento, puede ser contenido de la pena, entendida en todo contexto social, como adecuada para la restauración del Derecho en esa sociedad determinada.”

Para HOBBS⁶⁶¹ la pena es “un mal infligido por la autoridad pública a quién ha hecho u omitido lo que la misma autoridad considera una trasgresión de la ley, a fin de que la voluntad de los hombres esté, por ello mismo, mejor dispuesta a la obediencia.”

COBO DEL ROSAL⁶⁶² define la pena como “el castigo consistente en la privación de un bien jurídico por la autoridad legalmente determinada a quien, tras el debido proceso, aparece como

⁶⁶¹ HOBBS, T: “El Leviatán”, Madrid 1979, cit. pág. 386.

⁶⁶² COBO DEL ROSAL, M / VIVES ANTÓN, TOMÁS S.: “Derecho Penal Parte General”, cit. págs. 721 y ss.

responsable de una infracción del derecho, y a causa de dicha infracción.”

Para el autor, de esta definición se deduce que la pena es retribución, como el precio que se paga por el delito cometido, refiriendo que “se dice desde antiguo, *punitur quia peccatum est*, esto es, se castiga porque se ha delinquido: se retribuye con un castigo a quien ha realizado un delito (mal).”

COBO DEL ROSAL⁶⁶³, señala que la función de la pena no es la realización de la Justicia por medio del castigo”, y así “cabe afirmar, de acuerdo con lo sostenido al estudiar el principio de “prohibición de exceso” (o “proporcionalidad” en sentido amplio) y con la doctrina del Tribunal Constitucional allí reseñada, que la función primordial de la pena es la tutela jurídica, esto es, la protección de los bienes e intereses cuyo pacífico disfrute ha de garantizar el Derecho en virtud de su propia naturaleza de orden de la coexistencia.”

En cuanto a la finalidad de la pena, argumenta el autor que “ha de regirse por la prevención general y la prevención especial, y así en cuanto a la primera, consiste en “el efecto disuasorio respecto a la comisión de los delitos que la pena ejerce sobre la totalidad de los ciudadanos, tanto a través de la abstracta conminación penal, cuanto a través de la imposición y el cumplimiento de la pena, tiene lugar por medio de dos mecanismos fundamentales: la intimidación que el mal

⁶⁶³ COBO DEL ROSAL, M / VIVES ANTÓN, TOMÁS S.: “Derecho Penal Parte General”, cit. pág. 726 y ss.

que la pena proyecta representa proyecta sobre la conciencia de los miembros de la sociedad (prevención general intimidatoria o negativa); y la educación, dado que la reprobación, y el reproche de las violaciones del derecho en la pena puede penetrar en la conciencia ciudadana, reforzando el respeto al ordenamiento jurídico (prevención general integradora o positiva).”

Y así, según COBO DEL ROSAL⁶⁶⁴ la pena también cumple una función de prevención especial que “consiste en impedir u obstaculizar la repetición del delito por parte de quién ya lo cometió, y respecto al que, por lo tanto, no fueron suficientes los mecanismos preventivo-generales. Tal clase de prevención se halla fundamentalmente ligada a la fase ejecutiva de la pena (aunque incluso el legislador, a la hora de configurar el sistema penal pudiera tener presente la finalidad de prevención especial) y tienen lugar a través de la intimidación o escarmiento resultante de la ejecución de la pena, de la educación, o de la corrección del delincuente para adaptarse a una vida social respetuosa con las exigencias del ordenamiento jurídico, y, por último, cuando tales expedientes resulten fallidos, por medio del aseguramiento o inoquización de delincuente por tiempo más o menos largo.”

Finalmente la prevención especial por medio de la corrección que contempla el artículo 25.2 de la Carta Magna⁶⁶⁵ prevé que las

⁶⁶⁴ COBO DEL ROSAL, M / VIVES ANTÓN, TOMÁS S.: “Derecho Penal Parte General”, cit. pág. 726 y ss.

penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y la reinserción social.

En este sentido COBO DEL ROSAL⁶⁶⁶, manifiesta que “parece razonable que pueda ser afirmado que la orientación constitucional hacia la reeducación y reinserción social deba insertarse en el ámbito de la ejecución de ciertas sanciones penales, de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad, pues el artículo 25.2 está rotulando un conjunto de derechos del sometido a ellas, destacando, entre otros, su reeducación y reinserción social. En este sentido, debe decirse, que la orientación hacia la reeducación y reinserción social prescrita en el artículo 25.2 no significa que éstas sean el fundamento de las penas privativas de libertad, sino tan sólo uno de sus fines y, por ello, no son parte de su concepto, ni marcan el criterio de medición de las mismas. Esto no debe ser obstáculo para exigir, en el momento legislativo y aplicativo, que no se impida que la ejecución de dichas penas se oriente hacia la reeducación y reinserción social, esto es, que se hagan posibles de todo punto.”

Concluye referido autor que “el artículo 25.2 proscribe las penas privativas de libertad configuradas de modo que, por su duración o

⁶⁶⁵ARTÍCULO 25.2 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978: “Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.”

⁶⁶⁶ COBO DEL ROSAL, M / VIVES ANTÓN, TOMÁS S.: “Derecho Penal Parte General”, cit. págs. 731-732.

circunstancias de ejecución, hayan de producir necesariamente un efecto “desocializador intolerable”, y obligaría a arbitrar un sistema de sustitutivos para las que, por los mismos motivos, careciesen de capacidad resocializadora. Ello puede afectar, como se verá en su momento, tanto a las penas cortas privativas de libertad, como a las demasiado largas.”

No se puede negar, que tal y como vienen siendo mantenidos los fines de la pena en nuestro sistema punitivo ha día de hoy, se puede considerar que los mismos han fracasado y solo hay que ver los nuevos planteamientos que surgen en torno a la cadena perpetua e incluso la pena de muerte, además de la proliferación de un Derecho penal absolutamente retributivo que absorbe al derecho administrativo sancionador, en aras del quiebro absoluto del principio de intervención mínima del Derecho penal.

Es por ello que a mi juicio desde un punto de vista de la política criminal y desde un punto de vista del humanismo y de avance histórico-social en la consideración de la pena, y desde una óptica de la prevención general integradora o positiva de la misma, favorecería una mejor evolución del Derecho penal el atribuir a la pena además de un carácter retributivo un carácter sanador que parte de la doctrina cree que merece, pues es más productivo para la sociedad recuperar a un individuo antes que excluirlo, por muy difícil que resulte tal tarea, ya que en realidad el delito es una enfermedad social y el delincuente es un enfermo y no un enemigo, como opinaría otro sector doctrinal.

De no ser así el carácter sanador de la pena perdería su vocación y sentido.

Dicho esto, desde una perspectiva de la prevención especial que como finalidad ha de merecer la pena, la prevención más que como ejemplificadora para el resto de la sociedad, no debiera de perder su horizonte reeducador, eso sí siempre sin perder de vista a la víctima que ha de ser comprensiva con la difícil labor que la reinserción social del delincuente supone, entendiéndolo en este sentido que para el delito que tratamos, donde el bien jurídico protegido que es el orden público-social y donde la víctima somos todos los miembros de la sociedad.

Por ello, excluyendo los supuestos de los subtipos agravados en el delito de atentado, el fundamento de la reinserción social del delincuente sería más productivo a la sociedad si en vez de aplicar las penas privativas de libertad para estos delitos, se regularan directamente en las consecuencias jurídicas del tipo de atentado medidas de seguridad tendentes a una reeducación del delincuente que menosprecia a través de su agresión a la autoridad, a los funcionarios y a los agentes de la autoridad, estableciendo para tales sujetos trabajos en beneficio de la comunidad que estuvieran relacionados todos ellos con el orden público, como por ejemplo, en el caso de agresión a unos policías, establecer un determinado tiempo de acompañamiento y ayuda a los agentes agredidos, por parte del delincuente a la hora de patrullar, esto facilitaría que el delincuente comprendiera la labor que éstos realizan en aras al orden público, ello sería una posibilidad más que eficaz para evitar que ese delincuente ya

no volviera a cometer nuevamente ese delito y, por tanto, sería una forma de recuperarlo para la sociedad.

En otro orden de cosas y tratando el fundamento de la mayor punición de este tipo penal agravado lo que se pretende por el legislador, tal y como manifiesta JESCHECK⁶⁶⁷ en referencia a la finalidad de la pena en su carácter retributivo, es la actuación del *ius puniendi* del Estado por la trasgresión de ciertos ciudadanos de las normas de convivencia por razones de seguridad general, puede ser necesaria una privación de libertad superior a la que correspondería por la culpabilidad del reo, pues el objetivo de la resocialización puede hacer conveniente una actuación sobre el mismo durante la privación de libertad distinta a la habitual en el establecimiento penitenciario, pero como he apuntado anteriormente, esta creo que no es la solución más eficaz para el objeto de la reinserción social, eso sí, siempre dependiendo de la gravedad y consecuencias del hecho delictivo, esto es, cuando no se aprecie un concurso, con delitos de sangre, como es el caso del homicidio o de las lesiones.

En este orden de cosas, para ROIG TORRES⁶⁶⁸ el Derecho penal establece una tutela con un fundamento de mayor penalidad en

⁶⁶⁷ H.H-WEIGEND JESCHECK, T.W.: cit. “Tratado de Derecho Penal. Parte General”: “pena fijada de acuerdo con la culpabilidad del hecho sólo puede cumplir en una extensión limitada la misión preventiva del Derecho Penal. Por razones de seguridad general puede ser necesaria una privación de libertad superior a la que correspondería por la culpabilidad del reo; la resocialización puede hacer conveniente una actuación sobre el reo durante la privación de libertad distinta a la habitual en el establecimiento penitenciario.”

⁶⁶⁸ ROIG TORRES, MARGARITA: “El Delito de Atentado”, cit. pág. 92: “En este caso la alusión expresa a dichos funcionarios tal vez responde a un intento de poner de relieve la tutela otorgada a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, por ser sus miembros quienes sufren un mayor número de esas infracciones. Pero encuentra,

los delitos de atentado, sobre todo en el caso de los agentes de la autoridad.

El fundamento de esa tutela penal privilegiada se encuentra en que las Instituciones Democráticas, representan la voluntad popular, la paz y el orden social, y atentar contra las mismas, es atentar contra todos los miembros que forman nuestro Estado Democrático.

En este sentido recordemos a BECCARIA⁶⁶⁹ para el “las penas que sobrepasan la necesidad de conservar el depósito de la salud pública son injustas por su propia naturaleza; y tanto más justas son cuanto más sagrada e inviolable es la seguridad y mayor libertad que el soberano conserva a sus súbditos”

Para OCTAVIO DE TOLEDO⁶⁷⁰, este tipo de tutela privilegiada es más bien característica del Antiguo Régimen que de un auténtico sistema democrático, pues tiene como denominador común el principio de autoridad, los fueros privilegiados, la idea de sometimiento o el poder de imperio, pero a nuestro parecer es algo exagerado mantener esta postura, pues un Estado debe de valerse de

además, un fundamento penológico, puesto que los atentados frente a tales agentes no reciben la misma pena que los que se cometen contra la autoridad (pese a que se habla de agentes de ésta) sino la que se aplica cuando la víctima es funcionario”.

⁶⁶⁹ BECCARIA BONESANA, CESARE: “De los delitos y las penas”, cit. pág.47.

⁶⁷⁰ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, EMILIO: “El bien jurídico protegido en los Capítulos VI y VIII del Título II del Código penal. (Comentario a algunas Sentencias del Tribunal Supremo dictadas sobre esta materia en los últimos años)”, en Código Penal Comentado, n.º 1, 1977, cit. pág. 131: “ese «monstruoso concepto de orden público»... sólo puede caracterizar a un Estado autoritario que, en este aspecto, viene a suponer una vuelta a la situación del antiguo régimen, «en el que los delitos contra el rey, contra el «Estado», contra los funcionarios reales y contra las funciones desempeñadas por éstos se amalgaman bajo el denominador común de la lesa majestad»... esto es, una situación en que la función pública no aparece todavía diferenciada de quienes la ejercitan; por eso, son rasgos propios de ese régimen el «principio de autoridad», los «fueros privilegiados», la «idea de sometimiento» o el «poder de imperio»...”.

estos principios para mantener el orden y la paz social, pues de otro modo estaríamos ante un Estado anárquico, donde quizás el tener un Texto punitivo de nada pudiera servir a la sociedad para vivir tranquila, por ello tiene sentido que el Derecho penal, como ya hemos sentado, provea al sujeto pasivo del delito de atentado de una tutela privilegiada, que castigue con mayor punición al autor de dicho delito.

CUERDA ARNAU⁶⁷¹ apunta en cuanto a la determinación de la pena en primer lugar que, “pese a su obviedad, se trata de recordar la obligación constitucional -plasmada hoy en el Código- de motivar la individualización judicial de la pena y olvidar, por tanto, esas rancias fórmulas, a cuyo tenor las facultades que la ley concede al juez en este ámbito son -como para un supuesto de resistencia decía la STS de 19 de septiembre de 1999 (RA 6792)- «puramente discrecionales y libérrimas e inaccesibles a la casación» (F.J. 3º). Por el contrario, como, siguiendo la doctrina constitucional dice la STS de 21 de febrero de 2000, la motivación se erige en garantía para el justiciable en cuanto que permite controlar el criterio de individualización penológica, exigencia que, en efecto, puede cumplirse con un razonamiento específico elaborado exclusivamente a tal efecto o por el razonamiento contenido en cualquiera de los fundamentos jurídicos de la sentencia (F.J. 6º).”

Para la autora⁶⁷² “la cuestión cobra especial sentido si se tiene en cuenta el mayor margen de discrecionalidad que hoy concede a los

⁶⁷¹ CUERDA ARNAU: cit. “Los delitos de atentado y resistencia”.

⁶⁷² CUERDA ARNAU: cit. “Los delitos de atentado y resistencia”.

tribunales la regla primera del art. 66 y el nada despreciable marco penológico en que se mueve muy especialmente el delito de atentado del art. 552.”

En este sentido, CUERDA ARNAU⁶⁷³ sugiere “como concreción de los criterios informadores a que se refiere el Código circunstancias tales como la reiteración o persistencia en el ataque, el número de agentes afectados, la mayor o menor perturbación de la función pública, así como las razones que, sin justificar ni exculpar la agresión, pudieron motivarla. La segunda de las anunciadas consideraciones tiene por objeto decir algo en relación con las atenuantes segunda y tercera del art. 21, que son las que ocasionalmente se aducen bien con la pretensión de que produzcan los efectos que les son más propios o, con la más ambiciosa, de negar la concurrencia de un supuesto dolo específico consistente en el menosprecio al principio de autoridad, el cual resultaría excluido por el estado que el arrebató o la embriaguez y análogas situaciones producen en el sujeto. Desde luego que esto último carece de todo fundamento si se rechaza, como aquí se ha hecho, que la aplicación de los tipos de atentado o resistencia esté condicionada por cualquier género de intención subjetiva, de manera que, incluso allí donde pudiera afirmarse que el grado de obnubilación del sujeto permite excluir aquel propósito, se podría seguir manteniendo la condena por tal concepto.”

⁶⁷³ CUERDA ARNAU: cit. “Los delitos de atentado y resistencia”.

Eso es lo que sostiene la STS de 28 de mayo de 1998⁶⁷⁴, donde, en un supuesto en que se apreció como muy cualificada la atenuante de arrebató, se concluye aceptando su compatibilidad con la condena por atentado porque, como con buen criterio se dice en tal resolución, quien sabe que acomete y a quien acomete realiza una conducta a la que no falta ninguno de los requisitos exigidos por la figura legal (F. J. 4º). Por el contrario, no merecen la misma complacencia los argumentos con que en algún caso se deniega la aplicación de la atenuante tercera. Excluirla porque «no existen antecedentes de un comportamiento inadecuado de los policías» u objetando ambiguamente que los estímulos deben ser de «distinta naturaleza» obliga a recordar con la mejor doctrina que ni la ley exige que los

⁶⁷⁴ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 28-5-1998, Nº 747/1998, REC. 2113/1997. PTE: JIMÉNEZ VILLAREJO, JOSÉ (EDJ 1998/3926): “En el cuarto motivo del recurso, con el mismo amparo procesal que el anterior, se denuncia de nuevo la aplicación indebida de los arts. 231.2º y 232.1º CP de 1.973, pero esta vez a causa de la ausencia del "dolo específico requerido por el tipo penal", ausencia que el recurrente deduce de la concurrencia de la circunstancia atenuante de arrebató u obcecación que el Tribunal de instancia ha apreciado como muy cualificada. Se confunde en este motivo el llamado dolo específico del tipo de atentado con el juicio de culpabilidad, categorías que deben ser cuidadosamente deslindadas en todo análisis que pretenda ser riguroso. El dolo consiste, en el delito cuestionado, en la conciencia y voluntad de acometer a una autoridad o funcionario, es decir, en saber que se acomete y a quién se acomete y en querer hacerlo. No puede negarse razonablemente que en la acción del recurrente concurría este elemento subjetivo del tipo en que la misma ha sido subsumida. Sabía que golpeaba al Alcalde y quería golpearlo. Ello es suficiente para afirmar la existencia del dolo específico del delito de atentado. Cuestión distinta es el grado de reprochabilidad de la conducta, que es en lo que consiste la culpabilidad. El Tribunal de instancia ha apreciado en el recurrente la atenuante de arrebató u obcecación, como muy cualificada, porque ha entendido que el estado de excitación que le había producido la discusión previa y la actitud del Alcalde condicionaba sensiblemente su conducta o, más exactamente, la condicionaba de forma más intensa de como lo está normalmente la conducta de cualquier persona. Una conducta humana más fuertemente condicionada de lo normal es menos reprochable porque es menos "propia" de la persona que la lleva a cabo, es decir menos "suya". Por eso su culpabilidad es también menor. Pero esta culpabilidad disminuida, que tiene su reflejo jurídico en la apreciación de una circunstancia atenuante, no elimina el dolo. No cabe tampoco, pues, denunciar una infracción, por aplicación indebida de las normas sustantivas aplicadas en la Sentencia recurrida, con el argumento de que no concurrió en el hecho enjuiciado el elemento subjetivo del delito de atentado.”

estímulos procedan del comportamiento de la víctima, ni autoriza a condicionar la operatividad del efecto psicológico a la licitud, moralidad o aceptación social del estado afectivo que se encuentra en la base del mismo.”

En segundo lugar, para CUERDA ARNAU ⁶⁷⁵ “debe decirse algo en relación con lo dispuesto en el art. 562... Hasta tal punto es así que la doctrina no es unánime ni siquiera a la hora de decidir a qué se refiere el Código con la fórmula «salvo que tal circunstancia esté específicamente contemplada en el tipo penal de que se trate». Así hay quien entiende que la referencia lo es a la pena de inhabilitación absoluta de diez a quince años -con lo que se trataría de un precepto absurdo y superfluo-, mientras que otros entienden tal mención como una alusión a la cualidad de autoridad del sujeto activo. Tampoco existe acuerdo a la hora de interpretar la referencia que en el mismo se hace a la «pena de inhabilitación prevista en cada caso». ... De acuerdo con esta interpretación, el efecto del art. 562 sería el de sustituir esa pena accesoria de igual duración a la pena de prisión por la inhabilitación absoluta por tiempo de diez a quince años.”

Finalmente sostiene la autora ⁶⁷⁶ en cuanto a la prescripción que “se reproduce en esta sede la vieja polémica sobre si en el caso de concurso de delitos procede la aplicación de un único plazo prescriptivo -el correspondiente al delito más grave- o si, por el contrario, cada una de las infracciones debe quedar sometida a sus

⁶⁷⁵ CUERDA ARNAU: cit. “Los delitos de atentado y resistencia”.

⁶⁷⁶ CUERDA ARNAU: cit. “Los delitos de atentado y resistencia”.

propios plazos. Como es sabido, existen opiniones en ambos sentidos, aunque bien es cierto que, pese a las referencias doctrinales que tratan de mostrar discrepancias jurisprudenciales, no creo que pueda afirmarse -al menos en lo que afecta a nuestras figuras y hasta donde conozco- que exista en la jurisprudencia tal dualidad de criterios. Antes al contrario, como señalan, con cita de otras muchas, la STS de 11 de octubre de 1999 o la muy célebre STS de 6 de noviembre de 1991 es doctrina reiterada que en los supuestos de concurso ideal entre el delito de atentado y la infracción que corresponda por el resultado producido o cualesquiera otras conexas a aquél rige el plazo de prescripción que tenga señalado el delito de mayor gravedad, quizá, porque -como dice la última de las sentencias citadas- ese es el criterio que mejor se ajusta al conjunto de razones que fundamentan materialmente el instituto de la prescripción.”

La relación de penas establecidas por el Texto punitivo por el artículo 551, 1º para el tipo básico de atentado prevé la pena de prisión de uno a tres años cuando el sujeto sobre el que recae la acción sea un funcionario público, mientras que si es autoridad o agente de la misma, la pena a imponer oscilará entre los dos y cuatro años de prisión y además llevará aparejada la multa de tres a seis meses.

En cuanto al artículo 551.2º de referido cuerpo legal establece una pena de prisión de cuatro a seis años y multa de seis a doce meses para los casos en los que los destinatarios de la acción sean miembros del Gobierno, de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, del Congreso de los Diputados, del Senado o de las

Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, de las Corporaciones locales, del Consejo General del Poder Judicial o Magistrado del Tribunal Constitucional. Por supuesto, en todos estos casos podrá elevarse la pena en uno o dos grados si concurren las agravantes específicas del artículo 552 del CP.

Apunta en este sentido LORENTE VELASCO ⁶⁷⁷ que “en función de la modalidad de atentado ante la que nos hallemos, se aplicará la pena de uno u otro modo, ya que –a pesar de que el artículo 550 del CP no haga distinción por gravedad– resulta evidente de dentro de las modalidades de atentado pueden advertirse matices en la gravedad de la conducta, pues el grado de afectación del bien jurídico no es idéntico en el caso de hacer un ademán de abalanzarse contra el sujeto en cuestión que si se comete el tipo –por ejemplo– golpeándole... Por ello, hemos de recordar que la determinación de la pena es función exclusiva del tribunal juzgador por lo que al momento de motivar la misma habrá que argumentar –en función de las características concretas del caso enjuiciado, siendo una de ellas la modalidad de atentado– la imposición de la pena dentro de ese intervalo ofrecido por el legislador. Claro está que la motivación de la pena se erige en garantía para el justiciable en cuanto que permite controlar el criterio de individualización de ésta, exigencia que puede evacuarse con un razonamiento específico elaborado exclusivamente a

⁶⁷⁷ LORENTE VELASCO, S.M.: cit. “Delitos de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos y de resistencia y desobediencia.”

tal efecto o por el razonamiento contenido en cualquiera de los fundamentos jurídicos de la sentencia.”

En este sentido establece la Sentencia del Tribunal Supremo⁶⁷⁸ de 21 de febrero de 2000 manifiesta que “El motivo segundo amparado por el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal denuncia la infracción del artículo 556 del Código penal. Alega el recurrente que, estableciéndose para este delito de resistencia la pena de seis meses a un año de prisión, la Sala le impone, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad, la de nueve meses sin razonar los motivos de esa individualización.

Con independencia de que en ello no hay infracción del artículo 556 del Código penal, porque la pena impuesta está dentro de los límites establecidos en el precepto, el artículo 66.1º del Código penal establece para el caso de no concurrir circunstancias atenuantes ni agravantes, la individualización de la pena imponiendo la señalada por la ley en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, razonándolo en la Sentencia.

Esta exigencia puede cumplirse con un razonamiento específico elaborado exclusivamente a tal efecto o por el razonamiento contenido en cualquiera de los Fundamentos de la Sentencia, con tal de que permita saber y controlar el criterio de la individualización

⁶⁷⁸ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 21-2-2000, Nº 271/2000, REC. 1976/1998. PTE: PREGO DE OLIVER Y TOLIVAR, ADOLFO (EDJ 2000/1110).

penológica. Así sucede en este caso donde hay además expresa remisión al Fundamento sobre calificación del hecho en justificación de la pena impuesta de nueve meses. En ese Fundamento se razona extensamente la gravedad de la violenta y agresiva resistencia opuesta en la detención que no califica de atentado por exigencias del principio acusatorio; gravedad que explicita sobradamente el criterio individualizador de la Sala de instancia, máxime cuando al imponerse en la mitad del límite mínimo y máximo no hay siquiera una exacerbación de la pena que podía imponerse legalmente.”

Como señala LORENTE VELASCO⁶⁷⁹ “al momento de aplicar la pena en el delito de atentado habrá que atender diversas circunstancias concretas, como son –entre otras–: las características concretas del autor, las circunstancias del hecho, el sujeto sobre el que recae la acción y muy especialmente las características concretas de la acción, entendiendo por tal la modalidad de atentado perpetrada pues en función de ello podrá considerarse en mayor o menor medida afectado el bien jurídico y tal circunstancia será argumento fundamental al momento de individualizar la pena.”

ROIG TORRES⁶⁸⁰, señala que el resto de conductas que ni siquiera constituyen un acometimiento, sino simplemente una increpación de la autoridad o sus agentes, pudiendo reconducirse a la falta y que en cualquier debería de suprimirse el precepto legal que

⁶⁷⁹ LORENTE VELASCO, S.M.: cit. “Delitos de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos y de resistencia y desobediencia.”

⁶⁸⁰ ROIG TORRES, MARGARITA: cit. “El Delito de Atentado”.

contiene la, pues a su juicio considera que un gesto, una actitud o una expresión verbal no perturba la actividad de los sujetos que la soportan, hasta el punto de que ello justifique la intervención del Derecho penal.

Finalmente, en la misma línea que esta autora, a mi juicio y al hilo de lo argumentado en este epígrafe, en cualquier caso, entiendo exagerada la pena en este tipo delictual, y que en algunos casos hemos visto que llega incluso a los seis años de privación de libertad, por ello, entendemos, cuando menos que el legislador debería de hacer una revisión penológica de estos tipos y establecer otros nuevos que distingan el atentado en las modalidades comisivas que hemos visto, pero ponderando dichas penas en función de la gravedad y, las máximas establecidas en la actualidad rebajarlas por lo menos en su mitad y, suprimiendo además la falta de atentado.

II.- RESPONSABILIDAD CIVIL

Como señala COBO DEL ROSAL⁶⁸¹ la responsabilidad civil es una consecuencia nacida del delito, pues el daño originado por éste origina dicha responsabilidad civil.

Y así establece el artículo 10 del Texto punitivo que la responsabilidad civil derivada del delito comprende la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales.

El Texto punitivo prevé esta reparación en su artículo 116, para el que “1. Toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios. Si son dos o más los responsables de un delito o falta los Jueces o Tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno.

2. Los autores y los cómplices, cada uno dentro de su respectiva clase, serán responsables solidariamente entre sí por sus cuotas, y subsidiariamente por las correspondientes a los demás responsables.

La responsabilidad subsidiaria se hará efectiva: primero, en los bienes de los autores, y después, en los de los cómplices.

Tanto en los casos en que se haga efectiva la responsabilidad solidaria como la subsidiaria, quedará a salvo la repetición del que

⁶⁸¹ COBO DEL ROSAL, M / VIVES ANTÓN, TOMÁS S.: “Derecho Penal Parte General”, cit. págs. 877 y ss.

hubiere pagado contra los demás por las cuotas correspondientes a cada uno.

3. La responsabilidad penal de una persona jurídica llevará consigo su responsabilidad civil en los términos establecidos en el art. 110 de este Código de forma solidaria con las personas físicas que fueren condenadas por los mismos hechos.”

En este sentido para COBO DEL ROSAL⁶⁸² “la regulación legal obliga a plantearse el problema de la distinción entre daños objeto de reparación y perjuicios, susceptibles de indemnización...Dadas las disposiciones de la ley que, como veremos inmediateamente, se contienen en los artículos 112 y 113 del Código penal, parece que han de entenderse como daños los causados en las cosas y como perjuicios los restantes males producidos por el delito”.

En cuanto a la restitución, señala el artículo 111 del Texto punitivo que “deberá restituirse, siempre que sea posible, el mismo bien, con abono de los deterioros y menoscabos que el Juez o Tribunal determinen. La restitución tendrá lugar aunque el bien se halle en poder de tercero y éste lo haya adquirido legalmente y de buena fe, dejando a salvo su derecho de repetición contra quien corresponda y, en su caso, el de ser indemnizado por el responsable civil del delito o falta.”

⁶⁸² COBO DEL ROSAL, M / VIVES ANTÓN, TOMÁS S.: “Derecho Penal Parte General”, cit. págs. 877 y ss.

Puede ocurrir, como manifiesta COBO DEL ROSAL⁶⁸³ que la restitución resulte físicamente imposible, por haber desaparecido la cosa pero en este caso la segunda parte del primer párrafo del artículo 111 del Texto punitivo da respuesta a esta situación.

En cuanto al apartado segundo de referido artículo se establece que “esta disposición no es aplicable cuando el tercero haya adquirido el bien en la forma y con los requisitos establecidos por las leyes para hacerlo irreivindicable.”

El artículo 112 de repetido cuerpo legal regula que “la reparación del daño podrá consistir en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer que el Juez o Tribunal establecerá atendiendo a la naturaleza de aquél y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable, determinando si han de ser cumplidas por él mismo o pueden ser ejecutadas a su costa.”

Finalmente en referencia a la obligación de indemnizar establece el artículo 113 del Texto punitivo que “la indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o a terceros.”

COBO DEL ROSAL⁶⁸⁴ significa que “los perjuicios pueden consistir tanto en el daño emergente como en el lucro cesante y, por imperativo del propio texto penal, pueden ser materiales y morales.”

⁶⁸³ COBO DEL ROSAL, M / VIVES ANTÓN, TOMÁS S.: “Derecho Penal Parte General”, cit. págs. 877 y ss.

Concluye el autor⁶⁸⁵ diferenciando entre Responsabilidad civil directa de la subsidiaria, y así la primera derivada del artículo 120 en cuanto a toda persona criminalmente del delito, también lo es personalmente de la responsabilidad civil derivada del mismo; y en cuanto a la subsidiaria, el artículo 120 del precitado cuerpo legal gradúa la responsabilidad apuntando que:

“Son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente:

1º) Los padres o tutores, por los daños y perjuicios causados por los delitos o faltas cometidos por los mayores de dieciocho años sujetos a su patria potestad o tutela y que vivan en su compañía, siempre que haya por su parte culpa o negligencia.

2º) Las personas naturales o jurídicas titulares de editoriales, periódicos, revistas, estaciones de radio o televisión o de cualquier otro medio de difusión escrita, hablada o visual, por los delitos o faltas cometidos utilizando los medios de los que sean titulares, dejando a salvo lo dispuesto en el art. 212 de este Código.

3º) Las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos o faltas cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus

⁶⁸⁴ COBO DEL ROSAL, M / VIVES ANTÓN, TOMÁS S.: “Derecho Penal Parte General”, págs. 877 y ss.

⁶⁸⁵ COBO DEL ROSAL, M / VIVES ANTÓN, TOMÁS S.: “Derecho Penal Parte General”, págs. 877 y ss.

dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción.

4º) Las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios.

5º) Las personas naturales o jurídicas titulares de vehículos susceptibles de crear riesgos para terceros, por los delitos o faltas cometidos en la utilización de aquellos por sus dependientes o representantes o personas autorizadas.”

No podemos obviar la modificación que ha supuesto la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, para la responsabilidad civil derivada del delito, y así se añadió al artículo 116 del Texto punitivo⁶⁸⁶ un tercer párrafo que contempla la responsabilidad civil solidaria entre la persona jurídica y la física como responsables igualmente penales.

Finalmente, hemos de reseñar, antes de analizar la responsabilidad civil en el delito de atentado, que la exención de la responsabilidad criminal no exime de la civil, y en este sentido el artículo 118 del Código penal establece que:

⁶⁸⁶ LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE CÓDIGO PENAL, artículo 116.3: “La responsabilidad penal de una persona jurídica llevará consigo su responsabilidad civil en los términos establecidos en el art. 110 de este Código de forma solidaria con las personas físicas que fueren condenadas por los mismos hechos.”

“La exención de la responsabilidad criminal declarada en los núms. 1º, 2º, 3º, 5º y 6º del art. 20 no comprende la de la responsabilidad civil, que se hará efectiva conforme a las reglas siguientes:

1ª) En los casos de los núms. 1º y 3º, son también responsables por los hechos que ejecuten los declarados exentos de responsabilidad penal quienes los tengan bajo su potestad o guarda legal o de hecho, siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte y sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que pudiera corresponder a los imputables.

Los Jueces o Tribunales graduarán de forma equitativa la medida en que deba responder con sus bienes cada uno de dichos sujetos.

2ª) Son igualmente responsables el ebrio y el intoxicado en el supuesto del núm. 2º.

3ª) En el caso del núm. 5º serán responsables civiles directos las personas en cuyo favor se haya precavido el mal, en proporción al perjuicio que se les haya evitado, si fuera estimable o, en otro caso, en la que el Juez o Tribunal establezca según su prudente arbitrio.

Cuando las cuotas de que deba responder el interesado no sean equitativamente asignables por el Juez o Tribunal, ni siquiera por aproximación, o cuando la responsabilidad se extienda a las Administraciones públicas o a la mayor parte de una población y, en todo caso, siempre que el daño se haya causado con asentimiento de la

autoridad o de sus agentes, se acordará, en su caso, la indemnización en la forma que establezcan las leyes y reglamentos especiales.

4ª) En el caso del núm. 6º, responderán principalmente los que hayan causado el miedo, y en defecto de ellos, los que hayan ejecutado el hecho.

2. En el caso del art. 14, serán responsables civiles los autores del hecho.”

En cuanto al delito de atentado, hemos de entender que como sujeto pasivo inmediato del mismo, es el Estado el perjudicado.

CUERDA ARNAU⁶⁸⁷, significa que la única singularidad digna de mención es la que afecta a la posibilidad de tener al Estado, o al ente público de que se trate, como perjudicado en los casos de incapacidad laboral del funcionario a los efectos de considerar indemnizables los emolumentos satisfechos a quien por razón del delito estuvo imposibilitado para prestar el servicio.

Según la autora⁶⁸⁸ “la doctrina no ha prestado a esta cuestión la atención que sí le ha merecido a la jurisprudencia, que en este punto está dividida entre las dos orientaciones que paso seguidamente a exponer. De un lado, no son pocas las resoluciones favorables a reconocer al Estado la condición de tercero perjudicado en los casos en que la víctima es un funcionario público y, a partir de ahí, declaran que la indemnización comprende todos los gastos materiales que se hayan ocasionado, entre los cuales se incluyen los que resultan de

⁶⁸⁷ CUERDA ARNAU: cit. “Los delitos de atentado y resistencia”.

⁶⁸⁸ CUERDA ARNAU: cit. “Los delitos de atentado y resistencia”.

tener que satisfacer servicios no realizados por quien estuvo incapacitado para hacerlo a causa del resultado lesivo, pago sin contraprestación que integraría el perjuicio a que se refiere el art. 113 CP. Por contra, otro sector se pronuncia en el sentido contrario alegando como principal fundamento que el perjuicio no puede consistir en el hecho de satisfacer unos emolumentos cuya razón de ser no está en el delito cometido sino en la relación funcional existente entre el Estado y el funcionario agredido”

En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo⁶⁸⁹ de 9 de junio de 1999 manifiesta que “la tesis anteriormente mencionada se apoya en el actual contenido de los artículos 109 y 113 del Código penal en cuanto que ambos tratan de una responsabilidad civil generada por haber ejecutado un hecho considerado como delito, cuya indemnización comprende no solamente a los directamente perjudicados o agraviados sino también a terceros entre los que la parte recurrente incluye al Estado.

Abrir las posibilidades de la indemnización en favor del Estado a los supuestos en que éste no ha sido directamente perjudicado por la comisión del hecho delictivo, sino que ostenta la condición de tercero contractualmente unido a la víctima por una relación funcional, plantea problemas interpretativos que es necesario abordar. Si, como se ha dicho reiteradamente, existe una especie de responsabilidad objetiva del Estado que va mas allá de los parámetros tradicionales

⁶⁸⁹ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 9-6-1999, Nº 910/1999, REC. 1754/1998-. PTE: MARTÍN PALLÍN, JOSÉ ANTONIO (EDJ 1999/9721).

marcados por la culpa in vigilando o culpa in eligiendo para deslizarse hacia responsabilidades derivadas de la creación del riesgo o peligro, hasta llegar al principio de que, el que se aprovecha de las ventajas de una actividad o servicio debe soportar las cargas que de él se derivan, no por ello, en el caso de que la víctima sea un servidor del Estado, éste puede resarcirse, automáticamente, por vías de indemnización penal, de los perjuicios sufridos por el cumplimiento de la obligación de satisfacer las remuneraciones correspondientes a los servicios que no ha podido prestar el lesionado, como consecuencia directa de los efectos del delito.

3.- Es de hacer notar que la sentencia recurrida acepta la tesis de la indemnización al Estado, en el organismo de la Dirección General de la Guardia Civil, en lo que se refiere a los haberes satisfechos al Guardia Civil herido durante los cien días primeros de su lesión y que contra este pronunciamiento nadie se ha alzado, por lo que lo consideramos inamovible en el momento presente.

Ahora bien la pretensión del Abogado del Estado consiste en que no sólo se incremente el plazo de inhabilitación para el servicio a consecuencia de las secuelas psíquicas cuya existencia hemos declarado probada y que por consiguiente dar lugar a un incremento de la indemnización en favor de la víctima, sino que se declare también que el tiempo, durante el que las alteraciones psicológicas han ocasionado su incapacitación para el servicio, sea también abonado e indemnizado el sueldo que la Dirección General de la Guardia Civil ha tenido que desembolsar sin la prestación del servicio.

Es cierto que existe una línea jurisprudencial que en ocasiones ha reconocido este derecho en favor del Estado, pero no es menos cierto que existe también una postura contraria cuyo más reciente exponente es la Sentencia de esta Sala de 13 de Mayo de 1999 en la que se desestima un recurso del Abogado del Estado, apoyado también por el Ministerio Fiscal, contra una sentencia en la que se rechaza la pretensión indemnizatoria en favor del Estado, por estimar que la cantidad solicitada no supone un gasto añadido para la Administración estatal, al tener como base los haberes abonados a un Guardia Civil lesionado, argumentando que igualmente los tendría que haber satisfecho sin mediar la acción delictiva, por lo que ningún perjuicio económico ha sufrido a consecuencia del delito.

4.- Como se dice en la sentencia citada, no plantea ninguna duda la consideración del Estado como posible perjudicado por un delito cometido contra alguno de sus funcionarios. El artículo 113 del Código penal dispone la indemnización de los perjuicios que se causaren a terceros entre los cuáles, en algunos casos, puede encontrarse el Estado.

El problema radica en precisar y determinar claramente, cual es el perjuicio ralmente sufrido por el tercero a consecuencia del hecho punible ya que tiene que existir una relación de intermediación o conexión que pueda establecer con claridad, que el efecto dañoso de la acción delictiva ha hecho surgir un determinado perjuicio en un tercero que, como ya se ha dicho, puede ser perfectamente el Estado.

Sostiene el Abogado del Estado que el perjuicio radica en el pago de las remuneraciones o salarios que el Estado ha realizado en favor del funcionario por un servicio no realizado a causa del hecho delictivo. Como se señala en la sentencia anteriormente citada, ésta postura ha tenido acogida en varias sentencias de esta Sala entre las que podemos citar la de 13 de Diciembre de 1983 que declaró que el "perjuicio surge desde el momento que se satisfacen los servicios sin ser prestados, ya que aunque la posible cobertura prevista por el Estado suple el daño, el sostenimiento de la misma es acreedora a la indemnización ya que por razón del mismo (el delito) se ve obligado a satisfacer servicios que no se prestan". En el mismo sentido las sentencias de 2 de Diciembre de 1988 y 2 de Marzo de 1988. En la sentencia de 12 de Junio de 1989 se afirma, que el Estado en tales causas es tercero perjudicado "al abonar retribuciones sin la correlativa prestación de servicios por parte de los funcionarios lesionados". En la de 11 de Diciembre de 1989 se concreta el perjuicio en las cantidades que el Estado se ha visto obligado a satisfacer, especificándolas en la sentencia. Entre estas últimas, también se puede citar la sentencia de 10 de Mayo de 1.990.

5.- Frente a estas tesis debemos destacar que todo el sistema de indemnizaciones derivadas de hechos delictivos, tiene un marcado carácter civilista y así se ha establecido también por nuestra jurisprudencia. Los perjuicios deben ser alegados y probados conforme a los principios propios de los procesos civiles, aún en los

casos en que la acción civil se encuentra incorporada a un proceso penal.

El perjuicio real, efectivo y económicamente evaluable que el Estado puede sufrir, leemos en la sentencia de 13 de Mayo de 1999, consistirá en el conjunto de gastos satisfechos para prestar el servicio público que llevaba a cabo el funcionario imposibilitado de realizarlo a causa del delito. Desde esta perspectiva no cabe duda que el perjuicio patrimonial puede consistir en el gasto realizado para contratar un sustituto o en los desembolsos efectuados para cubrir, mediante horas extraordinarias, comisiones de servicios, prórrogas etc., el servicio que no puede prestar el funcionario imposibilitado.

Desde otro ángulo no podemos olvidar que el artículo 113 del Código penal se refiere a los perjuicios causados a los agraviados directamente por el hecho delictivo, extendiéndolos también a su familiares o a terceros. Ahora bien, la jurisprudencia se ha encargado de limitar estos conceptos extensivos de la responsabilidad civil, considerando que terceros son solamente aquellos que han sido directamente perjudicados por el hecho delictivo y no los titulares de una acción de repetición, ni los que están enlazados con la víctima por relaciones contractuales que se ven afectadas por el hecho punible. En realidad los efectos obligacionales no se derivan del delito, sino de la sentencia condenatoria.

Existen supuestos en los que el Estado tiene directamente la condición de agraviado por el hecho delictivo, como sucede en los delitos de malversación de caudales públicos, pero en otros muchos

casos como en el presente, el perjuicio sufrido por el Estado tiene un carácter meramente circunstancial e indirecto, al verse privado de un servidor respecto del cual está vinculado por una relación funcional que le obliga al pago de los emolumentos aunque el funcionario no pueda prestar servicios.

Si estableciésemos una conexión directa e indiscutible entre el delito sufrido por un funcionario y el daño ocasionado al Estado tendríamos que extender también esta indemnización a todos los supuestos en los que, un tercero (compañías aseguradoras, empresarios, empleadores etc.) se ve afectado por las consecuencias indemnizatorias de un delito que incide sólo directamente en las personas que están ligadas con estas entidades por lazos contractuales. Del mismo modo que la compañía aseguradora o el empresario no tiene derecho a indemnización derivada del delito y sí solamente un derecho de repetición, tampoco el Estado, tiene derecho a que se le indemnicen los gastos corrientes ocasionados por el pago de haberes que, en todo caso, tenía la obligación de satisfacer, existiese o no el delito.

6.- En relación con lo antes expuesto, debemos por último afirmar que, el Estado no ha acreditado haber sufrido un perjuicio de carácter distinto pero directamente derivado del hecho delictivo, que sea susceptible de ser indemnizado. Una vez más hemos de reiterar, que la imposibilidad de prestación de un servicio público por un funcionario incapacitado a consecuencia de un hecho delictivo no supone un daño patrimonial al Estado. Por otro lado no existe

constancia de que el servicio hubiera dejado de prestarse en cuanto que las funciones de seguridad pública fueron atendidas, como es lógico, por otros funcionarios y el posible resentimiento de las condiciones de seguridad y salvaguarda pública, es difícilmente evaluable y, no consta ni se ha acreditado, que el Estado hubiese tenido que realizar algún desembolso patrimonial distinto del pago de los emolumentos debidos al funcionario lesionado.

Ello no impide que habiéndose modificado el hecho probado como ha quedado dicho en el primer motivo se aumente la cuantía de la indemnización que se debe conceder al funcionario lesionado, sin que el Estado pueda reclamar los haberes debidos por este nuevo periodo de tiempo, al que se extienden las secuelas psíquicas derivadas de la agresión sufrida por el funcionario.”

Concluyendo, resulta muy interesante la postura mantenida por la jurisprudencia, la que comparto, en cuanto que tiene establecido que no responde el Estado por el mero hecho de que el autor del delito sea una persona peligrosa, y en este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo⁶⁹⁰ de 25 de enero de 1999 señalando que “También por quebrantamiento de forma del artículo 851.3º, se propugna la nulidad de la sentencia por no haberse resuelto en ella estas dos cuestiones: la solicitud de nulidad de un informe del médico forense y la petición de que se considerase al Estado como responsable civil directo.

⁶⁹⁰ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 25-1-1999, Nº 38/1999, REC. 931/1998-P. PTE: GARCÍA ANCOS, GREGORIO (EDJ 1999/209).

La incongruencia omisiva así planteada, amén de incomprensible, es totalmente rechazable, ya que:

a) La Sala de instancia, a través del conjunto de la sentencia, trató y justificó ese informe que se dice nulo al basar en él y en algún otro la inexistencia de una posible tara mental del inculpado.

b) Lo referente a la responsabilidad civil del Estado y su negativa (cuestión a la que después nos referiremos) quedó perfectamente motivada en el octavo de los fundamentos de derecho de la sentencia.”

CAPÍTULO NOVENO.- LA FALTA DE ATENTADO DEL ARTÍCULO 634 DEL TEXTO PUNITIVO

Establece el artículo 634 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código penal que “los que faltaren al respeto y consideración debida a la autoridad o sus agentes, o los desobedecieren levemente, cuando ejerzan sus funciones, serán castigados con la pena de multa de diez a sesenta días.”

Referido artículo no ha sido objeto igualmente de modificación alguna, como ya apuntara en capítulos anteriores, manteniéndose intacto desde que se aprobara el Código penal de 1995 y hasta la última reforma que ha sufrido referido cuerpo legal por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.

La posibilidad de que concurra la falta de atentado, que no de desobediencia, puesta esta no es el objeto de estudio del presente trabajo, consiste en faltar el respeto y consideración debida a la autoridad o a sus agentes cuando éstos se encuentren ejerciendo sus funciones; por tanto, siendo este el núcleo de la conducta tipificada en la falta de atentado, sólo puede distinguirse de alguna que no de todas de las modalidades comisivas del delito tipificado en el artículo 550 del Texto punitivo, ponderando siempre como requisito esencial que delimita la falta del delito en la gravedad de la conducta llevada a cabo por el sujeto activo del delito.

Llama la atención, el no haber incluido por el legislador a los funcionarios, crítica que también sostiene autores como LORENTE

VELASCO⁶⁹¹ o ROIG TORRES⁶⁹², pero la realidad es que las conductas observadas en el artículo 634 están pensadas especialmente para que se circunscriban dentro de un ambiente de hostilidad contra el orden público, al que única y exclusivamente están sometidos especialmente las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado, esto es, los agentes de la autoridad.

Es por ello que el artículo 634 del Texto punitivo, además del requisito diferenciador de la gravedad de las modalidades comisivas previstas para el delito de atentado, este precepto resulta de aplicación en todos aquellos supuestos en los que se cometa una conducta de las descritas en el artículo 620 de referido cuerpo legal, esto es, la falta de amenaza, coacciones, injurias y vejaciones injustas de carácter leve siempre que el sujeto sobre el que recae la acción sea una autoridad o agente de la misma y que además, al igual que sucediera también el delito de atentado se halle en el ejercicio de sus funciones.

No olvidemos que realmente la resistencia leve resultaría impune, pero los Tribunales en estos supuestos vienen aplicando por tal conducta la falta de desconsideración a la autoridad y a sus agentes

⁶⁹¹ LORENTE VELASCO, S.M.: cit. “Delitos de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos y de resistencia y desobediencia.”

⁶⁹² ROIG TORRES, MARGARITA cit.: “El Delito de Atentado”, cit. pág. 224: “Llama la atención que se sancione la falta de respeto y consideración a las autoridades y agentes, omitiéndose, en cambio, la tutela de los funcionarios. Lo que parece indicar que la tipificación de ese descrédito como ilícito penal no se hace en atención al entorpecimiento de la función pública que tal desdoro ocasiona sino por la consideración penal que aún se reconoce a quienes la ejercen.”

prevista en el artículo 634 del Texto punitivo, en este sentido se posicionan SERRANO GÓMEZ/ SERRANO MAILLO⁶⁹³.

Por tanto el elemento objetivo de la falta viene constituido por un acto de desobediencia no grave o en una falta de respeto o consideración a la autoridad y el subjetivo por el conocimiento del carácter de autoridad o agente de la misma sin precisar ánimo especial, como ya expuse en el delito.

Algunos autores como LORENTE VELASCO⁶⁹⁴, entienden que en tal caso estaríamos ante un concurso de normas, que en virtud del principio de especialidad quedaría resuelto a favor de la falta del artículo 634 del Texto punitivo.

Clarificadora respecto de las modalidades existentes de resistencia y atendiendo a la nota característica de la gravedad, resulta la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1998⁶⁹⁵, según la cual, “La resistencia exige, en todo caso, una actitud renuente a someterse a la acción legal de la autoridad o sus agentes, de mayor o menor intensidad...La resistencia puede ser activa e intensa, lo que nos llevaría a calificar los hechos como un atentado a la autoridad o sus agentes. En un segundo escalón y siguiendo con la graduación de las conductas, nos encontramos con las resistencia simple o menos

⁶⁹³ SERRANO GÓMEZ, ALFONSO / SERRANO MAILLO, ALFONSO: “Derecho Penal. Parte Especial”, cit. pág. 1.133: “No existe una falta de resistencia a la autoridad o sus agentes. Por tanto, los supuestos de resistencia de escasa entidad deben de quedar impunes, aunque la jurisprudencia suele recurrir a la falta de desobediencia hoy tipificada en el artículo 634.”

⁶⁹⁴ LORENTE VELASCO, S.M.: cit. “Delitos de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos y de resistencia y desobediencia.”

⁶⁹⁵ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE OCTUBRE DE 1998 (RJ 1998/6881).

grave que disminuye la pena en función de su menor entidad delictiva, para descender por último, a la falta de respeto y consideración debida a la autoridad o sus agentes que se considera como una infracción leve contra el orden público”.

Por tanto, una vez delimitada la conducta señalar que mediante esta falta, las formas más leves de despreciar a la autoridad, serán los ataques leves no reiterados y los verbales o vejatorios, burlas, faltas de respeto, así como las resistencias y desobediencias menores, a las tareas de las autoridades.

Como apunta LORENTE VELASCO⁶⁹⁶ “la falta de respeto y consideración debida, en la escala de gravedad de mayor a menor de las conductas típicas que vulneran el principio de autoridad o en su caso –y tal cual venimos sosteniendo– la seguridad ciudadana, ocupa el tercero y último lugar, tras los delitos de atentado y de resistencia y desobediencia. La mayor complejidad al momento de distinguir los ilícitos, como ya hemos apuntado, nos vendrá al tener que delimitar entre el delito de resistencia y la falta del 634 CP. En los casos en los que se plantea la duda, en tanto que la conducta enjuiciada parece no tener la entidad suficiente como para condenarse como un delito de resistencia, la jurisprudencia opta por una interpretación favorable al reo y suele decantarse por la aplicación de la falta.”

⁶⁹⁶ LORENTE VELASCO, S.M.: cit. “Delitos de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos y de resistencia y desobediencia.”

El límite entre la falta y la ausencia de culpabilidad se manifiesta en la propia naturaleza de la conducta y su afectación del bien jurídico, pues como señala numerosa jurisprudencia, el hecho de intentar huir e evitar la detención no se considera como típico ya que en realidad es una reacción natural y propia de quien intenta evitar su aprehensión, sin que en tal comportamiento pueda considerarse como una lesión del principio de autoridad o, en su caso, de la seguridad ciudadana.

Este argumento junto con el argumento del principio de intervención mínima, ha llevado a un sector de la doctrina incluso a exigir la supresión de esta falta tipificada en el artículo 634 del Texto punitivo, encontrando un ejemplo en ROIG TORRES⁶⁹⁷, la que sostiene que “la adecuación de esta infracción a los dictados del Derecho penal actual requiere la reforma de las normas estudiadas, con supresión de la falta del artículo 634, y con una reducción notable del ámbito de punición del delito.”

En esta línea apunta QUERALT JIMÉNEZ⁶⁹⁸ usando vehementemente con un ejemplo de desconsideración a unos agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado distintos de la Guardia Civil, en concreto vítores a éstos últimos; para referido autor se trata de “una infracción carente de entidad, pues confunde la buena educación con un hecho punible y que, puestos a ser picajosos, se echa

⁶⁹⁷ ROIG TORRES, MARGARITA cit.: “El Delito de Atentado”, cit. pág. 225.

⁶⁹⁸ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: “Derecho Penal Español, parte Especial”, cit. pág. 1144.

en falta un correlato con su inverso. Es un claro resabio del autoritario principio de autoridad.

Ciertamente no es esta la posición dominante, pero contraviene el Derecho penal mínimo. La tesis aquí sustentada sirve, en poca medida, de válvula de seguridad o de cajón de sastre para resolver con pretendida justicia material hechos no infrecuentes en los que se ven enzarzados policías y particulares, que se acusan mutuamente –los segundos a aquéllos por extralimitaciones, malos modos, violencias y los primeros a éstos por agresiones, resistencia y desobediencia (sorprende lo parejo que suelen ser los atestados policiales en estos supuestos, con independencia de los sujetos implicados, del cuerpo de origen de los agentes policiales y del lugar en que los hechos hayan presuntamente acontecido); así S-26-10-2001. Bizarra es la SAP Barcelona (10ª) 31-3-2007 que ratifica la condena por desconsideración consistente en gritar “¡Viva la Guardia Civil!” ante una patrulla de Mossos d’Esquadra.”

En cuanto a la casuística, el criterio jurisprudencial más consolidado señala que la nota distintiva de la resistencia grave, que constituye el delito de atentado, y la no grave, que constituye la falta de resistencia radica en el carácter activo de la primera y en el pasivo de la segunda, o sea que deberá reputarse grave cuando vaya acompañado de acometimiento o el empleo de fuerza o intimidación, y no grave cuando sea meramente pasiva o inerte, aunque aún en este caso es necesario que sea manifiesta y tenaz; (SS.T.S. 3-10-96⁶⁹⁹ y 11-

3-97⁷⁰⁰) que ha atenuado la radicalidad de tal criterio, dando a entender en el tipo de resistencia no grave a comportamientos activos al lado del pasivo que no comportan acometimiento propiamente dicho.

En su sentido más tradicional y consolidado, se aplica el artículo 556 cuando se trate de oposición meramente pasiva, inerte, renuente, e integre terca y tenaz porfía obstaculizadora u obstativa de la acción legítima de los Agentes de la Autoridad.

De modo que este tipo de resistencia se caracteriza por un elemento de naturaleza obstativa, de no hacer, de pasividad, rebelde,

⁶⁹⁹ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, DE 3-10-1996, N° 665/1996, REC. 2267/1995. PTE: MONER MUÑOZ, EDUARDO (EDJ 1996/6412): “En efecto, una reiterada jurisprudencia de esta Sala, tiene declarado que el delito de resistencia se caracteriza por una actitud de pasividad, tratándose de una oposición pasiva, renuente, obstaculizadora de las órdenes o requerimientos de los agentes -Sentencias 25 Abril, 5 Noviembre 1.991 y 12 Noviembre 1.992-. En definitiva, la conducta deberá encuadrarse en el delito de resistencia, cuando la oposición sea meramente pasiva, inerte, e integre una tenaz porfía que obstaculice la acción de los órganos y representantes de los poderes públicos -Sentencia 23 Marzo y 2 Octubre 1.995-. Los hechos que se relatan no pueden constituir la falta del artículo 570 del Código Penal, pues el comportamiento del recurrente sobrepasó los límites de la levedad que entraña dicha falta, donde sólo tienen cabida las ofensas verbales omisivas de carácter leve de escasa entidad, pues la resistencia nunca puede considerarse como falta -Tribunal Supremo Sentencia 23 Mayo 1.975-.

⁷⁰⁰ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, DE 11-3-1997, N° 120/1997, REC. 1078/1995. PTE: MONTERO FERNÁNDEZ-CID, RAMÓN (EDJ 1997/1542): “Por el mismo cauce procesal que los motivos precedentemente examinados y con el designio de fundar el posterior motivo de fondo dirigido a estimar existente un delito continuado de resistencia grave a la autoridad judicial se formula un primer motivo por infracción de ley en el que se designan como documentos supuestamente acreditativos del error denunciado como existente con relación al apartado tercero de la narración fáctica los distintos requerimientos judiciales para la paralización de las obras, los testimonios de particulares procedentes del Juzgado de Primera Instancia número dos de Alcoy (folio 218) y el oficio de la Guardia civil de Corbera de 30 de noviembre de 1990.

También este motivo ha de ser desestimado por la indicada causa de carencia de autarquía demostrativa del error. No fluye de los mismos la existencia de un dolo distinto y más grave que el inherente al tipo de injusto de desobediencia aplicado condenatoriamente en la sentencia de instancia, como se razonará posteriormente al analizar los pretendidos errores de subsunción.

contrario a la modalidad de resistencia grave que exige una conducta activa, hostil y violenta.

En esta línea jurisprudencial la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2009⁷⁰¹ señala que “La resistencia, la desobediencia y, en su caso, el atentado son conductas reactivas frente a un orden o actuación de la autoridad y sus agentes que, en el ejercicio de sus funciones, pretenden que se cumplan determinadas decisiones que están encaminadas al mantenimiento del orden público. Es evidente que lo normal sea que esta resistencia, desobediencia o atentado , se produzca en el exterior de las Comisarías y que ello produzca una alteración de lo que conceptualmente se engloba como orden público y que obligan a las autoridades o sus agentes a utilizar la fuerza de modo proporcional para hacer cumplir la orden o reducir al renuente. Es más difícil, pero no imposible, que esta conducta de atentado, resistencia o desobediencia se produzca en el interior de los recintos policiales, pero en estos casos, es necesario ponderar la desigualdad de situaciones, la absoluta superioridad de los agentes de la autoridad y la afectación al orden público.

4.- La resistencia tiene que ser grave, activa, persistente y con el ánimo de oponerse al cumplimiento de las decisiones de la autoridad dentro de sus facultades. Existe una escala que es necesario recorrer, según la intensidad de la reacción que se iniciaría en su eslabón más grave por el atentado, seguiría la resistencia grave, el maltrato de obra,

⁷⁰¹ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, DE 3-4-2009, Nº 388/2009, REC. 1272/2008. PTE: MARTÍN PALLÍN, JOSÉ ANTONIO (EDJ 2009/63006).

la simple resistencia o la desobediencia grave que nos llevaría a situarnos en conductas calificadas como delictivas. Existen, como en el caso presente, situaciones en las que, un simple forcejeo que no cabe elevar a la categoría de delito, sino integrarlo en la falta contra el orden público en los que se observa, por la escasa virulencia de la conducta del acusado, un simple forcejeo que supone una actitud de desobediencia leve que pueden ser integrados en la falta del artículo 634 del Código penal. Este es el caso y la pena que se determinará en el apartado correspondiente.”

Igualmente se ha llegado a apreciar la falta del artículo 634 en la “actitud forcejeante con los policías, leve forcejeo”, al ser separado el acusado de su contendiente al que “continuaba intentando golpear”, por lo que hubo de ser esposado, siendo significativa al respecto la Sentencia del Tribunal Supremo⁷⁰² de 3 de julio de 2006; también leve forcejeo calificado como falta, y así también lo considera la Sentencia del Tribunal Supremo⁷⁰³ de 28 de febrero de 2002.

⁷⁰² SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Nº. 703/2006 DE 3 DE JULIO (EDJ2006/102992): “...Es decir la falta de desobediencia leve no se comete por el hecho de esposar al detenido sino por las causas que motivan tal actuación policial, esto es la actitud forcejeante con los policías, leve forcejeo descrito en los hechos probados que justifica la subsunción de la conducta en el art. 634 CP.”

⁷⁰³ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Nº. 364/2002, DE 28 DE FEBRERO (EDJ2002/3093): “...No se declara probado, en efecto, que el acusado agrediese o atacase a los agentes de la autoridad sino que forcejeó levemente con ellos provocando el forcejeo la caída de todos por un terraplén, de forma que no resultaría descaminado atribuir las erosiones y escoriaciones sufridas por los agentes a la caída y no a una acción agresiva del acusado dirigida contra ellos. Por el contrario, el leve forcejeo descrito en los hechos probados, en cuanto excede la mera fuga impune con que el autor de un delito pretende evitar su detención, sí justifica la subsunción de la conducta en el art. 634 CP puesto que supone, sin duda alguna, una infracción de la consideración que se debe a los agentes de la autoridad y una leve desobediencia a sus legítimos requerimientos. Se estima parcialmente, en consecuencia, el único motivo de este recurso y se declara indebidamente aplicado

Finalmente señalar en la misma línea que POLAINO NAVARRETE⁷⁰⁴ al hacer referencia al antiguo delito de desacato, que el art. 634 del Texto punitivo no puede entenderse como la recuperación subrepticia del desacato, eliminado entre los delitos, debiéndose interpretar las conductas descritas en el art. 634 CP como conductas diferenciadas, exclusivamente desde la intensidad, del correspondiente delito de resistencia o desobediencia previsto en el art. 556 del Código penal, y en ningún caso como una modalidad leve de desacato.

en la Sentencia recurrida el art. 617.1 CP, lo que será rectificado en la segunda Sentencia que a continuación dictaremos.”

⁷⁰⁴ POLAINO NAVARRETE, M: “Desobediencia y desacato leves”, en comentarios a la legislación penal, Tomo XIV, vil II, editorial Edersa, Madrid, 1992, cit. págs. 987 y ss: “desde un punto de vista valorativo, estas expresiones aluden a perspectivas distintas de un mismo concepto valorativo, integrado por el bien jurídico protegido en la tipología legal del desacato, en sus modalidades ofensivas y no intimidatorias, y constituido por la dignidad inherente a la función pública (que para este autor era objeto formal tanto en el delito como en la falta de desacato)...Ambas expresiones, formalmente diferenciadas, convergen en su significación sustancial de lesión al derecho funcional a ser respetado en la dignidad inherente a la función pública, cuya legítima titularidad el sujeto pasivo ostenta.”

CONCLUSIONES

Como ya señalé en el capítulo correspondiente al bien jurídico protegido en el delito de atentado, existen de bienes jurídicos inmutables que forman parte básica del propio contrato social y que se ven reflejados en nuestra Carta Magna, siendo uno de ellos el propio orden público-social.

En primer lugar, he de aclarar que el carácter de social que atribuyo al bien jurídico de este delito de naturaleza supraindividual, tiene su base en aquellos primeros lazos que hicieron que los individuos se unieran en sociedad, pues voluntad de todos los ciudadanos, que entregaron su libertad animal para transformarla en libertad social, sea individual o colectiva, y siempre bajo la conciencia de su libre albedrío, en el delito de atentado, el orden público lo es del Estado Social y Democrático de Derecho, no sólo del Estado sin más, pues a un Estado autoritario, ni se le puede, ni se le debe atribuir tal carácter y que, como hemos visto a lo largo de este trabajo de investigación, el principio de autoridad bajo el cual el Estado se manifiesta tiene unos tintes distintos en un Estado absoluto que en un Estado democrático, pues en este último ese carácter funcional del que está investido el principio de autoridad, lo es porque está al servicio de la sociedad y no al revés, como sucede en los Estados absolutos que es la sociedad la que obedece a ese poder absoluto, como el amo que manda sobre el esclavo.

En segundo lugar, otra de las conclusiones a las que he llegado en este trabajo de investigación, parte de la necesidad de incrementar ese principio de autoridad desde su perspectiva funcional respecto al orden público-social, pues se hace necesario para evitar un Estado anárquico en el que la mayoría social que representa una democracia se vea vilipendiada, excluída y agredida por ciudadanos que en principio no quieren asumir esas reglas democráticas que son las que básicamente rigen un Estado Social y Democrático de Derecho, que es como en la actualidad se define a nuestro Estado por la Carta Magna.

En tercer lugar, una Democracia como la nuestra se rige a través de tres poderes que se les presupone independientes, uno de ellos, el Poder Judicial, es el que básicamente ha centrado la atención del Estudio de este trabajo de investigación.

En un momento social, en el que está en crisis el principio de autoridad, se hace necesario ampliar el concepto penal de autoridad ofrecido por el artículo 24 del Texto punitivo, para dotar de un contenido más eficaz el delito de atentado previsto y penado en los artículo 550 y siguientes de referido cuerpo legal.

Ello es así, pues ésta norma prevé de una forma expresa un cerrado, escaso e indiscriminado catálogo de sujetos que han de merecer la consideración de autoridad sin que sea necesario acudir a la definición penal, nos referimos a la inclusión única y exclusivamente de los funcionarios del Ministerio Fiscal, pues referida norma excluye de merecer tal consideración al resto de profesionales que conforman la Administración de Justicia.

De ahí surge la propuesta de *lege ferenda* que realizo en capítulos anteriores, pues la Administración de Justicia, y en concreto los miembros que forma parte de las Salas de Justicia, donde se celebran los Juicios Orales, como culmen de un procedimiento penal, no sólo están constituidos por el Ministerio Fiscal, sino que junto con éste lo conforman los Jueces, los Secretarios Judiciales, los Procuradores, los Abogados, etc.

Atendiendo fundamentalmente al profesional sobre el cual centro la mayor parte de mi estudio, esto es, el Abogado, pues el autor que suscribe es Abogado penalista y como conocedor de la problemática que en la práctica se plantea respecto de estos profesionales, he querido llevar a cabo un exhaustivo estudio para que sean incluidos de un forma expresa como autoridad dentro del artículo 24 del Texto punitivo, junto con el resto de profesionales que se proponen.

Dicho esto, señalar que el concepto de autoridad o funcionario público que establece el artículo 24 del Texto punitivo ofrece plena virtualidad en la figura profesional del Abogado, pues como apuntaba la más moderna jurisprudencia, el concepto de bien jurídico Orden Público-Principio de Autoridad desde su perspectiva funcional, hacen que el merecimiento de autoridad de estos profesionales consiga un eficaz y mejor funcionamiento de la Administración de Justicia, ya que es el Estado, a través de esta Institución, el que se ve perjudicado y agraviado en la comisión del delito de atentado, y ello justifica la

necesidad de modificar el referido artículo 24 de dicho cuerpo legal, tal y como se ha propuesto de *lege ferenda*.

Y así, tal consideración de autoridad que merecen los profesionales que conforman la Administración de Justicia para el artículo 24 del Texto punitivo, no ha de ser atribuida solamente a los funcionarios del Ministerio Fiscal, los que de manera discriminatoria por parte del legislador han de sido reconocidos expresamente como autoridad .

La inclusión de la figura del Juez, del Abogado, del Secretario Judicial, del Procurador o del Abogado del Estado como autoridad, dota de sentido y eficacia ya no sólo al concepto funcional del principio de autoridad, sino también a la principal Ley Orgánica que regula la Administración de Justicia , esto es la Ley Orgánica del Poder Judicial⁷⁰⁵; y así en el apartado VII de su Exposición de motivos señala que “los cuatro primeros libros de la ley regulan cuanto se refiere a la organización, gobierno y régimen de los órganos que integran el Poder Judicial y de su órgano de gobierno. Los libros V y VI establecen el marco básico regulador de aquellos otros órganos, cuerpos de funcionarios y profesionales que, sin integrar el Poder Judicial, colaboran de diversas formas con él, haciendo posible la efectividad de su tutela en los términos establecidos por la Constitución.

⁷⁰⁵ LEY ORGÁNICA 6/1985, DE 1 DE JULIO, DEL PODER JUDICIAL, EXPOSICIÓN DE MOTIVOS VII.

La ley se refiere así, en primer lugar, al Ministerio Fiscal, que tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y el interés público, y la de velar por la independencia de los Tribunales y la satisfacción del interés social conforme a lo previsto por el art. 124 CE.”

Además de referirse a los Jueces, a los Secretarios y al Ministerio Fiscal, continúa la Exposición de Motivos del referido cuerpo legal que “consagra también la ley la función de los Abogados y Procuradores, a los que reserva la dirección y defensa y la representación de las partes, pues a ellos corresponde garantizar la asistencia jurídica al ciudadano en el proceso, de forma obligatoria cuando así lo exija y, en todo caso, como derecho a la defensa y asistencia letrada expresamente reconocido por la Constitución.”

Por tanto y como sostengo en este trabajo de investigación, resulta un contrasentido que para la LOPJ tenga carácter de autoridad el Abogado, el Juez, el Procurador o el Secretario Judicial con un sometimiento riguroso a un Régimen Disciplinario, al igual que el Ministerio Fiscal y que del mismo modo el Texto punitivo no considere como sujeto activo de los delitos contra la Administración de Justicia a estos profesionales, dándole el legislador una especial cabida en el artículo 24 de referido cuerpo legal.

Si a estos profesionales le otorgara el carácter de autoridad que venimos reclamando, para que a su vez tengan cabida como sujetos pasivos del delito de atentado previsto en el artículo 551.1 del Texto punitivo, ese mejor funcionamiento de la Administración de Justicia

que sería la meta del bien jurídico protegido “orden público-social”, acabaría en esta Institución, por lo menos, con la actual crisis del principio de autoridad y que afecta a nuestro actual sistema de Estado Democrático y de Derecho.

Por otra parte, a estos profesionales el artículo 24 de la Carta Magna les exige velar por el Derecho Fundamental de la tutela judicial efectiva y, que además de dar sentido al bien jurídico protegido, Orden Público- Social, dota a su vez de contenido social y funcional al Principio de Autoridad que han de ejercer los mismos en el ejercicio de su cargo o profesión, pues tal la protección redundante finalmente en beneficio del ciudadano que como individuo forma parte de ese Estado Social Democrático y de Derecho.

En referencia al Abogado en particular, además de lo mantenido hasta el momento, no sólo ha de tener el merecimiento de autoridad, pues su merecimiento como de funcionario público a efectos penales se ofrece evidente en el ejercicio de la justicia gratuita.

Otra de las conclusiones a las que he llegado para realizar la propuesta de *lege ferenda* de modificación del artículo 24 del Texto punitivo, tiene su base en el ambiente hostil en el que desarrollan su cargo o profesión, pues están relacionadas directamente con el delito, con el delincuente y con su entorno social.

Por ello realizo una crítica a la necesidad artificial (alarma social innecesaria) que se está generando por parte de los medios de comunicación de incluir a otros profesionales que aunque en el ejercicio de sus profesiones representan el bien jurídico orden público-

social, ni su inclusión como autoridad va a conllevar un mejor funcionamiento de la Administración para la que trabajan, ni están sometidos permanentemente en el ejercicio de su cargo o profesión a un ambiente de hostilidad que rodean al delito, al delincuente y a su entorno social, me refiero a los profesionales de la educación y de la sanidad.

En conclusión y además de lo ya señalado, si el legislador modificara conforme a la propuesta de *lege ferenda* realizada en este trabajo de investigación el artículo 24 del Texto punitivo, se dotaría de una mayor lógica sistemática al referido cuerpo legal.

AUTORES Y BIBLIOGRAFÍA

ANTÓN ONECA, JOSÉ: “Derecho penal”; 2ª Edición, Madrid 1986.

ALVAREZ BONILLA, ARGENIS JESÚS: “Inimputabilidad, la culpabilidad y el dolo”, www.monografias.com.

ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C./ VIZMANOS, TOMÁS: “Comentarios al Código penal”. Tomo II, Madrid 1848.

BECCARIA BONESANA, CESSARE: “De los delitos y las penas”; Ediciones Orbis, S.A, 1984; Edición original “Dei delitti e delle pene, 1704.”

CANCIO MELIÁ, MANUEL/ JAKOBS, GÜNTHER: “Derecho penal del enemigo”, editorial Thomson-Civitas, cuadernos Civitas.

CARBONELL MATEU, JUAN CARLOS/ VIVES ANTÓN, TOMÁS SALVADOR: “Comentarios al Código penal de 1995”, Volumen II, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia 1996.

CARBONELL MATEU, J.C/ VIVES ANTÓN, T.S:

“Derecho penal. Parte Especial Delitos contra el orden público”,
editorial Tirant Lo Blanch, Valencia 1999.

CARBONELL MATEU, J.C./ GONZALEZ CUSSAC, J.L./

ORTS BERENGUER, E./ VIVES ANTON, T./ MARTINEZ-

BUJAN PEREZ, C.: “Derecho penal, parte especial, 3ª edición,
Tirant lo Blanch, editorial, Valencia 2010.

CARRETERO SÁNCHEZ, ADOLFO: “El delito y falta de

atentado, resistencia y desobediencia contra la autoridad y sus agentes:
una visión realista entre el exceso y el defecto en su aplicación penal
práctica”, Diario La Ley, Nº 6481, 12 May. 2006, Ref. D-120, Ed. LA
LEY.

CARRARA, FRANCESCO: “Programa del curso de Derecho

criminal”, parte general, Volumen I, dictado en la Universidad de
Pisa, Buenos Aires 1944.

CASTELLÓ NICÁS, NURIA: “La imputabilidad penal del

drogodependiente”, Editorial Comares, Granada 1997.

CEREZO MIR, J: “Los delitos de atentado propio, resistencia

y desobediencia”, revista de estudios penitenciarios núm. 173, abril
1966 en “Problemas fundamentales” en 1982.

COBO DEL ROSAL, MANUEL/ QUINTANAR DÍEZ, MANUEL: “Derecho penal español, parte especial”, 2ª edición revisada y puesta al día con las últimas reformas, editorial Tirant Lo Blanch.

COBO DEL ROSAL, MANUEL (y otros): “Derecho penal español, parte especial”, 2ª edición, Editorial Dykinson, Madrid 2005.

COBO DEL ROSAL, MANUEL/VIVES ANTÓN TOMÁS SALVADOR: “Derecho penal parte general”; 5ª Edición conforme al Código penal de 1995. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999.

COBO DEL ROSAL, MANUEL: “Examen crítico del párrafo 3.º del artículo 119 del Código penal español (sobre el concepto de funcionario público a efectos penales)”; en RGLJ 1962 núm. 112.

CÓRDOBA RODA, J: Comentarios al Código penal. Tomo II. Marcial Pons, Madrid 2004.

CUERDA ARNAU, MARÍA LUISA: “Los delitos de atentado y resistencia”, Epígrafe III, Bien Jurídico, TOL349.199 ©www.tirantonline.com, 2003.

DE CASTRO Y OROZCO, JOSÉ/ ORTÍZ DE ZÚÑIGA, MANUEL: “Código penal reformado”, Madrid 1850.

DEL TORO MARZAL, ALEJANDRO: “Comentarios al Código penal”;VVAA, T.II, Barcelona 1972.

DE LA CUESTA AGUADO, PAZ M.: “Tipicidad e Imputación Objetiva”, Primera edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 1995.

DE LA VALLINA VELARDE, J.L.: «Sobre el concepto de funcionario de hecho», Revista de Administración Pública núm. 29, mayo-agosto 1959.

DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA: vigésima segunda edición, <http://www.rae.es>.

ESTEBAN MEILÁN, MARIA DEL ROSARIO: “El delito de atentado contra funcionarios de sanidad y educación. Foro abierto”. Dirigido como autor por Gemma Gallego Sánchez. Revista de Jurisprudencia el Derecho, nº 3, El Derecho Editores, marzo 2009.

FERRER SAMA, A: “Comentarios al Código penal”, tomo II, Murcia 1848.

FERRI, ENRICO: “Principios de Derecho Criminal”, Traducción por José Arturo Rodríguez Muñoz, primera edición, Madrid 1933.

GALLEGO SÁNCHEZ, GEMMA: “El delito de atentado contra funcionarios de sanidad y educación. Foro abierto”; Revista de Jurisprudencia El Derecho, marzo de 2009, nº 3.

GARCÍA ARÁN, MERCEDES/ LÓPEZ GARRIDO, DIEGO: “El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador”, editorial Tecnos, Madrid 1996.

GARCÍA ARÁN, MERCEDES/ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: “Derecho penal. Parte general”, 8ª edición, editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2010.

GARCÍA BENÍTEZ, ANTONIO: “Los orígenes de la pena”, Editorial Padilla Libros Editores & Libreros, Sevilla 2009.

GONZALEZ CUSSAC, J.L./ ORTS BERENGUER, E./ VIVES ANTON, T./ CARBONELL MATEU, J.C./ MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C.: “Derecho penal, parte especial, 3ª edición, Tirant lo Blanch, editorial, Valencia 2010.

GONZÁLEZ Y SERRANO, JOSÉ: “El nuevo Código penal”,
3ª edición, 1885.

GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, ALEJANDRO:
“El Código penal de 1870 concordado y comentado”, Tomo III, 2ª
edición, Madrid 1911.

HANS-HEINRICH JESCHECK, THOMAS WEIGEND:
“Tratado de Derecho penal. Parte general”; Traducción de **MIGUEL
OLMEDO CARDENETE**; Editorial Comares, Granada, Diciembre
2002.

HOBBS, THOMAS: “El Leviatán”, Madrid 1979.

**HUERTA TOCILDO, SUSANA/ OCATVIO DE TOLEDO
Y UBIETO, EMILIO:** “Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica
del Delito”; Segunda edición 1986; Rafael Castellanos Editor.

JAKOBS, GÜNTHER/ MANUEL CANCIO MELIÁ:
“Derecho penal del enemigo”, editorial Thomson-Civitas, cuadernos
Civitas.

JAVATO MARTÍN, ANTONIO MARÍA: “El delito de
atentado. Modelos legislativos. Estudio histórico-dogmático y de

Derecho comparado”; estudios de Derecho penal y criminología,
Editorial Comares, Granada 2005.

JIMÉNEZ DÍAZ, MARÍA JOSÉ: “Los delitos de desacato en
el Código penal español”, Editorial Edersa, Madrid 1992.

JIMÉNEZ DÍAZ, MARÍA JOSÉ: “El exceso intensivo en la
legítima defensa”, Editorial Comares, Granada 2007.

JUANATEY DORADO, CARMEN: “El delito de
desobediencia a la autoridad”. TOL62.305 ©www.tirantonline.com;
Doctrina, fecha 20/11/2001.

**LÓPEZ GARRIDO, DIEGO/ GARCÍA ARÁN,
MERCEDÉS:** “El Código penal de 1995 y la voluntad del
legislador”, editorial Tecnos, Madrid 1996.

LORENTE VELASCO, SUSANA MARÍA: “Delitos de
atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos y
de resistencia y desobediencia.”, tesis dirigida por el Catedrático de
Derecho penal del Departamento de Derecho penal de Granada, DON
MIGUEL OLMEDO CARDENETE, Diciembre 2009.

MACHICADO, JORGE: “La Acción Penal”,
<http://jorgemachicado.blogspot.com/2009/03/la-accion-y-la-omision-en-la-teoria-de.html> Consulta: Martes, 19 Octubre de 2010.

MANRESA, MIQUEL Y REUS, Tomo I.

MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C./ CARBONELL MATEU, J.C./ GONZALEZ CUSSAC, J.L./ ORTS BERENGUER, E./ VIVES ANTON, T.: “Derecho penal, parte especial, 3ª edición, Tirant lo Blanch, editorial, Valencia 2010.

MIR PUIG, SANTIAGO: “Derecho penal; parte general”, 8ª Edición. págs. 596-600), Editorial Reppertor, Barcelona 2008.

MORALES PRATS, F. y QUINTERO OLIVARES, G (y otros): “Comentarios al nuevo Código penal”, editorial aranzadi, 2ª edición, Pamplona 1999.

MORALES PRATS, FERMÍN/ QUINTERO OLIVARES, GONZALO/ PRATS CANUT, JOSEP MIQUEL / (y otros): “Comentarios a la parte especial de Derecho penal”, editorial aranzadi, 2ª edición, Pamplona 1999.

MORILLAS CUEVA, LORENZO: “La doble posición del dolo y de la imprudencia en la perspectiva de una teoría unitaria del delito”. Cuadernos de política criminal, Nº 91, Madrid 2007.

MORILLAS CUEVA, LORENZO: “Derecho penal. Parte general. Tomo II. Vol.I. Ed. Dykinson, Madrid 2008.

MORILLAS CUEVA, LORENZO: “Derecho penal. Parte general. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal. Ley Penal” 2ª Edición. Ed. Dykinson, Madrid 2010.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO/ GARCÍA ARÁN, MERCEDES: “Derecho penal. Parte general”, 8ª edición, editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2010.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: “Derecho penal, parte especial”, 2ª edición, Sevilla 1976, 4ª edición 1982; “Derecho penal, Parte Especial”, 8ª edición, Valencia 1990, 14ª edición, Valencia 2002 última edición Valencia 2007; “El error en Derecho Penal”, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia 1989.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: “Derecho penal, parte especial”, decimosexta edición, revisada y puesta al día, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia 2007.

MUÑOZ CONDE, FRANCISO: “Delitos electorales”, en Cuadernos de Política Criminal.

NISTAL BURÓN, JAVIER: “La consideración de las agresiones al personal sanitario como delito de atentado. Criterios jurisprudenciales”, Diario La Ley, Nº 7004, Sección Doctrina, 3 Sep. 2008, Año XXIX, Ref. D-250, Editorial LA LEY.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, EMILIO: “El bien jurídico protegido en los capítulos VI y VII del Código penal”, en Código penal Comentado 1977.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, EMILIO: “De nuevo sobre el interés protegido en atentados, desacatos y figuras afines”, Código penal Comentado 1980, núm. 11.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, EMILIO: “La prevaricación del funcionario público”, Madrid 1980.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, EMILIO/ HUERTA TOCILDO, SUSANA: “Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del Delito”; Segunda edición 1986; Rafael Castellanos Editor.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, EMILIO: “El delito de prevaricación de los funcionarios públicos”, La Ley, núm. 4139, 8-10-1996.

OLAIZOLA NOGALES I: “El delito de cohecho”, Valencia 1999: “personas incorporadas a la misma por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulado por el Derecho Administrativo.”

ORTÍZ DE ZÚÑIGA, MANUEL/ CASTRO Y OROZCO, JOSÉ DE: “Código penal reformado”, Madrid 1850.

ORTS BERENGUER, E./ VIVES ANTON, T./ CARBONELL MATEU, J.C. GONZALEZ CUSSAC, J.L./ MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C.: “Derecho penal, parte especial, 3ª edición, Tirant lo Blanch, editorial, Valencia 2010.

PACHECO, JOAQUÍN FRANCISCO: “El Código penal concordado y comentado”. Tomo II, Madrid 1848.

PERIS RIERA, JAIME MIGUEL: “El proceso despenalizador”, Colección de estudios Instituto de Criminología y Departamento de Derecho penal, Universidad de Valencia.

POLAINO NAVARRETE, MIGUEL: “Desobediencia y desacato leves”, en comentarios a la legislación penal, Tomo XIV, vil II, editorial Edersa, Madrid, 1992.

QUERALT JIMÉNEZ, JOAN J.: “Delitos contra la administración pública en el nuevo Código penal. Una aproximación desde la nueva regulación de la prevaricación administrativa, en Estudio y aplicación práctica del Código penal de 1995”; Tomo II. Parte Especial. Editorial Colex, 1997.

QUERALT JIMÉNEZ, JOAN J.: “Derecho penal español, parte especial”, quinta edición revisada y actualizada, editorial Atelier, libros jurídicos.

QUINTANAR DÍEZ, MANUEL/ COBO DEL ROSAL, MANUEL: “Derecho penal español, parte especial”, 2ª edición revisada y puesta al día con las últimas reformas, editorial Tirant Lo Blanch.

QUINTANAR DÍEZ, MANUEL/ COBO DEL ROSAL, MANUEL: “Derecho penal español, parte especial”, 2ª edición, Editorial Dykinson, Madrid 2005.

QUINTERO OLIVARES, GONZALO/ PRATS CANUT, JOSÉ MIGUEL: “Comentarios a la parte especial del Derecho penal”, séptima edición (revisada, ampliada y puesta al día), editorial Thomson-Aranzadi.

QUINTERO OLIVARES, G y MORALES PRATS, F. (y otros): “Comentarios al nuevo Código penal”, editorial aranzadi, 2ª edición, Pamplona 1999.

QUINTERO OLIVARES, G: “Derecho penal. Parte general”, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia 2010.

RODRÍGUEZ DEVESA, JOSE MARÍA: “Derecho penal español, parte especial II”, Valladolid 1965; 2ª edición 1966; “Derecho penal español, parte especial”, 3ª edición, Madrid 1969, 13ª edición 1990.

RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS: “Compendio de Derecho penal (parte general)”; Tercera Edición, Octubre de 1986; Editorial Trivium, S.A.

ROIG TORRES, MARGARITA: “El Delito de Atentado”, Derecho y Proceso penal, monografía asociada a Revista Aranzadi de Derecho y Proceso penal, Número II, Navarra 2004.

ROUSSEAU, JEAN JACKES: “El contrato Social”, traducción Enrique Azcoaga, ediciones Edad, Madrid 1969.

ROXIN, CLAUS: “Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito”. Traducción de la

2ª edición por Luzón Peña, Diego Manuel, editorial Civitas, Madrid
2006.

SAINZ CANTERO JOSE A.: “Lecciones de Derecho penal.
Parte general. Volumen III”, Editorial Bosch, Barcelona 1985.

**SEGRELLES DE ARENAZA, ÍÑIGO, en COBO DEL
ROSAL (y otros):** “Compendio de Derecho penal español (parte
especial)”, editorial Marcial Pons, Barcelona 2000.

SOTO NIETO, FRANCISCO: “Aproximación y diferencias
entre los delitos de atentado y resistencia”, Diario La Ley, Nº 5812,
Sección Columna, 27 Jun. 2003, Año XXIV, Ref. D-153, Editorial LA
LEY.

VIZMANOS, TOMÁS/ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C:
“Comentarios al Código penal”. Tomo II, Madrid 1848.

**VIVES ANTÓN, TOMÁS SALVADOR/ COBO DEL
ROSAL, MANUEL:** “Derecho penal parte general”; 4ª Edición
conforme al Código penal de 1995. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia,
1996.

VIVES ANTÓN, TOMÁS SALVADOR / CARBONELL

MATEU, JUAN CARLOS: “Comentarios al Código penal de 1995”,
Volumen II, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia 1996.

VIVES ANTÓN, TOMÁS SALVADOR: “Fundamentos del
sistema penal”, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia 1996.

**VIVES ANTON, T./ ORTS BERENGUER, E./
CARBONELL MATEU, J.C. GONZALEZ CUSSAC, J.L./
MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C.:** “Derecho penal, parte especial, 3ª
edición, Tirant lo Blanch, editorial, Valencia 2010.

VON LISZT, FRANZ: “Tratado de Derecho penal”, Tomo II.
Traducido de la 20 edición alemana por LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA y
adicionado con el Derecho español por QUINTILLANO SALDAÑA,
Tercera edición, Madrid.

RELACIÓN CRONOLÓGICA DE JURISPRUDENCIA

1.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª,
NÚM. 3, DE FECHA 4 DE ENERO DE 1882.

2.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª,
NÚM. 36, DE FECHA 27 DE ENERO DE 1882.

3.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA
2ª, NÚM. 105, DE FECHA 18 DE MARZO DE 1882.

4.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª,
NÚM. 129, DE FECHA 27 DE MARZO DE 1882.

5.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª,
NÚM. 288, DE FECHA 24 DE JUNIO DE 1882.

6.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª,
NÚM. 29, DE FECHA 11 DE JULIO DE 1882.

7.- SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª, NÚM.
266, DE FECHA 13 DE JULIO DE 1882.

8.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª,
NÚM. 53, DE FECHA 26 DE SEPTIEMBRE DE 1882.

9.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª,
NÚM. 57, DE FECHA 28 DE SEPTIEMBRE DE 1882.

10.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª,
NÚM. 204, DE FECHA 4 DE DICIEMBRE DE 1882.

11.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª,
NÚM. 42, DE FECHA 27 DE AGOSTO DE 1883.

12.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª,
NÚM. 67, DE FECHA 2 DE OCTUBRE DE 1883.

13.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª,
NÚM. 330, DE FECHA 19 DE DICIEMBRE DE 1883.

14.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª,
NÚM. 139, DE FECHA 12 DE FEBRERO DE 1884.

15.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª,
NÚM. 206, DE FECHA 7 DE MARZO DE 1884.

16.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª,
NÚM. 253, DE FECHA 20 DE MARZO DE 1884.

17.- SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª, NÚM. 332, DE FECHA 9 DE ABRIL DE 1884.

18.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª, NÚM. 260, DE FECHA 24 DE NOVIEMBRE DE 1884.

19.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª, NÚM. 348, DE FECHA 29 DE DICIEMBRE DE 1884.

20.- SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª, NÚM. 298, DE FECHA 6 DE ABRIL DE 1885.

21.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª, NÚM. 318, DE FECHA 11 DE ABRIL DE 1885.

22.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª, NÚM. 517, DE FECHA 17 DE JUNIO DE 1885.

23.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª, NÚM. 478, DE FECHA 10 DE JUNIO DE 1886.

24.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª, NÚM. 84, DE FECHA 7 DE OCTUBRE DE 1886.

25.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª,
NÚM. 269, DE FECHA 16 DE DICIEMBRE DE 1886.

26.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª,
NÚM. 306, DE FECHA 20 DE ABRIL DE 1887.

27.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª,
NÚM. 191, DE FECHA 6 DE NOVIEMBRE DE 1888.

28.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª,
NÚM. 237, DE FECHA 16 DE NOVIEMBRE DE 1889.

29.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª,
NÚM. 144, DE FECHA 9 DE JULIO DE 1892.

30.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª,
NÚM. 149, DE FECHA 29 DE ABRIL DE 1893.

31.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª,
NÚM. 211, DE FECHA 27 DE JUNIO DE 1896.

32.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª,
NÚM. 70, DE FECHA 21 DE OCTUBRE DE 1910.

33.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª, EN SENTENCIA NÚM. 16, DE FECHA 15 DE ENERO DE 1926.

34.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA SEGUNDA, DE LO PENAL DE 26 de JUN. 1979 (RJ1979, 2795).

35.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL) DE 15 OCTUBRE 1979 PONENTE: GÓMEZ DE LIAÑO Y COBALEDA, MARIANO (RJ 1979\3672).

36.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL) DE 29 OCTUBRE 1979, PONENTE: VIVAS MARZAL, LUS (RJ 1979\3763).

37.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO CRIMINAL), DE 28 ENERO 1982 (RJ 1982\155).

38.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO CRIMINAL), DE 2 ABRIL 1982 (RJ 1982\2064).

39.- TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, S 26-1-1984. PTE: RODRÍGUEZ LÓPEZ, MARTÍN JESÚS (EDJ 1984/480).

40.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 26-1-1984. PTE: RODRÍGUEZ LÓPEZ, MARTÍN JESÚS (EDJ 1984/480).

41.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA SEGUNDA, DE LO PENAL, de 20 Enero 1986, PONENTE: COTTA Y MÁRQUEZ DE PRADO, FERNANDO (LA LEY 10685-JF/0000).

42.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL) 20 ENERO 1986 PONENTE: GARCÍA MIGUEL, MANUEL (RJ 1986\154).

43.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 27-1-1986. Pte: HIJAS PALACIOS, JOSÉ (EDJ 1986/851).

44.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL) 7 DE NOVIEMBRE DE 1987 PONENTE: MONTEO FERNÁNDEZ-CID, RAMÓN (RJ 1987\8473).

45.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL) DE 1 DE DICIEMBRE DE 1987, PONENTE: MOYNA MÉNGUEZ, JOSÉ HERMENEGILDO (RJ 1987\9516).

46.- SENTENCIA DE 25 DE FEBRERO DE 1987 DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA SEGUNDA, Pte: MOYNA MÉNGUEZ, JOSÉ HERMENEGILDO (EDJ 1987/1551).

47.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA SEGUNDA, DE LO PENAL, SENTENCIA de 18 Enero 1988, PONENTE: SOTO NIETO, FRANCISCO (LA LEY 968-2/1988).

48.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL) 18 DE ABRIL DE 1988 PONENTE: BACIGALUPO ZAPATER, ENRIQUE (RJ 1988\2803).

49.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 18-4-1988. PTE: BACIGALUPO ZAPATER, ENRIQUE (EDJ 1988/3096).

50.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 10-5-1988. PTE: RUIZ VADILLO, ENRIQUE (EDJ 1988/3950).

51.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE SEPTIEMBRE DE 1988 (RJ 1988, 6792).

52.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL) DE 21 DE FEBRERO DE 1989, PONENTE: SOTO NIETO, FRANCISCO (RJ 1989\1632).

53.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL) 7 DE NOVIEMBRE DE 1989, PONENTE: GARCÍA PÉREZ, FRANCISCO (RJ 1989\8575).

54.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL) 6 DE MARZO DE 1990 PONENTE: CARRERO RAMOS, JUSTO (RJ 1990\2404).

55.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 1ª, 29-3-1990, nº 59/1990, BOE 107/1990, de 4 de mayo de 1990, rec. 1639/1987. Pte: GIMENO SENDRA, VICENTE (EDJ 1990/3535).

56.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 07-05-1990, PTE: PUERTA LUIS, LUIS ROMÁN (EDJ 1990/4752).

57.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL), DE 8 OCTUBRE 1990 (RJ 1990\7916).

58.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL), DE 26 FEBRERO 1991 (RJ 1991\1547)

59.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 26-2-1991. PTE: HUERTA Y ALVAREZ DE LARA, ANTONIO (EDJ 1991/2062).

60.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL), DE 3 MAYO 1991 (RJ 1991\3533).

61.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE OCTUBRE DE 1991 (RJ 1991, 7412).

62.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL) DE 27 DE ENERO DE 1992, PONENTE: DE VEGA RUIZ, JOSE AUGUSTO (RJ 1992\573).

63.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL) DE 13 DE FEBRERO DE 1992, PONENTE: GARCÍA MIGUEL, MANUEL (RJ 1992\1226).

64.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 13-2-1992, REC. 6799/1989. PTE: GARCÍA MIGUEL, MANUEL (EDJ 1992/1338).

65.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 12-5-1992, Nº 1065/1992, REC. 5312/1990. PTE: MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, JOSÉ MANUEL (EDJ 1992/4650).

66.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE MAYO DE 1992, PONENTE HUET GARCÍA, FRANCISCO (RJ 1992/41779).

67.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 1-10-1992, Nº 2106/1992, REC. 81/1992. PTE: RUIZ VADILLO, ENRIQUE (EDJ 1992/9525).

68.- SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL), NÚM. 2040/1992 DE 5 OCTUBRE (RJ 1992\7739).

69.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 16-9-1992, Nº 1873/1992, REC. 3401/1989. PTE: SOTO NIETO, FRANCISCO (EDJ 1992/8829).

70.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL), NÚM. 137/1993 DE 28 ENERO (RJ 1993\214).

71.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLENO de fecha 25 de marzo de 1993, nº 111/1993, BOE 100/1993, de 27 de abril de 1993, rec. 298/1991. PONENTE DON ÁLVARO RODRÍGUEZ BEREIJO (EDJ 1993/2984).

72.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA SEGUNDA, DE LO PENAL, de 30 Abr. 1993, PONENTE: VEGA RUIZ, JOSE AUGUSTO DE (LA LEY 3418-5/1993).

73.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 20-5-1993, N° 1183/1993, REC. 1807/1992. PTE: MONER MUÑOZ, EDUARDO (EDJ 1993/4753).

74.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL) DE 2 DE JUNIO DE 1993, PONENTE: SOTO NIETO, FRANCISCO (RJ 1993\4702).

75.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL) NÚM. 2104/1993 DE 2 OCTUBRE PONENTE: BACIGALUPO ZAPATER, ENRIQUE (RJ 1993\7472).

76.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL) DE 8 DE NOVIEMBRE DE 1994, PONENTE: BACIGALUPO ZAPATER, ENRIQUE (RJ 1994\9993).

77.- SENTENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SALA 1ª, 10-1-1995, N° 2/1995, BOE 36/1995, DE 11 DE FEBRERO DE 1995, REC. 371/92. PTE: RAFAEL DE MENDIZÁBAL ALLENDE (EDJ 1995/1).

78.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL) NÚM. 1104/1995 DE 30 ENERO (RJ 1996\190).

79.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SALA 2ª, 8-5-1995, nº 66/1995, BOE 140/1995, de 13 de junio de 1995, rec. 1693/92. Pte: VIVER PI-SUNYER, CARLES (EDJ 1995/2054).

80.- SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MURCIA, SEC. 2ª, 27-11-1995, REC. 98/1995. PTE: JOVER CARRIÓN, MARÍA (EDJ 1995/10026).

81.- SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MURCIA (SECCIÓN 2ª), NÚM. 99/1995 DE 27 NOVIEMBRE (ARP 1995\1420).

82.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO NÚM. 1305/1995, DE 21 DE DICIEMBRE (RJ 1995, 9436).

83.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, DE 3-10-1996, Nº 665/1996, REC. 2267/1995. PTE: MONER MUÑOZ, EDUARDO (EDJ 1996/6412).

84.- SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BURGOS (SECCIÓN 1ª) NÚM. 30/1997 DE 28 FEBRERO,

PONENTE: MARÍN IBÁÑEZ, FRANCISCO MANUEL (ARP 1997\460).

85.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, DE 11-3-1997, Nº 120/1997, REC. 1078/1995. PTE: MONTERO FERNÁNDEZ-CID, RAMÓN (EDJ 1997/1542).

86.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 11-6-1997, Nº 861/1997, REC. 913/1996-P. PTE: PUERTA LUIS, LUIS ROMÁN (EDJ 1997/3943).

87.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLENO, 2-10-1997, nº 161/1997, BOE 260/1997, de 30 de octubre de 1997, rec. 4198/1996. Pte: VIVER PI-SUNYER, CARLES (EDJ 1997/5477).

88.- SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE A CORUÑA (SECCIÓN 5ª), NÚM. 157/1997 DE 12 NOVIEMBRE (ARP 1997\1786).

89.- SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÓRDOBA (SECCIÓN 2ª) NÚM. 11/1998 DE 12 FEBRERO (ARP 1998\870).

90.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 28-2-1998, Nº 258/1998, REC. 1707/1997-. PTE: MARTÍN PALLÍN, JOSÉ ANTONIO (EDJ 1998/773).

91.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 20-3-1998, Nº 434/1998, REC. 931/1997-P. PTE: VEGA RUIZ, JOSÉ AUGUSTO DE (EDJ 1998/1297).

92.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 28-5-1998, Nº 747/1998, REC. 2113/1997. PTE: JIMÉNEZ VILLAREJO, JOSÉ (EDJ 1998/3926).

93.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO NÚM. 753/1998, DE 30 DE MAYO (RJ 1998, 9195).

94.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE OCTUBRE DE 1998 (RJ 1998/6881).

95.- SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA (SECCIÓN 1ª) NÚM. 9/1999 DE 20 ENERO (ARP 1999\188).

96.- SENTENCIA AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIRONA (SECCIÓN 3ª) NÚM. 63/1999 DE 16 FEBRERO (ARP 1999\905).

97.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 9-6-1999, Nº 910/1999, REC. 1754/1998-. PTE: MARTÍN PALLÍN, JOSÉ ANTONIO (EDJ 1999/9721).

98.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SENTENCIA NÚM. 85/1999 DE 10 MAYO PONENTE: CACHÓN VILLAR, PABLO MANUEL (RTC 1999\85).

99.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE FECHA NÚM. 747/1999, DE 11 DE MAYO DE 1999 (RJ 1999, 4974).

100.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 25-1-1999, Nº 38/1999, REC. 931/1998-P. PTE: GARCÍA ANCOS, GREGORIO (EDJ 1999/209).

101.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 27-9-1999, nº 1321/1999, rec. 3593/1998. Pte: MARAÑÓN CHÁVARRI, JOSÉ ANTONIO (EDJ 1999/335729).

102.-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 21-2-2000, Nº 271/2000, REC. 1976/1998. PTE: PREGO DE OLIVER Y TOLIVAR, ADOLFO (EDJ 2000/1110).

103.- SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE GRANADA (SECCIÓN 2ª) NÚM. 335/2000 DE 5 MAYO. PONENTE: RODRÍGUEZ CANO, EDUARDO (ARP 2000\1156).

104.- AUTO DE TRIBUNAL SUPREMO DE 10 MAYO 2000 (RJ 2000, 7767).

105.-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL) NÚM. 948/2000 DE 29 MAYO, PONENTE: SÁNCHEZ MELGAR, JULIÁN (RJ 2000\4146).

106.- SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL SALA DE LO PENAL, SEC. 3ª, 31-5-2000, N° 19/2000, REC. 77/1997. PTE: MURILLO BORDALLO, ANGELA MARÍA (EDJ 2000/43348).

107.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 4-6-2000, N° 950/2000, REC. 661/1999-P. PTE: MARTÍN PALLÍN, JOSÉ ANTONIO (EDJ 2000/13854).

108.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 4-6-2000, n° 951/2000, rec. 3349/1998. Pte: MARTÍN PALLÍN, JOSÉ ANTONIO (EDJ 2000/11391).

109.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO PENAL, NÚM. 950/2000 DE 4 JUNIO (RJ 2000\5240).

110.- SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE GUIPÚZCOA (SECCIÓN 1ª) NÚM. 181/2000 DE 4 OCTUBRE (JUR 2001\42245).

111.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA SEGUNDA, DE LO PENAL, 21 OCT. 2000, REC. 4831/1998 (LA LEY 837/2001).

112.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL) DE 30 DE OCTUBRE DE 2000, PONENTE: GRANADOS PÉREZ, CARLOS (RJ 2000\9162).

113.- SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÁDIZ, SEC. 7ª, 9-11-2000, Nº 231/2000, REC. 233/2000. PTE: GUTIÉRREZ LUNA, MANUEL (EDJ 2000/55533).

114.- SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÁDIZ (SECCIÓN 7ª), NÚM. 231/2000 DE 9 NOVIEMBRE (JUR 2001\48341).

115.- SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE LUGO (SECCIÓN 2ª), NÚM. 8/2000 DE 4 DICIEMBRE (JUR 2001\64264).

116.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 22-3-2001, Nº 443/2001, REC. 346/1999. PTE: BACIGALUPO ZAPATER, ENRIQUE (EDJ 2001/3170).

117.- SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE (SECCIÓN 2ª) NÚM. 164/2001 DE 30 MARZO (JUR 2001\179441).

118.- SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL), NÚM. 660/2001 DE 18 ABRIL (RJ 2001\2987).

119.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA SEGUNDA, DE LO PENAL, 13 JUN. 2001, REC. 4434/1999 (LA LEY 6049/2001).

120.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL) DE 13 DE JUNIO DE 2001, PONENTE: SORIANO SORIANO, JOSÉ RAMÓN (RJ 2001\6251).

121.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 8-10-2001, Nº 1773/2001, REC. 3167/1999. PTE: MONER MUÑOZ, EDUARDO (EDJ 2001/36703).

122.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO NÚM. 1773/2001, DE 8 DE OCTUBRE (RJ 2001, 8787).

123.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL) NÚM. 2251/2001 DE 29 NOVIEMBRE, PONENTE: APARICIO CALVO-RUBIO, JOSÉ (RJ 2002\1224).

124.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 21-12-2001, Nº 2474/2001, REC. 173/2000. PTE: SORIANO SORIANO, JOSÉ RAMÓN (EDJ 2001/55112).

125.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO NÚM. 2404/2001, DE 22 DE DICIEMBRE (RJ 2002, 1813).

126.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 22-12-2001, Nº 2404/2001, REC. 171/2000. PTE: SAAVEDRA RUIZ, JUAN (EDJ 2001/56039).

127.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 21-1-2002, nº 72/2002, rec. 3785/1999. Pte: GIMÉNEZ GARCÍA, JOAQUÍN (EDJ 2002/765).

128.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL) NÚM. 72/2002 DE 21 ENERO, PONENTE: EXCMO SR. JOAQUÍN GIMÉNEZ GARCÍA (RJ 2002\1570).

129.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA SEGUNDA, DE LO PENAL, 21 ENERO 2002, REC. 3785/1999, PONENTE: GIMÉNEZ GARCÍA, JOAQUÍN (LA LEY 3696/2002).

130.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 22-2-2002, N° 323/2002, REC. 196/2000. PTE: MONER MUÑOZ, EDUARDO (EDJ 2002/4067).

131.- SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALBACETE (SECCIÓN 1ª) NÚM. 13/2002 DE 28 FEBRERO (JUR 2002\104152).

132.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO N°. 364/2002, DE 28 DE FEBRERO (EDJ2002/3093)

133.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 4-3-2002, n° 361/2002, rec. 1372/2000. Pte: SAAVEDRA RUIZ, JUAN (EDJ 2002/7600).

134.- SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE JAÉN (SECCIÓN 2ª), NÚM. 39/2002 DE 13 MARZO (JUR 2002\128640).

135.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 3-4-2002, nº 670/2002, rec. 2159/2000. Pte: GRANADOS PÉREZ, CARLOS (EDJ 2002/10509).

136.- SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE HUESCA (SECCIÓN UNICA) NÚM. 67/2002 DE 4 ABRIL (JUR 2002\153306).

137.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 13-4-2002, Nº 678/2002, REC. 798/2001. PTE: BACIGALUPO ZAPATER, ENRIQUE (EDJ 2002/10013).

138.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL), NÚM. 1310/2002 DE 9 JULIO, PONENTE: ABAD FERNÁNDEZ, ENRIQUE (RJ 2002\5974).

139.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 18-12-2002, Nº 2143/2002, REC. 2793/2001. PTE: GIMÉNEZ GARCÍA, JOAQUÍN (EDJ 2002/61198).

140.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA SEGUNDA, DE LO PENAL, 19 FEBRERO DE 2003, REC. 2289/2001, PONENTE: RAMOS GANCEDO, DIEGO ANTONIO (LA LEY 1780/2003).

141.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 15-3-2003, nº 370/2003, rec. 521/2002. Pte: SAAVEDRA RUIZ, JUAN (EDJ 2003/6662).

142.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL) NÚM. 369/2003 DE 15 MARZO, PONENTE: SAAVEDRA RUIZ, JUAN (RJ 2003\2787).

143.- SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE TARRAGONA (SECCIÓN 2ª) 4 NOVIEMBRE 2003 (JUR 2004\108521).

144.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 16-6-2003, Nº 866/2003, REC. 1081/2002. PTE: MARTÍN PALLÍN, JOSÉ ANTONIO (EDJ 2003/92807).

145.- SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÁDIZ (SECCIÓN 7ª), NÚM. 360/2003 DE 4 DICIEMBRE (JUR 2004\109394)

146.- SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ZARAGOZA (SECCIÓN 3ª) NÚM. 6/2004 DE 12 ENERO (JUR 2002\60985).

147.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL), NÚM. 383/2005 DE 4 MARZO, PONENTE: MARTÍN PALLÍN, JOSÉ ANTONIO (RJ 2005\4114).

148.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL) NÚM. 340/2005 DE 8 MARZO, PONENTE: MARTÍNEZ ARRIETA, ANDRÉS (RJ 2005\2728).

149.- SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CUENCA, SEC. 1ª, 19-5-2005, Nº 9/2005, REC. 5/2004. PTE: CASADO DELGADO, ERNESTO (EDJ 2005/78258).

150.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL) NÚM. 676/2005 DE 16 MAYO (RJ 2005\6752).

151.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL) NÚM. 146/2006 DE 10 FEBRERO, PONENTE: MAZA MARTÍN, JOSÉ MANUEL (RJ 2006\3100).

152.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª,
10-2-2006, Nº 146/2006, REC. 1936/2004. PTE: MAZA MARTÍN,
JOSÉ MANUEL (EDJ 2006/11987).

153.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO NÚM.
180/2006, DE 16 DE FEBRERO (RJ 2006, 2150).

154.- SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE
CÓRDOBA, SEC. 2ª, 12-4-2006, Nº 99/2006, REC. 179/2006. PTE:
MORILLO-VELARDE PÉREZ, JOSÉ MARÍA (EDJ 2006/113884).

155.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 4-
5-2006, nº 607/2006, rec. 526/2005. Pte: SAAVEDRA RUIZ, JUAN
(EDJ 2006/80841).

156.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA
SEGUNDA, DE LO PENAL DE 1 JUN. 2006, REC. 1038/2005 (LA
LEY 60536/2006).

157.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE
LO PENAL) NÚM. 589/2006 DE 1 JUNIO, PONENTE: SORIANO
SORIANO, JOSÉ RAMÓN (RJ 2006\3584).

158.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 1-6-2006, Nº 589/2006, REC. 1038/2005. PTE: SORIANO SORIANO, JOSÉ RAMÓN (EDJ 2006/80854).

159.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Nº. 703/2006 DE 3 DE JULIO (EDJ2006/102992).

160.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 12-7-2006, nº 799/2006, rec. 1647/2005. Pte: MARTÍN PALLÍN, JOSE ANTONIO (EDJ 2006/105591).

161.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL, SECCIÓN 1ª), NÚM. 876/2006 DE 6 NOVIEMBRE (RJ 2007\586).

162.- SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE TARRAGONA, SEC. 2ª, 6-6-2007, Nº 437/2007, REC. 1480/2005. PTE: UCEDA SALES, SARA (EDJ 2007/164906).

163.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 4-12-2007, Nº 1030/2007, REC. 759/2007. PTE: COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, MIGUEL (EDJ 2007/243074).

164.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL, SECCIÓN 1ª), SENTENCIA NÚM. 1030/2007 DE 4 DICIEMBRE (RJ 2008\648).

165.- SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEVILLA, SEC. 1ª, 3-4-2008, Nº 185/2008, REC. 5144/2007. PTE: JURADO HORTELANO, INMACULADA (EDJ 2008/214010).

166.- AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SALA 2ª de fecha 14-7-2008, nº 218/2008, rec. 7509/2006.

167.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 7-11-2008, Nº 711/2008, REC. 331/2008. PTE: MAZA MARTÍN, JOSÉ MANUEL (EDJ 2008/222308).

168.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 17-12-2008, nº 883/2008, rec. 1045/2008. Pte: RAMOS GANCEDO, DIEGO ANTONIO (EDJ 2008/272879).

169.- SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÓRDOBA (SECCIÓN 3ª) NÚM. 84/2009 DE 26 MARZO (JUR 2009\322066).

170.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª,
DE 3-4-2009, N° 388/2009, REC. 1272/2008. PTE: MARTÍN
PALLÍN, JOSÉ ANTONIO (EDJ 2009/63006).

171.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª,
24-9-2009, n° 901/2009, rec. 10548/2009. Pte: BERDUGO Y
GÓMEZ DE LA TORRE, JUAN RAMÓN (EDJ 2009/225087).

172.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª,
10-2-2010, N° 57/2010, REC. 1735/2009. PTE: SORIANO
SORIANO, JOSÉ RAMÓN (EDJ 2010/5928).

173.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª,
19-5-2010, N° 463/2010, REC. 2665/2009. PTE: COLMENERO
MENÉNDEZ DE LUARCA, MIGUEL (EDJ 2010/84224).

174.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª, 4-
6-2010, N° 664/2010, REC. 10006/2010. PTE: PREGO DE OLIVER
Y TOLIVAR, ADOLFO (EDJ 2010/153051).

175.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2ª,
30-6-2010, N° 610/2010, REC. 11457/2009. PTE: SORIANO
SORIANO, JOSÉ RAMÓN (EDJ 2010/140068).