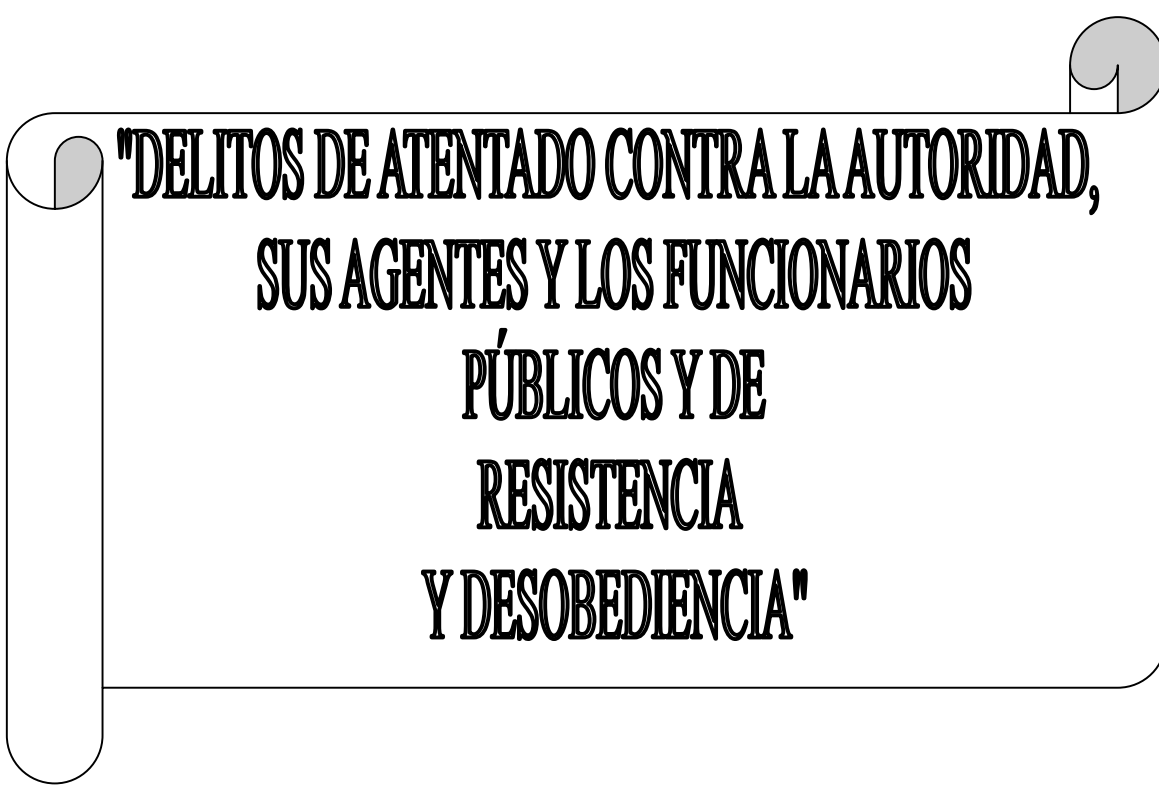


DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL
DE LA UNIVERSIDAD DE GRANADA. TESIS
DOCTORAL:



**"DELITOS DE ATENTADO CONTRA LA AUTORIDAD,
SUS AGENTES Y LOS FUNCIONARIOS
PÚBLICOS Y DE
RESISTENCIA
Y DESOBEDIENCIA"**

AUTORA: SUSANA M^a LORENTE VELASCO.
DIRECTOR: PROF. DR. D. MIGUEL OLMEDO CARDENETE.
TUTOR: PROF. DR. D. JESÚS BARQUÍN SANZ.

Editor: Editorial de la Universidad de Granada
Autor: Susana M^a Lorente Velasco
D.L.: Gr. 189-2010
ISBN: 978-84-692-8373-8

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

ACP	Anterior Código Penal
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
AP	Audiencia Provincial
ART.	Artículo
ARP	Aranzadi Repertorio de Provincias
ATS	Auto del Tribunal Supremo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución española
CP	Código Penal
CPC	Cuadernos de Política Criminal
CPM	Código Penal Militar
FFCCS	Fuerzas y Cuerpos de Seguridad
JUR	Jurisprudencia Aranzadi
LECRIM	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
LOFCS	Ley Orgánica de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOPSC	Ley Orgánica sobre protección de la Seguridad Ciudadana
LOTJ	Ley Orgánica del Tribunal del Jurado
LPA	Ley de Procedimiento administrativo
LSP	Ley de Seguridad Privada
P.	Página
PP.	Páginas
RCL	Repertorio Cronológico de Legislación
RD	Real Decreto
RJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
RJD	Repertorio de Jurisprudencia El Derecho
RTC	Repertorio del Tribunal Constitucional

SAP	Sentencia de Audiencia Provincial
SS.	Siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
SSTC	Sentencias del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
T.	Tomo
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
VOL.	Volumen.

“DELITOS DE ATENTADO CONTRA LA AUTORIDAD, SUS AGENTES Y LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS Y DE RESISTENCIA Y DESOBEDIENCIA”

PARTE I: INTRODUCCIÓN Y ANTECEDENTES HISTÓRICOS

CAPÍTULO PRIMERO: INTRODUCCIÓN

- 1.) Presentación del tema: los motivos de su elección----- 11
- 2.) Alcance de la investigación y justificación de la estructura ----- 13

CAPÍTULO SEGUNDO: EVOLUCIÓN

HISTÓRICO-LEGISLATIVA DE LOS

DELITOS DE ATENTADO, RESISTENCIA Y DESOBEDIENCIA.

- 1.) Antecedentes históricos de estos delitos: precedentes legislativos ----- 17
 - 1.1) Periodo anterior a la codificación ----- 17
 - 1.2) Código penal de 1822----- 18
 - 1.3) Código Penal de 1848----- 20
 - 1.4) Código Penal de 1850----- 21
 - 1.5) Código Penal de 1870----- 24

1.6) Código Penal de 1928-----	25
1.7) Código Penal de 1932-----	27
1.8) Texto refundido de 1944 (Código Penal de 1973)-----	27
1.9.) Reformas legislativas posteriores -----	29
2.) Principales novedades introducidas por el Código Penal de 1995 respecto a estas figuras delictivas -----	29
3.) Breve síntesis sobre la evolución histórico-legislativa de estas figuras -----	31

PARTE II: JUICIO DE ANTIJURICIDAD

CAPÍTULO PRIMERO: UBICACIÓN SISTEMÁTICA Y DIMENSIÓN VALORATIVA DE LOS TIPOS: EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.-

1.) Cuestiones previas -----	37
2.) Orden público como criterio sistemático -----	38
2.1.) Debate doctrinal y jurisprudencial en torno al orden público -----	38
2.2.) Orden público y conceptos afines: delimitaciones conceptuales-----	46
2.3.) El concepto de orden público en el Código Penal de 1995. Toma de posición -----	49
3.3.) Conclusiones en torno al concepto de orden público -----	53
3.) ¿Es el principio de autoridad el bien jurídico protegido en estos delitos? -----	55
3.1.) Principio de autoridad: evolución doctrinal y jurisprudencial del concepto- -----	55
3.2.) Toma de posición en torno al bien jurídico tutelado en estos delitos-----	66
4.) Atentados, resistencia y desobediencia: ¿mismo bien jurídico? -----	68
5.) Conclusiones relativas a la ubicación sistemática y al bien jurídico protegido en estos delitos -----	70

CAPÍTULO SEGUNDO: SUJETOS ACTIVOS. ANÁLISIS DE LOS SUJETOS PASIVOS DE LA ACCIÓN Y DEL SUJETO PASIVO DEL DELITO.

1.) Sujeto activo -----	73
2.) Distinción entre sujeto pasivo del delito y sujeto que soporta la acción -----	74
3.) Sujetos sobre los que recae la acción-----	77
3.1) Concepto de funcionario público-----	78
3.1.1) Cuestiones previas-----	78
3.1.2) Breve análisis del concepto de funcionario público en el ámbito del Derecho Administrativo-----	79
3.1.3) Antecedentes históricos del concepto penal de funcionario público -	82
3.1.4) El concepto de funcionario público en el Código Penal -----	84
3.1.4.1) Disposición inmediata de la ley, elección o nombramiento como título habilitador para el desarrollo de la función pública-----	89
3.1.4.2) La función pública y la participación en ella como elemento nuclear del concepto -----	91
3.1.5) El problema del llamado “funcionario de hecho”-----	94
3.1.6) Conclusiones en torno al concepto de funcionario público-----	96
3.2) Concepto de autoridad-----	97
3.2.1) Cuestiones previas -----	97
3.2.2) Antecedentes históricos del concepto de autoridad -----	99
3.2.3) El concepto de autoridad en el Código Penal -----	103
3.2.4) Conclusiones relativas al concepto de autoridad -----	111
3.3) La referencia a “agentes de la autoridad” -----	113
3.4) Problemática en torno a los profesionales de la seguridad privada-----	117
3.5) Problemática en torno a los profesionales de la sanidad pública -----	126
3.6) Problemática en torno a los profesionales de la enseñanza pública -----	117
3.7) Otros supuestos conflictivos -----	134
3.8) La mención a la fuerza armada del artículo 554 C.P -----	154
3.9) Personas que acuden en auxilio de la autoridad, sus agentes o los funcionarios públicos-----	160
3.10) Conclusiones-----	163

CAPÍTULO TERCERO: CONDUCTA TÍPICA Y VERTIENTE SUBJETIVA DE ESTOS DELITOS.

SECCIÓN PRIMERA: ANÁLISIS OBJETIVO DE ESTOS TIPOS PENALES.

1.) Clasificación de estos tipos penales según las características externas de la acción -----	172
2.) Modalidades de conducta del tipo básico del delito de atentado (art. 550 C.P.)	176
2.1) Acometimiento-----	177
2.2) Emplear fuerza-----	192
2.3) Intimidación grave -----	197
2.4) Resistencia activa grave -----	203
2.5) Criterios de distinción entre las diversas modalidades de atentado -----	213
3.) Causas de agravación específicas del delito de atentado-----	214
4.) El maltrato de obra del artículo 554.1º C.P.-----	223
5.) La conducta típica del delito de resistencia (art. 556 C.P.) -----	224
6.) La conducta típica del delito de desobediencia grave (art. 556 C.P.) -----	232
6.1) Orden o mandato de la autoridad competente: Características y exigencias de la misma-----	236
6.1.1) Orden o mandato expreso, determinante y claro -----	238
6.1.2) Orden o mandato dictado por autoridad competente en el ejercicio de sus funciones y conforme a derecho -----	239
6.2) El requisito del conocimiento de la orden. Concepto de requerimiento ---	248
6.3) Negativa u oposición del sujeto a cumplir lo compelido. Acción de desobedecer -----	251
6.4) Elementos diferenciadores entre el delito de desobediencia grave y la falta de desobediencia del artículo 634 CP-----	257
6.5) Breve recorrido jurisprudencial por los supuestos más interesantes de desobediencia: Casuística-----	260
7.) La falta de consideración y respeto debido a la autoridad del artículo 634 CP.	274
8.) Elementos objetivos del injusto comunes a todas estas conductas típicas y relativos a los sujetos que soportan la acción-----	278

8.1) La necesidad de actuar en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas	278
8.2) El requisito de la no extralimitación	282
9.) Conclusiones	289

SECCIÓN SEGUNDA: ANÁLISIS SUBJETIVO.

1.) El ánimo de ofender a la autoridad como elemento subjetivo del injusto	312
2.) El dolo	316
3.) El error de tipo	322
4.) Conclusiones	325

PARTE III: ASPECTOS VINCULADOS CON LA JUSTIFICACIÓN Y JUICIO DE CULPABILIDAD

CAPÍTULO PRIMERO: CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN E INEXIGIBILIDAD.

1.) Cuestiones previas: el derecho a la resistencia	331
2.) La legítima defensa frente al exceso policial	334
3.) El estado de necesidad	337
4.) Conclusiones	340

CAPÍTULO SEGUNDO: JUICIO DE CULPABILIDAD.

1.) Causas de inimputabilidad (ingesta de alcohol y drogas)	343
2.) Causas de inexigibilidad. Miedo insuperable	345
3.) Error de prohibición	347
4.) Conclusiones	350

PARTE IV: FORMAS ESPECIALES

CAPÍTULO PRIMERO: ITER CRIMINIS.

1.) Formas de aparición de los delitos de atentado y resistencia	352
--	-----

2.) Formas de aparición de los delitos de desobediencia-----	356
3.) Conclusiones-----	358

CAPÍTULO SEGUNDO: AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN.

1.) Autoría y participación en los delitos de atentado y resistencia-----	361
2.) Autoría y participación en los delitos de desobediencia-----	366
3.) Conclusiones-----	367

CAPÍTULO TERCERO: CONCURSOS.

1.) Cuestiones previas -----	369
2.) Formas concursales en el delito de atentado -----	372
2.1) Concurso ideal entre delito de atentado y lesiones -----	373
2.2) Concurso ideal entre delito de atentado y delito contra la vida-----	375
2.3) Concurso entre delito de atentado y otras figuras penales-----	375
3.) Formas concursales en el delito de resistencia-----	378
4.) Formas concursales en el delito de desobediencia -----	379
5.) Problemática del concurso de normas -----	380
6.) Conclusiones-----	383

PARTE V: CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS, **CONSECUENCIAS JURÍDICAS Y CUESTIONES** **PROCESALES**

CAPÍTULO PRIMERO: CIRCUNSTANCIAS GENÉRICAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD.

1.) Causas genéricas de atenuación de la responsabilidad -----	387
2.) Causas genéricas de agravación de la responsabilidad -----	389
3.) Conclusiones-----	390

CAPÍTULO SEGUNDO: CONSECUENCIAS JURÍDICAS Y CONSIDERACIONES

CRÍTICAS EN TORNO A LA REGULACIÓN DE ESTOS ILÍCITOS.

CUESTIONES PROCESALES.

1.) Penalidad. Consideraciones críticas en torno a la regulación de estos ilícitos -	391
2.) La responsabilidad civil. El Estado como posible perjudicado en estos delitos -----	396
3.) Cuestiones relativas a la prueba-----	400
4.) Conclusiones.-----	401
ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO -----	405
ÍNDICE JURISPRUDENCIAL -----	412

PARTE I: INTRODUCCIÓN Y ANTECEDENTES HISTÓRICOS

CAPÍTULO PRIMERO: INTRODUCCIÓN

1. PRESENTACIÓN DEL TEMA: LOS MOTIVOS DE SU ELECCIÓN

Para que un tema se profile como adecuado y digno de una tesis doctoral es preciso que —a priori— reúna una serie de cualidades que justifiquen su elección para tan pormenorizado estudio. Podríamos argumentar y resumir esas cualidades en tres:

1. Resulta conveniente que el tema en cuestión no haya sido ya ampliamente analizado, o de serlo nunca se hayan presentado estudios que profundicen en él con la minuciosidad que habría sido deseable, de tal manera que nos permita aportar cuestiones novedosas y enriquecer, de alguna forma, un tema sobre el que aún no se ha dicho todo.
2. Es deseable que el tema elegido goce de una eminente e indiscutible dimensión y trascendencia práctica, pues sólo así podemos garantizar que el estudio resultará de utilidad e interés para cualquier operador jurídico.
3. Para asegurarnos que la tesis posea el atractivo pretendido en cualquier tarea investigadora, resulta fundamental comprobar si estamos ante un tema digno de suscitar una atractiva polémica, que pueda ser objeto de una controversia doctrinal y jurisprudencial lo suficientemente atrayente como para que el asunto sea capaz de apasionar no sólo a quien desarrolle el trabajo sino también a quien, de alguna forma, se detenga en él, bien sea para dirigirlo, valorarlo o simplemente para consultarlo.

Los delitos de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos y de resistencia y desobediencia cumplen con creces las recomendaciones planteadas, perfilándose —sin lugar a dudas— como un más que sugerente objeto de tesis.

Y es que —en lo que respecta a la primera exigencia— hasta el momento son escasos los estudios doctrinales desarrollados sobre el tema. La doctrina española no se ha visto nunca demasiado atraída por el desarrollo de los delitos recogidos en los actuales artículos 550 a 556 del Código Penal —en adelante CP—, por lo que sólo encontramos algunas monografías que en ningún caso se atreven a abordar el estudio conjunto en un solo trabajo

de todos los tipos penales que se desarrollan en el referido articulado¹. Bien es cierto, que también pueden encontrarse algunos artículos doctrinales de merecida referencia pero que por su propia naturaleza sólo dan una visión genérica y parcial de estos tipos penales, centrándose únicamente en alguno de sus aspectos² y obviando un estudio global y comparado de los mismos.

En lo que a la repercusión práctica del tema concierne, podemos afirmar que los delitos de atentado, resistencia y desobediencia tienen una eminente trascendencia en la práctica forense, de tal manera que son muy numerosas y variadas las resoluciones jurisprudenciales existentes en esta materia, resoluciones del Tribunal Supremo, a las que nos dedicaremos especialmente, sin obviar todas aquellas sentencias de Audiencias Provinciales que por su claridad, concreción u originalidad merezcan nuestra atención.

De igual forma, y dada la repercusión de estos tipos penales y su ubicación dentro del Título XXII del Libro II, o lo que es lo mismo, dentro de los llamados “*Delitos contra el orden público*”, será indispensable el análisis de algunos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, en cuanto a su relación con la materia y a su importancia para la correcta comprensión de algunos conceptos francamente confusos.

Por lo que respecta a la naturaleza polémica de estos ilícitos, no cabe duda que los mismos plantean múltiples controversias y debates de gran riqueza jurídica. Determinar cuál es el bien jurídico protegido supone una cuestión lo suficientemente farragosa como para justificar por sí misma un pormenorizado y minucioso estudio. La problemática del concepto de orden público como criterio sistemático bajo el que se ubican estas figuras y la armonización del principio de autoridad con la forma de estado actual, plantean un dilema digno de un exhaustivo análisis y de consideraciones nunca exentas de complejidad y polémica. Tanto es así, que aún hoy se discute si figuras como estas –cuyo origen se haya en formas de Estado totalitarias y en valores tan rancios como pueda resultar el respeto al “principio de autoridad”– pueden tener un verdadero encaje en un Estado Social y Democrático de Derecho.

Tampoco resulta tarea sencilla la delimitación de criterios que permitan –con toda claridad– distinguir de forma nítida entre las distintas figuras delictivas tipificadas en los artículos 550 a 556 del CP. Los criterios doctrinales y jurisprudenciales existentes hasta el momento no son en absoluto unánimes, resultando ardua la tarea de distinguir, por ejemplo entre la resistencia activa grave propia del delito de atentado del artículo 550 CP, y la resistencia que aun siendo activa no sea grave, y por tanto merezca calificarse como típica del delito de resistencia propiamente dicho, recogido en el artículo 556 CP. Por todo ello, la

¹ En torno al tema existen, hasta el momento, las siguientes monografías: MESTRE LÓPEZ, J.: *El delito de desobediencia a la autoridad o a sus agentes*, Librería Bosch, Barcelona 1986; JUANATEY DORADO, C.: *El delito de desobediencia a la autoridad*, Tirant lo blanch, Valencia 1997; CUERDA ARNAU, M.L.: *Los delitos de atentado y resistencia*, Tirant lo blanch, Valencia 2003; ROIG TORRES, M. : *El delito de atentado*, Aranzadi, Navarra 2004 y JAVATO MARTÍN, A.M.: *El delito de atentado. Modelos legislativos. Estudio histórico-dogmático y de Derecho comparado*, Comares, Granada 2005.

² En este sentido, por ejemplo, merece ser destacado el artículo de TORRES FERNÁNDEZ, M.E.: «Los delitos de atentado en el Código Penal de 1995», *RECEP* 01-08 (1999).

búsqueda de unos criterios que permitan resolver toda esa confusión y en virtud de los cuales se decida si una conducta es propia de reconducirse por una u otra modalidad delictiva, supone –sin duda alguna– un interesante reto y sobre todo, una cuestión de indiscutible eficacia práctica.

Lo mismo puede predicarse de otros muchos aspectos de la teoría jurídica del delito, que al llegar a su estudio plantean una controversia digna de destacar, como por ejemplo ocurre, en sede de sujetos. La cuestión de quién es sujeto pasivo de estos delitos y de quienes son o deberían ser los sujetos portadores del bien jurídico –y por tanto aquellos sobre los que puede recaer la acción– es uno de los apartados de mayor atractivo e interés en su estudio.

Las causas de justificación, la vertiente subjetiva de estos tipos, el error, las formas de aparición,...., todos y cada uno de estos apartados son en sí mismos fuente de controversia y de polémica en su análisis, de tal forma que no será habitual encontrar unanimidad doctrinal ni jurisprudencial en casi ningún extremo.

Por todo ello, estamos plenamente convencidos de que el tema elegido para el desarrollo de esta tesis doctoral supone a priori un indiscutible acierto. De él pueden predicarse las suficientes virtudes como para que se perfile como un prometedor objeto de tesis, que justifica por sí mismo la profundidad del estudio³.

2. ALCANCE DE LA INVESTIGACIÓN Y JUSTIFICACIÓN DE LA ESTRUCTURA

Con este trabajo se pretenden analizar de forma exhaustiva los artículos 550 a 556 del CP, sin perjuicio de detenerse igualmente en el contenido de la falta recogida en el artículo 634 del texto punitivo.

No pretendemos incurrir en la arrogante pretensión de aportar las soluciones correctas a tan amplia problemática que desde la perspectiva dogmático-jurídica plantean estas figuras, pero sí hemos de confesar nuestra intención de profundizar en todas y cada una de ellas, llegando a plantearnos una pormenorizada reflexión y permitiéndonos aportar matices y opiniones, con la única finalidad de analizar y enriquecer –en la medida de lo posible y mediante tales aportaciones– las polémicas existentes.

Gran atención entendemos que merece la cuestión relativa a la estructura de nuestro estudio, pues el trazo de un acertado esquema de análisis condicionará inevitablemente el desarrollo y la comprensión del mismo. Por ello, hemos optado por dividir nuestro trabajo en cinco grandes bloques:

- La *Primera Parte* del estudio se centra, concretamente en el *Capítulo Segundo* –

³ Somos conscientes de la conveniencia de haber centrado parte de nuestro trabajo en el siempre interesante Derecho Comparado, pues ello habría permitido completar nuestro estudio y alcanzar una visión comparada siempre deseable, pero hemos de justificar tal carencia en la imposibilidad de quien suscribe –dado su perfil profesional eminentemente práctico– de adentrarse, con la seriedad deseada, en semejante terreno.

ya que el *Primero* lo constituye esta introducción- en el análisis de la evolución histórica y legislativa de los delitos de atentado, resistencia y desobediencia. Para ello, nos remontamos a los antecedentes legislativos más remotos, comenzando por todos aquellos cuya ubicación temporal es previa al periodo codificador, pues ya en las Partidas, en el Ordenamiento de Alcalá o en la Novísima Recopilación existen referencias de estas figuras. Asimismo, resulta imprescindible detenerse en la regulación que de conductas afines a las actuales se realizaba en los distintos Códigos Penales Históricos, comenzando por el de 1822 para concluir con el antecedente más inmediato y directo al Código Penal actual, como es el Código Penal, Texto Refundido de 1973 –en adelante ACP–. Por supuesto, y antes de cerrar ese Capítulo aportaremos un epígrafe de un importante valor clarificador, que mediante una sencilla enumeración nos permitirá comprobar, a modo de preámbulo, cuáles han sido las principales novedades introducidas por el Código Penal de 1995 en lo que estos delitos respecta. En resumen, con el Capítulo Segundo pretendemos constatar y poner de manifiesto la evolución experimentada por los delitos que nos ocupan a través de su historia más moderna, constituyendo ello un punto de partida imprescindible para sentar las bases de una investigación seria y rigurosa sobre los mismos.

- Es en la ***Segunda Parte*** de este trabajo donde se desarrollan todas la cuestiones relativas al Juicio de Antijuricidad, estando esta parte dividida en cuatro Capítulos:
 - El *Capítulo Primero* será el encargado de estudiar la ubicación sistemática de los tipos, centrándose en analizar y cuestionar la dimensión valorativa de estos delitos, abordando la problemática planteada en torno al bien jurídico y a su difícil concreción. Para ello, resulta necesario sumergirse en el análisis de la rúbrica del Título XXII del CP “Delitos contra el orden público”, compaginando su análisis con la procedencia o no de su terminología y cuestionándose la misma desde criterios puramente político-criminales.
 - El *Capítulo Segundo* será aquel en el que se entren a analizar todas las cuestiones referidas a los sujetos de estos tipos. Resultará indispensable distinguir y depurar la terminología de manera que queden expuestas las diferencias entre el sujeto pasivo de estos delitos y los que soportan la acción. Este análisis preeliminar dará paso al pormenorizado estudio de conceptos como funcionario público, autoridad o agente de la misma, desplegando el catálogo de posibles sujetos soportadores de la acción de estos tipos y cuestionando –en ocasiones desde una inevitable perspectiva crítica- su razón de ser.
 - Será en el *Capítulo Tercero* cuando llegará el momento de abordar una de las cuestiones más relevantes e interesantes en el estudio de estos delitos. En la Sección Primera del referido Capítulo Tercero se analizará el tipo objetivo de estos tipos penales, lo que implicará el desarrollo de uno de los aspectos más complejos de nuestro estudio, como es la delimitación de conductas típicas. Alcanzar criterios que permitan distinguir con claridad y nitidez las conductas típicas propias de estos delitos sin que se confundan entre sí y todo ello en aras de la taxatividad exigible en materia penal, es uno de los objetivos más ambicioso de este trabajo. Este Capítulo Tercero desarrollará una Sección Segunda que se

adentrará en el análisis subjetivo, desarrollando el elemento subjetivo del injusto existente en estos delitos así como la necesidad de dolo y la problemática del error de tipo, directamente vinculada con el aspecto doloso de estos tipos.

- La **Tercera Parte** de este trabajo se centra en el estudio de aspectos vinculados a justificación y el juicio de culpabilidad. Para ello, hemos optado por desarrollar los siguientes Capítulos:

- El *Capítulo Primero* de los de esta parte, será el encargado de desarrollar las causas de justificación e inexigibilidad, prestando toda la atención que merece el llamado «derecho de resistencia», que se configura como presupuesto indispensable de desarrollar antes de adentrarse en las posibles causas de justificación entre las que la legítima defensa y el estado de necesidad cobran un papel especialmente destacado.
- El *Capítulo Segundo* se encargará de estudiar el juicio de culpabilidad, el cual – como en su momento se verá– no presenta grandes particularidades en torno a estos ilícitos, si bien el mayor interés quedará centrado en miedo insuperable y en error de prohibición.

- La **Cuarta Parte** de nuestro estudio se ocupa del análisis de las formas especiales, mereciendo destacarse:

- El *Capítulo Primero*, que se adentrará en el análisis del iter criminis, analizando las formas de aparición de estos delitos centrándose en el debate existente en torno a la posibilidad de aceptar a existencia de la tentativa en estos tipos, teniendo en cuenta que son delitos de mera actividad que se caracterizan por su consumación instantánea.
- Corresponderá al *Capítulo Segundo* comprobar la problemática existente en torno a la autoría y participación comprobando que la misma se centra en analizar la posibilidad de coautoría y en alguna cuestión más, sin que presente este apartado una especial problemática.
- Será el *Capítulo Tercero* el que se ocupe de analizar los aspectos concursales que presentan una gran riqueza en su análisis, pues como podrá comprobarse, es altamente frecuente que estos ilícitos aparezcan en concurso –sobre todo ideal– con otros tipos penales (principalmente aquellos que atentan contra la vida y la salud física).

- Por último, nuestra tesis desarrollará una **Quinta Parte** que estará compuesta por dos capítulos claramente diferenciados:

- El *Capítulo Primero* será el que se ocupe de las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad, comprobando que estos son aspectos que no presentan particularidades algunas en los tipos penales que nos ocupan, por lo que

nos remitiremos a reseñar algunas cuestiones que consideremos de cierta importancia y a referenciar alguna de la jurisprudencia en torno al tema.

- El Capítulo Segundo será el que ponga el broche final a nuestro trabajo y por ello, será en él donde la Dogmática dé paso a consideraciones de Política Criminal y algunos aspectos relativos a la práctica. Nos ocupemos de las consecuencias jurídicas de estos delitos, haciendo especial hincapié en las penas previstas para tales ilícitos y valorando las mismas e incluso formulando algunas propuestas que –a consecuencia de nuestro estudio– nos devienen como convenientes. De igual forma, nos encargaremos de analizar cuestiones relativas a la responsabilidad civil y a la posibilidad de considerar al sujeto que soporta la acción como perjudicado por estos delitos, reconociéndole su derecho a constituirse como Acusación Particular en las causas correspondientes. Por último, y para concluir, sucumbiremos a nuestra evidente perspectiva práctica para dejar –aunque sea a modo de apunte– reseñadas algunas de las particularidades que en la praxis presentan la prueba de estos ilícitos.

CAPÍTULO SEGUNDO: EVOLUCIÓN HISTÓRICO- LEGISLATIVA DE LOS DELITOS DE ATENTADO, RESISTENCIA Y DESOBEDIENCIA

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE ESTOS DELITOS: PRECEDENTES LEGISLATIVOS

2.1. Periodo anterior a la Codificación.-

Como muy bien recuerda CARRETERO SÁNCHEZ⁴ el concepto de atentado ya se recogía en el *Liber Iudiciorum* del rey visigodo Recesvinto en el año 654, siendo traducido posteriormente a lo que se ha dado en llamar *Fuero Juzgo*. Así, el Libro II del Fuero Juzgo en su Título I trataba «De los jueces y de lo que juzgan» bajo cuya rúbrica aparecía una ley relativa «a los rebeldes o desobedientes contra el Príncipe, o contra el Pueblo o contra la Tierra», castigándose con la muerte a aquel que matase al Príncipe o le quitase el reino, permitiendo que éste le pudiera perdonar librándole de la ejecución, en cuyo caso la alternativa pasaba por dejarle ciego.

Posteriormente, el *Fuero Real* reproducirá con mayor detalle los antecedentes hallados en el Fuero Juzgo para dar paso a las *Partidas*, que son sin lugar a dudas uno de los Códigos más relevantes dentro del Derecho Común Castellano. En la Partida VII, Tít. II, Ley I, la muerte de los funcionarios reales era catalogada como la octava forma de «traycion que faze ome contra la persona del rey» mientras que en la Partida II Título XVI figura un segundo tipo de conductas consistentes en deshonor –de hecho o de palabra– a los oficiales reales. ÁLVAREZ VIZCAYA⁵ apunta a una tercera forma de dispensar protección a las personas allegadas a la administración, que tiene lugar mediante los supuestos de agravación contemplados en la Partida III, Título XIX, Ley XIV y en la III, Título XX, Ley V, relativas al delito común de injurias para los casos en los que éstas se dirijan contra escribanos públicos de la villa o ciudad, o en las efectuadas contra sellador de ciudad o villa.

De este modo, se reproducen en nuestro Derecho los parámetros manejados por el Derecho romano tal y como habían quedado estipulados en el periodo imperial⁶.

⁴ CARRETERO SÁNCHEZ, A.: «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» *La Ley*, año XXVII, núm. 6481, mayo 2006.

⁵ ÁLVAREZ VIZCAYA, M.: *Libertad de expresión y principio de autoridad: el delito de desacato*, J.M. Bosch, Barcelona 1993, p. 6.

⁶ JAVATO MARTÍN, A.M.: *El delito de atentado...* op. cit., p. 282.

Por su parte, el Ordenamiento de Alcalá ofrece un esquema gradual de tutela en función de la conducta ofensiva y la dignidad o clase del sujeto ofendido.

La Novísima Recopilación se limita a reproducir en su integridad la regulación del Ordenamiento de Alcalá, complementándola con una serie de Pragmáticas y Decretos provenientes de Felipe II y Carlos III, siendo de destacar en ella un cierto progreso sistemático, pues estas conductas aparecen ya segregadas o alejadas del núcleo de los delitos de lesa majestad, agrupándose bajo la rúbrica «Resistencia a las justicias y a sus ministros»⁷.

2.2. Código Penal de 1822.-

En este texto punitivo se regula por primera vez de forma específica el delito de *atentado* como tal⁸. Se encuentra ubicado dentro de la Parte Primera, «*De los Delitos contra la Sociedad*», Título III, «*De los Delitos contra la Seguridad interior del Estado y contra la tranquilidad y el orden público*», Capítulo VI, «*De los atentados contra las autoridades establecidas, o contra los funcionarios públicos cuando proceden como tales y de los que les usurpan o impiden el libre ejercicio de sus funciones, o les compelen en ellas con fuerza o amenazas*»⁹.

Respecto a la ubicación sistemática, y ya en los orígenes más remotos de este delito, llama la atención el hecho de que el legislador de 1822 entienda el atentado como un delito contra la sociedad en general, pues no es cuestión baladí el hecho de que lo ubique dentro de la Parte Primera del Código, considerando por tanto que estas conductas atentan contra la seguridad interior del Estado y contra el orden público y la tranquilidad pública. A pesar del anacronismo propio de la época, podría entreverse una conclusión positiva, ya que el hecho de que los delitos de atentado se ubicasen dentro de los llamados delitos contra la sociedad podría dar lugar a entender que proteger a la autoridad o un funcionario en el ejercicio de sus funciones es algo que repercute en toda la sociedad, y que va más allá de dispensar una protección especial a las autoridades o funcionarios por el simple hecho de serlo o como un sencillo privilegio individual o clasista.

En los artículos 326 y siguientes¹⁰ se tipifican varias conductas, entre ellas, la consistente en *acometer o hacer alguna otra tentativa contra la vida* de algún Diputado de Cortes, Secretario de Estado y del Despacho, Consejero de Estado, Magistrado o juez, Jefe

⁷ Ibidem, p. 284 y ss.

⁸ Hasta el momento el concepto de atentado era utilizado sólo como una acepción genérica equivalente a grave. En realidad, y tal y como acabamos de enunciar, en el Ordenamiento de Alcalá o en la Novísima Recopilación tales conductas eran castigadas con dureza pero sin hacerse mención al atentado como concepto jurídico. Así lo aclara ROIG TORRES, M. en *El delito de...*, op. cit., p. 21 y siguientes.

⁹ Para mayor información consultar, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA y OTROS: *Códigos Penales Españoles. Recopilación y concordancias*. Ediciones Akal, Madrid 1988.

¹⁰ Como afirma JAVATO MARTÍN, A.M.: *El delito de...*, op. cit., p. 290, merece destacarse la huella que en estas disposiciones se percibe de nuestra legislación histórica, en concreto, de la Ley XIII del Ordenamiento de Alcalá.

político o alcalde, General en jefe o de división, Capitán, Comandante general de provincia o Gobernador militar, Prelado eclesiástico, ordinario, individuo de Diputación provincial o de Ayuntamiento, o cualquier otro funcionario, que ejerza jurisdicción y autoridad pública, civil, militar o eclesiástica.

En lo que a la conducta típica de atentado se refiere destaca la diferenciación de conductas y de penalidad en función de si se actúa con *designio* de matar o no. En realidad, se distingue entre lo que sería una tentativa de homicidio y lo que simplemente se quedaría en un maltrato o en una agresión. El eje diferenciador de las conductas no es otro que la intención del sujeto activo, siendo éste el elemento en el que pone su énfasis el legislador.

Aunque en el Código Penal de 1822 sea en el primer texto punitivo en el que se hable de delito de atentado con identidad propia, lo cierto es que más bien da la impresión de que estamos ante una agravación de figuras comunes como son el homicidio –concretamente en grado de tentativa-, las lesiones, las amenazas, etc. Y ello a pesar de que el artículo 329 permitía el concurso de delitos, al afirmar que las penas descritas para estos delitos específicos se podrán aplicar junto con las correspondientes a los delitos respectivos *por el daño o injuria hecha a las personas*. Tanto es así, que el legislador parece ocuparse más bien de agravar esas conductas cuando son soportadas por determinados sujetos y no tanto de definir qué se entiende por atentado y diferenciarlo de otros tipos penales.

En lo concerniente a los sujetos, merece ser destacada la inclusión del personal eclesiástico como digno merecedor de una especial tutela penal, circunstancia nada de extrañar en un momento histórico como aquél. Así, el legislador enumera toda una serie de cargos que pueden ser sujetos sobre los que recaiga la acción de estos delitos y para los que no existe diferencia penológica alguna, si bien hace extensivo el delito a cualquier funcionario público, aunque en este caso la pena prevista será menor. Salvando esto, no hay diferenciación alguna entre unas u otras autoridades mereciendo el mismo tratamiento políticos, magistrados, militares, etc.

Asimismo, se advierte de forma muy similar a como ocurre en el Código Penal actual la necesidad de que se aprecie la circunstancia de que esa autoridad o funcionario se halle en el ejercicio de sus funciones.

Aunque no existe un tipo concreto de *desobediencia* en este texto, lo cierto es que se contemplan figuras muy afines con lo que actualmente es esta figura delictiva. Los artículos 321 y siguientes regulan conjuntamente lo que podría ser los delitos de desobediencia y de resistencia. Estas figuras se albergan en el Título III: «*De los delitos contra la seguridad interior del Estado, y contra la tranquilidad y el orden público*», Capítulo V: «*De los que resisten o impiden la ejecución de las leyes, actos de justicia o providencias de la autoridad pública o provocan desobediencia y de los que impugnan las legítimas facultades del Gobierno*».

El tipo básico se contempla en el artículo 321 y se señala el núcleo de la conducta típica al afirmar que comete este delito el que «resistiere o impidiere la ejecución de alguna

ley, acto de justicia, reglamento u otra providencia de la autoridad pública [...]».

En consecuencia, el delito se entenderá consumado con independencia de que se consiga o no un resultado, pues tanto se incurre en la conducta típica con la simple actividad de resistirse como también si se consigue impedir la ejecución de la ley o el acto. Dentro del mismo tipo, se prevé una u otra pena según se use cualquier arma o armas de fuego, acero o hierro, siendo de aplicación en estos últimos casos una pena más elevada.

Por otro lado, los artículos 323 a 325 tipifican no ya la resistencia o desobediencia sino la incitación a la misma ya sea de palabra o por escrito, así como la negación o impugnación de la suprema potestad civil. Las penas a imponer irán variando en función del objeto de la resistencia o desobediencia, según se trate de desobedecer o resistirse al Gobierno, a alguna autoridad pública, a la ley o a la suprema Potestad civil, existiendo igualmente distinto grado de reproche si la conducta la comete cualquier ciudadano o si por el contrario el sujeto activo es un funcionario público o un eclesiástico secular o regular.

En lo concerniente a la **desobediencia**, encontramos otra conducta afín a ésta en los artículos 483 y siguientes, al castigarse la desobediencia de los funcionarios y del mismo modo en el Capítulo VIII: «*De los que rehúsan al Estado los servicios que les deben*», se recogen toda una serie de conductas típicas consistentes en el incumplimiento de deberes que le vienen impuestos a los particulares, artículos 573 a 591.

2.3. Código Penal de 1848.-

Muy poco que decir respecto a la regulación de estos delitos en el Código Penal de 1848, pues nada nuevo se aporta salvo la supresión del término «tranquilidad pública» quedando, por lo demás, ubicados bajo idéntica rúbrica que en el Código Penal de 1822.

La confusión o la polémica sobre los contenidos de conceptos como «orden público» y «tranquilidad pública» es tan antigua como estos Códigos, ya que los legisladores de 1822 y de 1848 –así como la doctrina y jurisprudencia de la época- ya venían discutiendo sobre si se trataban de conceptos sinónimos o si por el contrario la denominación de ambos en una misma rúbrica obedecía justamente a lo contrario: a un interés de matizar la diferencia conceptual entre ellos existente.

Mientras que en el Código de 1822 se castigaban los **atentados** cometidos contra las autoridades y funcionarios –tanto si estaban en el ejercicio de su cargo como por motivo del mismo- en el texto punitivo de 1848, se limitó la punición a los atentados producidos durante el desarrollo de la función pública.

El delito de **resistencia**, por su parte, se hallaba en el Título III: «*Delitos contra la seguridad interior del estado y contra el orden público*», Capítulo III: «*De la resistencia, soltura de presos y otros desórdenes públicos*», concretamente en el artículo 189 de éste

texto punitivo. Tal conducta típica venía definida como «acometer o resistir a la Autoridad pública o a sus agentes en el acto de ejercer su oficio». El segundo párrafo del precepto agrava la pena cuando se cometa el delito «contra un guardia o centinela», contemplando una mayor pena para el caso de que lleguen a impedirle el libre ejercicio de sus funciones, y estableciendo un castigo menor si ello no se consigue. De ello pueden desprenderse varias cuestiones:

- Existe una indudable confusión entre el acometimiento –conducta más propia del delito de atentado- y el propio acto de resistirse a algo.

- No se distingue entre resistencia más o menos grave sino que simplemente se tipifica el hecho de «resistirse».

- No existe mención alguna a los funcionarios públicos, mereciendo por tanto protección únicamente la Autoridad y sus agentes.

- Estamos ante un delito de pura actividad, pues se cometerá el tipo por el mero hecho de acometer o resistirse sin necesidad de que con ello se logre impedir el ejercicio de las funciones de los sujetos sobre los que recae la acción, aunque si se produce este efecto la pena a imponer será más elevada.

En otro orden de cosas, podemos comprobar que tampoco existe en este Código un delito específico de **desobediencia**, si bien destacan en el Libro III: «*De las faltas*», dos tipos concretos de desobediencia a la autoridad como son los artículos 480.3º y 481.3º. Al margen de ello, pueden encontrarse tipificadas varias conductas consistentes en no atender a requerimientos concretos de la autoridad, como no prestar auxilio ante situaciones de catástrofes o negarse a ser identificado, conductas reflejadas en los artículos 481.2º y 481.9º del texto.

2.4. Código Penal de 1850.-

Tales conductas se ubican dentro del Título III, «*Delitos contra la Seguridad interior del Estado y el orden público*», Capítulo III, «*De los atentados y desacatos contra la autoridad, y de otros desórdenes públicos*».

En lo concerniente a la definición de la conducta típica de **atentado**, merece ser destacado el esfuerzo del legislador de 1850 por definir el delito, dotando a la figura de mayor identidad propia, de la que hasta el momento ostentaba. Así, el artículo 189.1º afirmaba que cometían atentado quienes «sin alzarse públicamente, emplearan fuerza o intimidación para alguno de los objetos señalados en los delitos de rebelión y sedición.» En consecuencia, la única diferencia entre la sedición o rebelión y el atentado residía en que la conducta se realizara o no con alzamiento público. En realidad, y aunque en el artículo 189.1º no realiza una descripción muy precisa de cuál es la conducta típica de atentado, lo cierto es que hace una remisión a los artículos 167 –tipo básico del delito de rebelión- y 174

–tipo básico del delito de sedición–, y en ellos si existe un amplio catálogo de conductas claramente delimitadas, por lo que puede afirmarse que con mayor o menor fortuna el legislador de 1850 es pionero en la definición del delito de atentado.

Por ende, y en virtud del art. 189.1º y de las remisiones en él realizadas, cometían atentado contra la autoridad quienes sin alzarse públicamente empleasen fuerza o intimidación para alguno de los siguientes objetos:

Objetos tipificados en el delito de rebelión (art. 167)

- 1º Destronar al Rey o privarle de su libertad personal.
- 2º Variar el orden legítimo de sucesión a la Corona o impedir que se encargue del Gobierno del reino aquel a quien corresponda.
- 3º Deponer al Regente o a la Regencia del reino, o privarles de su libertad personal.
- 4º Usar y ejercer por sí, o despojar al Rey, Regente o Regencia del reino de las prerrogativas que la Constitución les concede o coartarles la libertad en su ejercicio.
- 5º Sustraer el reino o parte de él o algún cuerpo de tropas o de mar de la obediencia al supremo Gobierno.
- 6º Usar y ejercer por sí, o despojar a los Ministros de la Corona de sus facultades constitucionales, ó impedirles o coartarles su libre ejercicio.
- 7º Impedir la celebración de las elecciones para Diputados a Cortes en todo el reino, o la reunión legítima de las mismas.
- 8º Disolver las cortes o impedir la deliberación de alguno de los Cuerpos colegisladores, o arrancarles alguna resolución.

Objetos tipificados en el delito de sedición (art. 174)

- 1º Impedir la promulgación o la ejecución de las leyes o la libre celebración de las elecciones populares en alguna junta electoral.
- 2º Impedir a cualquiera Autoridad el libre ejercicio de sus funciones o el cumplimiento de sus providencias administrativas o judiciales.
- 3º Ejercer algún acoto de odio o de venganza en la persona o bienes de alguna Autoridad o de sus agentes, o de alguna clase de ciudadanos, o en las pertenencias del Estado o de alguna corporación pública.

Salta a la vista la confusión de bienes jurídicos existente en ese momento histórico, pues se tratan con una forzada homogeneidad figuras tan diferentes como la sedición, la

rebelión o los propios atentados, llegándose a mezclar entre sí conductas que atentan contra bienes jurídicos bien distintos de tal manera que emplear fuerza o intimidación sin alzamiento público para atentar contra la Constitución u obstaculizar, agredir, etc., a los representantes de la Corona, suponía estar cometiendo el tipo de atentado contra la autoridad.

Pero, el artículo 189 en su apartado 2º sigue definiendo qué debe entenderse por atentado, y establece que cometen este delito «los que acometen o resisten con violencia, o emplean fuerza o intimidación contra la Autoridad pública o sus agentes cuando aquella o estos ejercieren las funciones de su cargo, y también cuando no las ejercieren, siempre que sean conocidos o se anuncien como tales».

Esta es, sin duda, una definición mucho más acorde con lo que hoy en día regula el Código Penal de 1995 como delito de atentado contra autoridad. Pueden apreciarse rasgos comunes con el tipo actual de atentado como son:

- El uso del término «acometer» como uno de los verbos más idóneos para definir la acción típica.
- El empleo de la fuerza o intimidación como otra opción de conducta típica.
- La alusión a la resistencia con violencia, que sería el equivalente a la resistencia activa grave.

Del mismo modo, y como elemento diferenciador, destaca la ausencia del requisito objetivo de que el sujeto pasivo se halle en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, ya que si bien el art. 189.2º preveía esta posibilidad, también dispensaba a la Autoridad pública o sus agentes de la misma protección cuando no ejercieren sus funciones, bastando con el hecho de que sea conocida su condición de autoridad o se anuncie como tal. Esto es consecuencia inmediata de que en esta época aún se estaba muy lejos de proteger el carácter funcional de las autoridades o funcionarios públicos ya que no se pretendía tutelar el ejercicio de sus funciones, sino que realmente a lo que se otorgaba protección era a la persona de la autoridad en sí, por su condición de tal, sin ni siquiera importar que ejerciera o no sus funciones.

Por último, existía un tipo agravado de atentado en el artículo 190 en el que se aumentaba considerablemente la pena cuando la agresión se verificara a mano armada, los reos fueren funcionarios públicos, los delincuentes pusieren manos en la autoridad o en las personas que acudieren a su auxilio, o cuando como consecuencia de la coacción la Autoridad hubiere accedido a las exigencias de los delincuentes.

Una de las principales novedades aportadas por este texto, radica en que por primera vez en la historia de la codificación española aparece con este Código Penal un tipo específico de *desobediencia* grave a la autoridad. Por ello, merece la pena transcribir el artículo 285 de este texto punitivo, en el cual se decía:

«Los que desobedecieren gravemente a la Autoridad o a sus agentes en

asunto de servicio público, serán castigados con la pena de arresto mayor a prisión correccional, y multa de 20 a 200 duros».

Lo que podría parecer a priori un significativo logro legislativo se nubla al advertir que esta figura delictiva no se halla –como hasta el momento venía siendo habitual- dentro del Capítulo destinado a los delitos contra la seguridad interior del Estado y el orden público, sino que sorprendentemente se encuentra regulada al amparo del Título VIII: «*De los delitos empleados por los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos.*»

La polémica doctrinal, por tanto, estaba servida. Podía pensarse que el hecho de que este delito se encontrase bajo ese capítulo implicaba que se trataba de un delito especial propio, que sólo podría entenderse cometido por funcionarios públicos. Por otro lado, hay quienes consideraban que de los términos en los que estaba redactado el precepto y del pensamiento del legislador podía extraerse que el tipo penal era igualmente aplicable a particulares¹¹.

En lo que a la **resistencia** respecta, hay que aclarar que a pesar de que se enuncia en la rúbrica del Capítulo V, lo cierto es que no encontramos –en los artículos bajo él ubicados- referencia alguna al delito de resistencia. Y es que, esta figura delictiva venía siendo introducida de forma constante bajo el delito de atentado, pues tradicionalmente toda resistencia activa se ha venido catalogando como atentado, existiendo una gran confusión entre ambas conductas, siendo necesario esperar al Código Penal de 1995 para que se produzca un verdadero deslinde de figuras, tal y como en su momento analizaremos.

Por último, apuntar que no existe en este Código una falta de desobediencia leve, resultando atípica toda desobediencia que no pudiera catalogarse como grave. Únicamente podemos señalar, en cuanto a su relación con el orden público, la falta recogida en el artículo 494.1º, la cual de forma muy genérica establece la pena a imponer para los casos en los que se «contravinieren a las reglas que la Autoridad dictare para conservar el orden público o evitar que se altere».

2.5. Código Penal de 1870.-

A pesar que la promulgación de este texto se produce en una época histórica muy ajetreteada que se ha dado en llamar por los historiadores «el sexenio revolucionario», lo cierto que no son muchos los cambios que se advierten en la regulación de estos delitos, los cuales se encuentran tipificados en los artículos 263 a 264.

La principal novedad se refiere a la nueva ubicación sistemática de estos tipos penales. Nos encontramos con una sistemática bastante más parecida a la del Código actual, pues estos delitos se encuentran recogidos en el Título III: «*Delitos contra el orden*

¹¹ En este sentido se pronunció GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, Tomo III, Burgos 1874, p. 470.

público», Capítulo IV: «*De los atentados contra autoridad y sus agentes, resistencia y desobediencia*». En consecuencia, bajo la rúbrica «orden público» se ubican varias conductas delictivas entre ellas las que dan lugar a los delitos que analizamos. A su vez, destaca como novedad el hecho de que por primera vez se regulen bajo un mismo enunciado los atentados, la resistencia y la desobediencia, extrayendo de la rúbrica los desacatos, que pasan a desarrollarse en el Capítulo V junto a los insultos, injurias y amenazas a la autoridad, sus agentes y los demás funcionarios públicos.

Se concreta con mayor acierto uno de los elementos o requisitos objetivos de este delito de **atentado** que actualmente lo caracterizan, como es el hecho de que la conducta se comenta cuando los sujetos que soportan la acción se hallen «*ejerciendo las funciones de su cargo o con ocasión de ellas*». De igual modo, en el tipo agravado de este delito se modifica la agravante específica de «poner manos en las personas que acudieren en auxilio de la autoridad o sus agentes», ya que esta agravación no se regula como habría sido de esperar en el apartado 3º del art. 264 (tipo agravado del delito de atentado) sino que se refleja en el apartado 4º párrafo segundo ínfine, al contemplarse una mayor agravación en la pena a imponer. Así, y de forma sorpresiva y del todo irracional, el Código castiga con más dureza «poner manos» en las personas que auxilian a la autoridad o a sus agentes que hacerlo a éstos últimos.

Por su parte, los delitos de **resistencia** y **desobediencia** se recogen en el artículo 265 de forma conjunta, ya que el precepto dice:

«Los que sin estar comprendidos en el artículo 263, resistieren a la Autoridad o a sus agentes, o los desobedecieren gravemente en el ejercicio de las funciones de sus cargos, serán castigados con las penas de arresto mayor y multa de 125 a 1250 pesetas».

Una vez más hemos de significar que en el precepto se omite toda referencia a los funcionarios públicos, de tal manera que según el artículo 263 sólo pueden ser sujetos soportadores de la acción de resistencia o desobediencia la autoridad o sus agentes.

A diferencia de lo que ocurría con el Código Penal de 1850, ahora si se contempla la falta de desobediencia leve, la cual se regula en el artículo 589 apartados 5º y 6º del mismo cuerpo legal. Merece ser destacado el hecho de que se regule la figura de la resistencia no grave, pues esta circunstancia al igual que la parte esencial de la regulación del tipo, ha persistido en los sucesivos Códigos y reformas.

2.6. Código Penal de 1928.-

A pesar de tratarse de un Código novedoso, no se detecta una radical transformación

respecto a la normativa de 1870¹².

En lo concerniente a la ubicación sistemática, no hay novedad en este texto pues los «atentados, resistencia y desobediencia graves» se regulan en la sección primera (arts. 318 a 323) del Capítulo V del Título III, «*Delitos contra el orden público*».

La redacción del tipo básico de **atentado** sí apunta alguna modificación. Se define el delito como «acometer, emplear fuerza o intimidar gravemente». No existe ya la anterior remisión a los delitos de sedición y rebelión sino que de forma expresa se cataloga la conducta típica de atentado tal y como acabamos de transcribir.

En lo relativo a los sujetos a los que se dirige la acción, los delitos de atentado se ciñen únicamente a proteger a la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos¹³. A la autoridad se la protege «en cualquier momento» sin ser preciso que la conducta del sujeto activo esté motivada por la función pública que esa autoridad desempeñe. No ocurre lo mismo con los agentes o funcionarios, en cuyo caso para hablar de atentado el Código exige que al momento de la comisión del tipo «se hallaren ejerciendo las funciones de su cargo o con ocasión de ellas».

Interesante reflexión la de ROIG TORRES que al hilo de esto afirma: «el principio de autoridad, que se había venido aduciendo como fundamento de este ilícito, parecía concebirse como una prerrogativa personal asentada, no tanto en el propio cargo cuanto en la calidad de la persona individual que lo ejercía, adquiriendo de esta forma cierto cariz autoritario.»¹⁴

En lo concerniente al delito de **resistencia**, el artículo 323 establece la pena a imponer para quienes «resistieren a la Autoridad o a sus agentes o a los funcionarios públicos, o los desobedecieren gravemente en el ejercicio de las funciones de sus cargos».

Siguiendo a JUANATEY DORADO¹⁵ hemos de aclarar que las principales novedades que aporta este Código en cuanto a los delitos de **resistencia y desobediencia** son:

- La conducta de resistencia deja de ser constitutiva de atentado y se equipara, en lo penológico, a la desobediencia grave.
- El catálogo de sujetos sobre quienes recae la acción típica se amplía, incluyendo también a los funcionarios públicos.

¹² *Ibíd.*, p. 298.

¹³ Los delitos cometidos contra las cortes, sus miembros, o contra la forma de Gobierno, además de catalogarse como delitos contra los poderes del Estado, lo cierto es que lejos de encontrar una regulación específica en este Código, son remitidos de forma expresa en cuanto a su tipificación a las Leyes Especiales.

¹⁴ ROIG TORRES, M: *El delito...*, op. cit., p. 25.

¹⁵ JUANATEY DORADO, C.: *El delito de desobediencia...*, op. cit., p. 18.

- Queda suprimida la pena de multa, castigándose el delito únicamente con la pena privativa de libertad.

Por lo que a las faltas respecta, los artículos 792.1º y 792.2º del Código Penal de 1928 recogen la desobediencia leve a la autoridad de forma idéntica a como lo hacía el texto punitivo de 1870.

2.7. Código Penal de 1932.-

La estructura, el espíritu y la casi totalidad del contenido de este nuevo Código es análoga a la del Código Penal de 1870. Tanto es así, que en lo concerniente al delito de *atentado*, los artículos 258 y 259 del Código Penal de 1932 son idénticos a los artículos 263 y 264 del Código de 1870.

En la exposición de motivos de este texto punitivo se razonaron las modificaciones introducidas, clasificándolas en cuatro grupos: las impuestas por la nueva Constitución de 1931, la corrección de errores materiales de técnica e incorporación de Leyes complementarias, las tendentes a humanizar y dar elasticidad al Código y los casos de reforma excepcional. Pero, como ya hemos asentado, ninguna de las modificaciones introducidas por este Código afectan a los delitos que analizamos.

Excepto en lo referente a la pena de multa en cuya cuantía, lógicamente para adaptarse a los tiempos, se aprecia un leve incremento, por lo demás puede afirmarse que la regulación de los delitos de *resistencia y desobediencia* en este Código es absolutamente idéntica a la realizada por el Código de 1870.

2.8. Texto refundido de 1944 (Código Penal de 1973).-

Hemos de advertir que es éste un Código “duro”, destinado a proteger de forma exagerada las retrógradas ideas políticas, religiosas y sociales de un determinado sector social de la época.

En lo que a los delitos de *atentado, resistencia y desobediencia* concierne, los mismos están regulados en el Título II: «*Delitos contra la seguridad interior del Estado*», Capítulo VI: «*De los atentados contra la Autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, y de la resistencia y desobediencia*». Los artículos 231 y siguientes del Código Penal de 1944 son absolutamente simétricos a los artículos 258 y siguientes del Código Penal de 1932.

Una de las pocas diferencias que se advierten es que en el tipo básico de atentado del artículo 231.2º es que se enumeran como sujetos sobre los que puede recaer la acción de estos delitos no sólo a las autoridades a su agentes sino también a los funcionarios públicos.

El artículo 233, por su parte, agrava la pena para los casos en los que «se atente contra un Ministro en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas» pero además, este

precepto extiende la protección en los casos en los que el Ministro haya cesado sus funciones. Lo mismo ocurre con las Autoridades o cargos, ya que el párrafo segundo prevé los casos en los que «se atente contra Autoridad o funcionario en el desempeño de misión o cargo de especial trascendencia para la seguridad pública o con motivo u ocasión de su ejercicio, aun cuando hubiere cesado en dichas funciones o cargo.»

De lo anterior, se desprende, que en realidad la intención del Código no es proteger unas determinadas funciones, pues la razón de ser de estos tipos no puede hallarse en la protección del ejercicio de unas determinadas funciones, sino que desde el momento en que la protección a esos sujetos portadores del bien jurídico se extiende aun en los casos en los que ni siquiera estén ejerciendo sus tareas, lo que realmente se pretende proteger es una categoría social, dando tutela penal al sujeto que ostenta o ha ostentado el cargo, a quien se protege como persona, desde el punto de vista individual pero no existiendo realmente una intención de asegurar el buen funcionamiento de las instituciones o el correcto ejercicio de unas funciones.

Para mayor claridad, basta detenerse en el artículo 234 del texto punitivo que analizamos. En este precepto se concede a los cónyuges, ascendientes o descendientes del Jefe de Estado, de los Ministros, Autoridades o funcionarios la misma protección que a ellos mismos, configurándose como atentado cualquier agresión o amenaza realizada contra estos sujetos siempre que la misma «tuviera relación con las funciones, misión o cargo desempeñado por aquellos». Eso sí, el artículo 235 permite a los jueces rebajar la pena en uno o dos grados atendiendo «a la menos gravedad y circunstancias del hecho y al móvil y condiciones del culpable». Pero, sea tipo privilegiado o no, lo cierto es que con este precepto se asienta de forma inequívoca la intención del legislador de 1944, que no es otra que dotar de una protección penal a un determinado sector social con independencia de la repercusión que puedan tener sus funciones para el funcionamiento del Estado, pues la razón de ser de la protección se aleja del carácter funcional para adquirir un carácter puramente clasista.

Por su parte, el artículo 237 permaneció del todo inalterable hasta integrar el texto refundido de 1973, pues a pesar de las múltiples modificaciones que se llevaron a cabo, en este precepto los cambios brillaron por su ausencia¹⁶.

El propio contenido del precepto no supuso novedad alguna, siendo de destacar con respecto a los anteriores textos legales, el encuadre de estos delitos no ya dentro del «orden público» sino bajo la rúbrica de «delitos contra la seguridad interior del estado».

La falta de desobediencia leve se regulaba en el artículo 569.5º, la cual fue modificada por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio pasando a encuadrarse en el artículo 570 apartados 1º y 2º. Merece la pena destacar, que las faltas quedan ubicadas bajo la rúbrica de

¹⁶ Evidentemente sí que hubo modificaciones penológicas en lo concerniente a la cuantía de la multa, la cual como es lógico tuvo que irse actualizando.

«faltas contra el orden público» produciéndose un claro desequilibrio con los delitos que se catalogan como delitos contra «la seguridad interior del estado».

2.9. Reformas legislativas posteriores. -

No se han producido excesivas modificaciones hasta llegar al actual CP, de no ser la actualización de las multas que se produce en la Revisión del Código llevada a cabo en 1963 y en la Ley Orgánica 3/1989 de 21 de junio, relativa a la modificación habida en el delito de lesiones.

Al margen de ello, si hablamos de modificaciones hemos de referirnos concretamente a dos clases¹⁷:

- Las que han tenido como objeto adaptar la penalidad a los nuevos valores constitucionales; esto es, la llevada a cabo en el artículo 233, que se sustituye la pena de muerte por la reclusión mayor en su grado máximo¹⁸.

- Las que introducen algún tipo delictivo novedoso o amplían el radio de acción o espectro de los cualificados. Por ejemplo, la Ley Orgánica 14/1985 de 9 de diciembre que incorpora al Código Penal el maltrato de obra a fuerza armada en el artículo 235 bis¹⁹. Del mismo modo, la Ley Orgánica 3/1988 de 25 de mayo derogó la Ley Orgánica 9/1984 contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y añadió al artículo 233 un tercer párrafo en virtud del cual se castigaba a los atentados terroristas contra miembros de Fuerzas Armadas y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Los cuatro intentos de reforma integral en nuestra legislación punitiva realizados tras la instauración del sistema democrático adoptan el modelo utilizado por el Código Penal de 1870. La figura central básica continua siendo el atentado propio, sobre el que se prevén una serie de agravantes, y en un inferior escalafón se encuentra la resistencia simple y la desobediencia grave²⁰.

3. PRINCIPALES NOVEDADES INTRODUCIDAS POR EL CÓDIGO PENAL DE 1995 RESPECTO A ESTAS FIGURAS DELICTIVAS

El Código Penal de 1995 introduce múltiples y significativas novedades en la regulación de estas figuras delictivas. De entre ellas destacamos como más relevantes las siguientes:

¹⁷ Para más información ver JAVATO MARTÍN, A.M.: *El delito de.....*, op. cit., p. 305 y ss.

¹⁸ Modificación introducida por la Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio de Reforma Parcial y Urgente del Código Penal.

¹⁹ Para profundizar en ello, consultar CALDERÓN SUSÍN, «La protección penal de determinada fuerza armada», *Comentarios a la legislación penal*, X, 1989.

²⁰ Ampliamente, JAVATO MARTÍN, A.M.: *El delito de.....*, op. cit., p. 306 a 313.

1.) En cuanto a la **ubicación sistemática**, se abandona el criterio consistente en ubicar estos delitos bajo la rúbrica «*delitos contra la seguridad interior del Estado*», para pasar a regularlos bajo el enunciado de «*Delitos contra el orden público*». No supone esto una originalidad, pues ya los códigos históricos²¹, como hemos podido comprobar, habían encuadrado estos tipos dentro de los delitos contra el orden público.

2.) En lo que al **delito de atentado** se refiere, destaca ante todo el tratamiento unificado que el nuevo Código da al mismo. Así, se suprime lo que en el Código Penal de 1973 era el «atentado impropio», que venía recogido en el artículo 231.1º.

3.) Del mismo modo, y en lo que a la **resistencia activa** concierne, sólo podrá ser constitutiva de atentado la resistencia activa grave, de tal forma que la resistencia que aun siendo activa no encaje con la gravedad exigida, no podrá ser reconducida por el artículo 550 del Código Penal, siendo susceptible de incardinarse en el artículo 556 que, siendo un tipo residual, regula el delito de resistencia.

4.) **Desaparecen** preceptos que estaban relacionados con la Ley de Seguridad del Estado, concretamente **los antiguos artículos 233 y 234** en los que se desarrollaban modalidades complejas de atentado y la especial protección a los parientes. Esto es así, puesto que desde el punto de vista del bien jurídico protegido en este delito –el cual tiene como en su momento analizaremos un marcado e inminente carácter funcional– se hace insostenible extender la protección a quienes no sean autoridades, agentes ni funcionarios públicos, y en consecuencia no tengan atribuidas unas funciones de relevancia que merezcan tutela penal, con independencia de que tengan o no lazos familiares directos con quienes sí merecen ser sujetos portadores del bien jurídico y por tanto posibles destinatarios de la acción de estos delitos.

5.) Destaca la **creación de un nuevo tipo agravado de atentado** por razón de los sujetos sobre los que recaiga el ilícito, y que se contempla en el apartado 2º del artículo 551 del actual CP. En este precepto se otorga una mayor tutela a 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. Se ha justificado semejante predilección en la relevancia constitucional de los cargos desde el punto de vista de las funciones ejercidas por estos sujetos, pero tal asunto no estará, ni mucho menos, exento de polémica doctrinal.

6.) Se concede una **nueva redacción al antiguo artículo 235 bis**, que encuentra su homólogo en el actual 554 y que se refiere a la protección a la fuerza armada. El nuevo precepto será objeto de las mismas críticas que en su día se prodigaron del art. 235 bis e incluso de algunas más.

²¹ Concretamente lo entienden así los Códigos Penales españoles hasta llegar al de 1944.

7.) La **agravación** tradicional referida al «uso de armas», se extiende a los supuestos en los que la agresión se materialice con «otro medio peligroso». De esta forma, podrá aplicarse la agravación cuando se utilice cualquier objeto cortante, punzante o de otra índole que aún sin tener la catalogación legal de «arma», sí merece la consideración de peligroso.

8.) Se redefine la **agravación** ahora contemplada en el artículo 552.2º, en virtud de la cual, será mayor la pena a aplicar **cuando el sujeto activo se prevalega de su condición** de funcionario, autoridad o agente de ésta.

9.) Se **suprimen** las **agravaciones** en caso de que «se pusiere mano a la autoridad» o de que ésta «hubiere accedido a las exigencias de los delincuentes». En el primer caso, parece bastante acertada la supresión, pues en realidad se trata de un simple delito de lesiones, mientras que la segunda de las eliminaciones supone desterrar lo que era, a todas luces, un delito de resultado.

10.) En lo que al **delito de desobediencia** respecta, no existen apenas modificaciones. Únicamente puede hacerse referencia a la supresión de la expresión «ejercicio de las funciones de su cargo» para adoptarse la de «ejercicio de sus funciones». En realidad, y de acuerdo con lo que apunta JUANATEY DORADO²², tal modificación no tiene ningún efecto más allá del puramente gramatical.

11.) Por último, y en lo que a las **penas** previstas se refiere, ha sido elogiado por varios autores²³ el hecho de que la pena contemplada para los ataques a las personas que acudan en auxilio de la autoridad, sus agentes o de los funcionarios públicos sea inferior en un grado a la establecida para el caso en que son éstos los sujetos que soportan la acción. Por el contrario, destaca el incremento de pena que se produce para los delitos de desobediencia, pues paralelamente a la supresión de la pena de multa, se endurece la privativa de libertad. Esta actitud del legislador de 1995 ha sido ampliamente criticada en cuanto se ha entendido que incurre en una clara desproporcionalidad y que serían mucho más adecuadas al delito otras penas menos lesivas que vienen contempladas en este nuevo Código para otras figuras delictivas²⁴.

4. BREVE SÍNTESIS SOBRE LA EVOLUCIÓN HISTÓRICO-LEGISLATIVA DE ESTAS FIGURAS

Tras el análisis de la evolución histórico-legislativa de estas figuras delictivas, cabe formular las siguientes conclusiones:

I.) La **regulación más lejana** del delito de atentado se remonta al Liber Iudiciorum del rey visigodo Recesvinto fechada en el año 654 y posteriormente traducida al Fuero

²² JUANATEY DORADO, C.: *El delito de desobediencia...*, op. cit., p. 22.

²³ Entre ellos CUERDA ARNAU, M.L.: *Los delitos de atentado y...*, op. cit. p. 24.

²⁴ Así lo apunta JUANATEY DORADO, C.: *El delito de...*, op. cit., p. 23.

Juzgo. Así, el Fuero Real dio paso a las Partidas en las que se distinguía entre el delito de matar a los funcionarios reales y el de deshonrarles de hecho o de palabra. Por su parte, el Ordenamiento de Alcalá ofrecía un esquema gradual de tutela en función de la conducta ofensiva y la dignidad o clase del sujeto ofendido, mientras que la Novísima Recopilación se limitaba a reproducir en su integridad la regulación del Ordenamiento de Alcalá, complementándola con una serie de Pragmáticas y Decretos provenientes de Felipe II y Carlos III, siendo de destacar en ella un cierto progreso sistemático, pues estas conductas aparecían ya segregadas o alejadas del núcleo de los delitos de lesa majestad, agrupándose bajo la rúbrica «Resistencia a las justicias y a sus ministros».

II.) Será en el **Código Penal de 1822** cuando por primera vez se regule de forma específica el delito de atentado. Llama la atención la ubicación sistemática del mismo en tanto que se configuraba como un delito contra la sociedad en general, pues no en vano se alojaba dentro de la Parte Primera del Código, considerando que estas conductas atentaban contra la Seguridad Interior del Estado y contra el orden público y la tranquilidad pública. A pesar del anacronismo intrínseco a la época, tal sistemática nos lleva a pensar que al margen de la idea de protección penal a los funcionarios como privilegio individual, personal y clasista, consecuencia de su status, el legislador de 1822 consideraba que el delito de atentado afectaba al conjunto de la ciudadanía y por ello lo colocaba dentro de los delitos contra la sociedad. La esencia del tipo se hallaba en *acometer o hacer alguna otra tentativa contra la vida* de alguno de los sujetos descritos y se distinguía entre si se actuaba con designio de matar o no, constituyéndose, por tanto, como eje diferenciador de las distintas conductas la intención del sujeto activo, circunstancia sobre la que el legislador enfatiza. No existe un tipo concreto de resistencia, encontrando una conducta afín a esta en la figura recogida en el artículo 321 que tipificaba el hecho de *resistirse o impedir la ejecución de alguna ley, acto de justicia, reglamento u otra providencia de la autoridad pública*. Igualmente, se castigaba la desobediencia a los funcionarios así como la incitación a resistirse o a desobedecer, ya fuere de palabra o por escrito y la negación o impugnación de la suprema Potestad civil.

III.) El **Código Penal de 1848** nada nuevo aportaría de no ser por la supresión del término «tranquilidad pública», pues este concepto junto con el de «orden público» era objeto de la más enardecida polémica doctrinal siendo difícil la unanimidad en torno a si eran o no sinónimos. La redacción del delito de resistencia ofrecida por este texto punitivo ponía de manifiesto la evidente confusión entre el concepto de acometimiento y el acto de resistirse a algo. Destaca la falta de mención a los funcionarios públicos, por lo que se protegen únicamente la Autoridad y sus agentes. Lejos de existir un delito de desobediencia, la única tipificación de tal conducta venía establecida por los artículos 480.3º y 481.3º, en la modalidad de falta.

IV.) En lo concerniente a la definición de la conducta típica de atentado, merece ser destacado el esfuerzo del **Código Penal de 1850** por definir el delito como una figura con mayor identidad propia de la que hasta el momento se concedía. Al momento de tipificar el atentado, el legislador realizaba una remisión a los delitos de rebelión y sedición, ya que la única diferencia entre aquél y éstos se encontraba en que la conducta se realizara con alzamiento público o no. Como consecuencia de ello, no es difícil vislumbrar la confusión

de bienes jurídicos existente en ese momento histórico, pues se trataban con una forzada homogeneidad figuras tan diferentes como la sedición, la rebelión o los propios atentados, llegándose a mezclar entre sí conductas que atentaban contra bienes jurídicos bien distintos. Una de las principales novedades aportadas por este texto, radicaba en que por primera vez en la historia de la codificación española aparece un tipo específico de **desobediencia** grave a la autoridad aunque tal figura delictiva no se hallaba dentro del Capítulo destinado a los delitos contra la seguridad interior del Estado y el orden público, sino que sorprendentemente se encontraba regulada al amparo del Título VIII: «*De los delitos empleados por los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos*». Ello dio lugar a una extensa polémica doctrinal sobre si se estaba ante un delito especial propio que sólo podría entenderse cometido por funcionarios públicos, o si en realidad los términos en los que estaba redactado el precepto y del pensamiento del legislador permitían extraer el tipo penal consiguiendo que fuese igualmente aplicable a particulares. En lo que a la **resistencia** respecta, hay que aclarar que a pesar de que se enuncia en la rúbrica del Capítulo V, lo cierto es que no encontramos, en los artículos bajo él ubicados, referencia alguna al delito de resistencia. Y es que, esta figura delictiva venía siendo introducida como una constante bajo el delito de atentado, pues tradicionalmente toda resistencia activa se ha venido catalogando como atentado, primando una insalvable confusión. Asimismo, no existía en este Código una falta de desobediencia leve, resultando atípica toda desobediencia que no pudiera catalogarse como grave.

V.) A pesar de que son varios los cambios que trae el **Código Penal de 1870**, puede afirmarse que el mismo resulta bastante decepcionante sobre todo si se tiene en cuenta que su promulgación se produjo en el llamado «sexenio revolucionario». Nos presenta una sistemática bastante más parecida a la del Código actual, pues estos delitos se encuentran recogidos en el Título III: «*Delitos contra el orden público*», Capítulo IV: «*De los atentados contra autoridad y sus agentes, resistencia y desobediencia*». En consecuencia, bajo la rúbrica «orden público» se ubican varias conductas delictivas entre ellas las que dan lugar a los delitos que analizamos. A su vez, destaca como novedad el hecho de que por primera vez se regulen bajo un mismo enunciado los atentados, la resistencia y la desobediencia, extrayendo de la rúbrica los desacatos, que pasan a desarrollarse en Capítulo V junto a los insultos, injurias y amenazas a la autoridad, sus agentes y los demás funcionarios públicos. Se concreta el requisito de que los sujetos que soportan la acción se hallen «ejerciendo las funciones de su cargo o con ocasión de ellas». De forma ciertamente sorpresiva, este Código castigaba con más dureza «poner manos» en las personas que auxilian a la autoridad o a sus agentes que hacerlo a éstos últimos. En lo que a la regulación de las figuras de resistencia y desobediencia merece destacarse la ausencia de mención expresa a los funcionarios públicos, por lo que los mismos no podían ser objeto de estos delitos. Se contempla la falta de desobediencia leve y la resistencia no grave.

VI.) El **Código Penal de 1928** a pesar de ser un texto novedoso no aporta una radical transformación respecto a la normativa de 1870. La redacción del tipo básico de atentado sí apunta alguna modificación. Se define el delito de atentado como «acometer, emplear fuerza o intimidar gravemente», no existiendo ya la anterior remisión a los delitos de

sedición y rebelión. En lo que a los sujetos a los que se dirige la acción respecta, los delitos de atentado se ciñen únicamente a proteger a la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos. A la autoridad se la protege «en cualquier momento» sin ser preciso que la conducta del sujeto activo esté motivada por la función pública que esa autoridad desempeña. No ocurre lo mismo con los agentes o funcionarios, en cuyo caso para hablar de atentado el Código exige que al momento de la comisión del tipo «se hallaren ejerciendo las funciones de su cargo o con ocasión de ellas». La conducta de resistencia, por su parte, deja de ser constitutiva de atentado y se equipara, en lo penológico, a la desobediencia grave y con motivo de este ilícito se amplía el catálogo de sujetos de la acción hasta el punto de incluirse a los funcionarios públicos.

VII.) Por su parte, el *Código Penal de 1932* aparece como un texto análogo al de 1870. Las modificaciones que aporta este Código no afectan a los delitos que estudiamos, excepto en lo referente a la pena de multa en cuya cuantía, lógicamente y como consecuencia de la necesidad de adaptación a los tiempos, se aprecia un leve incremento.

VIII.) El *Código Penal de 1944* –que dio lugar al *texto refundido de 1973*– se perfila como un Código duro, destinado a proteger de forma exagerada las retrógradas ideas políticas, religiosas y sociales de un determinado sector social de la época. Una de las pocas diferencias que se advierten es que en el tipo básico de atentado consiste en la enumeración de los sujetos sobre los que recae la acción de estos delitos, pues no sólo se refiere a las autoridades y a sus agentes sino también a los funcionarios públicos. Se produce una agravación en la pena de los atentados cometidos contra un Ministro aun a pesar de que éste ya haya cesado en sus funciones y lo mismo ocurre con las autoridades o cargos de lo que se desprende la intención del Código no de proteger unas determinadas funciones sino en tutelar penalmente al sujeto que ostenta o ha ostentado el cargo y protegerle como persona, desde el punto de vista individual no existiendo realmente una intención de asegurar el buen funcionamiento de las instituciones o el correcto ejercicio de unas funciones. Esta postura del legislador se refuerza con la aparición del artículo 234 el cual concede a los cónyuges, ascendientes o descendientes del Jefe de Estado, de los Ministros, Autoridades o funcionarios la misma protección que a ellos mismos, configurándose como atentado cualquier agresión o amenaza realizada contra estos sujetos siempre que la misma «tuviera relación con las funciones, misión o cargo desempeñado por aquellos». Merece la pena destacar, que las faltas quedan ubicadas bajo la rúbrica de «*faltas contra el orden público*» produciéndose un claro desequilibrio con los delitos que se catalogan como delitos contra «*la seguridad interior del estado*».

IX.) Por todo lo expuesto, puede afirmarse que no se han producido excesivas *modificaciones hasta llegar al actual CP*, de no ser la actualización de las multas que se produce en la Revisión del Código llevada a cabo en 1963 y en la Ley Orgánica 3/1989 de 21 de junio, relativa a la modificación habida en el delito de lesiones. Al margen de ello, sólo puede hablarse de dos modificaciones:

- Las que han tenido como objeto adaptar la penalidad a los nuevos valores constitucionales. Concretamente, en el artículo 233 se sustituye la pena de muerte por la

reclusión mayor en su grado máximo.

- Las que introducen algún tipo delictivo novedoso o amplían el radio de acción o espectro de los cualificados. Por ejemplo, la Ley Orgánica 14/1985 de 9 de diciembre que incorpora al Código Penal el maltrato de obra a fuerza armada en el artículo 235 bis²⁵. Del mismo modo, la Ley Orgánica 3/1988 de 25 de mayo derogó la Ley Orgánica 9/1984 contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y añadió al artículo 233 un tercer párrafo en virtud del cual se castigaba a los atentados terroristas contra miembros de Fuerzas Armadas y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Los cuatro intentos de reforma integral en nuestra legislación punitiva realizados tras la instauración del sistema democrático adoptan el modelo utilizado por el Código Penal de 1870. La figura central básica continua siendo el atentado propio, sobre el que prevén una serie de agravantes, y en un inferior escalafón se encuentra la resistencia simple y la desobediencia grave.

X.) El Código Penal de 1995, por su parte, introduce múltiples y significativas novedades en la regulación de estas figuras delictivas. Mereciendo ser destacadas a modo de síntesis las siguientes:

- Se abandona el criterio consistente en ubicar estos delitos bajo la rúbrica «*delitos contra la seguridad interior del Estado*», para pasar a regularlos bajo el enunciado de «*Delitos contra el orden público*».

- Se suprime el llamado atentado impropio y se concede al delito de atentado un tratamiento unificado y nuevo.

- Se introduce la exigencia de gravedad en la resistencia activa constitutiva de atentado.

- Desaparecen preceptos que estaban relacionados con la Ley de Seguridad del Estado, concretamente los antiguos artículos 233 y 234 en los que se desarrollaban modalidades complejas de atentado y la especial protección a los parientes.

- Se crea un tipo agravado de atentado en relación a las funciones que tengan encomendadas los sujetos sobre los que recaiga la acción.

- Se mantiene el antiguo artículo 235 bis –actual 554- con una regulación nueva pero igualmente polémica.

- La agravación de «uso de armas» se extiende a los supuestos en los que la agresión se materialice con «otro medio peligroso». De esta forma, podrá aplicarse la agravación

²⁵ Para profundizar en ello, consultar CALDERÓN SUSÍN, «La protección penal de determinada fuerza armada», *Comentarios a la legislación penal*, X, 1989.

cuando se utilice cualquier objeto cortante, punzante o de otra índole que sin tener la catalogación legal de «arma» si merece la consideración de peligroso.

- Se redefine la agravación ahora contemplada en el artículo 552.2º, en virtud de la cual será mayor la pena a aplicar cuando el sujeto activo se prevalga de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.

- Se suprimen las agravaciones en caso de que «se pusiere mano a la autoridad» o de que ésta «hubiere accedido a las exigencias de los delincuentes».

- En lo que al delito de desobediencia respecta, no existen apenas modificaciones. Únicamente puede hacerse referencia a la supresión de la expresión «ejercicio de las funciones de su cargo» para adoptarse la de «ejercicio de sus funciones».

- Por último, la pena prevista para los ataques a las personas que acudan en auxilio de la autoridad, sus agentes o de los funcionarios públicos es inferior en un grado a la establecida para el caso en que son éstos los sujetos destinatarios de la acción. Por el contrario, destaca el incremento de pena que se produce para los delitos de desobediencia, pues paralelamente a la supresión de la pena de multa, se endurece la privativa de libertad.

PARTE II: JUICIO DE ANTIJURICIDAD

CAPÍTULO PRIMERO: UBICACIÓN SISTEMÁTICA Y DIMENSIÓN VALORATIVA DE LOS TIPOS: BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.-

1. CUESTIONES PREVIAS

La determinación del bien jurídico protegido en estos delitos es una de las cuestiones más controvertidas dentro del estudio de los mismos, pues el propio CP ni siquiera hace mención expresa al objeto de protección, sino que los ubica bajo la genérica rúbrica del Capítulo II: «*De los atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos y de la resistencia y desobediencia*». Bien es verdad que –a su vez– ese Capítulo del texto punitivo se haya encuadrado en el Título XXII del Libro II, o lo que es lo mismo, dentro de los llamados «*Delitos contra el orden público*».

A priori, sin entrar aún a analizar un concepto tan controvertido y polémico como es el de «orden público», resulta muy sencillo hacerse una idea de la ambigüedad del mismo, pues bajo ese Título se albergan figuras delictivas –que con independencia de que puedan mostrar un denominador común– son muy diferentes entre sí no sólo en cuanto a su contenido de injusto y desvalor de acción, sino también en cuanto a la respuesta penológica que merecen y a la consideración social que suscitan. Así, y a modo de ejemplo, es más que evidente la diferencia entre delitos como los de atentado, resistencia y desobediencia, con los de sedición, los desórdenes públicos, el terrorismo o la tenencia de armas, entre otros.

Por todo ello, y aunque partamos del concepto de orden público como trasfondo de estas figuras, no cabe duda que habrá que detenerse de forma individual y cautelosa a la hora de determinar el objeto de protección de cada uno de estos delitos.

En otro orden de cosas, la implantación del Estado Social y Democrático de Derecho y con él la existencia de la norma constitucional como marco del ordenamiento afectan muy directamente a estos delitos, pues tradicionalmente el bien jurídico protegido por los mismos se venía identificando con el «principio de autoridad», el cual en un sistema totalitario goza de un significado, una omnipotencia y un protagonismo radicalmente distinto al que pueda tener bajo un sistema constitucional, en el que el concepto de autoridad ya no debe identificarse con poder sino más bien con servicio social. En consecuencia, *ahora las autoridades están sujetas a la Constitución y a la forma de Estado de Derecho, de tal forma que su comportamiento no será protegido per sé sino que, para comprobar si es digno de tutela penal, éste deberá cuestionarse en términos de legitimidad.*

Es decir, será necesario detener el estudio en aspectos y circunstancias relativas al sujeto pasivo del delito.

Asimismo, dentro de los artículos 550 a 556 del CP, así como el la falta del art. 634, se da cabida a diversos tipos penales y habrá que preguntarse si en todos ellos se protege el mismo bien jurídico o si por el contrario hay matices dignos de resaltar.

2. ORDEN PÚBLICO COMO CRITERIO SISTEMÁTICO

2.1. Debate doctrinal y jurisprudencial en torno al orden público.-

Como hemos venido mencionando bajo el Capítulo II del Libro II del Código Penal se recogen muy diversos tipos penales, por lo que es evidente la necesidad de realizar un considerable esfuerzo para lograr un concepto acorde con todas y cada una de las figuras delictivas albergadas bajo esa rúbrica, de tal manera que la misma sirva como elemento común a tan diversas conductas típicas. Debe tratarse, por tanto, de un concepto lo suficientemente amplio como para servir de criterio sistemático de agrupación pero a la vez, esto tiene que equilibrarse con una concepción de orden público acorde con la forma de Estado, pues en un sistema democrático la necesidad de mantener el orden público no puede servir de amparo para tipificar todo lo que no sea sumisión al orden político establecido, ya que esto sería posible en otros tiempos o bajo otras formas de gobierno pero nunca en un sistema como el actual. Por ende, si asumimos un concepto muy genérico podríamos provocar que todos los delitos contemplados en el Código Penal fuesen susceptibles de encuadrarse bajo la rúbrica de «*Delitos contra el orden público*», pues a groso modo –y sin entrar aún en precisiones terminológicas- toda conducta susceptible de alterar el orden, la paz, la seguridad o la tranquilidad de la ciudadanía podría ser constitutiva de considerarse una afectación del orden público.

Por todo ello, y con plena conciencia de la complejidad del asunto, vamos iniciar un recorrido por el concepto de orden público, para averiguar si es posible alcanzar una definición que sirva de criterio sistemático y unificador de los muy diversos tipos penales, pero que suponga un concepto lo suficientemente restringido como para poderlo armonizar con las exigencias democrático-constitucionales.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua define el orden público como «*situación y estado de legalidad normal en que las autoridades ejercen sus atribuciones propias y los ciudadanos las respetan y obedecen sin protestas*»²⁶.

Asimismo, y centrandó ya nuestra atención en definiciones «legales»²⁷ de orden público, hemos de remitirnos a la Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959²⁸, la cual nacida en plena Dictadura acuña una definición tan genérica como acorde con aquella

²⁶ Así lo recoge ROIG TORRES, M.: *El Delito...* op. cit., p. 35.

²⁷ Es decir, conceptos normativos acuñados por las leyes.

²⁸ Derogada por la LO 1/1992 (RCL 1992(421)]

forma de Estado, el art. 1 de este cuerpo legal consideraba que el fundamento del orden público era:

«El normal funcionamiento de las instituciones públicas y privadas, el mantenimiento de la paz interior y el pacífico ejercicio de los derechos individuales, políticos y sociales, reconocidos en las leyes».

En coherencia con ello, en su artículo 2.i) afirmaba que eran contrarios al orden público:

«Los actos que de cualquier otro modo no previstos en los párrafos anteriores faltaren a lo dispuesto en la presente Ley, o alterasen la paz pública o la convivencia social».

Ni siquiera es preciso incidir en la amplitud del concepto, pues a tenor de esta Ley podría estar atentándose contra el orden público a la más mínima muestra de disconformidad con el orden establecido, es decir el orden público como bien jurídico protegido podía entenderse directamente relacionado con la necesidad de sumisión con el orden político implantado. Por si ello fuera poco, el legislador español hace uso del concepto «orden público» en sede civil, administrativa, penal, etc., por lo que las diferentes acepciones que abarca el término convierten el intento de alcanzar una concepción unitaria en una auténtica utopía.

Doctrinalmente, el concepto de orden público ha sido ampliamente debatido, de tal manera que aun estando ya en el marco de un Estado constitucional podemos encontrarnos definiciones amplias, restrictivas o incluso intermedias.

RODRÍGUEZ DEVESA, por ejemplo, afirma: «el orden público depende de dos factores: del respeto a los órganos a través de los cuales se concreta la voluntad de la ley en un Estado de Derecho y de la paz en los lugares de uso común; también, por extensión, del normal funcionamiento de los servicios públicos»²⁹.

En cierto grado de generalidad incurre CASARES VILLANUEVA cuando, afirmando que es un concepto que podría considerarse de un modo amplio, explica: «orden público, como bien jurídico tutelado por el ordenamiento penal es un concepto jurídico indeterminado y que es objeto de transformaciones constantes en cuanto a su interpretación (seguridad ciudadana...): podrá éste considerarse de un modo amplio, lato, extenso, que comprendería todos los principios esenciales del ordenamiento jurídico abarcando prácticamente todos los delitos tipificados en el Código Penal, pues todo provoca una alteración de la paz colectiva y de la convivencia social». Aunque, a continuación, este mismo autor pone de manifiesto el polo opuesto en la forma de entender el concepto de orden público, y continúa su exposición afirmando: «Y también podrá, por el contrario,

²⁹ RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.: *Derecho Penal Español. Parte General*, 14ª edición, Madrid 1991. P- 825.

interpretarse en un sentido más restrictivo, referido al desenvolvimiento diario de la vida social, al sentido del orden, de la tranquilidad y de la seguridad, a las condiciones en las que se desenvuelve el libre y pacífico ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales por parte de los ciudadanos»³⁰.

Pero, claro está que si ha existido un debate realmente enriquecedor y extenso respecto a este concepto, ha sido el protagonizado por dos autores que –aun partiendo de una concepción restringida de orden público– han discutido matices en torno al mismo, permitiéndonos alcanzar una mayor comprensión del término. OCTAVIO DE TOLEDO y MUÑOZ CONDE han dejado patente en sus obras las discrepancias mantenidas en torno al concepto de orden público, ya que para el primer autor el segundo incurre en importantes contradicciones. Esbozamos los términos de la discusión³¹:

Para MUÑOZ CONDE el orden público debe concebirse como «*la tranquilidad o paz en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana*»³². OCTAVIO DE TOLEDO, por su parte, ha venido tradicionalmente manteniendo una considerable lucha contra los conceptos amplios de orden público que mayoritariamente mantenían la doctrina y jurisprudencia españolas antes de la entrada en vigor de la Constitución, y en consecuencia, no es de extrañar que se adhiriera al concepto restrictivo acuñado por MUÑOZ CONDE. Pero, a la par de ello, pone de manifiesto la existencia de –lo que a su juicio– supone un error en los planteamientos del catedrático sevillano.

Para OCTAVIO DE TOLEDO es totalmente discordante el hecho de que MUÑOZ CONDE asuma un concepto restrictivo de orden público pero, a su vez, admita que los delitos de atentado, resistencia, desobediencia a la autoridad y los antiguos desacatos³³ se cataloguen como delitos contra el orden público. A su modo de ver, esto es altamente contradictorio, pues en definitiva supone desembocar en un concepto amplio ya superado e incompatible con el sistema actual. En definitiva, OCTAVIO DE TOLEDO teme que la protección del principio de autoridad como bien jurídico directamente relacionado con el orden público desemboque en un concepto «monstruoso» de orden público. Este autor venía proponiendo la posibilidad de suprimir los delitos de atentado y desacatos que tuviesen subyacente un delito común, de manera que esas conductas fuesen reconducidas por esos delitos comunes, con la única diferencia de la aplicación de la antigua agravante de «ejecutar el hecho con ofensa de la autoridad o desprecio del respeto que por la dignidad o edad mereciere el ofendido» recogida en el artículo 10 apartado 16º del ACP. Justamente esto, ha sido lo acogido en el Código Penal actual respecto a los desacatos, los cuales han sido suprimidos, debiendo subsumirse esas conductas en los delitos comunes,

³⁰ CASARES VILLANUEVA, M.L.: «Atentado, resistencia y desobediencia», en *PJ*, 1995, p. 149.

³¹ Para una mayor amplitud véase la pormenorizada exposición de este debate doctrinal llevada a cabo por JIMÉNEZ DÍAZ, M.J.: *Los delitos de desacato en el Código Penal Español*, Edersa, Madrid 1992, p. 121 y ss, igualmente JUANATEY DORADO, C.: *El delito de...*, op. cit., pp. 24 a 37.

³² MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*. Tirant lo blanch. Valencia 2004, p. 874.

³³ A pesar de que el delito de desacato haya sido suprimido por el Código Penal de 1995, es necesaria la continua referencia a esta figura, pues la misma ha sido durante mucho tiempo un importante punto de inflexión entre la doctrina que se venía ocupando de delimitar el concepto de orden público.

concretamente en los delitos contra el honor, aunque eso sí, con la imposibilidad de agravar la conducta en virtud de la condición de autoridad del sujeto activo, ya que la agravante que hemos mencionado y a la que acudía OCTAVIO DE TOLEDO³⁴ ha sido suprimida en el actual texto punitivo.

En definitiva, la cuestión que analiza este autor estriba en si el hecho de desobedecer o atentar contra una autoridad supone realmente una alteración de la tranquilidad o paz y si realmente puede hablarse de manifestación colectiva –pues si estos requisitos no pueden observarse en la conducta perpetrada– no podrá decirse que se ha lesionado el orden público, entendido como concepto restrictivo.

Siendo ésta la esencia de la crítica doctrinal formulada por OCTAVIO DE TOLEDO, hemos de pasar a poner de manifiesto las réplicas que MUÑOZ CONDE ha articulado:

Este autor reitera su intención de incluir los delitos de atentado y desacato entre los delitos contra el orden público y concretamente refiriéndose a OCTAVIO DE TOLEDO afirma: «observa una contradicción con mi concepción restringida de orden público que no veo por ninguna parte, pues, si se admite la necesidad de proteger penalmente el orden público así entendido, lógicamente habrá que admitir también la necesidad de proteger penalmente a los encargados de velar por su mantenimiento. Pero en los delitos de atentado y desacato se protege sólo de un modo indirecto al orden público entendido como tranquilidad en las manifestaciones colectivas, siendo lo fundamental, guste o no, el ejercicio y la dignidad de la función pública. Esto no quiere decir que ese ejercicio pueda ser ilimitado o exija siempre un respeto absoluto por parte de los ciudadanos. De todos modos me parece muy problemática [...] la opinión al considerar que de no haber ataque al orden público en sentido estricto, no existirá el respectivo delito de atentado o desacato»³⁵.

Ante esto, OCTAVIO DE TOLEDO matiza que donde realmente él encuentra la contradicción no es tanto en que los tipos de atentado, desacato y figuras afines se incluyan entre los delitos de orden público sino en que se suscriban dos nociones de orden público, restringida y amplia, que a todas luces encuentra incompatibles³⁶. Asimismo, discrepa de la afirmación de MUÑOZ CONDE de que proteger el orden público supone proteger penalmente a los encargados de velar por su mantenimiento, argumentando que en coherencia con ello habría que proteger al personal sanitario como consecuencia de la tutela penal a la salud pública³⁷.

³⁴ Las tesis de este autor se han venido mantenido antes y después de la entrada en vigor de la Constitución, de manera que sus planteamientos han experimentado, a raíz del cambio que supone la existencia de la norma suprema, mínimas variaciones. Ver OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E: «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 *CPC*, núm. 1, 1977, y OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E: «De nuevo sobre el interés protegido en atentados, desacatos y figuras afines» en *CPC*, núm. 11. 1980.

³⁵ MUÑOZ CONDE, F.: Delitos electorales, en *CPC*, núm. 2, 1977, nota 32.

³⁶ OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E: “De nuevo sobre...”, op. cit. p. 109.

³⁷ *Ibidem*.

Frente a esto, MUÑOZ CONDE insiste en un concepto restrictivo de orden público como componente distintivo en estos delitos y reconoce que la supresión del desacato facilita este entendimiento del orden público que ya no se ve mixtificado con referencias a la dignidad de la autoridad como un elemento integrante del mismo.

No han faltado autores que al hilo de este enriquecedor debate se han pronunciado en uno u otro sentido. Así, por ejemplo, para CUERDA ARNAU el concepto restrictivo de orden público que viene utilizando MUÑOZ CONDE carece de aptitud para servir de criterio sistemático de agrupación de las diferentes figuras incluidas bajo esa rúbrica y apunta que «si lo que se pretende es encontrar un elemento que las unifique hay que recurrir a un concepto de orden público omnicompreensivo, que abarque normalmente el funcionamiento de las instituciones públicas. La hegemonía de la propia institución estatal frente a cualquier otra, el mantenimiento del conjunto de condiciones externas que permitan el normal desarrollo de la convivencia social y, por último, la tutela de la paz pública como concepto no necesariamente vinculado al de orden externo y material»³⁸.

Por otro lado, JUANATEY DORADO discute los planteamientos de OCTAVIO DE TOLEDO al afirmar que su postura contiene una considerable dosis de ambigüedad, lo que, a su entender, vuelve la polémica un tanto confusa. Así, sigue apuntado esta autora, al señalar las consecuencias que tendría aceptar su tesis de que se trata de delitos contra el orden público, entendido en sentido estricto, no deja de reconocer que la dignidad de la autoridad o incluso de quien participa en el ejercicio de funciones públicas sin llegar a ser autoridad, es un bien jurídicamente protegido. Por otro lado, su afirmación de que cuando en los atentados o figuras afines o no pueda existir o de hecho no exista un delito común – contra la vida, la libertad, la seguridad, etc.- entonces ha de optarse por la impunidad o por entender que el bien jurídico protegido es –en términos generales- el normal desenvolvimiento de las actividades judicial o administrativa, en palabras de JUANATEY DORADO «parece sugerir que se trata de una opción entre alternativas más o menos similares, lo que no es en absoluto el caso»³⁹.

Una vez referido –aunque sea a grandes rasgos– el debate doctrinal y antes de poner de manifiesto nuestra opinión sobre el tema, hemos de recordar que la Constitución únicamente se refiere al concepto de orden público en dos de sus preceptos, concretamente en los artículos 16 y 21, sin que en ellos exista una definición del mismo. Por su parte, el artículo 16.1 de la Carta Magna recoge lo siguiente:

«Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la Ley».

De igual modo, el apartado 2 del artículo 21 de la Norma Suprema hace referencia al

³⁸ CUERDA ARNAU, M.L.: *Los Delitos de atentado y resistencia*. Tirant lo blanch, Valencia 2003, pp. 25 y ss.

³⁹ JUANATEY DORADO, C.: *El delito de...*, cit. pp. 32 y 33.

orden público cuando afirma:

«En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que solo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes».

En consecuencia y tal como apunta IZU BELLOSO «la Constitución no alude al orden público como función del poder ejecutivo –como era habitual en las Constituciones decimonónicas e incluso en el artículo 6º de la Ley Orgánica del Estado–, ni como misión de los Cuerpos de Policía. Se ha producido un cambio fundamental: el orden público ya no aparece como una cláusula general habilitadora de poderes indeterminados a favor de las autoridades administrativas, sino como un límite al ejercicio de ciertos derechos fundamentales»⁴⁰.

Así las cosas, la Constitución española de 1978 no hace más referencia al orden público que como limitación al ejercicio de la libertad religiosa y de culto y al derecho de reunión y manifestación. Por ello, sabemos que orden público, constitucionalmente hablando, es un *valor* que debe mantenerse en la sociedad e incluso es capaz de justificar la limitación a determinados derechos fundamentales.

Coincidimos con MARTÍN-RETORTILLO BAQUER⁴¹ cuando advierte que el tema central de preocupación se centra en la amplitud interpretativa que se dé a la noción de orden público, y que éste queda desactivado cuando se comprueban los reducidos efectos que el uso de la noción de orden público está llamado a desempeñar en las dos oportunidades que le brinda la Constitución.

Como no podía ser de otra forma, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto al concepto de orden público y ha incidido en el mismo como límite al ejercicio de determinados derechos, de tal modo que podemos citar algunas resoluciones en las que el referido órgano define y delimita el concepto. Una de estas sentencias es la STC 66/1995 de 8 de mayo, (RTC 1995,66) en la que, el orden público, se conceptúa de la siguiente forma:

«Sistema de valores que cimentan y dan cohesión al orden social en un momento histórico determinado..... como sinónimo de respeto de 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».

Por otro lado, la STC 161/1997 de 2 de octubre (RTC 1997,161) define el orden público:

⁴⁰ IZU BELLOSO, M.J.: «Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 58, año 1988, p. 243.

⁴¹ MARTÍN RETORTILLO, L.: «Notas para la historia de la noción de orden público», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 36, año 1983, p. 36.

«...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 individuales».

Del mismo modo la STC 604/2001 de 15 de Febrero (RTC 2001,604) –que a tenor del art. 16 Constitución española discute sobre si una determinada entidad religiosa atenta contra el orden público– afirma que los elementos que concretan el orden público son la *seguridad, salud y moralidad públicas*. Textualmente, en la citada resolución puede leerse:

«...la entidad solicitante no es alguna de las excluidas por el art. 3.2 LOLR, y que las actividades o conductas que se desarrollan para su práctica no atentan al derecho de los demás al ejercicio de sus libertades y derechos fundamentales, ni son contrarias a la seguridad, salud o moralidad públicas, como elementos en que se concreta el orden público protegido por la ley en una sociedad democrática, al que se refiere el art. 16.1 Constitución española».

Resulta interesante llamar la atención sobre, lo que a nuestro juicio, es una excesiva amplitud del concepto desarrollado aquí por el TC, pues si se considera la salud –por ejemplo– como elemento integrante del orden público, los delitos contra la salud pública estarían mal ubicados sistemáticamente en el Título XVIII, bajo la rúbrica correspondiente a la seguridad colectiva, siendo preciso en tal caso su traslado al Capítulo XXII, pues se trataría en definitiva de delitos que atentan contra el orden público. Lo mismo podría predicarse de los delitos de riesgo catastrófico o de los de incendio, pues el TC ha incluido el término «seguridad» entre los elementos constitutivos del orden público. Como podemos comprobar, ello es impensable si aspiramos a tener un Código Penal medianamente ordenado sistemáticamente y cuyas rúbricas no defrauden respecto a los tipos penales albergados tras ellas.

En consecuencia, y a pesar de existir una línea jurisprudencial más o menos consolidada en cuanto al uso del concepto «orden público», ello no significa que estemos ante un concepto jurídico claramente precisado y delimitado, sino que en múltiples ocasiones, nos encontramos con resoluciones que lo definen de una forma muy difusa y extensa, como muestra en la STC núm. 305/1993 de 25 de octubre (RTC 1935,305) puede leerse:

«Es cierto que el concepto de «paz pública» o de orden público puede comprender, en un sentido amplio, el de «tranquilidad pública», y que el principio de reserva material de Ley no impide la utilización de conceptos jurídicos indeterminados como el que nos ocupa en la tipificación de infracciones».

Ahora bien, como pone de manifiesto la STC núm. 69/1989 de 20 de abril (RTC 1989,69) y reitera en la núm. 116/1993 de 29 de marzo (RTC 1993,116),

«...para que resulte aceptable este criterio desde su perspectiva

constitucional "la concreción del citado concepto" ha de ser razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, de tal forma que permitan prever, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada».

Merece ser destacado el hecho de que el TC en múltiples pronunciamientos alude a conceptos como «orden público», «paz pública» o «seguridad pública» de forma indistinta y general, sin entrar en delimitar con la exactitud y rigor que sería deseable el contenido de los mismos. A pesar de ello, bien es cierto que existe cierta línea jurisprudencial –aunque escasa– en la que el Tribunal Constitucional se percató de la necesidad de distinguir entre estos términos e intenta hacerlo en sentencias como la STC (Pleno) núm. 117/1984 de 15 de diciembre (RTC 1994,117) en la que se afirma:

«...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».

Siguiendo con los pronunciamientos jurisprudenciales, por su parte, el Tribunal Supremo también ha apuntado definiciones de orden público muy diversas, siendo de destacar la imperceptible evolución experimentada en dicho concepto como consecuencia de la Constitución de 1978 y de la implantación del sistema democrático, ya que, a pesar de lo que se pudiera pensar, la mayoría de las resoluciones siguen contemplando un concepto más bien amplio de orden público.

La STS⁴² de 31 de Octubre de 1974 (RJ 1974, 4083) hace uso de un concepto amplio de orden público, al apuntar que los delitos que atentan contra la función pública:

«...suponen una alteración de la paz y el orden social, pues su organización y defensa exige la actuación adecuada de dichas Autoridades y el indispensable respeto de todos a su condición funcional».

⁴² Sentencia recogida por JUANATEY DORADO, C.: *El delito...*, cit. pp.26 y ss., a tenor de la discusión doctrinal entre OCTAVIO DE TOLEDO Y MUÑOZ CONDE.

Por su parte, la STS núm. 2083/1994 de 29 de noviembre (RJ 1994, 9152), que en similar línea, adopta un concepto genérico, aludiendo al orden público como:

«La observancia de las normas que regulan en general la convivencia entre las personas».

Del mismo modo, hemos de referirnos a la STS núm. 1672/2002, de 30 de octubre (RJ 2000, 9162), en la que se mantiene una significación amplia del concepto:

«Los atentados, la resistencia y la desobediencia tutelan... 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 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».

2.2. Conceptos afines al de «orden público»: delimitaciones conceptuales.-

Es preciso, que previamente a la adopción de un posicionamiento en cuanto a qué debe entenderse por orden público a la luz del CP actual, nos ocupemos de delimitar y analizar de forma precisa los conceptos afines.

Para ello, la primera pregunta que debemos formularnos si la «paz pública» es sinónimo de «orden público». Esta cuestión, como no podía ser de otra forma, ha suscitado un debate doctrinal que ROIG TORRES⁴³ ha sabido recoger con una elogiada claridad por lo que, siguiendo a esta autora, hemos de recordar que hay quienes mostrándose partidarios de un concepto restrictivo de orden público niegan su equiparación con la paz pública. En semejante línea, por ejemplo, hallamos los planteamientos de MUÑOZ CONDE⁴⁴.

Por su parte, autores como LÓPEZ GARRIDO Y GARCÍA ARÁN⁴⁵, MUERZA ESPARZA⁴⁶ o CARBONELL MATEU⁴⁷ –entre otros– advierten la enorme dificultad de equiparar ambos conceptos, pues hay que tener presente que en el delito de desórdenes públicos regulado en el art. 557 del Código Penal y siguientes, el legislador alude a requisitos típicos distintos y diferencia entre paz pública y orden público. El precepto en cuestión dice que cometen este delito:

«...los que actuando en grupo, y con el fin de atentar contra la paz pública, alteren el orden público causando lesiones.....».

⁴³ ROIG TORRES, M: El delito de ..., cit. p. 39 y ss.

⁴⁴ Prescindimos en estos momentos de desarrollar estos planteamientos por haber sido objeto de análisis en párrafos precedentes.

⁴⁵ LÓPEZ GARRIDO, D. y GARCÍA ARÁN, M.: *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid 1996, p.200.

⁴⁶ MUERZA ESPARZA, J.J.: «La alteración de la paz pública en el delito de desórdenes públicos, ¿un nuevo significado?», en *PJ*, núm. 9, 1998, p. 103 y ss.

⁴⁷ CARBONELL MATEU, J.C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. : *Derecho penal. Parte especial*. Tirant lo blanch, 3ª edición, Valencia 1999, p. 853.

En consecuencia, debemos deducir de esto que el legislador del Código Penal de 1995 no entiende equiparable la paz pública con el orden público. Lo que bien es cierto, es que todo apunta a que alguna conexión habrá entre ambos bienes jurídicos o algún nexo común debe existir entre ellos, pues no en vano, el propio art. 557 del CP se encuadra dentro de los delitos contra el orden público.

El Tribunal Constitucional en STC núm. 25/2004 de 26 de febrero (RTC 2004, 25) apunta que:

«El concepto de paz pública o de orden público abarca también el de tranquilidad pública».

Interesante reflexión la de la STC núm. 88/2003 de 19 de mayo (RTC 2003,88) al afirmar que:

«El concepto de paz pública debe rehuir toda vocación autoritaria y ha de provenir de una valoración social asentada en el reconocimiento del juego democrático y de los derechos de los ciudadanos, de modo que la paz pública ha de coexistir con desórdenes accidentales y perturbaciones de la tranquilidad que no producen un daño grave y duradero de la paz pública, pues el juego de las instituciones democráticas puede ocasionar incomodidades».

En principio, podríamos considerar la paz pública como una variante o modalidad de ataque al orden público, el cuál tendría un significado algo más amplio, es decir no estamos ante conceptos absolutamente discordantes sino que podríamos considerar que «paz pública» es una vertiente de «orden público».

Pero, se hace igualmente preciso delimitar conceptos tales como «seguridad pública», «seguridad ciudadana» y «paz pública». TORRES FERNÁNDEZ⁴⁸ hace referencia a un concepto genérico, que da cabida a otros más específicos, se trata del concepto de seguridad pública, el cual se define como la *actividad dirigida a la protección de personas y bienes*, coincidiendo este aspecto con la materia de seguridad ciudadana y el *mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano*, el cual no sería otro que el orden público. Asimismo, hay quien entiende los conceptos de seguridad pública y seguridad ciudadana como prácticamente sinónimos, apreciando –si acaso– un leve matiz diferenciador, consistente en que la seguridad ciudadana parece aludir más directamente a la seguridad de cada uno de los ciudadanos evitando la idea más abstracta que suele tener lo «público»⁴⁹. Sea como fuere, lo cierto es que la acepción «seguridad pública» goza de una mayor amplitud conceptual que la de «seguridad ciudadana» y por ende, de una mayor ambigüedad.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 48.

⁴⁹ Así lo entiende IZU BELLOSO, M.J.: «Los conceptos de orden público...», *op. cit.*, p. 244.

Por su parte, el Tribunal Constitucional en sentencias como SSTC núm. 33/1982 de 8 de junio (RTC 1982,33); núm. 104/1989 de 8 de junio (RTC 1989,104); núm. 175/1999 de 30 de septiembre (RTC 1999,175); núm. 148/2000 de 1 de junio (RTC 2000, 148) y núm. 235/2001 de 13 de septiembre (RTC 2001,235), ha definido la seguridad pública como:

«Actividad dirigida a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad y el orden ciudadano, la cual incluye un conjunto plural y diversificado de actuaciones, distintas por su naturaleza y contenido, aunque orientadas a una misma finalidad tuitiva del bien jurídico así definido».

En cambio, en estas resoluciones ha quedado asentado que dentro de las actuaciones destinadas al mantenimiento de la seguridad pública, merecen ser destacadas –en cuanto a su especificidad– las que corresponden a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, pero que a pesar de su relevancia, las mismas no agotan el ámbito material de lo que hay que entender por seguridad pública. Así, afirma el Constitucional:

«No es posible realizar una identificación absoluta entre la materia seguridad pública y las actuaciones que son propias de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, es decir, no se reduce la normativa propia de la seguridad pública a regular las actuaciones específicas de la llamada Policía de seguridad»⁵⁰

En consecuencia, la seguridad pública como tal es un concepto que goza de una eminente amplitud. Tanto es así, que el propio TC se ha esforzado en delimitar el concepto, alcanzando uno más restrictivo, de tal manera que afirma:

«No toda seguridad de personas y bienes, ni toda normativa encaminada a conseguirla o a preservar su mantenimiento, puede englobarse en aquélla, pues, si así fuera, la práctica totalidad de las normas del Ordenamiento serían normas de seguridad pública, cuando es claro que se trata de un concepto más estricto en el que hay que situar de modo predominante las organizaciones y los medios instrumentales, en especial los cuerpos y fuerzas de seguridad a que se refiere el artículo 104 de la Constitución española»⁵¹

Insistiendo en ello, las funciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, no satisfacen por sí mismas todas las exigencias para la protección de la seguridad pública, sino que queda una vertiente que –aun siendo seguridad pública– se encuentra al margen de las funciones de éstos, siendo propias del ámbito civil o administrativo. Por ello, si extraemos del concepto de seguridad pública todo aquello que no compete a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, advertimos que lo que nos queda –y sí que está dentro de las funciones de éstos– es la seguridad pública en sentido estricto. Pues bien, esa vertiente de seguridad pública, de la que se ocupan las autoridades y sus agentes, viene ampliamente definida y desarrollada

⁵⁰ STC núm. 148/2000 de 1 de junio (RTC 2000,148)

⁵¹ *Ibidem*.

por la Ley Orgánica 17/1992 de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana⁵² (RCL 1992/421).

Por todo ello, entendemos conveniente adelantar que el término que aceptamos con mayor convencimiento es el de *seguridad ciudadana, entendiendo por tal el orden público en sentido estricto, lo que implica a su vez un aspecto material y concreto de la seguridad pública dentro del cual se alberga la paz pública.*

2.3. El concepto de orden público en el Código Penal de 1995. Toma de posición.-

Es ahora el momento de centrar nuestro estudio en el intento de averiguar cuál es el concepto de orden público asumido por el legislador en el Código Penal de 1995. Supone un verdadero dilema aclarar si el legislador del 95 ha optado por un concepto amplio de orden público y por ello ha albergado bajo esa rúbrica tan diversos tipos penales o por el contrario –y como consecuencia de los límites del sistema– no ha tenido más opción que utilizar un concepto restringido.

Por lo tanto, pronunciarse en torno a cuál es el concepto de orden público del CP actual resulta francamente difícil, pero siendo necesario una toma de postura, nuestro pronunciamiento debe pasar por entender que estamos ante un *concepto moderadamente amplio de orden público*, pues sólo así puede entenderse que bajo el Título XXII del Código se dé cabida a figuras tan diversas y heterogéneas como son la sedición, los desórdenes públicos, los atentados, la resistencia y la desobediencia y el terrorismo, entre otros. Hasta el momento hemos venido haciendo referencia a la posible dificultad que puede entrañar acoger un concepto amplio de orden público en cuanto que el mismo pueda resultar contrario al Estado de Derecho y a los valores y parámetros que marca una democracia sana. Resulta preciso matizar esta afirmación, pues bien es cierto que al amparo de nuestra Constitución el concepto de orden público se ha redefinido y que debe ajustarse a los principios constitucionales, pero como muy acertadamente dicen GARCÍA ARÁN y LÓPEZ GARRIDO⁵³ la diferencia entre un concepto autoritario y otro democrático de orden público no reside en su amplitud, sino «en el elemento externo de legitimación del Ordenamiento jurídico cuya aplicación se protege». En consecuencia, es perfectamente compatible con una sociedad democrática la existencia de un concepto amplio de orden público, ya que la diferencia constitucional no viene marcada por la amplitud sino más bien por el contenido que se le dé a ese concepto.

Quien suscribe, deviene totalmente incapaz de encontrar un concepto de orden público que gozando de la parquedad y concreción necesaria y exigible en el ámbito penal, sea –a su vez– capaz de albergar o abrazar sin dificultad los variopintos y heterogéneos tipos penales que se ubican bajo esta rúbrica. No cabe duda que sería deseable hallar la forma de coordinar cada criterio sistemático con las figuras delictivas que bajo él se

⁵² BOE de 22 de febrero de 1992, núm. 46, pág. 6209.

⁵³ GARCÍA ARÁN, M. y LÓPEZ GARRIDO, D.: *El Código Penal de 1995...*, op. cit., p. 201.

encuentran y encontrar el nexo entre éste y los bienes jurídicos que en esos tipos se protegen, ya que no podemos obviar que en realidad el criterio sistemático no es más que uno de los elementos que pueden tenerse en cuenta a la hora de determinar cuál es el bien jurídico protegido en una figura delictiva pero no es el único⁵⁴. Y es que, una cosa es la «ratio legis» de la norma o el motivo que guía al legislador a incriminar determinadas conductas y otra bien distinta, el bien específicamente tutelado por el precepto; en otras palabras: es preciso distinguir entre el interés del Estado en garantizar la convivencia social, objeto genérico de protección presente en todos los delitos, y el interés concreto y directo protegido por la norma en cuestión, es decir el bien jurídico.⁵⁵

Por nuestra parte, nos adherimos a quienes apuntan que es necesario analizar separadamente el bien jurídico protegido en cada uno de los delitos abrazados bajo la rúbrica de «orden público», pues sólo así conseguiremos individualizar de manera adecuada el contenido de injusto de cada figura delictiva.

Realmente la idea de orden estatal, de respeto a las normas y el contenido de las mismas ha cambiado de tal forma que ahora no cabe, por ejemplo, entender que la autoridad goza de una sobreprotección como consecuencia de su situación jerárquicamente superior al resto de los ciudadanos, sino que más bien se trata de aceptar que es imprescindible otorgarles una específica tutela para garantizar así el ejercicio de sus funciones, entre las que están la salvaguarda del orden y el correcto funcionamiento de las instituciones, pues no es cuestión baladí atribuirles a estos profesionales el deber de mantener, velar y custodiar la seguridad ciudadana. Y es que, a nuestro entender, no existe la más mínima duda de que algunos funcionarios públicos, las autoridades y sus agentes, se sitúan en una posición de garante y de servicio a los ciudadanos digna de especial protección.

A pesar de que el CP de 1995 parece utilizar un concepto amplio de orden público, bien es cierto que nos llama la atención lo que podría ser un intento fallido del legislador de «depurar» tal el concepto. Dicha conclusión, podría desprenderse de dos circunstancias:

- La primera radica en el hecho de que haya suprimido los polémicos delitos de desacato⁵⁶, los cuales daban cabida a una de las mayores polémicas doctrinales, que se producía como consecuencia del intento de determinar el bien jurídico tutelado, incluyéndose un elemento relacionado con el derecho al honor, que ampliaba demasiado el concepto de orden público como objeto de protección, o al menos lo mixtificaba. Al eliminar esta figura como delito autónomo, el legislador opta por depurar el concepto de orden público, excluyendo de él lo que podía ser un elemento distorsionante.

⁵⁴ Así lo afirma OLMEDO CARDENETE, M. D.: *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*. Atelier, Barcelona 2001, p. 37.

⁵⁵ ÁLVAREZ VIZCAYA, M.: *Libertad de expresión...*, op. cit., p. 127.

⁵⁶ Lo cierto es que éste no fue el único argumento del debate doctrinal que llevó a la supresión de esta figura delictiva como tipo autónomo, sino que se apuntaba, entre otras cosas, a la problemática planteada por este delito en relación con los principios de igualdad y de libertad de expresión e información.

- En segundo lugar, supone un indicio de esa voluntad legislativa de concreción, la propia redacción del art. 557 del Código penal, al diferenciarse en dicho precepto de forma expresa entre «paz pública» y «orden público». Con ello se ha puesto de manifiesto la distinción entre ambos conceptos, aunque en realidad la paz pública sea una modalidad de perturbación del orden público.

Desde nuestra óptica, el *Código actual utiliza el orden público únicamente como criterio sistemático, y acuña un concepto amplio que, por su propia idiosincrasia, presenta un aspecto excesivamente difuso e indeterminado, y en consecuencia, poco deseable en el marco de la ley penal.* No sólo merece ser destacada la dificultad existente para dotar a este término de un significado coherente y acorde con un sistema democrático, sino que además es especialmente significativa su carencia de reflejo constitucional y de desarrollo normativo, y por si ello fuera poco, ni tan siquiera como un simple criterio sistemático nos convence, pues es indiscutible que los delitos recogidos en el Título XXII – a pesar de contar con cierto elemento común– protegen indistintamente bienes jurídicos que no son cien por cien coincidentes, de manera que en los delitos de terrorismo, por ejemplo, el término «orden público» como bien jurídico protegido tiene un matiz político del que carecen los delitos de atentado, resistencia y desobediencia que, en cambio, ponen el acento en la «agresión» a las autoridades como encargados de velar por la seguridad de los ciudadanos y mantener el respeto a las normas del sistema, es decir en la afectación de ese tradicional principio de autoridad –si es que admitimos que ese es el bien jurídico protegido– matiz político el de los delitos de terrorismo que, en cambio, sí puede coincidir con el existente en otras figuras delictivas, como pueden ser los delitos de rebelión (art. 472 y ss. del CP), los cuales suponen un rechazo al orden constitucional y político vigente. En consecuencia, no podemos aceptar que el concepto de orden público se vislumbre como el nexo de unión entre todos estos heterogéneos delitos.

Por tanto –y como ya hemos referido– en el CP vigente el concepto de orden público está abocado a considerarse únicamente como un mero y dudoso criterio sistemático, pues por mucho que nos esforcemos en intentar acuñar una definición del mismo, encontramos una considerable dificultad de concreción, ya que en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho es inadecuado mantener conceptos que se alejan del clima pretendido y desde luego, tampoco somos capaces de justificar su existencia como un criterio sistemático, pues ni tan siquiera nos parece idóneo en tal sentido. En consecuencia, nos acecha la duda de si realmente el «orden público» será una reminiscencia de épocas pasadas. Para contestar a ello, hemos de tener presente que no existe un concepto constitucional de orden público, y por lo tanto nuestro Derecho positivo no cuenta actualmente con un Ley de Orden Público. En su virtud, y con total convencimiento, a estas alturas de nuestro estudio afirmamos que *el «orden público» es un concepto anacrónico, arcaico y a todas luces procedente de otros sistemas o formas de Estado distintas a la actual.*

A nuestro modo de ver, sería más que conveniente suprimir del CP actual el referido concepto, ya que las figuras que se albergan bajo este desafortunado criterio sistemático,

parecen estar arropadas por un concepto carente del más mínimo contenido constitucional y que se configura como una simple apariencia, a lo que además debemos añadir la relativa homogeneidad entre las mismas, pues como ya adelantábamos anteriormente, ni siquiera está claro que el nexo de unión entre los tipos penales recogidos bajo el Título XXII deba ser el referido orden público.

Por todo ello, y como alternativa al –en nuestra opinión- desfasado «orden público» planteamos un criterio sistemático acorde con nuestros tiempos, que goza de tratamiento constitucional y que encaja perfectamente con los delitos de atentado, resistencia y desobediencia,⁵⁷ que no es otro que el concepto de *seguridad ciudadana*, el cual viene recogido en el art. 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 Ciudadana⁵⁸ (RCL 1992/421).

Como hemos venido argumentando, 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 esta sustitución en el contexto de criterios de habilitación de intervenciones policiales⁵⁹, de tal manera que puede comprobarse cómo para definir la misión de los Cuerpos de Policía se ha abandonado el concepto de orden público, para utilizar el de seguridad pública o ciudadana⁶⁰ y como consecuencia de ello el artículo 104 CE, lejos de referirse ya a las «Fuerzas del Orden Público» –denominación típicamente franquista– alude a las «Fuerzas y Cuerpos de Seguridad». Asimismo, la propia Exposición de Motivos de la LOPSC se hace eco de esa sustitución al recoger:

«Con todo ello, viene a completarse, la derogación formal de la Ley de Orden Público, tan emblemática del régimen político anterior y que ha caído

⁵⁷ Estamos convencidos de la conveniencia de suprimir el término «orden público» y sustituirlo por el de «seguridad ciudadana», lo cual no nos cabe duda que encaja perfectamente con la naturaleza y el bien jurídico protegido por los arts. 550 a 556 del CP., por lo que es posible que la sustitución terminológica permitiera que todos los tipos penales ubicados bajo el Título XXII quedasen perfectamente abrazados por esa nueva rúbrica pero habría que detenerse a valorar cada caso concreto, puesto que puede que este nuevo nexo sistemático no pueda albergar a todos los delitos contenidos en los arts. 544 a 580, pudiendo plantearse la conveniencia de extraer algún capítulo para alojarlo bajo otro título del Código donde goce de mayor encaje. Cuestión que no entramos a analizar ahora por exceder del objeto de esta tesis, ya que nuestra referencia al «orden público» y a su deseable sustitución por «la seguridad ciudadana» se limita exclusivamente a su relación con los atentados, resistencia y desobediencia.

⁵⁸ BOE 22 de febrero de 1992, núm. 46, p. 6209.

⁵⁹ TORRES FERNÁNDEZ, M.E.: *Los delitos de desórdenes públicos en el Código penal español.*, Marcial Pons, Madrid, 2001. p. 43.

⁶⁰ CHINCHILLA MARÍN, C. En el prólogo a la *Legislación sobre Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*, Tecnos, Madrid, 1986.

prácticamente en desuso...».

Por lo tanto, *el término «seguridad ciudadana»* nos parece –a todas luces– más adecuado, pues no sólo *tiene base constitucional, y está legalmente desarrollado mediante Ley Orgánica*, sino que además *su enunciado se encuentra libre de cualquier connotación política antagónica, o de reminiscencias correspondientes a formas de Estado ya superadas*.

Por todo ello, *debe entenderse que la necesidad de mantener la seguridad ciudadana obliga a las normas penales a proteger cualquier agresión al sistema constitucional establecido y a sus principios, tipificando las agresiones o puestas en peligro del mismo, protegiendo a los operadores o autoridades encargados de velar por el orden vigente, por la paz pública y por el normal desarrollo de la estructura democrática*.

Proteger a los funcionarios públicos, a las autoridades y sus agentes supone asegurar el buen ejercicio de sus funciones, y el que las mismas se desempeñen con seguridad y efectividad; en consecuencia y teniendo en cuenta que la principal tarea encomendada a estos profesionales –sobre todo a los miembros de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad– es el mantenimiento de la seguridad ciudadana⁶¹, la conexión entre seguridad ciudadana como criterio sistemático y el bien jurídico protegido en los arts. 550 y siguientes, nos parece indiscutible.

2.3. Conclusiones en torno al concepto de orden público.

I.) A estas alturas de nuestro estudio queda más que asentado que doctrinalmente, el concepto de orden público ha sido y sigue siendo polémico, dando lugar a muy diversas y dispares definiciones. Hay autores⁶² para quienes el orden público depende del respeto a los órganos a través de los cuales se concreta la voluntad de la ley en un Estado de Derecho y de la paz en los lugares de uso común; mientras que para otros⁶³ es un concepto jurídico indeterminado y que es objeto de transformaciones constantes en cuanto a su interpretación pudiendo considerarse de un modo amplio, lato, extenso, que comprendería todos los principios esenciales del ordenamiento jurídico abarcando prácticamente todos los delitos tipificados en el Código Penal.

II.) Pero si ha existido, sin lugar a dudas, un debate realmente enriquecedor y extenso respecto a este concepto, ha sido el protagonizado por dos autores que aun partiendo de una concepción restringida de orden público, han discutido matices en torno al mismo, permitiéndonos alcanzar una mayor comprensión del término. OCTAVIO DE TOLEDO y MUÑOZ CONDE. Para uno el orden público debe concebirse como *«la tranquilidad o paz en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana»* mientras que para el otro se

⁶¹ No en vano, el art. 104.1 de la Constitución española establece: «Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, bajo la dependencia del gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana».

⁶² RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.: *Derecho Penal Español. Parte General*, 14ª edición, Madrid 1991. P- 825.

⁶³ CASARES VILLANUEVA, M.L.: «Atentado, resistencia y desobediencia», en *PJ*, 1995, p.. 149

convierte en una prioridad luchar contra lo que podría llegar a ser un concepto «monstruoso» de orden público en cuanto excesivamente amplio.

III.) No resuelve el debate conceptual la Constitución española de 1978, por cuanto que no hace más referencia al orden público que como limitación al ejercicio de la libertad religiosa y de culto y al derecho de reunión y manifestación. Por ello, sabemos que orden público constitucionalmente hablando es un *valor* que debe mantenerse en la sociedad e incluso es capaz de justificar la limitación a determinados derechos fundamentales. Por su parte, el TC se ha pronunciado respecto al concepto de orden público y ha incidido en el mismo como límite al ejercicio de determinados derechos y lo ha hecho con una alarmante amplitud. Por tanto, el concepto de orden público se mantiene envuelto en una ardua polémica y conlleva, en muchas ocasiones, una confusión terminológica constante junto con otros términos como son la paz pública, o seguridad pública, pues el propio TC utiliza estos vocablos indistintamente.

IV.) Por su parte el TS tampoco salda la polémica en tanto que ha expuesto muy diversas definiciones de orden público sin que pueda destacarse una evolución tan importante como sería de esperar con motivo de la promulgación de la Constitución de 1978.

V.) En nuestra opinión la paz pública no es un sinónimo de orden público y ello a pesar de que no negamos que entre tales conceptos hay cierta similitud pero no puede decirse que coincidan y prueba de ello es el hecho de que el legislador de 1995 en el artículo 557 del Código con motivo de la regulación del delito de desórdenes públicos distingue entre ambos términos. A nuestro juicio, ambos conceptos no son del todo discordantes sino que podría entenderse que la paz pública es una vertiente del orden público. Y nos mostramos partidarios de adoptar como concepto más fiable el de *seguridad ciudadana, entendiendo por tal el orden público en sentido estricto, lo que implica a su vez un aspecto material y concreto de la seguridad pública dentro del cual se alberga la paz pública.*

VI.) No resulta nada sencillo tomar una postura en torno a cuál es el concepto de orden público que asume el Código Penal actual, ¿estamos ante un concepto amplio o restrictivo? A nuestro entender estamos ante un *concepto amplio de orden público*, pues sólo así puede entenderse que bajo el Título XXII del Código se dé cabida a figuras tan diversas y heterogéneas como son la sedición, los desórdenes públicos, los atentados, la resistencia y la desobediencia y el terrorismo, entre otros, aunque hemos de matizar que en coherencia con nuestra Constitución y como consecuencia de ella, este concepto se ha visto redefinido. Nos adherimos a quienes apuntan que es necesario analizar separadamente el bien jurídico protegido en cada uno de los delitos contra el orden público, pues sólo así conseguiremos individualizar de manera adecuada el contenido de injusto de cada figura delictiva.

VII.) Por lo tanto, nos mostramos convencidos de que el *Código actual utiliza el orden público como criterio sistemático, y acuña un concepto amplio de orden público que su propia idiosincrasia presenta un aspecto excesivamente difuso e indeterminado, poco deseable en el marco de la ley penal.* Y es, damos por seguro que tal concepto es

demasiado anacrónico, arcaico a nuestro juicio propio de otras formas de Estado ajenas a la actual.

VIII.) Como consecuencia de nuestra crítica y a modo de propuesta sugerimos la posibilidad de sustituir al desfasado *orden público* por un *criterio sistemático acorde con nuestros tiempos, que goza de tratamiento constitucional y que encaja perfectamente con los delitos de atentado, resistencia y desobediencia, nos referimos al concepto de seguridad ciudadana*, el cual no sólo **tiene base constitucional, y está legalmente desarrollado mediante Ley Orgánica**, sino que además **su enunciado se encuentra libre de cualquier connotación política antagónica, o de reminiscencias correspondientes a formas de Estado ya superadas.**

IX.) La necesidad de mantener la seguridad ciudadana *obliga a las normas penales a proteger cualquier agresión al sistema constitucional establecido y a sus principios, tipificando las agresiones o puestas en peligro del mismo, protegiendo a los operadores o autoridades encargados de velar por el orden vigente, por la paz pública y por el normal desarrollo de la estructura democrática.*

4. ¿ES EL PRINCIPIO DE AUTORIDAD EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN ESTOS DELITOS?

3.1. Principio de autoridad: evolución doctrinal y jurisprudencial del concepto.-

Si nos remontamos a los orígenes históricos de los delitos de atentado a la autoridad, hemos de recordar que los mismos formaban parte de aquellos que atacaban a la *potestas*, entendida como el poder del imperio o el mando atribuido a los funcionarios públicos –que junto a la *dignitas* o decoro de los empleados públicos atacados por los delitos de injurias– eran los atributos de la *maiestas* o soberanía⁶⁴. Estos delitos se encontraban ubicados en el Capítulo rubricado como «delitos de lesa majestad».

Así, y de forma tradicional, la doctrina española más antigua venía entendiendo que el bien jurídico protegido en estos delitos era el principio de autoridad. Al objeto de comentar los Códigos penales de 1848 y 1850, autores como DE VIZMANOS y ÁLVAREZ MARTÍNEZ⁶⁵ hacen referencia a la necesidad de hábitos de obediencia y subordinación, o si se quiere, a que en la sociedad exista orden.

GROIZARD, por su parte, afirmaba que con estas figuras delictivas se protegía «la autoridad y consideración necesarias al eficaz ejercicio de toda función pública»⁶⁶.

⁶⁴ OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E: «El bien jurídico protegido en los capítulos VI...», cit. pp. 115 y 123.

⁶⁵ DE VIZMANOS, T.M. y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C.: *Comentarios al Código penal*. Tomo II, Madrid 1853, p. 130.

⁶⁶ GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *El código penal de 1970*, Tomo 3, Burgos 1874, p. 441.

A partir de la regulación del Código Penal de 1928, JIMÉNEZ DE ASÚA y ANTÓN ONECA⁶⁷ consideran que con estos delitos debe tutelarse la función pública pero que el objeto de los mismos –a tenor de lo establecido en el referido texto legal– no es otra cosa que la especial protección –en todo momento– de la persona constituida en autoridad por lo que, como podemos comprobar, las autoridades gozaban de una superprotección digna del más puro totalitarismo.

En consecuencia, tradicionalmente la doctrina y la jurisprudencia han justificado la existencia de esos tipos en el interés del Estado en el respeto al principio de autoridad, que encarnado en las personas que la ostentan era entendido como «*potestas*» e «*imperium*» y cuya relación con el orden público –tal y como afirma RODRÍGUEZ DEVESA– «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»⁶⁸. Es de esta forma, como la preservación del respeto al principio de autoridad –la «*dignitas*» estatal– forma parte del mantenimiento del orden público⁶⁹.

Por su parte, OCTAVIO DE TOLEDO⁷⁰, ha venido manifestando su disconformidad con la posición doctrinal mayoritaria, mostrándose en desacuerdo con la catalogación del principio de autoridad o la dignidad de la función pública como bienes jurídicos protegidos en estos delitos. Su planteamiento consiste en acoger un concepto estricto de orden público, entendiendo por tal el orden material de la vida pública.

Pese a que existieran algunas discrepancias doctrinales como ésta a la que nos acabamos de referir, lo cierto es que en la época franquista en nuestro país el concepto de autoridad se encontraba elevado a su máximo exponente, de manera que cualquiera que tuviese tal consideración era ampliamente amparado por las normas y gozaba de una protección prácticamente sin excepciones, existiendo una sobreprotección digna de analizar en cuanto a su antagonismo con lo que debe existir en una época como la actual. Así, la autoridad se tradujo como poder legítimo, en contraposición al poder de hecho –en concreto, la *auctoritas* romana se entendía como capacidad de obrar con eficacia y legitimación, oponiéndose así a la idea de poder, que se entendía como poder imperante de hecho–⁷¹.

En armonía con ello, la mayoría de la doctrina asumía esa supremacía y como no podía ser de otra manera, múltiples pronunciamientos jurisprudenciales ponen de manifiesto esa realidad.

⁶⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, L. y ANTÓN ONECA, J.: *Derecho penal conforme al Código de 1928*, II, PE, Madrid 1929, p.56.

⁶⁸ RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte especial*, 9ª edición, Madrid 1989, p. 823.

⁶⁹ CUERDA ARNAU, M.L.: *Los delitos de atentado...*, cit., p. 28.

⁷⁰ OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E: «El bien jurídico protegido en los capítulos VI...», cit. pp. 115 Y ss.

⁷¹ FERNÁNDEZ MIRANDA, T.: *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo III, 1951, voz «autoridad», pp. 153 y ss.

En esta línea podemos destacar, entre otras muchas, la STS de 20 noviembre de 1975⁷², la cual señala que la finalidad de los preceptos configuradores del atentado es

«robustecer y refrendar al principio de autoridad [...] garantizándose así [...] la convivencia, el orden y la paz pública».

Especialmente significativa resulta la STS de 1 de abril de 1991 (RJ 1991, 1670) en la que queda patente el afán de proteger a la autoridad de la forma más amplia posible, cuando en el considerando tercero se recoge:

«la autoridad, agente o funcionario, en principio ha de actuar con competencia, para ser protegida su dignidad penalmente, pero si se extralimita en su ejercicio, actuando fuera de su ámbito territorial, y en lugar donde otro la posea, no por ello pierde su carácter sino que la extralimitación por no ser esencial, resulta intrascendente, continuando con su condición y amparo».

No es inusual, por tanto, encontrar sentencias previas a nuestra Constitución española en las que no sólo se dote a la autoridad de una posición jerárquica y de un estatus de protección jurídica significativamente más privilegiado que cualquier ciudadano, sino que además es frecuente encontrar términos como «subordinación» o «acatamiento de poder». Sirva como ejemplo la STS de 22 de diciembre de 1970 (RJ 1970, 5544), en la que se asienta:

«...para mantenerse la paz y el orden público, dentro de toda sociedad organizada, es indispensable proteger a las autoridades y a sus agentes, cuando ejerciten lícita y jurídicamente, su función, a medio del poder coercitivo de supremacía e imperio que mantienen “erga subditus” y por eso el CP, [...] tipifica como delito de atentado, resistencia y desobediencia,[...] las conductas de los ciudadanos que de manera más o menos diversa y amplia en lo material o ideal, menosprecien el principio de autoridad que aquéllos encarnan o representan, por actuar con intención de ofensa desvalorativa, que es el elemento subjetivo del injusto preciso a tales infracciones, y que supone en definitiva en unión de la acción objetiva la rotura de la subordinación y acatamiento debido, al ejercicio jurídico y lícito del poder, amparado penalmente».

La Constitución española de 1978 y la implantación de la nueva forma de gobierno marca –indiscutiblemente– un antes y un después en la interpretación del concepto de autoridad. Esa omnipotencia va cediendo progresiva y lentamente, de manera que en el Código Penal actual es evidente que la autoridad no goza de la misma preponderancia que

⁷² Sentencia referida por VIVES ANTÓN, TS en Comentarios al Código Penal de 1995, Vol. II, Tirant lo blanch, Valencia 1996, p. 2070.

en épocas anteriores y que conceptos como los que acabamos de poner de relieve en esta sentencia de 1970 tienen que abandonarse o, cuando menos, redefinirse para poder encajar en un sistema democrático. De cualquier modo, hay que precisar que la implantación del sistema democrático y la supremacía de la Constitución no implican la existencia de su rechazo pleno al principio de jerarquía, pues en realidad y cómo no podía ser de otra manera, el sistema sigue estando jerárquicamente organizado, de manera que los ciudadanos ostentan una posición de cierta subordinación frente a los poderes públicos –y más concretamente para el caso que nos ocupa, frente a los funcionarios públicos, autoridades y agentes de las mismas–; ahora bien, la significación de esa jerarquía y el funcionamiento de la misma han variado sustancialmente, en tanto que la legitimidad de tales profesionales no viene inexcusablemente impuesta, sino que radica en la propia ley y podrá ser claramente cuestionada con arreglo a ella. ***No se trata por tanto, de abolir los conceptos de subordinación o de supremacía jerárquica sino de redefinirlos, de dotarlos de un significado más acorde con un sistema democrático y de relativizar su imperativismo.***

Será por eso que –en contra de lo que pudiera parecer– esa evolución ha sido muy pausada, y ejemplo de ello es que, estando ya vigente la Constitución española, existen sentencias que mantienen, en cierta medida, una línea absolutista que ya en esos momentos debería estar más que superada. Por ejemplo, la STS⁷³ de 23 de enero de 1987 (RJD 1987, 501) manifiesta que

«Las autoridades, sus agentes y los funcionarios públicos, cuando se hallan en ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas, merecen una especial protección [...] siendo la "ratio essendi" de la protección que, dichas autoridades, agentes o funcionarios, encarnan y representan el principio de autoridad, participando, en mayor o menor medida, de la "auctoritas", del "imperium" y de la "potestas" que dimana de todo ente público».

Una prueba más de lo tardía de esa evolución es la STS de 20 de enero de 1986 (RJ 1986, 154) con la que podemos comprobar cómo a pesar de estar ya implantado el Estado de Derecho existían pronunciamientos judiciales más propios de un sistema dictatorial. En ella se afirma con rotundidad que aunque los agentes se hayan extralimitado al detener al procesado cuando éste no se hallaba realizando ningún acto justificativo de su detención, sino que su conducta obedecía a los derechos que constitucionalmente tiene reconocidos, lo cierto es que «lo que no se puede es ofrecer resistencia a las órdenes o requerimientos...». A nuestro juicio, en esta resolución el Tribunal parece mantener una idea de sometimiento del ciudadano hacia el funcionario público del todo impropia, de manera que aquél está imperativamente obligado a claudicar ante el requerimiento de la autoridad, a obedecerle sin oponer resistencia alguna y sin ni tan siquiera cuestionar la orden, y todo ello sin mencionar siquiera la necesidad de que los agentes actúen amparados por un comportamiento ilícito del sujeto.

⁷³ Igualmente la STS de 6 de octubre de 1982 (RJ 1982,5606).

Y es que, hasta hace pocos años aún era posible encontrar un concepto de autoridad rancio y arcaico, al hacerse mención en algunos pronunciamientos judiciales a cuestiones como la necesidad de mantener el «prestigio de la autoridad»⁷⁴.

Al margen de ello, lo cierto es que actualmente se mantiene abierto el debate respecto al bien jurídico protegido en estos delitos, de tal manera que hay autores que siguiendo a la doctrina más tradicional –aunque con los matices lógicos de la necesaria adaptación al sistema actual– mantienen que el bien jurídico protegido por estos tipos penales es el principio de autoridad. Frente a ello, otro sector doctrinal acuña nuevos conceptos, considerando un objeto de tutela diferente.

Por su parte, y como fruto de este debate doctrinal abierto, la jurisprudencia no mantiene una línea unánime sino que, en nuestros días, coexisten pronunciamientos en uno u otro sentido.

Hemos de comenzar realizando un breve recorrido por una representación de aquel sector doctrinal, que apunta al *principio de autoridad* como bien jurídico protegido.

CONDE-PUMPIDO con motivo del estudio del «elemento subjetivo del injusto» deja claramente entrever cuál es –a su juicio–, el bien jurídico protegido en estos delitos, al afirmar: «Es preciso que concurra un ánimo específico [...] motor impulsor o elemento teleológico del actuar del sujeto activo, que se mueve *con el propósito de inferir agravio al principio de autoridad*»⁷⁵.

En cambio, JUANATEY DORADO considera que el bien jurídico tutelado por estos tipos es el principio de autoridad, pero en su estudio alcanza algunas conclusiones que consideramos de interés reseñar. Así –y en propias palabras de esta autora– se pueden extraer varias conclusiones: «La primera es que el principio de autoridad –en la medida en que pretenda configurarse como un bien jurídico protegible, esto es, como un valor– no puede entenderse como equivalente a la obligación de obedecer cualquier directiva o mandato de la autoridad: queda excluida por injustificada la noción de autoridad en sentido estricto. La segunda es que *ciertas* órdenes dictadas por la autoridad legítima (en el sentido antes sugerido) *pueden* obligar a los individuos (a los ciudadanos) incluso en el caso de que ellos consideren que la orden en cuanto tal no está justificada. Si se acepta lo anterior (y esta sería la tercera conclusión) entonces no parece que exista ningún obstáculo para considerar que el principio de autoridad es un bien jurídico digno de protección. Finalmente, la cuarta y última conclusión es que el problema del bien jurídico “principio de autoridad” no es otro que el de fijar sus límites: qué debe entenderse aquí por autoridad; qué condiciones deben satisfacer sus órdenes para que su incumplimiento sea merecedor de reproche penal; y cuándo puede decirse que la autoridad actúa en el ejercicio de sus

⁷⁴ A título de ejemplo las SSTS de 8 de mayo de 1979 (RJ 1979,1973); de 21 de mayo de 1983 (RJ 1983,2749), y núm. 1312/1993 de 4 de junio (RJ 1993,4820).

⁷⁵ CONDE-PUMPIDO FERREIRO y OTROS: *Código Penal comentado*. Tomo II. Bosch, Barcelona 2004, p. 1549.

funciones»⁷⁶.

Por lo demás, podemos destacar en este sentido, la opinión de LÓPEZ GARRIDO y GARCÍA ARÁN, quienes consideran que: «el Derecho penal democrático no protege la autoridad como [...] la dignidad o el prestigio de los órganos del Estado. Por el contrario, lo que se protege no es la autoridad en sí, sino con relación al ejercicio de las funciones correspondientes, lo que permite pasar de la protección de los órganos a la protección de las personas. Con este sentido restrictivo no existen inconvenientes en que la ley penal democrática proteja la autoridad estatal frente a los comportamientos especialmente graves»⁷⁷.

A similar afirmación llega ROIG TORRES, quien explica: «podemos pronunciarnos a favor de considerar el principio de autoridad como bien jurídico protegido en el delito que nos ocupa, entendido, eso sí, como mecanismo de tutela de las autoridades y funcionarios dirigido a asegurar el ejercicio de las funciones públicas que la ley establece al servicio de los ciudadanos».

Por su parte, CUERDA ARNAU confía igualmente en el principio de autoridad pero advierte la necesidad de reformar el concepto, y para ello equipara el contenido de este tradicional principio con la dignidad de la función pública. De esta manera, esta autora parece mantenerse en una línea tradicional al asumir el principio de autoridad como bien jurídico protegido pero –a su vez– su redefinición del concepto la lleva a situarse muy cerca de las corrientes doctrinales y jurisprudenciales más modernas, ya que hace alusión a *la dignidad de los poderes públicos*. En realidad, puede decirse que aunque mantiene la terminología clásica, vacía el contenido del término, dotándole ahora de un nuevo significado. Concretamente afirma: «Es, por tanto, posible [...] limitar el ámbito de aplicación de estos tipos, sin necesidad de vincularlos a la lesión –no exigida por la ley– 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, 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»⁷⁸.

En similar postura hallamos a ÁLVAREZ VIZCAYA⁷⁹, quien llama la atención sobre la dignidad de la función como el interés digno de protección, centrándose en el prestigio que rodea o debe rodear a el ejercicio de la función pública, por lo que con su ataque se socavaría el principio de autoridad, cuyo mantenimiento es necesario para el desarrollo de la vida y funcionamiento de las instituciones estatales.

Así –y de forma progresiva tal y como hemos podido comprobar con ROIG

⁷⁶ JUANATEY DORADO, C.: *El delito de desobediencia...*, op. cit., pp. 38 y 39.

⁷⁷ LÓPEZ GARRIDO, D. y GARCÍA ARÁN, M.: *El código penal de 1995...*cit., p. 201.

⁷⁸ CUERDA ARNAU, ML.: *Los delitos de atentado...*, cit., p. 32.

⁷⁹ ÁLVAREZ VIZCAYA, M.: *Libertad de expresión y...*, op. cit., pp. 117 y 118.

TORRES– son muchos los autores que se van alejando del principio de autoridad como bien jurídico protegido, situando el objeto de tutela de estos delitos en otros conceptos, a su juicio, más adecuados y acordes con el sistema actual. Por ejemplo:

CRESPO BARQUERO estima: «el énfasis no debe colocarse tanto en el principio de autoridad, sino en la necesidad del normal desenvolvimiento de las funciones públicas en el marco de un Estado de Derecho, entendidas desde su configuración como servicio público. De todas formas, no sería exigible para la existencia del delito la presencia de una efectiva perturbación o alteración de la función pública ejercida. No se pretende proteger a la persona del funcionario, sino a la función que desempeña en atención precisamente al carácter público de ésta. El propio bien jurídico objeto de protección reclama la legitimidad y regularidad en el ejercicio de la función pública, lo contrario sería amparar un ejercicio de las funciones públicas no ajustado a la legalidad»⁸⁰.

Por otro lado, POLAINO NAVARRETE se muestra convencido de que «el bien jurídico prevalentemente protegido en tipo legal de atentado está constituido por la *libertad de ejercicio* de la función pública. El respeto a su desempeño conforme a la legalidad es exigible a la propia Administración Pública y a la generalidad de los ciudadanos, dentro del modelo constitucional del Estado de Derecho. Eventualmente pueden resultar afectados bienes jurídicos individuales del funcionario público y de las Instituciones estatales, dando lugar su valoración a los correspondientes concursos delictivos»⁸¹.

No podemos obviar tampoco, en cuanto a su claridad expositiva, la opinión de MUÑOZ CONDE, quien afirma: «La razón de ser de este delito es de algún modo la protección penal del ejercicio correcto de un cargo que implica siempre el ejercicio de alguna forma de autoridad, pero no el *principio de autoridad* en sí mismo considerado [...] Se trata, pues, en la mayoría de las veces de personas que ejercen su autoridad para preservar la paz pública en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana [...] cuando no es así, hay que hacer una interpretación restrictiva y no calificar automáticamente de atentado cualquier agresión sobre una persona revestida formalmente del carácter de autoridad, pero fuera de servicio o por motivos privados»⁸².

QUERALT JIMÉNEZ pone de manifiesto que: «la protección penal que se brinda lo es a la capacidad prestacional de los poderes públicos [...] no sólo no se considera que estos delitos protejan el orden público, sino que tampoco es sostenible que protejan el principio de autoridad»⁸³.

Especial atención merece la opinión de PRATS CANUT, quien expone lo siguiente:

⁸⁰ CRESPO BARQUERO, P. Y OTROS: *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia*. Tomo II, Comares, Granada, 2002, pp. 2664 y 2665.

⁸¹ POLAINO NAVARRETE, M., en COBO DEL ROSAL, M. y OTROS: *Curso de Derecho Penal Español. Parte especial II*. Marcial Pons, Madrid 1997, p. 851.

⁸² MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal.....*, cit. p. 842.

⁸³ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho Penal Español. Parte Especial*. Atelier, Barcelona 2002, p. 822.

«Es indudable que hoy en día, 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, 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 los terceros que se relacionan con éstos, y ahí es donde cabe buscar la fundamentación de estos delitos».

Por tanto, compartimos con otros autores la idea de que la agresión del bien jurídico debe trascender de la mera relación interpersonal entre agresor y víctima, hacia la alteración o riesgo para la convivencia ciudadana. Fuera de ese ámbito, estos 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 encontrar su fundamento en la pluriofensividad del delito»⁸⁴.

En semejante línea se halla la opinión de SOTO NIETO, quien justifica la existencia de estos tipos argumentando: «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 [...] cuya finalidad primaria radica en la protección del principio de autoridad, no como mera exaltación de la jerarquía, sino en razón de su exigente funcionalidad en el seno del entramado social. Allí donde claudique la autoridad y se empañe su dignidad, la malparanza de los servicios públicos, sobrevendrá indefectiblemente»⁸⁵.

Por otro lado, TORRES FERNÁNDEZ entiende que: «el bien jurídico protegido es el buen o correcto funcionamiento de la Administración Pública en orden al cumplimiento de sus fines, el cual resulta afectado por la realización de las conductas de atentados, resistencia y desobediencia a la autoridad en tanto que se oponen al ejercicio de la actividad que legalmente corresponde a los funcionarios»⁸⁶.

Pero, si hay una opinión doctrinal novedosa y acorde con la más moderna jurisprudencia es, sin duda, la de VIVES ANTÓN, quien apunta con total decisión a *la dignidad de la función pública* como bien jurídico protegido en estos delitos, y por ello afirma: «los poderes públicos no tienen una *dignidad* en el mismo sentido que la poseen las personas individuales; pero si, en cuanto poderes legítimos, *merecen y precisan el respeto*

⁸⁴ PRATS CANUT, J.M. en QUINTERO OLIVARES, G. Y OTROS: *Comentarios al Nuevo Código Penal*. Cuarta Edición, Aranzadi, Pamplona 2005, p. 2455.

⁸⁵ SOTO NIETO, F.: «Atentado por acometimiento», *La Ley*, año XXVII, núm. 6545, 8 de septiembre de 2006.

⁸⁶ TORRES FERNÁNDEZ, M.E.: «Los delitos de atentado en el Código Penal de 1995», en *RECPC* 01-08 (1999), P. 4.

de los ciudadanos, no hay inconveniente alguno en seguir hablando de dignidad respecto a ellos: de una *dignidad entendida funcionalmente, como requisito imprescindible de su buen funcionamiento*. Desde esta perspectiva, el *contenido de injusto* de los atentados se hallaría representado por la *lesión de la dignidad funcional*. En definitiva, aparecerían como delitos *contra el buen funcionamiento de los poderes públicos*»⁸⁷.

Afirma SOTO NIETO⁸⁸ que tradicionalmente, y en lo que al bien jurídico concierne, se ha venido aludiendo a la necesidad de refuerzo de la autoridad, de protección de los agentes públicos, con vistas al logro del mejor acatamiento y cumplimiento de las funciones encomendadas. Este autor recuerda que la función pública, el servicio público, merecen acatamiento y respeto –por lo que en su opinión el principio de autoridad– debe prevalecer y hacerse sentir en aras de una convivencia en armonía y orden en el seno de una sociedad constituida.

Claro es CARRETERO SÁNCHEZ⁸⁹ cuando afirma que el bien jurídico protegido en estos delitos no se aleja del primitivo principio de autoridad, debiendo entenderse el término en un sentido moderno que se puede conectar con el de servicio público para la seguridad y libertad de los ciudadanos.

En lo que a la jurisprudencia respecta –y como anteriormente ya adelantábamos– actualmente siguen existiendo sentencias en las que se afirma que el bien jurídico protegido por estos delitos es el tradicional principio de autoridad. Así, y a modo de ejemplo, podemos citar las SSTs de 23 de enero y de 5 de julio ambas de 1989 (RJ 1989, 72 y 1989, 6089 respectivamente), las cuales a tenor del análisis del elemento subjetivo del injusto aluden a la *necesidad de que en estos delitos exista una intención de menoscabar el principio de autoridad*.

De similar corte, la STS núm. 231/2001 de 15 de febrero (RJ 2001, 2500) que lejos de entrar a definir el principio de autoridad, simplemente se limita a afirmar que es preciso que se represente un menosprecio para el principio de autoridad y para el respeto que merece la función pública.

Igualmente representativa de esta línea jurisprudencial cada vez menos abundante pero aún existente, es la SAP de Ciudad Real núm. 75/199 de 19 de noviembre (ARP 1999,5503) que afirma:

«En el delito de atentado el bien jurídico protegido es el principio de autoridad que encarna su sujeto pasivo, es decir, la persona contra la que se dirige la conducta del agente, que conoce el cargo de aquél, el cual lo está ejerciendo en ese momento».

⁸⁷ VIVES ANTÓN, TS y OTROS: *Derecho Penal. Parte Especial. Tirant lo blanch*, Valencia 2004, p. 1027.

⁸⁸ SOTO NIETO, F.: «Aproximación y diferencias entre los delitos de atentado y resistencia», *La Ley*, núm. 5812, año XXIV, 27 de junio de 2003.

⁸⁹ CARRETERO SÁNCHEZ, A.: «El delito y falta de atentado...» op. cit., p. 9.

Como ya hemos adelantado, con la llegada de la Constitución española de 1978, se produjo una evolución tan lenta, pausada y progresiva como imprescindible. El principio de autoridad y la dignidad de la función pública tal y como se venían definiendo no son, ni mucho menos, bienes jurídicos provistos de rango ni de relevancia constitucional y en consecuencia no quedaba más remedio de desterrar esos conceptos en pro de la instauración de otros más acordes con la Norma Suprema, en definitiva se trataba de reconsiderar el objeto de tutela en esos delitos, de tal manera que el fundamento de los mismos ya no podía radicar en conceptos arcaicos y desfasados por la propia Norma Constitucional, y en consecuencia derogados del catálogo de valores, sino que era preciso relacionar estos delitos con un bien jurídico constitucional y por tanto merecedor de tutela penal en el marco constitucional. Prueba de la lentitud de esta evolución es que aún en nuestros días, podemos encontrarnos con sentencias que aluden al principio de autoridad, aunque eso sí, cada vez con menos frecuencia y siempre dotando a ese concepto de un contenido muy diferente al que se le otorgaba antaño, y en consecuencia más coherente con el sistema actual.

A nuestro juicio, en la actualidad podemos distinguir entre dos tipos de resoluciones judiciales: Aquellas que aún se retraen a abandonar el término «principio de autoridad» y lejos de desterrarlo simplemente se atreven a redefinirlo, en un intento de «constitucionalizar» o enmascarar el concepto –a nuestro criterio bastante poco satisfactorio– y, aquellas otras más modernas que apuntan hacia nuevas definiciones de bien jurídico protegido en los delitos de atentado, resistencia y desobediencia y que rechazan de lleno el principio de autoridad.

En su virtud, y en lo que respecta a esa corriente jurisprudencial más recelosa a abandonar las posturas más tradicionales, podríamos aludir a una línea jurisprudencial que responde a una fase de la evolución que venimos exponiendo, en otras palabras: estas sentencias siguen aludiendo al principio de autoridad intentando dotar de otro contenido al término, y por ello son un claro exponente –a nuestro criterio– de que la jurisprudencia va siendo consciente de la necesidad de cambiar la fundamentación de estos tipos penales, lo que conlleva que nos encontremos con lo que podríamos catalogar como resoluciones propias de un periodo de transición, de cambio progresivo, de una evolución conceptual en torno al bien jurídico tutelado por estas figuras. A título de ejemplo –y entre otras muchas– la STS núm. 1183/2001 de 13 de junio (RJ 2001, 6251) en la que se recoge:

«De naturaleza supraindividual, en el delito de atentado, se ataca lo que se ha venido en llamar principio de autoridad. Realmente se castiga la lesión a la dignidad funcional en cuanto constituye una exigencia de 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».

Merece igualmente nuestra atención la STS núm. 611/2002 de 11 de marzo (RJD 2002, 23349) en la que el Tribunal mantiene que lo que protegen estos delitos es el principio de autoridad pero parece considerar insuficiente ese concepto de manera que se

decanta por un objeto de tutela más amplio, textualmente la referida resolución afirma:

« [...] el bien jurídico protegido por el tipo penal del delito de atentado no es el principio de autoridad exclusivamente, sino la necesidad que toda sociedad organizada tiene de proteger la actuación de los agentes públicos para que estos puedan desarrollar sus funciones de garantes del orden y de la seguridad pública. En definitiva, el necesario respeto hacia quienes tienen encomendadas unas funciones de vigilancia, seguridad y mantenimiento del orden sin interferencias ni obstáculos»⁹⁰.

En contraste con todo esto, existe una corriente jurisprudencial más moderna, y a la vez mucho más coherente y acertada, que apartándose de la doctrina tradicional se muestra más innovadora al negar categóricamente y sin ningún temor todo protagonismo al principio de autoridad, ofreciendo otras alternativas. En consecuencia, y siempre refiriéndonos al bien jurídico, se pone el acento en otros conceptos que sí tienen soporte constitucional. Son bastante numerosas las sentencias que podrían citarse como reflejo de esta nueva posición pero a modo de muestra, aludimos a la STS núm. 950/2000 de 4 de junio (RJ 2000, 5240) en la que tras hacer una breve mención a la doctrina tradicional, se dice textualmente lo siguiente:

«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, 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».

Resultan dignas de resaltar, las SSTS núm. 966/2000 de 5 de junio (RJ 2000, 6299); núm. 2404/2001 de 22 de diciembre (RJ 2001, 56039); núm. 361/2002 de 4 de marzo (RJ 2002, 3589) y núm. 607/2006, de 4 de mayo (RJ 2006, 3567) las cuales coinciden plenamente en afirmar 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»⁹¹.

La jurisprudencia menor, por su parte, ha sido igualmente partícipe de esta evolución

⁹⁰ En esta misma línea, entre otras muchas, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante núm. 6/2003 de 10 de enero (JUR 2003,44549).

⁹¹ En idéntica afirmación, y como muestra de la jurisprudencia menor, SAP. Lugo núm. 8/2001 de 22 de enero (JUR 2001, 145484) y de la Audiencia Provincial de Guadalajara núm. 37/2003 de 14 de abril (JUR 2003, 43137).

y fruto de ello son las muchas resoluciones en las que se afirma que:

«El bien jurídico protegido en este tipo de infracción penal está constituido por 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 de su carga, ya que 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...»⁹².

Buena muestra de esta moderna corriente jurisprudencial es la SAP de Baleares núm. 49/2005, de 21 de abril (ARP 2005, 218) en la que se aclara que el bien jurídico protegido actualmente se aleja del concepto de autoridad⁹³ para entenderse como algo mucho más funcional y acorde con el contexto actual. Concretamente, en esta resolución se dice:

«El delito y la falta de desobediencia se inscriben dentro de una categoría especial de delitos que tienen en común la protección de bienes jurídicos, protección que aparece como necesaria para que el Estado social y democrático de derecho, en el ejercicio de sus funciones de control, pueda garantizar la protección de los demás bienes jurídicos, especialmente los que son básicos para la seguridad de las personas, como la vida, la libertad y la salud. En consecuencia, no se trata de proteger pura y simplemente un valor absoluto y metajurídico como el principio de autoridad, sino un bien jurídico de control que está al servicio de otros bienes jurídicos básicos como los señalados anteriormente».

Por supuesto, aclarar que es cuestión pacífica en la doctrina y jurisprudencia el convencimiento de que proteger a la autoridad no supone, de ninguna manera, brindar una protección de forma individualizada y personal a quienes ejercen la función de autoridad, sino que lejos de ello, lo que se protege no es al sujeto o individuo en sí, sino la función que éste desempeña como consecuencia de su cargo, pues lo contrario carecería de legitimidad⁹⁴.

3.2. Toma de posición en torno al bien jurídico tutelado en estos delitos.-

Como ya se ha visto, aún en nuestro días persisten opiniones doctrinales y pronunciamientos jurisprudenciales que avalan el principio de autoridad como bien jurídico protegido. En nuestra opinión –y siguiendo las corrientes más modernas– el principio de

⁹² Así aparece recogido en la SAP. de La Rioja núm. 228/2004 de 23 de agosto (JUR 2004, 243202) y en otras muchas como por ejemplo: SAP. de Toledo núm. 71/2001 de 15 de noviembre (ARP 2001, 826), SAP. de Barcelona de 23 de octubre de 2001 (ARP 2001, 805) y SAP. de Toledo núm. 39/2004, de 15 de julio (RJ 2004, 275326).

⁹³ Asimismo, entre otras muchas, la SAP. de las Palmas núm. 2/2005, de 10 de enero (JUR 2005, 86805).

⁹⁴ A título de ejemplo STS de 27 de septiembre de 1986 (RJD 1986/5840) o SAP. Burgos de 28 de febrero de 2003 (JUR 2003, 10969).

autoridad no constituye más que un lastre de formas de Estado autoritarias, un concepto antiguo e inapropiado que actualmente debe ser reemplazado por conceptos más acordes con una sociedad democrática. Como hemos podido comprobar, en los últimos tiempos la propia jurisprudencia ha intentado ir adaptando progresivamente el término al sistema democrático, redefiniéndolo, dulcificando y remodelando su contenido de manera que sus connotaciones jerárquicas, de dominio y supremacía fueran cediendo gradualmente hasta llegar a concebir a la autoridad como algo más funcional, cuya razón de ser sea la asistencia o la prestación a los ciudadanos de un servicio, en definitiva como un instrumento de salvaguarda del orden establecido. Por todo ello, y a estas alturas de democracia no hay que tener ningún temor a desterrar conceptos tan rancios como el principio de autoridad, el cual nos resulta cada vez más discordante con el sistema vigente.

Es sobradamente conocido que con el paso del tiempo, los bienes jurídicos van evolucionando y el sentido político-criminal de las figuras delictivas va variando considerablemente según el contexto social, el régimen político, y en definitiva, los valores consuetudamente establecidos por la sociedad como merecedores de tutela. A nuestro modo de ver, los delitos de atentado, resistencia y desobediencia son un claro ejemplo de la necesidad de concebir los bienes jurídicos como algo activo y dinámico, y en absoluto encorsetado ni estático, pues no debemos olvidar que delimitar correctamente *el objeto de tutela de una figura delictiva supone algo esencial para la interpretación del sentido del propio tipo penal y para la comprensión del alcance del injusto, pues el bien jurídico no es cuestión baladí, sino que el mismo constituye el elemento fundamental para la comprensión del delito, en tanto que supone la esencia de la dimensión valorativa del tipo.*

En consecuencia, hemos de manifestar nuestro pleno convencimiento de que quienes desempeñan o ejercen la autoridad son perfectamente dignos de protección penal – entendida en todo momento como la protección de una función constitucional– por lo que el Código penal tipifica aquellas conductas que van dirigidas a obstaculizar el normal ejercicio de la función pública, impidiendo que se trabe el buen funcionamiento del sistema y facilitando a los encargados de la seguridad ciudadana el mantenimiento de la misma. En consecuencia, ***los delitos recogidos en los artículos 550 a 556 del CP intentan asegurar que las autoridades y funcionarios públicos puedan desempeñar sus funciones con dignidad, seguridad y efectividad, de tal manera que no se protege a un individuo, ni tampoco una situación jerárquica sino una función, un papel constitucionalmente establecido, de cuyo desempeño depende el buen funcionamiento del Estado, la salvaguarda del orden vigente y el mantenimiento de la seguridad ciudadana.***

La entrada en vigor de la Constitución provoca que el bien jurídico protegido no esté ya basado en criterios de autoridad y jerarquía sino en las necesidades de la función pública, entendida como servicio a los ciudadanos y cuya alteración redundaría en perjuicio de éstos, los cuales tienen derecho a reclamar que la función pública de protección ciudadana se ejerza conforme a Derecho, tanto por los agentes como por parte de las personas que se relacionan con ellos⁹⁵.

⁹⁵ Así lo manifiesta la SAP. de León núm. 105/2002 de 31 de julio (JUR 2002, 262578).

La especial naturaleza del bien digno de tutela penal implica que un acometimiento ante varios agentes o funcionarios públicos –es decir, una misma acción típica ante varios sujetos de la acción–⁹⁶ no conlleve tantos atentados como agentes existan sino que se trate de una única infracción, pues el bien jurídico que se protege en estos tipos penales es supraindividual ya que como venimos aclarando no se protege a los agentes o funcionarios públicos como personas individuales sino la función que estos deben desempeñar, que es lo que se tutela por la vía de estos preceptos⁹⁷.

4. ATENTADOS, RESISTENCIA Y DESOBEDIENCIA, ¿MISMO BIEN JURÍDICO?

Hasta el momento, y por una cuestión de sistemática, hemos dado por sentado que el bien jurídico protegido en los artículos 550 a 556 del CP coincide, pues venimos estudiando la cuestión sin hacer distinción alguna entre las distintas figuras delictivas. Pero, hemos de detenernos en comprobar si ello es realmente así, o si por el contrario, existe algún matiz diferenciador respecto al objeto de tutela de los ilícitos.

En tal asunto, la jurisprudencia no es del todo unánime pero sí existe una línea abrumadoramente mayoritaria, que en el sentido de la STS núm. 370/2003 de 15 de marzo (RJ 2003, 2908) afirma que el bien jurídico protegido en los delitos de atentado y en los de resistencia es absolutamente coincidente. Así, y refiriéndose a esos tipos penales, la referida sentencia recoge:

«[...] responden a una misma configuración, a una misma finalidad incriminatoria, al mismo ámbito y a la misma naturaleza jurídica».

Para más adelante continuar precisando:

«[...] 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».

Similar manifestación la realizada por la STS núm. 392/2001 de 16 de marzo (RJ 2001, 1898) en la cual no existe un pronunciamiento expreso sobre el bien jurídico pero sí se deja entrever que el mismo constituye un elemento común entre los delitos de atentado y resistencia, desde el momento en que centra la diferenciación entre ambas figuras en aspectos de la conducta típica, reconociendo cierto carácter residual de la resistencia respecto al delito de atentado, concretamente recoge:

«Tal modificación interpretativa ha recibido sanción legal en la definición

⁹⁶ Concepto éste que será objeto de estudio en el capítulo siguiente.

⁹⁷ Perfectamente reflejado se encuentra en la STS núm. 72/2002 de 21 de enero (RJ 2002, 1570).

de atentado y resistencia previstas en los artículos 550 y 556 del vigente Código Penal. En efecto, el actual art. 550 describe como uno de los modos del delito de atentado la resistencia grave activa, es decir, queda definido por la nota de la actividad y de la gravedad, de donde podemos concluir que el delito de resistencia, dada su condición de residual "...los que sin estar comprendidos en el art. 550...", debe ir definido no solo por la nota de la pasividad, sino también por la de la no gravedad aunque exista un comportamiento activo, es decir por el de la resistencia activa no grave, lo que exige un cuidadoso e individualizado examen de cada caso sometido a enjuiciamiento».

Por su parte, la llamada «jurisprudencia menor» tampoco se ha mantenido ajena a este tema, de tal forma que son múltiples los pronunciamientos que se ocupan de ello. Como ejemplo, la SAP de Valladolid de 9 de marzo de 2001 (RJD 2001, 5495) en la cual se relata cuáles son los aspectos diferenciadores entre estos tipos penales, e implícitamente se reconoce la coincidencia en cuanto al bien jurídico. Pasamos a transcribir un párrafo de la referida resolución:

«[...] entre atentado y resistencia o desobediencia a agentes de la autoridad existen zonas comunes. En ambos delitos es precisa la concurrencia de algunos mismos elementos como son los objetivos de que el sujeto pasivo del hecho sea agente de la autoridad y se encuentre en el cumplimiento de sus funciones y los subjetivos de conocimiento por el sujeto pasivo y concurrencia en el que actúa de un ánimo tendente a menospreciar el principio de autoridad. La diferencia entre una y otra figura delictiva está en la forma que reviste la acción, que ha de ser positiva en el primero y consistir en acometer, emplear fuerza o intimidación o resistirse en forma activa y grave y, en el segundo limitarse a la resistencia o a la desobediencia, en forma que se excluya la inclusión de la acción en el atentado».

Mayor claridad arroja la SAP de Cuenca de 6 de octubre de 1999 (RJD 1999, 37139) al afirmar:

« [...] los delitos de atentado y resistencia son absolutamente homogéneos en cuanto a sus características y elementos esenciales, así como equivalente el bien jurídico protegido, que en ambos casos es el principio de autoridad».

Por tanto, son muchas las sentencias que podríamos citar y que –de una u otra forma– afirman que el bien jurídico protegido en los delitos de atentado, resistencia y desobediencia es idénticamente el mismo⁹⁸.

⁹⁸ Sirvan a título de ejemplo las siguientes: SSTS núm. 1305/1995 de 21 de diciembre (RJ 1995, 9436); núm. 966/2000 de 5 de junio (RJ 2000,6299); de 4 de marzo de 2002 (RJ 2002,3589); SAP de Cantabria núm. 45/2001 de 30 de mayo (JUR 2001,258901); SSAP de Albacete núms. 22/2002 ambas de 22 de marzo (JUR 2002,130079) y (JUR 2002,130223); SAP de Sevilla de 24 de mayo de 2002 (JUR 2002,48701) y SAP de Asturias núm. 82/2003 de 20 de marzo (JUR 2003,16588).

A pesar de ello, no podemos obviar la existencia de una línea jurisprudencial minoritaria que ha puesto de manifiesto la existencia de algunos matices en cuanto a este tema. Como ejemplo, la STS⁹⁹ de 11 de marzo de 2000 (RJ 2000, 1100) la cual afirma que para distinguir entre estas figuras delictivas hay que acudir a criterios cualitativos y cuantitativos, considerando que los bienes jurídicos protegidos en el delito de atentado y en la resistencia no son sinónimos pues en un caso es el tradicional principio de autoridad y en el otro lo constituye la garantía en el buen funcionamiento de los servicios y funciones públicas.

Pues bien, una vez expuestas, aunque sea a groso modo, las opiniones jurisprudenciales sobre el asunto, hemos de manifestar nuestra posición personal y lo hacemos en el sentido de afirmar, sin ningún tipo de duda, que los delitos de atentado, resistencia y desobediencia recogidos en los arts. 550 a 556 del CP –así como la falta contra el orden público del art. 634 del mismo cuerpo legal– coinciden plenamente en la protección de un mismo bien jurídico, debiendo acudir para diferenciar las conductas a criterios no valorativos y por tanto, a cuestiones relacionadas con la conducta típica. En consecuencia, entre las diferencias que existen entre estos tipos delictivos y que nos permiten distinguir unas figuras de otras no se halla el bien jurídico como tal, aunque sí podemos hablar de un distinto grado de afectación del mismo, esto es, existen diferencias cuantitativas que nos permiten distinguir entre atentado, resistencia o desobediencia según el alcance de la lesión que en el bien jurídico se produzca. Evidentemente, el bien jurídico protegido se lesiona en mayor medida en el delito de atentado que en el de desobediencia, y por ello insistimos en que la diferencia existe sólo en lo referente a ese nivel de afectación o de lesión del bien jurídico tutelado, no en cuanto a la identidad del mismo ya que ésta es plenamente coincidente en estos tipos penales.

5. CONCLUSIONES RELATIVAS AL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN ESTOS DELITOS.-

I.) Nuestro Derecho más tradicional encontraba la razón de ser de estos delitos en la protección de determinados sujetos constituidos en autoridad que gozaban de una superprotección digna de los regímenes totalitaristas. Durante la dictadura franquista, por ejemplo, el concepto de autoridad estaba elevado a su máximo exponente y cualquiera que tuviese tal consideración merecía la tutela penal sin excepciones.

II.) Actualmente, y como consecuencia de los principios y valores establecidos por la forma democrática de Estado y por la propia Carta Magna, el concepto de autoridad no goza de la misma supremacía que en épocas precedentes y se concibe no ya como un status social y un privilegio individual sino más bien como un cargo que tiene encomendadas unas determinadas funciones que por su especial trascendencia e importancia merecen ser tuteladas penalmente. Por lo tanto, y a pesar de que la doctrina y jurisprudencia mayoritarias siguen identificando el bien jurídico protegido en estos delitos como el

⁹⁹ Igualmente la SAP de Burgos de 17 de junio de 2002 (JUR 2002, 225388).

principio de autoridad, tal concepto ha sido redefinido y adaptado a los nuevos tiempos y por tal se entiende la tutela a las funciones o atribuciones encomendadas a determinados sujetos, de tal forma que con ello se pretende evitar la obstaculización en el desempeño de tales tareas. No faltan quienes se atreven a desprenderse del término «principio de autoridad» entendiendo que el bien tutelado es *la dignidad de la función pública*¹⁰⁰, entendida funcionalmente, como requisito imprescindible de su buen funcionamiento.

III.) La doctrina jurisprudencial no se muestra unánime, sino que podemos distinguir entre dos tipos de resoluciones judiciales: Aquellas¹⁰¹ que aún se retraen a abandonar el concepto de autoridad, y que lejos de desterrarlo simplemente se atreven a redefinirlo, en un intento de «constitucionalizar» o enmascarar el concepto, a nuestro criterio, bastante poco satisfactorio; frente a estas, aquellas otras¹⁰² más modernas que apuntan hacia otras definiciones de bien jurídico protegido en los delitos de atentado, resistencia y desobediencia y que rechazan de lleno el principio de autoridad.

IV.) Con el paso del tiempo los bienes jurídicos van evolucionando y el sentido político-criminal de las figuras delictivas va variando considerablemente según el contexto social, el régimen político, y en definitiva, los valores consensuadamente establecidos por la sociedad como merecedores de tutela, y como consecuencia de ello, a nuestro modo de ver, los delitos de atentado, resistencia y desobediencia son un claro ejemplo de la necesidad de concebir los bienes jurídicos como algo activo y dinámico, y nada encorsetado ni estático, pues no debemos olvidar que delimitar correctamente el objeto de tutela de una figura delictiva supone algo esencial para la interpretación del sentido del propio tipo penal y para la comprensión del alcance del injusto, pues el bien jurídico no es cuestión baladí, sino que el mismo constituye el elemento fundamental para la comprensión del delito, en tanto en cuanto supone la esencia de la dimensión valorativa del tipo. Por ello, nos inclinamos por pensar que *los delitos recogidos en los artículos 550 a 556 del CP intentan asegurar que las autoridades y funcionarios públicos puedan desempeñar sus funciones con dignidad, seguridad y efectividad, de tal manera que no se protege a un individuo, ni tampoco una situación jerárquica sino una función, un papel constitucionalmente establecido, de cuyo desempeño depende el buen funcionamiento del Estado, la salvaguarda del orden vigente y el mantenimiento de la seguridad ciudadana.*

V.) La mayor parte de la jurisprudencia¹⁰³ considera que los delitos de atentado, resistencia y desobediencia así como la falta del artículo 634 obedecen a la protección de un mismo bien jurídico, aunque también encontramos resoluciones¹⁰⁴ que se esfuerzan por perfilar algunos matices entre el bien jurídico protegido en uno y otro tipo penal,

¹⁰⁰ VIVES ANTÓN, TS y OTROS: *Derecho Penal. Parte Especial. Tirant lo blanch*, Valencia 2004, p. 1027

¹⁰¹ A título de ejemplo, y entre otras muchas, la STS núm. 1183/2001 de 13 de junio (RJ 2001,6251).

¹⁰² Como muestra, SSTS núm. 950/2000 de 4 de junio (RJ 2000,5240), núm. 966/2000 de 5 de junio (RJ 2000,6299), núm. 2404/2001 de 22 de diciembre (RJ 2001,56039), núm. 361/2002 de 4 de marzo (RJ 2002,3589) y núm. 607/2006, de 4 de mayo (RJ 2006, 3567).

¹⁰³ Así lo entienden, por ejemplo, la STS núm. 370/ 2003 de 15 de marzo (RJ 2003,2908) o la núm. 392/2001 de 16 de marzo (RJ 2001,1898).

¹⁰⁴ STS de 11 de marzo de 2000 (RJ 2000,1100).

considerando que los bienes tutelados en el delito de atentado y en la resistencia no son sinónimos pues en un caso es el tradicional principio de autoridad y en el otro lo constituye la garantía en el buen funcionamiento de los servicios y funciones públicas. En nuestra opinión, las referidas figuras delictivas así como la correspondiente falta coinciden plenamente en la protección de un mismo bien jurídico, debiendo acudir para diferenciar las conductas a criterios no valorativos y por tanto, a cuestiones relacionadas con la conducta típica. En consecuencia, entre las diferencias que existen entre estos tipos delictivos y que nos permiten distinguir unas figuras de otras no se halla el bien jurídico como tal, aunque sí podemos hablar de un distinto grado de afectación del mismo.

CAPÍTULO SEGUNDO: SUJETOS ACTIVOS. ANÁLISIS DE LOS SUJETOS SOBRE LOS QUE RECAE LA ACCIÓN Y DEL SUJETO PASIVO DEL DELITO.

1. SUJETO ACTIVO

Existe consenso doctrinal en cuanto a considerar que los delitos de atentado y resistencia son delitos comunes. En consecuencia, sujeto activo de estos delitos puede serlo cualquiera, sin ningún tipo de especialidad¹⁰⁵.

En su momento, el TS llegó a excluir la posibilidad de apreciar el delito de atentado entre autoridades¹⁰⁶, agentes de la autoridad y funcionarios públicos que se encontrasen en el ejercicio de sus funciones en los casos en los que el autor no se hallase en una situación de subordinación o dependencia jerárquica con el sujeto pasivo. Es decir, si la acción se producía entre autoridades de un mismo rango o el ofendido era de inferior rango al sujeto activo, no nacía el ilícito¹⁰⁷.

En definitiva, con ello se ponía de manifiesto que el objeto de protección perseguido no obedecía a garantizar la dignidad, seguridad y efectividad de estos sujetos en el ejercicio de sus funciones, ya que lejos de pretender proteger una función, de lo que se trataba era de dispensar tutela al funcionario o autoridad considerándolo como un individuo con un determinado status social y atendiendo a su jerarquía, y por ello cuando el rango jerárquico era inferior al del ofensor ni siquiera procedía el reproche penal.

En el Código Penal actual se recoge una agravante específica en el art. 552.2, de tal manera que cuando estas conductas sean cometidas por agentes, autoridades o funcionarios públicos –y siempre que los mismos se valgan de su condición para cometer el delito– se impondrán las penas superiores en grado. Pero, el fundamento de tal agravación no radica en el hecho de que el ofendido tenga un mayor rango que el ofensor, pues es perfectamente posible que el sujeto sobre el que recaiga la acción tenga un estatus inferior al que ostente el sujeto activo y a pesar de ello, resulte aplicable la agravante. Este endurecimiento de pena encuentra su razón de ser en el mayor reproche penal que merece la conducta de quien

¹⁰⁵ A modo de ejemplo: MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal Parte Especial*. Tirant lo blanch, Valencia 2004, p. 887; CONDE- PUMPIDO FERREIRO, C.: *Código Penal Comentado*. Tomo II, Bosch, Barcelona 2004, p.1647; VIVES ANTÓN y OTROS: *Derecho Penal Parte Especial*. Tirant lo Blanch, Valencia 2004, p. 1029 y LAMARCA PÉREZ, C. y OTROS: *Derecho Penal Parte Especial*. Segunda Edición, Colex, Madrid 2004, p. 671.

¹⁰⁶ Así lo recuerdan, entre otros, JORGE BARREIRO, A. en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. y OTROS: *Comentarios al Código Penal*. Civitas, Madrid 1997, p. 1343 y 1344 y ROIG TORRES, M.: *El delito.....*, op. cit., pp. 85 a 87.

¹⁰⁷ Son ejemplo de esta arcaica línea jurisprudencial las SSTs de 25 de enero de 1873, 9 de enero de 1890, 4 de noviembre de 1890 y 3 de julio de 1909.

como autoridad, agente o funcionario público utiliza su condición para atentar contra las funciones de alguien que –al igual que él– tiene encomendado el desempeño de unas tareas de las que depende el buen funcionamiento del Estado, la salvaguarda del orden vigente y en último término: el mantenimiento de la seguridad ciudadana.

En lo que respecta al delito de desobediencia, ha existido cierto debate doctrinal en torno a si se trata de un delito común o de un delito de propia mano. En opinión de JUANATEY DORADO¹⁰⁸ –a cuya posición nos adherimos– el delito de desobediencia es un delito de propia mano, ya que sólo puede desobedecer a la autoridad aquél a quien se dirige la orden o mandato, es decir el obligado a cumplir el contenido de dicha directiva.

En este sentido, merece ser destacada la STS núm. 1733/1993 de 5 de julio (RJ 1993, 5871), así como la SAP de Zaragoza núm. 50/2001 de 8 de febrero (JUR 2001, 124134) en cuyo fundamento jurídico segundo puede leerse:

« [...] el delito de desobediencia es un delito de los denominados de propia mano en los que la esencia de su injusto va ligada a la condición típica del sujeto activo, en cuanto destinatario del mandato incumplido».

2. DISTINCIÓN ENTRE SUJETO PASIVO DEL DELITO Y SUJETO QUE SOPORTA LA ACCIÓN.-

Queremos comenzar recordando que en el capítulo anterior de este trabajo hemos concluido que los delitos recogidos en los artículos 550 a 556 del CP intentan *asegurar que las autoridades y funcionarios públicos puedan desempeñar sus funciones con dignidad, seguridad y efectividad, de tal manera que no se proteja a un individuo, ni tampoco una situación jerárquica sino una función, un papel constitucionalmente establecido, de cuyo desempeño depende el buen funcionamiento del Estado, la salvaguarda del orden vigente y el mantenimiento de la seguridad ciudadana.*

Por lo tanto –como apuntábamos en su momento– hemos de insistir en que la especial naturaleza del bien jurídico protegido implica que un acometimiento ante varios agentes o funcionarios públicos –es decir que una misma acción típica dirigida a varios sujetos– no conlleve tantos atentados como agentes existan, sino que se trata de una única infracción, pues el bien jurídico que se protege en estos tipos penales es supraindividual y pertenece única y exclusivamente a la Administración del Estado. No se trata de proteger a los agentes o funcionarios públicos como personas individuales sino que el objeto de tutela es la función que estos desempeñan.

Y es que, la propia lógica justifica el hecho de que exista una especial tutela a esos profesionales no ya como privilegio individual, sino como una protección encaminada a garantizar el buen desempeño de las funciones que constitucionalmente le vienen encomendadas en tanto que son los responsables de salvaguardar la seguridad colectiva,

¹⁰⁸ JUANATEY DORADO, C: El delito de desobediencia....., op. cit., pp. 47-49.

velar por el buen funcionamiento del sistema y garantizar la seguridad ciudadana; cuestiones éstas de indiscutible repercusión y trascendencia para el funcionamiento del sistema establecido. No se trata de que estos profesionales merezcan en sí mismos como ciudadanos un privilegio o protección especial, sino que la cuestión estriba en intentar garantizar el desempeño de las funciones que le han sido encomendadas, de tal manera que las mismas gozan de una tutela penal cuya razón de ser se encuentra en la trascendencia que esas funciones tienen en el funcionamiento del propio organigrama constitucional.

Estamos, por tanto, ante un bien jurídico del que no es titular el sujeto que soporta la acción, pues a pesar de tener la condición de autoridad o de funcionario público, no son en sí mismos el objeto de tutela sino que la titularidad del bien digno de protección pertenece única y exclusivamente al Estado¹⁰⁹. Resulta indispensable en estos tipos penales asentar la **distinción entre el sujeto pasivo del delito o del injusto**, –que es la Administración– **y los sujetos sobre los que recae la acción** o que son objeto de la conducta típica –autoridades, sus agentes y funcionarios públicos–. Posiblemente la referencia al definir el bien jurídico, al término «*dignidad*», podría dar lugar a entender que algo de razón tienen quienes afirman que las autoridades, sus agentes y los funcionarios públicos también son ofendidos por estos delitos y por tanto puede entenderse que ostentan, en cierta parte, la categoría de sujetos pasivos. Ello en todo caso, será argumento para fundamentar su carácter de perjudicados por el delito pero siempre entendiendo esa *dignidad* debe desde una *perspectiva funcional*, como un *requisito imprescindible del buen funcionamiento del sistema*. Así, y desde la perspectiva del contenido de injusto de estos delitos se estaría aludiendo a la lesión de la dignidad, entendida funcionalmente, pues como afirma VIVES ANTÓN¹¹⁰, se trata de delitos *contra el buen funcionamiento de los poderes públicos*.

Por lo tanto, las autoridades, sus agentes y los funcionarios públicos no son más que «portadores» del bien tutelable penalmente. Muy bien lo explica ROIG TORRES –cuya opinión compartimos salvando las diferencias en cuanto a la concreción del bien jurídico– quien refiriéndose al delito de atentado argumenta: «Por nuestra parte hemos sostenido que el objeto de tutela es el principio de autoridad concebido en términos funcionales, como la potestad del estado de adoptar e imponer determinadas decisiones en pro de 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 esta 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»¹¹¹.

Con toda claridad los distinguen COBO DEL ROSAL y QUINTANAR DÍEZ cuando

¹⁰⁹ Así lo afirman, entre otros muchos, VIVES ANTÓN, T.S y CARBONELL MATEU, J.C.: *Derecho Penal. Parte especial*. Tirant lo blanch, Valencia 2004, p. 1029.

¹¹⁰ VIVES ANTÓN, TS y OTROS: *Derecho Penal. Parte Especial*. Tirant lo blanch, Valencia 2004, p. 1027.

¹¹¹ ROIG TORRES, M.: *El delito de...*, op. cit., p. 117.

enuncian que «el sujeto pasivo del delito de atentado lo constituyen los poderes públicos y, en último extremo la Administración del Estado, siendo la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos sujetos pasivos de la acción»¹¹².

De especial interés nos resulta lo manifestado, entre otros¹¹³, por CÓRDOBA RODA¹¹⁴ quien enuncia a las autoridades, los agentes de la misma y a los funcionarios públicos como *sujetos pasivos de las conductas típicas*.

A nuestro juicio es preciso aclarar que ***el sujeto pasivo del delito coincide plenamente con el titular del bien jurídico tutelado***, y en consecuencia –y recalcando que los funcionarios públicos, las autoridades y sus agentes no gozan de esa titularidad–, habrá que afirmar que la condición de sujeto pasivo de esos delitos sólo la ostenta la Administración. Otra cosa bien distinta es quiénes sean los sujetos sobre los que pueda recaer la acción descrita en la conducta típica, que tal y como venimos reiterando sí son las autoridades, sus agentes y los funcionarios públicos. En consecuencia, aludir a estos profesionales como «sujetos pasivos de las conductas típicas» puede prestarse a confusiones terminológicas poco deseables, pues en realidad no son sujetos pasivos propiamente dichos, sino simplemente personas que padecen o soportan la acción, en definitiva, los destinatarios de la misma.

Si bien, ésta es la posición que con pleno convencimiento adoptamos, no podemos dejar de referirnos a aquellas otras tesis que o bien afirman que los sujetos pasivos de estos tipos penales coinciden plenamente con los sujetos sobre los que recae la acción típica, o bien ignoran toda distinción. MUÑOZ CONDE, por su parte, omitiendo cualquier matiz diferenciador, afirma que sujeto pasivo de estos delitos es la autoridad, sus agentes o los funcionarios públicos¹¹⁵. Asimismo, SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAILLO que al referirse a los requisitos del delito de atentado hacen referencia a la necesidad de que «el sujeto pasivo sea autoridad, agente de la misma o funcionario público»¹¹⁶.

Especialmente ilustrativa resulta la opinión de SOTO NIETO cuando, refiriéndose al delito de atentado, afirma que «en estos delitos de un solo golpe se lesionan dos bienes jurídicos: el de la persona en que la autoridad se encarna, y el de la función autoritaria. Una veces es el concurso real el que entra en juego, otras el ideal; en fin, acontece en ocasiones que el delito resultado es un complejo indisoluble en el que no es dable desligar la agresión referida al funcionario y a la persona física»¹¹⁷.

¹¹² En COBO DEL ROSAL, M y OTROS.: *Derecho Penal. Parte Especial*. Dykinson, Madrid 2004, p. 1091.

¹¹³ En esta misma, a nuestro juicio inexactitud, incurre CASARES VILLANUEVA, M.L.: «Atentado, resistencia y desobediencia a la autoridad», *Revista del Poder Judicial* núm. 40. Año 1995, pág. 151.

¹¹⁴ CÓRDOBA RODA, J.: *Comentarios al Código Penal*. Tomo II. Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 2517.

¹¹⁵ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*. Tirant lo blanch. Valencia 2004, p. 878.

¹¹⁶ SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAILLO, A.: *Derecho Penal. Parte Especial*. Dykinson, Madrid, 2005, 10ª edición, p. 1009.

¹¹⁷ SOTO NIETO, F.: «Atentado por acometimiento», *La Ley*, año XXVII, núm. 6545, 8 de septiembre de 2006.

Desde nuestra óptica, es realmente acertada la apreciación de este autor, aunque es preciso matizar que, si bien en la práctica lo más habitual es que el delito de atentado se presente en concurso con el de lesiones –o incluso en algún caso con el de homicidio– lo cierto es que no es imprescindible la aparición de la forma concursal pues existen un importante número de casos en los que el atentado se perpetra mediante un abalanzamiento o acometimiento físico que no alcanza a provocar ningún resultado distinto de la conculcación del bien jurídico que se tutela, por lo que se entenderá consumado el delito de atentado pero resultará imposible y además innecesario apreciar alguna otra figura delictiva adjunta. A pesar de ello, podemos apuntar que *en estos delitos suele ser habitual que de un solo golpe se lesionen dos bienes jurídicos distintos.*

Por lo tanto y siguiendo con nuestra argumentación, *no albergamos duda de que el hecho de que puedan resultar afectados de forma inevitable bienes jurídicos particulares de la autoridad, agente o funcionario público en cuestión, no es argumento suficiente para considerarles como sujetos pasivos de estos delitos*, pues en esos casos se apreciará un concurso entre el delito que proceda –de los comprendidos en los arts. 550 a 556 del CP– y aquella otra figura delictiva en virtud de cuya comisión se haya afectado a un bien jurídico individual y personal del empleado público, que en lo concerniente a este segundo tipo penal que conforma el concurso sí ostentará, de forma inescindible, la condición de sujeto pasivo propiamente dicho.

En conclusión, y a nuestro juicio, el sujeto *pasivo de estos delitos es única y exclusivamente la propia Administración, de tal manera que las autoridades, sus agentes y los funcionarios públicos no son más que los sujetos sobre los que recae la acción, pues «portan el bien jurídico pero no ostentan la titularidad del mismo».*

Esta afirmación viene abalada por multitud de pronunciamientos del Tribunal Supremo. Claro está que si se entendiese que la autoridad, sus agentes o los funcionarios públicos son sujetos pasivos de estos delitos, en los casos en los que el atentado, la resistencia o la desobediencia se perpetra frente a varios empleados públicos, no habría más remedio que aplicar un concurso real de delitos. Lejos de ello, la jurisprudencia en estos casos expone de forma taxativa que el bien jurídico es uno y por tanto estamos ante un único delito. Como ejemplo sirvan las SSTS núm. 72/2002 de 21 de enero (RJ 2002, 1570) y núm. 1183/2001 de 13 junio (RJ 2001, 6251).

En consecuencia, estos sujetos no pueden ser considerados como los titulares del bien jurídico tutelado; pero sí pueden tener la consideración de perjudicados, pues en Derecho penal son tales quienes sufren alguna consecuencia dañosa derivada de la infracción penal de que se trate.

3. SUJETOS SOBRE LOS QUE RECAE LA ACCIÓN.-

En los delitos de resistencia y desobediencia –recogidos en el artículo 556 CP– es sujeto que soporta la acción la autoridad o sus agentes, mientras que en los atentados –regulados en el art. 550 y 552– la acción puede recaer, además de en aquéllos, en los

funcionarios públicos. En consecuencia, la delimitación conceptual y el estudio pormenorizado de qué debe entenderse por cada uno de esos términos a efectos penales, resulta de vital trascendencia en el análisis de los delitos que nos ocupan.

Los conceptos penales de autoridad y de funcionario público son *conceptos legales* que vienen establecidos por la propia legislación penal. El legislador, dedica el artículo 24 apartado 1 del Código Penal a definir qué debe entenderse por autoridad a efectos penales, y lo propio hace con el concepto de funcionario público en el apartado 2 del mismo precepto. Este artículo, se encuentra ubicado dentro del Libro I, Título I, Capítulo VI del texto punitivo, consiguiéndose así emitir un concepto que al encuadrarse dentro de la Parte General del Código, sirva de forma general para todos los tipos penales. No existe duda, sobre lo acertado de esta ubicación sistemática, pues como ya en su momento COBO DEL ROSAL mencionaba refiriéndose al antiguo artículo 119 y a su definición de funcionario público, ésta «tiene valor y alcance para gran número de figuras penales que se encuentran en nuestra legislación penal bajo diversas rúbricas»¹¹⁸. Por lo tanto, habría resultado del todo excesivo e innecesario el hecho de incluir de forma expresa y reiterada el concepto de autoridad o funcionario público en todas y cada una de las figuras delictivas en las que a ello se alude.

Desde luego que la importancia de estos conceptos justifica por sí misma el considerable interés que este tema ha suscitado en la doctrina española, que de forma amplia y pormenorizada han estudiado el asunto. Así, y aun asumiendo la complejidad de aportar algo nuevo en semejante cuestión, dedicaremos las próximas páginas a analizar estos conceptos con la profundidad que merecen. Queremos comenzar nuestro estudio abordando la acepción «*funcionario público*», por presentar mayor amplitud que la de «autoridad», pues como en su momento matizaremos no hay autoridad que no sea, a su vez, funcionario público, por lo que podría decirse que autoridad es un género de funcionario público.

3.1. Concepto de funcionario público.-

3.1.1. Cuestiones previas.

El legislador penal ha tenido, desde siempre, la inexorable necesidad de acuñar un concepto de funcionario público –aunque no en todo momento histórico se haya atrevido a abordarlo con una claridad meridiana– pues ello es requisito para poder controlar las conductas delictivas cometidas por las personas que ostenten determinado poder, a la par que para poder dispensarles cierta protección. En contraste con esto, el interés del Derecho Administrativo por el término, puede considerarse relativamente reciente, pues no en vano éste concepto sólo nace cuando el Estado comienza a desarrollarse como un ente prestador de servicios, cuestión que tiene lugar con la moderna administración.

¹¹⁸ COBO DEL ROSAL, M.: «Examen crítico del párrafo 3º del artículo 119 del Código penal español» en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, T. 212, 196, p 214.

Como dato esclarecedor, podemos referenciar que la moderna legislación administrativa sobre los funcionarios estatales data en nuestro país del Decreto de 18 de junio de 1852, denominado «de Bravo Murillo», mientras que el concepto de funcionario público a efectos penales tiene su antecedente más remoto en el Código penal de 1848¹¹⁹.

Por lo tanto, no cabe duda de la autonomía de la que goza el concepto penal de funcionario público, pues el propio Tribunal Constitucional, en sentencias como la de 24 de octubre de 1985 (RTC 1985, 143) se ha ocupado de aclarar que la definición dada por el Código Penal se reduce exclusivamente al ámbito y los efectos penales, no siendo trasladable a otros campos del Derecho.

3.1.2. Breve análisis del concepto de funcionario público en el ámbito del Derecho Administrativo.

Dice la Real Academia Española de la Lengua que *funcionario público* es «la persona que desempeña un empleo público», mientras que por *función* se entiende la «tarea que corresponde realizar a una institución o entidad, a sus órganos o personas», por lo que analógicamente la *función pública* será la tarea que corresponde realizar al Estado, instituciones o entidades con carácter público.

Acudiendo ya a un concepto algo menos general, podría decirse que los funcionarios públicos «son las personas que incorporadas a la Administración Pública en virtud de nombramiento legal, desempeñan servicios con carácter permanente, figuran en las correspondientes relaciones de puestos de trabajo y perciben sus retribuciones con cargo a los Presupuestos de la Administración respectiva. Están sometidos al Estatuto de la función pública, que constituye un régimen de Derecho público que les separa de los trabajadores sometidos al Derecho laboral»¹²⁰. Se trata éste, de un concepto administrativo de funcionario público. Y es que, una de las múltiples ramas del ordenamiento jurídico que aluden y manejan este concepto es la del Derecho Administrativo. Por ende, y antes de entrar a abordar pormenorizadamente el concepto penal de funcionario público, resulta conveniente a efectos de una mayor amplitud en nuestro estudio y para facilitar la delimitación, acercarnos –aunque sea brevemente– a la repercusión y el tratamiento del término en el ámbito administrativo.

Como acertadamente apuntaba GUAITA¹²¹ estamos ante uno de los **conceptos administrativos** más discutidos y polémicos para la doctrina, pues hay que enfrentarse no sólo a las diferentes acepciones legislativas sino también al –en ocasiones discordante– tratamiento jurisprudencial ofrecido al asunto. Así, puede distinguirse¹²² entre un concepto

¹¹⁹ ÁLVAREZ VIZCAYA, M.: *Libertad de expresión...*, op. cit., p. 214.

¹²⁰ FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J.M y OTROS.: *Diccionario Jurídico*, Aranzadi, Navarra 2002, p. 364.

¹²¹ GUAITA, A: «Funcionario Público», en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, tomo X, 1960, p. 496.

¹²² Como enuncia JIMÉNEZ DÍAZ, M.J.: *Los delitos de desacato en el Código Penal español*, Edersa, Madrid 1992, p. 364.

amplio¹²³ de funcionario público entendiéndose que tendrá tal consideración *todo aquel que esté incorporado a la Administración en régimen de Derecho público*. Mientras que también hay quienes¹²⁴ –por otro lado– apuntan hacia un concepto más estricto, considerando que además del requisito anteriormente señalado, para hablar de funcionario es preciso que exista *permanencia y voluntariedad*.

Llegados a este punto nos consideramos en situación de poder alcanzar una primera conclusión, que consiste en afirmar que ***para ser funcionario público, a efectos administrativos, hay que estar regido por el régimen de Derecho público y encontrarse adherido a la Administración.***

Por su parte, la Ley de Funcionarios Civiles del Estado¹²⁵, recoge en su artículo 1 la siguiente definición:

«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».

De tal definición pueden extraerse como notas caracterizadoras del concepto las siguientes¹²⁶:

1.) La *incorporación*. Para ser considerado funcionario público a efectos administrativos el sujeto debe incorporarse efectivamente a la Administración del Estado, excluyéndose por tanto a toda persona que preste sus servicios a la misma de manera ocasional.

2.) La *profesionalidad*. Entendiéndose por tal, cuando el sujeto hace del ejercicio de la función pública su modo de vida. La necesidad de este factor excluye a quienes colaboran con el Estado desde un cargo de carácter político.

3.) La *retribución*. Ésta debe de venir consignada en la partida correspondiente de los Presupuestos Generales del Estado, o de las Comunidades Autónomas, si es el caso.

4.) El *sometimiento al Derecho administrativo*. Las relaciones entre el funcionario y la Administración estarán sometidas a las disposiciones del Derecho Administrativo, por lo que, las personas vinculadas a la misma por un contrato laboral no poseerán tal condición.

Hemos de llamar la atención sobre lo ocurrido con los llamados «funcionarios judiciales» quienes expresamente estaban excluidos del ámbito de aplicación de la Ley de

¹²³ Del que es partidario, por ejemplo, GUAITA, A: «Funcionario...», op. Cit., p. 500.

¹²⁴ Así lo asume el propio COBO DEL ROSAL, M. en «Examen crítico...», op. cit., pp. 229 y 234.

¹²⁵ Aprobada por Real Decreto 315/1964, de 7 de febrero, reformado por Ley 30/1984 de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública.

¹²⁶ Siguiendo a ÁLVAREZ VIZCAYA, M.: *Libertad de expresión...*, op. cit., pp. 218-219

Funcionarios Civiles del Estado¹²⁷, exclusión que se justificaba en el hecho de que estos profesionales «no son funcionarios administrativos estrictos, y precisan de un régimen propio que garantice la peculiaridad e independencia de su labor»¹²⁸. De igual modo, la Ley 11/1966 de 18 de marzo, sobre Ordenación Orgánica de los Funcionarios de la Administración de Justicia aclaraba en su Exposición de Motivos:

«La Ley de Funcionarios Civiles llevó a cabo la reordenación de la función pública, unificando su régimen jurídico y dando entrada a las modernas técnicas para aumentar la eficacia de la Administración del Estado. Si estas aspiraciones son también deseables para la Administración del Justicia no puede, sin embargo, someterse a las personas que la sirven a la misma ordenación unitaria de los funcionarios de la Administración General, pues a ello se opone la especial función que los primeros desempeñan, que exige determinadas especialidades en su régimen orgánico. En quienes administran justicia pesa más el aspecto funcional que el funcional».

Tal texto legal se mantuvo vigente hasta el 3 de julio de 1985, momento en que fue expresamente regulado por la Ley Orgánica del Poder Judicial. De cualquier modo, esta distinción sólo puede surtir efectos en el ámbito puramente administrativo y en consecuencia, la referenciamos con la única finalidad de poner de manifiesto la diversidad que caracteriza al concepto de funcionario público en este ámbito, sin que su significación repercuta más allá del régimen que les resulta aplicable a efectos estrictamente administrativos o burocráticos. A efectos penales –tal y como en su momento veremos– carece de eficacia tal distinción.

Siguiendo con la complejidad y extensión del concepto de funcionario público en el orden administrativo y a modo de catálogo, podemos recurrir a la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local y el Texto Refundido de las Disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, que alude a otra categoría de funcionarios públicos que ostentan la misma calificación a efectos administrativos que los funcionarios y personal laboral de la Administración del Estado y de la Comunidades Autónomas, como son los funcionarios de la Administración Local. Por otra parte, merecen igualmente la consideración de funcionarios, el personal al servicio de los órganos constitucionales, tales como el Consejo General del Poder Judicial, las Cortes Generales, el Tribunal Constitucional, el Defensor del Pueblo y el Tribunal de Cuentas, y del mismo modo lo son el personal militar de las Fuerzas Armadas y por supuesto, los funcionarios regulados en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad¹²⁹ (RCL 1986/788).

Planteadas las nociones generales del concepto administrativo de funcionario público,

¹²⁷ Para más información ver ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.: *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*. Bosch, Barcelona 1987, p. 128 y ss.

¹²⁸ Dictamen del Consejo General de Estado núm. 28999 de 25 de octubre de 1962.

¹²⁹ BOE de 14 de marzo de 1986, núm. 63, p. 9604.

llega el momento de abordar el estudio de tal acepción desde la perspectiva penal, para finalmente poder llegar a extraer una serie de comparativas que nos permitan distinguir con claridad y nitidez las distintas vertientes conceptuales del término.

3.1.3. Antecedentes históricos del concepto penal de funcionario público.

Todo estudio de un precepto que pretenda presentar cierto rigor, debe precederse de un análisis –aunque sea breve– de la evolución del mismo en el derecho histórico para poder así tener constancia de cómo se hay ido concretando hasta la redacción actual. Abordamos, por tanto, el repaso por los Códigos Penales Históricos.

En el **Código Penal de 1822** se alude al funcionario público en el Título VI, «*De los delitos y culpas de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos*». De esta rúbrica se desprende que la alusión al término «funcionario» no tiene más relevancia que en lo que concierne al ejercicio del cargo y a la posibilidad de –en ese marco– delinquir. No nos ofrece este texto un concepto de funcionario público, si bien únicamente encontramos lo que podría llamarse una definición a «sensu contrario» ya que el legislador en el artículo 404 menciona a quienes no se considerarán tales a los efectos exclusivos de estos tipos delictivos¹³⁰.

Es el **Código Penal de 1848** el que ofrece por primera vez una definición legal de funcionario público en su artículo 322 la cual, es reproducida por el artículo 331 del **Código de 1850** en cual que se dice textualmente:

«Para los efectos de este título se reputan empleados todo el que desempeña un cargo público, aunque no sea real nombramiento, ni reciba sueldo del Estado».

Como muy bien apuntaba PACHECO¹³¹, se adquiría la condición de empleado público por el mero hecho de desempeñar un cargo público, lo que implicaba un concepto muy amplio de funcionario público ya que todo el que ejerciese un cargo de esa consideración obtendría, sin más, la condición de tal.

Siguiendo a COBO DEL ROSAL¹³² y en virtud de esta definición, se pueden llevar a cabo las siguientes consideraciones:

- a) Que se prefiere la expresión «empleado» a la de «funcionario».
- b) Que se es empleado por desempeñar un cargo público.
- c) Que ni siquiera se requiere título real ni se hace referencia expresa en el texto a ningún otro.

¹³⁰ Artículo 404: «Para los efectos de que trata el artículo 400 no se tendrá por funcionarios públicos a los que públicamente profesan alguna ciencia o arte, sino como cuando tales profesores estén dotados por el Gobierno o por la comunidad del pueblo respectivo».

¹³¹ PACHECO, J.F.: *El Código penal concordado y comentado*. Tomo II, Madrid 1848, p. 395.

¹³² COBO DEL ROSAL, M.: «Examen crítico del ...», op. cit., p. 220.

- d) Que se excluye el carácter remunerativo.
- e) Que a pesar del apartado a), se reduce a los solos efectos del título VIII, con lo que la eficacia técnica queda contraída al mismo.
- f) Que se hace uso de una mención expresa «Para los efectos de este título se reputa...», independientemente de quien sea efectivamente el empleado a otros efectos.

Por su parte, el **Código Penal de 1870** define a los funcionarios en su artículo 416, ubicado dentro del Capítulo XIII, «*Disposiciones Generales*», título VII, «*De los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos*». En el referido precepto se establecía:

«Para los efectos de este título y de los anteriores del presente se reputará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la ley, o por elección popular, o por nombramiento de autoridad competente, participe del ejercicio de funciones públicas».

De semejante definición se desprende¹³³:

- a) Una mayor amplitud de la eficacia del concepto, en tanto que se extiende también a los títulos anteriores al título VIII.
- b) Se utiliza por primera vez la acepción «funcionario público».
- c) Se contienen los tres modos de adquirir la cualidad de funcionario público: disposición inmediata de la ley, elección popular o nombramiento de autoridad competente.
- d) Se produce una ampliación al hacerse alusión al «partícipe del ejercicio de funciones públicas», expresión más extensa que la de desempeño de un cargo público.
- e) La definición mantiene su funcionalidad y dinamismo, al mantenerse la referencia al «ejercicio de las funciones».

En lo que al **Código Penal de 1928** concierne, se alude a este concepto en el artículo 214, en el título último del Libro I, bajo la rúbrica «*Disposiciones generales*» y en él se afirma:

«A los mismos efectos, se reputará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la ley, o por elección popular, o por nombramiento de autoridad competente, participe del ejercicio de funciones públicas».

La principal novedad que aporta esta regulación es la repercusión de la definición para todo el Código Penal, y de ahí el cambio sistemático. Eso implica que este precepto

¹³³ *Ibíd.* P. 221.

pueda considerarse el antecedente más inmediato del artículo 119 del ACP. Llama la atención el hecho de que es este Código Penal el único que ofrece un concepto de agentes de la autoridad, cuestión que en los posteriores textos punitivos e incluso en el vigente, es totalmente omitida. Así, el artículo 213 establecía:

«Para los efectos penales se reputará Autoridad quien, por sí sólo, o como miembro de alguna corporación o Tribunal ejerza jurisdicción propia. Se reputarán también Autoridades no sólo los funcionarios que con tal carácter dependan del Estado, de la provincia o el Municipio, sino los de otras entidades que realicen o coadyuven a fines de aquéllos y los que tengan a su cargo alguna misión general o determinada, y en disposición reglamentaria o nombramiento expedido por Autoridad competente o delegada de ésta, se exprese el carácter de tal agente».

En cambio, el **Código Penal de 1932** presenta un nuevo cambio de ubicación sistemática, incluyéndose el tratamiento del concepto en el Libro II, Título VIII, «*Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos*», Capítulo XII, «*Disposición general*». Así, el artículo 410 que recoge:

«Para los efectos de este título y de los anteriores del presente libro, se reputará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la ley o por elección popular o por nombramiento de autoridad competente participe del ejercicio de funciones públicas».

Puede comprobarse como se vuelve a limitar el alcance del concepto y cómo se desiste de la referencia al término «empleado» para limitarse a la de «funcionarios públicos».

3.1.4. El concepto de funcionario público en el Código Penal actual.-

Aun a riesgo de ser reiterativos, hemos de insistir en la trascendencia del análisis y delimitación del concepto de funcionario público pues –al igual que ocurre con el concepto de autoridad– estamos ante un *elemento normativo integrador y configurador del injusto* de las infracciones objeto de estudio, pues la significación jurídica propia de estos ilícitos encuentra su origen precisamente en el hecho de que la acción típica recaiga en estos sujetos, en tanto que los mismos tienen encomendadas funciones dignas de tutela penal.

En el Código Penal actual, el concepto de funcionario público viene establecido en el artículo 24.2, precepto que no presenta novedades¹³⁴ significativas en cuanto a la regulación

¹³⁴ En el Código actual se reconoce expresamente el carácter de autoridad de los miembros de las Cortes Generales, de los Parlamentos de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo, haciéndose patente la posibilidad de atribuir tal condición al integrante de un órgano colegiado, como muy bien enuncian LLABRÉS FUSTER, A. y TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C.: *La responsabilidad penal del miembro del jurado*. Cedecs, Barcelona 1998, p. 21. Y por otro parte, apuntar como se sustituye, sin diferencia interpretativa notable «del ejercicio» por «el ejercicio» en el concepto de funcionario. Así lo señala

que establecía el artículo 119 del ACP. El mencionado artículo 24.2 establece:

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

Como ya apuntábamos en su momento –y fácilmente se desprende de la redacción del precepto transcrito– el concepto penal de funcionario público no es en absoluto coincidente con el concepto ofrecido por artículo 1 de la Ley de los Funcionarios Civiles del Estado¹³⁵.

El hecho de que los conceptos no sean simétricos no puede llevarnos a afirmar de forma automática –y por ende precipitada– que estamos ante conceptos absolutamente discordes. No cabe duda que el legislador penal construye su propio concepto de funcionario público; concepto que tiene trascendencia única y exclusivamente en el ámbito penal pero la pregunta es: ¿este concepto ha sido configurado al margen de las directrices administrativas? En otras palabras, ¿existe alguna relación entre el concepto penal de funcionario público y los conceptos ofrecidos por otras ramas del ordenamiento jurídico? Pues de la realidad se desprende que si bien existen matices diferenciadores del concepto de funcionario público –dependiendo de si se mira desde el prisma del Derecho Administrativo o si se hace desde el del Derecho penal– lo cierto es que resulta francamente complejo pretender deslindar totalmente el concepto penal de una posible influencia de otras ramas del ordenamiento y más concretamente de la administrativa. *El legislador penal no pretende definir al funcionario público sino que su ambición queda limitada a elaborar un concepto penal, se trata de delimitar quienes deben considerarse funcionarios públicos a efectos penales.*

Para el **concepto penal** de funcionario público **no es necesaria la incorporación con carácter permanente ni vinculante del sujeto a la Administración, ni** tampoco que exista una **relación de servicios** de aquél con ésta, bastando con que el sujeto participe en la función pública. Es decir, el orden penal para considerar a un sujeto como funcionario público no precisa que éste integre la estructura administrativa ni tampoco que su servicio tenga carácter remunerado¹³⁶; circunstancias éstas, por el contrario, imprescindibles para poder hablar de funcionario público a efectos administrativos. En sede administrativa es necesaria la concurrencia de una oposición o concurso previos, circunstancias que el legislador penal obvia; pues prescinde tanto de esta exigencia como de la necesidad de figurar en plantillas para poder gozar de la cualidad de funcionario¹³⁷.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, en «El delito de prevaricación de los funcionarios públicos», *La Ley* núm. 4.139, 8-10-1996, p. 2), En el Código actual se reconoce expresamente

¹³⁵ Que ofrece la siguiente definición: «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».

¹³⁶ En este sentido, TORRES FERNÁNDEZ, E.: «Los delitos de atentado...», op. cit., p. 5 y ROIG TORRES, M.: *El delito de*, op. cit., p. 105 y ss., entre otros.

¹³⁷ JIMÉNEZ DIAZ, M.J.: *Los delitos de desacato en el Código Penal español*, Edersa, Madrid 1992, p. 366.

El Tribunal Supremo, por su parte, en sentencia núm. 1053/1992, de 8 de mayo (RJ 1992, 3770) aclara que:

«La cualidad de funcionario a efectos penales no puede subordinarse ni hacerse depender de su vinculación o calificación administrativa, ni de las definiciones contenidas en las normas reguladoras de su relación con la Administración Pública, sino que ha de atenderse al art. 119 que sólo hace depender tal cualidad del hecho concreto y real que una persona se halle participando [...] en el ejercicio de funciones públicas».

Breve pero inequívoca referencia a este asunto hace la STS núm. 2499/1992, de 18 de noviembre (RJ 1992, 9604) al afirmar que:

«No todo personal contratado por la Administración tiene la consideración de agente de la Autoridad».

En consecuencia, podemos extraer una primera conclusión: *el concepto penal de funcionario público es más amplio que el administrativo, pues a tenor de sus exigencias se puede catalogar como tal a un individuo que en virtud de las directrices del ámbito administrativo no merece esa consideración*. Siguiendo a COBO DEL ROSAL, puede afirmarse que «la formulación penal es en extremo más amplia, más elástica, teniendo virtualidad, en principio, en el desempeño de un cargo público, y posteriormente en la participación del ejercicio de funciones públicas»¹³⁸

Desde luego que merece resaltarse el *aspecto dinámico* del concepto, siendo ese dinamismo uno de sus principales rasgos diferenciadores respecto a las definiciones dadas por otras ramas jurídicas.

Por otro lado, y acogiendo las afirmaciones de COBO DEL ROSAL, «al legislador penal no le interesan tanto los delitos que cometen los funcionarios públicos en el sentido que fuere, como aquellos que se realizan con ocasión del ejercicio de la función pública. Esto es precisamente lo que les da la nota de especialidad, y por lo que estima que deben ser dignos de un diverso tratamiento. Pero, tal como sigue enunciando este autor, aunque la concepción penal tenga un alcance más extenso que la administrativa, también lo tiene más restringido, por cuanto sólo si se ejercita la función pública, cuando se participa de su ejercicio, se es funcionario público a efectos penales. Administrativizar el concepto penal de funcionario público es pretender particularizar lo que de suyo ha de ser genérico.»¹³⁹ Deteniéndonos en esta apreciación de COBO DEL ROSAL, podemos afirmar que en lo que a los delitos que estudiamos respecta, al legislador penal no le interesa proteger a los funcionarios públicos en sentido estricto, sino que su motivación viene dada por la necesidad de salvaguardar la función pública en la que intervienen.

¹³⁸ COBO DEL ROSAL, M.: «Examen crítico ...», op. cit., p. 239.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 241.

En consecuencia, y tal y como apunta la mayoría de la doctrina¹⁴⁰, podemos afirmar que **el concepto de penal de funcionario público es autónomo e independiente y se caracteriza por ser:**

- **Normativo:** su significación no es puramente descriptiva sino que lleva implícita una selección de entre la generalidad de los sujetos.

- **Funcional:** porque ha de tener virtualidad para todos los supuestos del Libro II en que el sujeto activo o el sujeto sobre el que recaiga la acción sea funcionario. De ahí que su alcance sea, por una parte más amplio que el del concepto administrativo y por otra, más restringido.

Por lo demás, y concretamente en lo que a la ubicación sistemática del art. 24 del CP se refiere, hemos de concretar que la misma se encuentra plenamente justificada en el carácter eminentemente funcional del concepto. En múltiples ocasiones la cualidad de funcionario es un elemento configurador de diversos tipos penales, de tal manera que sólo tendrá lugar el ilícito cuando el sujeto activo sea funcionario público, o en los casos como el que nos ocupa en los que el concepto guarda estrecha relación con el contenido de injusto de la conducta. Esto ocurre en la mayoría de los delitos recogidos en el Título XIX del CP, de ahí que originariamente se pensara en incluir en un solo Título prácticamente todos los delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, pero la evolución codificadora que tuvo lugar a partir del Código Penal de 1870 trajo consigo la segregación de gran parte de estos tipos penales a otras partes del texto punitivo, ya que el criterio sistemático generalmente seguido a partir de ese momento no es otro que el del bien jurídico protegido¹⁴¹.

Por lo tanto y teniendo en cuenta que los delitos referidos a funcionarios públicos – bien sean como sujetos activos o bien como sujetos sobre los que recae la acción– no están agrupados en un mismo Título, el legislador no ha tenido más opción que ubicar la definición penal de «funcionario público» en el Libro I, Título I, Capítulo VI del texto punitivo.

Ahora bien, aunque el concepto sea unitario y sirva de forma general a todos los efectos penales –esto es, a pesar de que cada vez que en el CP aparezca la acepción «funcionario público» habrá que entender que se está aludiendo a lo definido por el art. 24.2– lo cierto es que, a nuestro juicio, resulta interesante realizar matizaciones respecto al mismo, pues el propio carácter dinámico y funcional del concepto hace que cobre diferentes visos según se esté definiendo al funcionario público como sujeto activo de delitos especiales propios o si por el contrario, como es el caso que nos ocupa, la acepción es utilizada como sujeto sobre el que pueda recaer la acción de un determinado delito, y en consecuencia como **portador** que no titular **de un bien jurídico** digno de protección penal.

¹⁴⁰ Para mayor información, JIMÉNEZ DÍAZ, M.J.: *Los delitos de desacato...*, op. cit., p. 366 y ss.

¹⁴¹ Así lo recuerda MUÑOZ CONDE, F.: «Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal: Especial consideración de la prevaricación y del concepto de funcionario público a efectos penales», *Instituto Andaluz de Administración Pública, Encuentros. Serie Derecho penal*. Sevilla, 1997, p. 13.

En este último supuesto, no albergamos duda de que el requisito de «participación en las funciones públicas» debe entenderse con aún más concreción pues ***sólo podrán ser sujetos destinatarios de la acción de los delitos de atentado, resistencia y desobediencia, aquellos funcionarios públicos cuya participación en las funciones públicas sea digna y merecedora de tutela penal.***

El Tribunal Supremo en sentencia núm. 1952/2000 de 19 de diciembre (RJ 2000, 10190) afirma que el concepto de funcionario público es:

«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».

Una vez enunciados cuáles son los rasgos básicos del concepto y tras haberlo desligado oportunamente de la acepción administrativa, es el momento de abordar el análisis pormenorizado del artículo 24 del CP, delimitando los elementos configuradores del concepto penal de funcionario público. Hemos de concretar que a efectos penales, este concepto se caracteriza por dos elementos definidores:

1.) La incorporación del sujeto a la función pública tiene que haberse dado por tres vías que quedan perfectamente habilitadas como medio de adquisición de tal condición y que son: disposición inmediata de la ley, elección o nombramiento.

2.) Es imprescindible que el sujeto participe en el ejercicio de la función pública.

De esta manera lo explica el Tribunal Supremo en sentencias como la núm. 68/2003 de 27 de enero (RJ 2003, 1033)¹⁴², en la que textualmente puede leerse:

«Es tradicional en nuestro país la existencia de una definición legal que constituye una interpretación auténtica respecto del concepto de funcionario público. Ocupaba el párrafo tercero y último del art. 119 CP 73 y ahora se encuentra en el 24.2 del actual.

Nos dice esta última norma que "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".

Tal y como viene entendiendo la doctrina de esta sala se trata de un concepto propio del Derecho Penal, independiente de las categorías y definiciones que nos ofrece el Derecho Administrativo, porque lo que aquí importa es proteger de modo eficaz la función pública así como también los intereses de la administración en sus diferentes facetas y modos de operar. Se trata de un concepto muy amplio que abarca a todas las personas en las que

¹⁴² En la misma línea, SSTS núm. 1292/2000, de 10 de julio (RJ 2000, 6210) y núm. 307/2001, de 27 de febrero (RJ 2001, 483).

concurran los dos requisitos que se deducen del propio texto de tal precepto:

1º. Participación en el ejercicio de funciones públicas, tanto las del estado, entidades locales y comunidades autónomas, como las de la llamada administración institucional que existe cuando una entidad pública adopta una forma independiente, incluso con personalidad jurídica propia, a veces hasta la de una sociedad mercantil, con el fin de conseguir un más ágil y eficaz funcionamiento. Cualquier actuación de estas entidades donde exista un interés público responde a este concepto amplio de función pública.

2º. Ha de existir una designación pública para el ejercicio de tal función, en cualquiera de las tres formas previstas en el propio art. 24.2 CP: por disposición inmediata de la ley, por elección o por nombramiento de autoridad competente.

Desde luego, no es obstáculo para ostentar esta condición de funcionario público a efectos penales el que la causa de ese nombramiento por autoridad competente se encuentre en un contrato laboral».

En resumen, resulta tan sencillo como afirmar que *todo sujeto que participe del ejercicio de la función pública y lo haga en virtud de un título de los recogidos en el artículo 24.2 del CP, es decir, por disposición inmediata de la ley, por elección o nombramiento de la autoridad competente, tendrá la consideración de funcionario público a efectos penales.*

3.1.4.1 Disposición inmediata de la ley, elección o nombramiento como título habilitador para el desarrollo de la función pública.-

A pesar de que el concepto de funcionario público tiene un marcado carácter funcional, lo cierto es que por el simple hecho de participar en funciones públicas no se está automáticamente catalogado como funcionario público a efectos penales. A título de ejemplo, conviene precisar que si un particular auxilia a un funcionario agredido¹⁴³ o realiza cualquier otra acción que podría catalogarse como una tarea de función pública, no por ello tiene la categoría penal de funcionario público¹⁴⁴. Muy bien lo explica QUERALT¹⁴⁵ cuando aclara que la mera participación en funciones públicas no puede ser elemento desencadenador de la categoría de funcionario, porque ello podría conducir a que hubiera de ser considerado funcionario el particular que repele una agresión en legítima defensa, pues el fundamento de la legítima defensa se halla, por un lado, en la defensa de la propia persona y por otro en el mantenimiento del orden jurídico. Tal mantenimiento – como precisa este autor– es una función eminentemente pública, con lo cual el legítimo defensor al estarla ejerciendo devendría en funcionario público a efectos penales. Esta

¹⁴³ Ejemplo acertadamente referido por MUÑOZ CONDE, F: «Los delitos...», op. cit. P. 15.

¹⁴⁴ Otra cosa es que cuando en el marco de esas actuaciones recaiga sobre él la acción del delito de atentado el Código prevea la aplicación de un tipo privilegiado recogido en el artículo 555 del CP con ello, como en su momento se pondrá de manifiesto, el legislador penal dispensa una protección especial a quienes acuden en auxilio de los funcionarios públicos o autoridades pero en ningún caso otorga a esos particulares la catalogación de tales por mucho que se enmarque su actuación en el ámbito de la función pública.

¹⁴⁵ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *La obediencia debida en el Código Penal. Análisis de una causa de justificación (art. 8, 12ª CP)*, Librería Bosch, Barcelona 1986, pp. 139 y 140.

consideración, en cuanto absurda, demuestra que el hecho de la participación en las funciones públicas es un elemento necesario para atribuir el carácter de funcionario público a efectos penales, pero por sí solo no es un elemento suficiente.

No podemos omitir la existencia de una considerable polémica doctrinal en torno a qué debe entenderse por «ley» a efectos de este precepto. La cuestión oscila entre interpretar el término «ley» en sentido estricto –es decir entendiendo por tal sólo los actos normativos con fuerza de ley– al amparo de lo establecido en el artículo 116.1 a) de la Constitución, o por el contrario, considerar un criterio interpretativo más amplio y general, en virtud del cual se entienda por ley toda norma aunque en sí misma no goce de fuerza de ley. En este sentido y siguiendo a la mayoría de la doctrina entendemos que no existe razón objetiva alguna que justifique una interpretación amplia del término por lo que nos resulta más acertado adoptar una interpretación restrictiva y estricta, excluyendo todas las normas de rango inferior a ley, pues de lo contrario en los delitos especiales se extendería el ámbito de lo punible en perjuicio del reo¹⁴⁶.

Lo mismo ocurre con la exigencia de «**elección o nombramiento**», siendo preciso que la misma esté respaldada por una ley, pues lo contrario sería tan peligroso como dejar al más absoluto arbitrio de las autoridades administrativas el referido nombramiento, con la considerable repercusión que ello tendría para los tipos penales que analizamos. Algunos autores¹⁴⁷ llegan a exigir que la norma en virtud de la cual se realice la elección o el nombramiento tenga carácter orgánico. En realidad, y sin negar que ello supondría un garantismo deseable, lo cierto es que el Código Penal no exige tal circunstancia, ya que limitar la condición de funcionario, a efectos penales, a los nombrados en virtud de Ley Orgánica supondría excluir a la mayoría de los empleados públicos que suelen ser designados por leyes ordinarias, tal como permite la propia Constitución española¹⁴⁸.

Concretamente, y en lo que a la elección respecta, ésta en el marco de un sistema democrático debe identificarse generalmente como elección popular, pero en la práctica existen una serie de funcionarios públicos que no han sido directamente elegidos por los ciudadanos y que merecen tal calificación, llegando a catalogarse como autoridad. Tal es el caso de alcaldes, diputados provinciales, y presidentes de corporaciones provinciales, o de senadores representantes de las Cámaras legislativas autónomas. Así lo recuerda QUERALT JIMÉNEZ¹⁴⁹, al referirse a que determinados sistemas electorales por sufragio universal ponen en marcha un complejo sistema de elecciones indirectas, secundarias y hasta terciarias.

En conclusión –y a modo de resumen de este primer requisito del concepto– lo cierto

¹⁴⁶ En este sentido, ROIG TORRES, M: *El delito de ...*, op. cit., p. 107; OLAIZOLA NOGALES, I.: *El delito de cohecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 152 y QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho Penal Español, Parte Especial*. Atelier, Barcelona, 2002, p. 768.

¹⁴⁷ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: «El concepto penal de funcionario público», en *Cuadernos de política Criminal*, núm. 27, 1985, p. 489.

¹⁴⁸ Autores como ROIG TORRES reconocen la conveniencia de garantizar este tipo de cobertura pero a título de lege ferenda en «El delito de ...», op. cit., p. 108.

¹⁴⁹ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho Penal Español*, op. cit., p. 768.

es que los títulos mencionados por el artículo 24.2 del CP tales como nombramiento, elección o disposición inmediata de la ley, a juicio de gran parte de la doctrina¹⁵⁰, pueden reducirse a uno: **disposición inmediata de la ley**. Aunque, en sentido opuesto se pronuncian quienes¹⁵¹ consideran que con la generalización se incurre en el error de considerar tales títulos de participación –en el desempeño de una actividad pública– como títulos de incorporación a la Administración.

3.1.4.2. La función pública y la participación en ella como elemento nuclear del concepto.-

Si bien, el requisito de título que acabamos de analizar es igualmente exigible para que un sujeto pueda considerarse funcionario público a efectos penales, lo cierto es que *el elemento nuclear de la definición penal de funcionario público no es otro que la necesidad de que el sujeto participe del ejercicio de la función pública para poder considerarse como tal*. Este requisito, se ha dado en llamar «el elemento objetivo» de la definición.

Lo primero en lo que hay que detenerse es en delimitar qué debe entenderse por «**función pública**». QUERALT JIMÉNEZ¹⁵² amparándose en la llamada tesis objetiva, considera que la distinción entre funciones públicas y privadas no puede ser sino formal, es decir, en atención al sector del Ordenamiento Jurídico que contemple el régimen de giro del ente público cuyas funciones sean objeto de consideración. Para este autor, si la actividad del sujeto está sometida a Derecho privado serán funciones privadas y si por el contrario está sometida a Derecho público las funciones serán públicas. Por su parte, PORTILLA CONTRERAS¹⁵³ afirma que con este planteamiento se está limitando de manera excesiva el concepto de funcionario, al mismo tiempo que se confunde la calidad de la relación del servicio con el carácter de la acción llevada a cabo.

La tesis subjetiva considera que el elemento a tener en cuenta es la finalidad pública de los servicios prestados, de manera que, como entiende MUÑOZ CONDE¹⁵⁴ será pública la proyectada al interés colectivo o social, al bien común y realizada por órganos estatales o paraestatales.

Por último, hay quienes¹⁵⁵ no siendo partidarios de ninguna de las tesis expuestas, se adhieren a una tesis mixta defendiendo que es necesaria la conjunción de tres parámetros concurrentes, de tal forma que la función pública es la actividad llevada a cabo por tres entes públicos, mediante actos sometidos a Derecho público y a través de la cual se

¹⁵⁰ A título de ejemplo, MUÑOZ CONDE, F.: «Los delitos contra la ...», op. cit., p. 15.

¹⁵¹ Así lo entienden PORTILLA CONTRERAS, G.: *El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público*. Madrid, 1990, p. 146) y ALONSO PÉREZ, F.: «Delitos cometidos por funcionarios públicos contra el secreto de las comunicaciones mediando causa por delito», *La Ley*, núm. 4494, de 6 de marzo de 1998, p. 2.

¹⁵² QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: «El concepto penal...», op. cit., p. 481 y ss.

¹⁵³ PORTILLA CONTRERAS, G.: «El delito de práctica...», op. cit., p. 150.

¹⁵⁴ MUÑOZ CONDE, F.: «Los delitos contra...», op. cit., pp. 15 y 16.

¹⁵⁵ En esta línea, PORTILLA CONTRERAS, G.: «El delito de ...» op. cit., p. 151.

persiguen fines también públicos. Apoya esta corriente VIVES ANTÓN¹⁵⁶ para quien el concepto de «función pública» tiene tres aspectos claramente diferenciados: *Subjetivo* –es la actividad llevada a cabo por un ente público–, *objetivo* –es la realizada mediante actos sometidos al Derecho público– y *teleológico* –es aquella en la que se persiguen fines públicos –.

Por otra parte, y dejando ya el concepto de función pública en sí misma, el CP se refiere a una *participación* del sujeto **en la función pública**, sin que sea preciso su incorporación a la misma. Se centra ahora la polémica en dilucidar qué debe entenderse por participación, en otras palabras ¿qué es participar en la función pública? Para COBO DEL ROSAL¹⁵⁷, participar en la función pública es exactamente lo mismo que ejercer un cargo, en otras palabras: ejercer un cargo presupone –para este autor– la participación del ejercicio de la función pública, siendo evidente que se puede participar en esta sin tener cargo alguno¹⁵⁸.

OCTAVIO DE TOLEDO¹⁵⁹, sostiene que ejercer el cargo supone más que participar en el ejercicio de funciones públicas, porque la participación en tal ejercicio implica el del cargo y el ejercicio de tal cargo sí supone el ejercicio de la función.

Para QUERALT JIMÉNEZ¹⁶⁰, ejercer el cargo y participar en el ejercicio de funciones públicas es lo mismo a efectos penales; y ello porque entiende que «la coloquialidad de las expresiones del CP en este contexto no permiten efectuar preciosismos dialécticos con su terminología» y asimismo, considera que «no se ve la razón para atribuir tal característica de estilo a unas palabras y a otras no». En consecuencia, y para este autor, el Código Penal incluye otros individuos en la categoría de funcionarios, por vía del título de incorporación, los cuales de otro modo, no lo serían, como los ministros, los jurados, los alcaldes, etc.

JIMÉNEZ DÍAZ¹⁶¹, por su parte, se muestra partidaria de la no equiparación entre la participación del ejercicio de funciones públicas y el ejercicio de un cargo. Considera que la ostentación y el ejercicio de un cargo presupone la cualidad de funcionario público, y sólo se goza de tal cualidad cuando se cumple lo prescrito en el Código Penal, es decir cuando se participa de la función pública en cualquiera de los modos en él descritos. Así pues, entiende que quien ejerce un cargo, forzosamente y con carácter previo, participa del ejercicio de la pública función, en cuanto que no todo el que participa en ella disfruta del ejercicio de un cargo público.

Por su parte la jurisprudencia se ha ocupado de este requisito en sentencias como las

¹⁵⁶ VIVES ANTÓN, TS y GIMENO SENDRA, J.V.: *La detención*. Bosch, Barcelona, 1977, p. 51 y siguientes.

¹⁵⁷ COBO DEL ROSAL, M.: «Examen crítico del...», op. cit., p. 247.

¹⁵⁸ Para más información ver JIMÉNEZ DÍAZ, M.J.: *Los delitos de.....*, op. cit., p. 370.

¹⁵⁹ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: *La prevaricación del funcionario público*. Madrid, 1980, p. 139.

¹⁶⁰ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: «El concepto penal...», op. cit., p. 484.

¹⁶¹ JIMÉNEZ DÍAZ, M.J.: *Los delitos de.....*, op. cit., p. 371.

del Tribunal Supremo de fecha 12 de junio de 1990 (RJ 1990, 5276), 5 de febrero de 1993 (RJ 1993, 875), núm. 1108/1996 de 30 de diciembre (RJ 1996, 9786), núm. 682/1998 de 19 de mayo (RJ 1998, 828) ó núm. 307/2001 de 27 de febrero (RJ 2001, 483) entre otras. Especialmente ilustrativa resulta la sentencia núm. 333/2003 de 28 de febrero (RJ 2003, 2727) cuando afirma:

«La definición legal de funcionario público recogida en el artículo 24.2 del vigente Código Penal se compone de dos elementos o requisitos ya que no es suficiente con que participe en el ejercicio de funciones públicas sino que se requiere, además, que se haya incorporado a dicho ejercicio por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente (STS de 10 de octubre de 1.997), precisando que en el ámbito del derecho penal lo que importa es proteger penalmente el ejercicio de la función pública en orden a sus propios fines, garantizando a un tiempo los intereses de la administración (y su prestigio) y los de los administrados. Y en torno a la función pública y al origen del nombramiento gira la definición penal de funcionario: lo es el que participa del ejercicio de una función pública y por cualquiera de las tres vías de designación que recoge el precepto, de las que nos interesa en este caso el "nombramiento de autoridad competente". Nada importan en este campo ni los requisitos de selección para el ingreso, ni la categoría por modesta que fuere, ni el sistema de retribución, ni el estatuto legal y reglamentario, ni el sistema de previsión, ni aun la estabilidad o temporalidad».

De gran trascendencia nos resulta la necesidad de abordar la diferencia que existe dependiendo de la vertiente desde la que se aborde el concepto de funcionario público: esto es, desde la perspectiva de sujeto activo de determinados delitos especiales propios, o si se analiza como sujeto portador del bien jurídico tutelado por determinados delitos. Desde nuestra óptica, el requisito de «participación en la función pública» constituye el freno idóneo para evitar que se consideren portadores del bien jurídico protegido en los delitos de atentado, resistencia y desobediencia a profesionales que desempeñan unas funciones al margen de lo que se tutela con estas figuras penales. En realidad, es preciso analizar con el máximo detalle si ese profesional –posible sujeto pasivo de la acción– tiene encomendadas unas tareas y funciones cuya puesta en peligro o lesión atentan contra el buen funcionamiento del Estado, la salvaguarda del orden vigente y el mantenimiento de la seguridad ciudadana; en otras palabras: se trata de cerciorarse de que ese funcionario es portador del bien jurídico tutelado, pues solo así estará justificada la concesión de tutela penal no ya a esos sujetos sino más bien a las funciones que se les encomiendan.

Por todo ello, cuando se analice el artículo 24.2 del CP para verificar si un sujeto es funcionario público a efectos de poder configurarse como sujeto pasivo de la acción de estos delitos, habrá que interpretar el requisito de participación en la «función pública» desde una perspectiva tan restrictiva como sea necesario para asegurarse de que las funciones de esos sujetos guardan relación directa con el bien jurídico protegido y por tanto, dotar de protección sus funciones no supone una desvirtuación de la verdadera razón de ser de estos tipos.

3.1.5. El problema del llamado «funcionario de hecho». -

Como ya hemos mencionado, uno de los requisitos del artículo 24.2 del CP para poder catalogar a un sujeto 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. Esta exigencia legal, da lugar al problema de los llamados «*funcionarios de hecho*» que son quienes habiendo sido nombrados o elegidos legítimamente, no reúnen las condiciones necesarias para ello –no tienen título de Licenciado, o carecen de cualquier otro requisito legal de los establecidos en la convocatoria pertinente–.

COBO DEL ROSAL los define como «aquellos que participan en funciones públicas pero sin formar parte del organismo administrativo por faltarles un requisito esencial»¹⁶².

Como muy bien matiza DE LA VALLINA¹⁶³, la diferencia entre el funcionario de hecho y el de derecho, sólo 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 hecho existe alguna irregularidad más o menos aparente que impide que dicha relación sea de *jure*, pero en lo que al ejercicio de sus actividades respecta, no se percibe diferencia alguna entre ellos. De ahí, que al obrar como un auténtico funcionario y al margen de que existan irregularidades de derecho, se les llame «funcionarios de hecho». Para este autor, la definición exacta de funcionario de hecho es la siguiente: «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»¹⁶⁴.

Entendemos que 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 valer estos delitos cuando el destinatario de la acción sea uno de estos sujetos¹⁶⁵.

¹⁶² COBO DEL ROSAL, M.: «Examen crítico del...» op. cit., pp. 231 y 237.

¹⁶³ DE LA VALLINA VELARDE, J.L.: «Sobre el concepto de funcionario de hecho», *Revista de Administración Pública* núm. 29, mayo-agosto 1959, p. 115.

¹⁶⁴ *Ibidem*, pp. 133 y 134.

¹⁶⁵ Curiosa nos resulta la opinión de de FUEYO ÁLVAREZ, quien en el marco de la doctrina administrativa mantiene que en aras de del principio de seguridad jurídica y para proteger la buena fe de los terceros, es posible conferir validez a los actos efectuados por un usurpador. Para más información puede consultarse, FUEYO ÁLVAREZ, «La doctrina de la administración de facto», *Revista de Administración Pública*, mayo-agosto 1950, vol. 2º.

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 ello¹⁶⁶. En estos casos, los actos realizados, mientras no se ponga término a la anómala situación, tienen –a efectos penales– el carácter de acto realizado por un funcionario público, en cuanto reúnen las dos características que el Código Penal requiere para ello: el nombramiento por autoridad competente y la efectiva participación en el ejercicio de las funciones públicas. Es decir, la doctrina mayoritaria se inclina por atribuirles carácter de funcionarios públicos a efectos penales¹⁶⁷.

Pero esta consideración doctrinal mayoritaria va referida única y exclusivamente a los supuestos en los que el funcionario de hecho aparece como sujeto activo de alguno de los delitos cuya comisión se reserva a funcionarios públicos. 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 ejercen¹⁶⁸.

En conclusión –y siguiendo la opinión de CUERDA ARNAU– en lo referente a la consideración de funcionarios públicos a los funcionarios de hecho: «Bajo ningún concepto puede atribuírsele al particular que por propia iniciativa 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

¹⁶⁶ En este sentido, DE LA VALLINA VELARDE, J.L. en «Sobre el concepto...» op. cit., pp. 115 y ss. desarrolla de forma pormenorizada y extensa cuáles son los requisitos del funcionario de hecho, destacando principalmente: la existencia legal del cargo, la posesión del cargo y la apariencia de legitimada del título o nombramiento.

¹⁶⁷ RODRÍGUEZ DE VESA, J.M. y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal español. Parte Especial*. Editorial Dykinson, 18ª edición, Madrid, 1985, pp. 1126 y 1127. Además, apoyan esta tesis, entre otros: GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 101 y 102 y RODRÍGUEZ PUERTA, M.J.: *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*. Aranzadi, Pamplona 1999, p. 166.

¹⁶⁸ Especialmente ilustrativo nos resulta el acertado ejemplo de OLAIZOLA, al plantear el supuesto de que nombre eizaina a un sujeto que no reúna el hipotético requisito de persona nacida en el País Vasco. Estaríamos por tanto, ante un sujeto que no reúne los requisitos que la ley exige para acceder al cargo pero aún así merece tener la consideración de funcionario público. Para mayor extensión, ver OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, Valencia 1999, p. 167.

del órgano sin vicio alguno es, en suma, lo que procede atendiendo al 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»¹⁶⁹.

3.1.6. Conclusiones en torno al concepto de funcionario público.-

I.) Desde el punto de vista administrativo, funcionario público es todo aquel que incorporado a la Administración Pública en virtud de nombramiento legal, desempeña servicios con carácter permanente, figura en las correspondientes relaciones de puestos de trabajo y percibe sus retribuciones con cargo a los Presupuestos de la Administración respectiva. A pesar de que no se trata de un concepto pacífico, en sede de Derecho Administrativo bastará con *estar regido por el régimen de Derecho público y encontrarse adherido a la Administración* para considerarse funcionario público.

II.) *El legislador penal no pretende definir al funcionario público sino que su ambición queda limitada a elaborar un concepto penal, se trata de delimitar quienes deben considerarse funcionarios públicos a efectos penales.* La principal diferencia radica en que para el concepto penal de funcionario público no es necesaria la incorporación con carácter permanente ni vinculante del sujeto a la Administración, ni tampoco que exista una relación de servicios de aquél con ésta, bastando con que el sujeto participe en la función pública. Y es que *el concepto penal de funcionario público es más amplio que el administrativo, pues a tenor de sus exigencias se puede catalogar como tal a un individuo que en virtud de las directrices del ámbito administrativo no merece esa consideración.*

III.) El concepto penal de funcionario público es autónomo e independiente y se caracteriza por ser normativo –en tanto que su significación no es puramente descriptiva sino que lleva implícita una selección de entre la generalidad de los sujetos– y funcional –pues ha de tener virtualidad para todos los supuestos del Libro II en que el sujeto activo o el sujeto sobre que el que recaiga la acción sea funcionario–.

IV.) Los rasgos fundamentales del concepto penal radican en la necesidad de que *todo sujeto que participe del ejercicio de la función pública y lo haga en virtud de un título de los recogidos en el artículo 24.2 del CP, es decir, por disposición inmediata de la ley, por elección o nombramiento de la autoridad competente, tendrá la consideración de funcionario público a efectos penales.* Ciertamente, la primera exigencia legal podría resumirse en la necesidad de que el funcionario sea nombrado mediante disposición inmediata de la ley –pues tanto el nombramiento como la elección pueden resumirse en ello–. La segunda exigencia, que obliga a que el funcionario participe en el ejercicio de la función pública puede considerarse el elemento nuclear de la definición.

V.) La ubicación sistemática del artículo 24.2 encuentra su justificación en el carácter

¹⁶⁹ CUERDA ARNAU, M.L.. *Los delitos de...*, op. cit., p. 47.

eminentemente funcional del concepto pero resulta interesante e imprescindible matizar que el propio carácter dinámico y funcional del concepto hace que cobre diferentes visos según se esté definiendo al funcionario público como sujeto activo de delitos especiales propios o si por el contrario, como es el caso que nos ocupa, la acepción es utilizada como sujeto sobre el que pueda recaer la acción de un determinado delito, y en consecuencia como **portador** que no titular **de un bien jurídico** digno de protección penal. En este último supuesto, no albergamos duda de que el requisito de «participación en las funciones públicas» debe entenderse con aún más concreción pues *sólo podrán ser sujetos destinatarios de la acción de los delitos de atentado, resistencia y desobediencia, aquellos funcionarios públicos cuya participación en las funciones públicas sea digna y merecedora de tutela penal*. Por todo ello, *cuando se analice el artículo 24.2 del CP para verificar si un sujeto es funcionario público a efectos de poder configurarse como sujeto pasivo de la acción de estos delitos, habrá que interpretar el requisito de participación en la «función pública» desde una perspectiva tan restrictiva como sea necesario para asegurarse de que las funciones de esos sujetos guardan relación directa con el bien jurídico protegido*.

VI.) Respecto a los llamados «funcionarios de hecho», la doctrina ha entendido que la problemática va referida única y exclusivamente a los supuestos en los que el funcionario de hecho aparece como sujeto activo de alguno de los delitos cuya comisión se reserva a funcionarios públicos y resuelven el conflicto concediéndoles carácter de funcionarios públicos y del mismo modo entendemos que debe resolverse considerando a los funcionarios de hecho como posibles sujetos que soporten la acción de estos delitos .

3.2. Concepto de autoridad.-

3.2.1. Cuestiones previas.

La Real Academia Española de la Lengua define el término autoridad como: «Persona que ejerce o posee cualquier clase de autoridad. Potestad, facultad, legitimidad. Prestigio y crédito que se reconoce a una persona o institución por su legitimidad o por su calidad y competencia en alguna materia».

En realidad, el término «autoridad» no da lugar a un concepto unívoco sino que implica muy diversos significados. Así lo señala LÓPEZ-FONT MÁRQUEZ¹⁷⁰ al afirmar que no existe una definición legal de autoridad que sea válida para todo el Derecho Público español, por lo que cada Ordenamiento sectorial la define a sus propios efectos y con un criterio de mera utilidad, lo que hace que cada una de estas concepciones resulten, fuera del entorno jurídico donde surgen, controvertidas, críticas, parciales, y a veces, excluyentes.

Como apunta este autor, resulta paradójico que el «status» de autoridad pública en sus diversas manifestaciones –administrativa, judicial, legislativa, etc.– no ha recibido del legislador ni de la doctrina una atención parecida a la de la cualidad funcionarial, y ello a

¹⁷⁰ LÓPEZ-FONT MÁRQUEZ, J.F.: «La noción de autoridad en la legislación y jurisprudencia penal», *Revista de Administración Pública*, núm. 92, año 1980, p. 370.

pesar de que la función de autoridad es más enérgica y restrictiva para los derechos individuales más trascendentes.

Prueba de ello, es que en el Derecho Administrativo existe una laguna conceptual en tanto que no hay definición alguna de qué debe entenderse por autoridad. Y es que, para el sistema jurídico-penal la finalidad protectora del principio de autoridad y la de evitar las consecuencias para los particulares del ejercicio abusivo de esa función, hicieron sentir la imperiosa necesidad de definir la noción de autoridad para la tipificación de delitos en los que aparezca como sujeto activo y pasivo la persona que ostente tal cualidad; mientras que en el sistema jurídico-administrativo, el tema se plantea desde otras coordenadas, en unos casos la cuestión se centra en configurar sedes jerárquicas que ejerzan funciones directivas o de liderazgo en la Administración, adquiriendo la cualidad de autoridad un matiz diferenciador, mientras que en otros casos se trata de justificar mediante la idea abstracta de autoridad, una serie de acciones de poder administrativo limitadoras de derechos individuales, y de estructurar un sistema de control de conflictos jurisdiccionales entre las diversas autoridades que ejercen las funciones del Estado, Comunidades Autónomas, etc.¹⁷¹

El Tribunal Supremo, en sentencia de 15 de octubre de 1966 (RJ 1966, 4326) aclaró que la delimitación del concepto de autoridad a efectos penales no se identificaba, necesariamente y en todo caso, con la periférica normativa administrativa, al no ser el tipo una norma de las denominadas «en blanco».

Más antigua resulta ser la interesante STS de 22 de diciembre de 1970 en la que, con una evidente claridad expositiva, se pone de manifiesto la importancia que la noción de autoridad tiene en el campo penal:

«Para mantener la paz y el orden público, dentro de toda sociedad organizada, es indispensable proteger a las autoridades y sus agentes cuando ejerciten lícita y jurídicamente su función, por medio del poder coercitivo de supremacía e imperio, que mantiene *erga súbditos*, y por eso el Código penal, entre otros de sus artículos, 231, 236 y 237 tipifica como delito de atentado, resistencia y desobediencia, y en el 570, número 6, como falta de ésta última condición, las conductas de los ciudadanos, que de manera más o menos diversa y amplia en lo material o ideal, menosprecien el principio de autoridad que aquéllos encarnan o representan, por actuar con intención de ofensa desvalorativa, que es el elemento subjetivo del injusto preciso a tales infracciones y que supone, en definitiva, en unión de la acción objetiva, la rotura de la subordinación y acatamiento debido al ejercicio jurídico y lícito del poder, amparado penalmente. Esa protección a la autoridad y a sus agentes, en sentido inverso, exige a su vez, como presupuesto condicionante, en pro del buen orden público, y en evitación del imperio de la arbitrariedad y la anarquía, que al actuar aquellos ejerciendo poder coercitivo lo hagan cumpliendo los deberes que su función le impone, y de manera adecuada, idónea y hasta

¹⁷¹ *Ibíd.*, p. 367.

necesaria en relación a los medios que emplean, a cuyo fin es relevante el conocimiento y acatamiento de sus atribuciones reglamentarias; pero no pierden su carácter, ni se deja de cometer delito de atentado o desobediencia contra ellos, como en añeja doctrina ha venido estableciendo esta Sala, cuando al ejercitar su función, cometan meras extralimitaciones, excesos o hagan livianamente mal uso de sus atribuciones, pero que *le privan a despojan de él, las agresiones ilícitas* contra los derechos de los particulares, con *uso de la fuerza o violencia innecesarias, sin causa legítima* que las justifique, *pues en ese último supuesto, y sólo en él, desafuera* y entonces la fuerza o resistencia empleada contra el ciudadano, permitiendo a éste la reacción inmediata o sin solución de continuidad y proporcionada en su legítima defensa».

Lo primero que hay que advertir es que esta resolución –en tanto que está fechada en 1970– presenta un evidente arcaísmo en su exposición. En lo que en este instante del estudio nos interesa, hay que señalar que se hace referencia a la necesidad de proteger a las autoridades y a sus agentes *como instrumento de mantenimiento de la paz y el orden público*. En realidad –en nuestros días– afirmar eso supondría colisionar de lleno con el sistema establecido, ya que el objeto de protección ya no está en la autoridad y sus agentes en sí mismos, sino que ahora *el origen de esa tutela se encuentra en la necesidad de mantener la seguridad ciudadana y de proteger cualquier agresión al sistema constitucional establecido, dispensando imprescindible tutela a los operadores o autoridades en tanto que son portadores del bien jurídico desde el momento en que tienen atribuida la trascendente tarea de velar por el orden vigente, por la paz pública, por el mantenimiento de la seguridad ciudadana, y –en definitiva– por el normal desarrollo de la estructura democrática*.

Por otro lado, y al hilo de lo expuesto por esta sentencia, conviene aclarar que si bien hay un sector jurisprudencial tradicional que mantiene que cuando la autoridad se extralimita pierde su condición de tal, lo cierto es que, a nuestro entender, esto no es del todo correcto, pues la autoridad no pierde su condición de tal sino que cuando actúa con «notorio abuso de su cometido» u «obra al margen de la ley» automáticamente y desde el instante en que con su actuación se aleja del marco de la ley, pierde la protección o tutela penal que ésta le dispensa. Y ello simple y sencillamente porque *en un Estado Democrático de Derecho la ley no puede amparar nunca a quienes actúan al margen de ella*. La razón de ser de esa tutela penal reside en la importancia de las funciones que le vienen encomendadas a esos determinados profesionales, persiguiéndose con ello la salvaguarda y protección del sistema establecido, con lo cual y si como consecuencia de su proceder, las autoridades o sus agentes transgreden los límites del propio sistema, no tendría sentido alguno otorgarles protección penal.

3.2.2. Antecedentes históricos del concepto de autoridad

Previamente a la época codificadora, existen en España textos legales en los que aparece una protección penal para determinados cargos públicos¹⁷². A título de ejemplo, la

¹⁷² Para más información OCTAVIO DE TOLEDO, E: *La prevaricación del funcionario público*, Civitas,

Ley 10, título 20 del Ordenamiento de Alcalá donde bajo el epígrafe «*Pena de los que matan, hieren ó prenden a los del Consejo ó a los Alcaldes de la Corte, Adelantados o Merinos mayores*» se lee:

«La cosa que más puede embargar el Consejo del Rey, y los juicios de los juzgadores, es el temor y el recelo, quando lo han de algunas personas, porque temen de no aconsejar al Rey bien lo que deben, y los Juzgadores dexan de hacer justicia; y porque los del nuestro Consejo y Alcaldes de la nuestra Corte, y el nuestro Alguacil mayor; y el nuestro Adelantado de la frontera del reyno de Murcia, y de los Merinos mayores de Castilla, y de León y de Andalucía deben estar libres y sin recelo desto, y ser mas guardada la honra de ellos, por la fianza que en ellos tenemos, porque tienen en nuestro lugar la justicia; defendemos que ninguno no sea osado de matar, ni herir ni prender a qualquier de los sobredichos; y qualquier que los matare, que sea por ello alevoso, y lo maten por la justicia, pierda la mitad de lo que hobiere; pero si qualquier de los Oficiales sobredichos cometiere pelea, no usando de su oficio, que haya la pena que mandan los Derechos, según fuere el yerro».¹⁷³

Como puede comprobarse, el término «autoridad», brilla por su ausencia en esta normativa preconstitucional. La Constitución de Cádiz, introduce por primera vez en nuestro Derecho positivo el término «autoridad», vinculándolo al Monarca y en el marco de la cláusula de orden público y del concepto de seguridad exterior del Estado. Concretamente, en el Capítulo I del Título IV, artículo 170 se dice:

«La potestad de hacer ejecutar las leyes reside exclusivamente en el Rey, y su autoridad se extiende a todo cuanto conduce a la conservación del orden público en lo interior y a la seguridad del Estado en lo exterior, conforme a la Constitución y a las leyes».

Por su parte, el Código penal de 1822¹⁷⁴ recoge en varios de sus artículos en término «autoridad», destacando la amplia enumeración de autoridades llevada a cabo por el artículo 326:

«El que con designio de matar a algún Diputado de Cortes, Secretario de Estado y del Despacho, Consejero del Estado, Magistrado o juez, Gefe político o alcalde, General en gefe ó de división, Capitán, ó Comandante general de provincia, ó Gobernador militar, Prelado eclesiástico, ordinario, 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 esas

Madrid, 1980, pp. 151 a 160.

¹⁷³ *Novísima Recopilación de las Leyes de España*. Mandada formar por el Señor Don Carlos IV. Tomo V, Madrid, 1805, pp. 334 y ss.

¹⁷⁴ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA y OTROS: *Códigos Penales Españoles. Recopilación y concordancias*. Ediciones Akal, Madrid 1988.

personas cuando se hallen ejerciendo sus funciones ó por razón de su ministerio, sufrirá por solo este atentado aunque no llegue a herir ni a consumir el delito principal, la pena de cuatro a ocho años de presidio u otras públicas y perderá además los empleos, sueldos, honores que obtuviere. El que en igual caso cometiere igual atentado contra otro cualquiera funcionario público, sufrirá por este solo hecho una reclusión de uno a cinco años».

A nuestro juicio, lo más significativo del precepto, radica en la reducción de pena prevista cuando el atentado se cometa contra funcionario, de lo que se desprende que la pena variará sustancialmente si el delito se perpetra contra una autoridad o si es contra funcionario. Como muy bien precisa LÓPEZ-FONT MÁRQUEZ¹⁷⁵ el concepto de autoridad goza aquí de un claro carácter dinámico pues cabe la posibilidad de que personas que legalmente sean autoridad, no lo sean luego desde la instancia jurisdiccional. Se trata de una presunción *iuris tantum*, la cual se confirma a partir de dos elementos: habilitación o legitimidad para ostentar la cualidad jurídico-pública de autoridad y por otro lado se trata de saber si la autoridad actúa o no con «razón de ministerio» o en «ejercicio de sus funciones». El primer requisito es evidentemente objetivo pero el segundo goza de un mayor dinamismo.

En el Código Penal de 1850 el legislador con motivo de la tipificación del delito de desacato, en el artículo 192 refiere que autoridades son los cuerpos colegisladores, los senadores y diputados, los ministros de la Corona y otras autoridades en el ejercicio de sus cargos, así como los superiores jerárquicos con ocasión de sus funciones.

Pero, no encontramos una definición de autoridad hasta llegar al Código Penal de 1870. El artículo 260 se refiere a «Autoridades de nombramiento directo» y a «los que no fueren de nombramiento directo del gobierno». El mismo texto punitivo, ya en su artículo 277 establece el concepto en los siguientes términos:

«Para los efectos de los artículos comprendidos en los tres capítulos precedentes, se reputará Autoridad al que por sí solo o como individuo de alguna corporación o Tribunal ejerciere jurisdicción propia. Se reputarán también autoridades los funcionarios del ministerio fiscal».

De esta definición se desprende¹⁷⁶:

- 1.) Que la calidad de Autoridad no surge sólo por pertenecer a alguna corporación sino que puede ostentarse con carácter individual.
- 2.) Ha de ejercerse jurisdicción propia. La complejidad viene dada por esa alusión al término «jurisdicción», pues en realidad y siendo coherentes con el principio de división de poderes sólo ejerce jurisdicción el poder judicial, por lo que el término «autoridad» sólo se predicaría de los órganos de este Poder. Pero, lo cierto es que

¹⁷⁵ LÓPEZ-FONT MÁRQUEZ, J.F.: «Noción de autoridad...», op. cit., pp. 376 y 377.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 379.

esa no es la interpretación correcta porque el propio Código Penal de 1870 considera autoridad a los ministros de la Corona, por lo cual también son autoridad para el legislador penal los órganos del poder ejecutivo. En realidad, el concepto de jurisdicción está tan difuminado y es tan impreciso que no resulta nada útil para definir lo que sea autoridad, pasando la solución más aceptable por considerar que tanto las autoridades judiciales como las administrativas ejercen jurisdicción.

El Código Penal de 1928, por lo que a él respecta, no define el concepto de autoridad a efectos penales, sino que simplemente se limita a referirse a una serie de conductas tales como desacatos, injurias y amenazas contra las autoridades, sus agentes y funcionarios y a las corporaciones u organismos oficiales.

En el Código Penal de 1932 vuelve a recogerse un concepto de autoridad, concretamente en el artículo 270 en el que puede leerse:

«Se reputará Autoridad al que por sí solo o como individuo del alguna Corporación o Tribunal tuviera mando o ejerciere jurisdicción propia».

Como principal novedad, puede destacarse que en esta definición se recurre por primera vez al término «mando».

Llegamos así a la definición de autoridad recogida en el artículo 119 ACP:

«A los efectos penales, se reputará Autoridad al que por sí sólo o como individuo de alguna Corporación o Tribunal tuviere mando o ejerciere jurisdicción propia.

Se reputarán también autoridades los funcionarios del Ministerio Fiscal».

Como puede comprobarse, no se añaden novedades al concepto, si bien destaca la mención específica a los funcionarios del Ministerio Fiscal. La jurisprudencia se encargó de perfilar con total precisión quienes, aunque no estuviesen expresamente mencionados en el artículo 119, debían tener la consideración de autoridad. Así, resulta especialmente esclarecedora la STS de 15 de febrero de 1986 (RJ 1986, 610) en la que se dice:

«Fuera del texto del artículo 119 dicho, no es fácil encontrar otro precepto que defina lo que es autoridad, incluso en el derecho administrativo se echa en falta el concepto. En la Enciclopedia de Derecho y Administración se define a la autoridad como “Facultad legítima ya de establecer, de prescribir o de reducir a la ejecución cuanto concierna, total o parcialmente, a la organización, conservación y régimen del Estado”. El dictamen del Consejo de Estado de 26 de enero de 1961, aunque “ob iter dictum”, dice que es autoridad “quienes tienen atribuciones para dictar normas y tomar resoluciones. Cuando se trata de Colegios, la autoridad hay que predicarla de ellos mismos y de sus miembros”. Con este antecedente la doctrina legal vincula el concepto de autoridad al ejercicio de un poder, sea legislativo, ejecutivo o judicial –sentencias de 23 de

mayo de 1933, 5 de junio de 1965, 20 de noviembre de 1963– y por otra parte la Constitución, artículo 66.2 dice que las Cortes Generales tienen potestad legislativa[...] Lo mismo la ley que la jurisprudencia han sido liberales y generosos en la concesión de la cualidad de autoridad; como cumplidores de la exigencia de ejercer jurisdicción ha considerado autoridades a todos los miembros pertenecientes a la organización jerárquica judicial desde los cargos más altos a los antiguos Jueces Municipales y de Paz, y expresamente por disposición legal o reglamentaria, a los Notarios [...] Inspectores de Trabajo [...] Inspectores y Directores del Cuerpo de Prisiones [...] y la jurisprudencia a los Ministros (S. 29 de julio de 1907), Presidentes de Comisiones Gestoras (S. 23 de mayo de 1933), Alcaldes tanto en propiedad como accidentales (S. 11 de enero de 1984 y 12 de noviembre de 1986 y muchísimas más), Concejales (S. 2 de julio de 1909), Delegados de Hacienda (S. 16 de enero de 1901), los Curas Párrocos según la antigua legislación (S. 14 de enero de 1920), Catedrático (S. 16 de noviembre de 1899), Presidente de Junta Electoral (S. 8 de mayo de 1911), Jefes Provinciales de Correos (S. 6 de noviembre de 1984). Con todos estos antecedentes será insólito mantener que los Diputados a Cortes no son autoridad, cuando lo son los altos cargos de los poderes ejecutivo y judicial».

Esta línea jurisprudencial tan dignamente representada por la resolución cuyo párrafo acabamos de transcribir, dará lugar a que la novedad más llamativa del Código Penal de 1995 en lo que al concepto de autoridad respecta, verse sobre la ampliación de sujetos que deban tener tal consideración.

3.2.3. El concepto de Autoridad en el Código penal actual.-

El artículo 24.1 del CP establece:

«A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí sólo 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».

Como ya apuntábamos, el Código Penal actual mantiene la misma definición de autoridad que ya realizara el inmediatamente anterior texto punitivo. La única novedad que presenta es la inclusión de una relación no exhaustiva de quienes han de considerarse autoridad, y ello como consecuencia de una adhesión del legislador a la doctrina jurisprudencial existente en torno al artículo 119 ACP¹⁷⁷. Concretamente, otorga la consideración de autoridad a los miembros del Parlamento nacional, el europeo y los autonómicos. A pesar de que ello supone una mención expresa, lo cierto es que no se trata realmente de ningún cambio significativo, pues estos sujetos ya venían gozando de esa consideración al entender la doctrina y jurisprudencia que ejercían mando, si bien por un

¹⁷⁷ Buen ejemplo de ello la ya mencionada STS de 15 de febrero de 1986 (RJ 1986,610).

olvido legislativo no se hacía especial referencia expresa a ello¹⁷⁸.

Acertadamente manifestaba DEL TORO MARZAL, refiriéndose al artículo 119 párrafo 1º del ACP –perfectamente extrapolable a la actual regulación– que el legislador nos ofrece más que una definición de autoridad «una regla para las necesidades de interpretación del Código acertadamente considerada por Antón Oneca como un supuesto de interpretación contextual auténtica»¹⁷⁹.

Al igual que ya ocurriera con el concepto de funcionario público, el de autoridad, es un concepto válido únicamente para el terreno penal, aunque la inexistencia de un concepto administrativo, podría derivar en una inevitable extensión del concepto penal a éste otro ámbito. En realidad, no es del todo correcto aludir a un concepto de autoridad porque éste como tal brilla por su ausencia, y ello puede ser debido a que existe una concepción prejurídica amplia que engloba diversas categorías de autoridad –autoridad paterna, administrativa, religiosa– y quizás por ese motivo se considera que el término «autoridad» es un valor entendido, no encontrando la necesidad de profundizar un concepto estrictamente jurídico¹⁸⁰.

Así, y en cuanto a la ubicación sistemática del precepto, puede predicarse lo mismo que se afirmaba con motivo del análisis de la cuestión en el caso del concepto de funcionario público, ya que teniendo en cuenta la repercusión del concepto de autoridad, está perfectamente justificada la ubicación del mismo en el Libro I, Título I, Capítulo VI del texto punitivo.

Previamente al estudio de los elementos integradores del concepto de autoridad, es preciso matizar que tanto la doctrina como la jurisprudencia española coinciden en afirmar que los conceptos de funcionario y autoridad a efectos penales se mueven en una relación de género a especie, de tal manera que la autoridad sería un tipo de funcionario, concretamente aquél que tiene mando o ejerce jurisdicción propia¹⁸¹. Justamente estos dos requisitos son los que diferencian a las autoridades del resto de funcionarios, dicho de otro modo: ***para considerarse autoridad a efectos penales hay que cumplir además de los requisitos establecidos por el propio art. 24. 2, los señalados por el 24.1, existiendo pro tanto como presupuesto previo el requisito de ser funcionario público al amparo del CP.*** De hecho, no es posible otorgarle consideración de autoridad a quien no tenga como finalidad ejercitar funciones públicas, pues lo contrario desvirtuaría la propia razón de ser de estas figuras delictivas.

¹⁷⁸ OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, Valencia 1999, p. 172.

¹⁷⁹ DEL TORO MARZAL, A y OTROS: *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, Ariel, Barcelona 1972, p. 726.

¹⁸⁰ Así argumenta la ausencia de un concepto determinado, ÁLVAREZ VIZCAYA, M.: *Libertad de expresión...*, op. cit., p. 227.

¹⁸¹ Así lo contemplan entre otros, COBO DEL ROSAL, M: «Examen crítico del...», op. cit., p. 244; LLABRÉS FUSTER y TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *La responsabilidad penal...*, op. cit., p. 28; JIMÉNEZ DÍAZ, M.J.: *El delito de desacato...*, cit., p. 374 y ss; ÁLVAREZ VIZCAYA, M.: *Libertad de expresión...*, cit., p. 228.

Acertado matiz el de QUERALT JIMÉNEZ cuando afirma que el Código Penal utiliza el término funcionario público en un doble sentido: por un lado un *concepto amplio, comprensivo de todas las variantes y especificaciones de partícipes en funciones públicas*, y en sentido restringido referente a una clase de partícipe, definido en sentido negativo, por no tener cualidad de autoridad ni de agente de la misma. El funcionario en sentido estricto, no goza de las prerrogativas de mando o jurisdicción que caracterizan a la autoridad ni del poder coactivo con que está investido el agente de aquélla para llevar a la práctica sus resoluciones¹⁸².

En conclusión, es cuestión pacífica en la doctrina entender que toda autoridad o agente de la misma para tener tal consideración a efectos penales, es preciso que tenga la catalogación de funcionario público¹⁸³, mientras que por el contrario no todo funcionario público es autoridad.

Así, la acción de los delitos de atentado y resistencia puede recaer sobre un funcionario público en sentido estricto, sobre una autoridad, o sobre un agente de la misma, teniendo estos últimos como denominador común su carácter de funcionarios públicos, mientras que el delito de desobediencia no puede recaer sobre un funcionario público en sentido estricto, configurándose como sujetos que susceptibles de soportar la acción únicamente a las autoridades y sus agentes.

Una vez aclarado este extremo, llega el momento de analizar cuáles son los elementos configuradores del concepto de autoridad en el Código Penal de 1995 y en consecuencia, cuáles son los rasgos que diferencian a las autoridades de los funcionarios públicos en sentido estricto.

FERRER SAMA llamaba la atención sobre cómo el concepto de autoridad a efectos penales presenta una importante imprecisión, pues como el propio autor afirma: «Decir que será reputado autoridad a efectos penales el que por sí solo o como miembro de alguna Corporación o Tribunal tuviere mando o ejerciere jurisdicción propia es, en realidad, decir muy poco, pues tal definición de autoridad nos lleva a la necesidad de determinar qué se entiende por mando y qué se entiende por jurisdicción propia»¹⁸⁴.

La doctrina ha interpretado la exigencia de «**tener mando**» como la capacidad o potestad de reclamar obediencia¹⁸⁵. Pero, a pesar de que ésta es la línea mayoritaria, lo cierto es que la acepción de «ejercer mando» ha sido entendida con matices bien diferentes

¹⁸² QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho Penal...*, op. cit., p. 768.

¹⁸³ Así lo reconocía, a título de ejemplo, la antigua STS de 18 de abril de 1934 cuando afirmaba: que en el concepto de empleados públicos deben comprenderse desde los que figuran en las más altas categorías de la Administración, a los que ocupan puestos de orden secundario, los que se hallan investidos de autoridad y los que de colaboren al servicio de ésta.

¹⁸⁴ FERRER SAMA, A.: *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, Murcia 1948, p. 428.

¹⁸⁵ Así lo contemplan, entre otros: QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho Penal...*, op. cit., p. 769; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: «Autoridad y funcionario a efectos penales» en *Enciclopedia Penal Básica*, LUZÓN PEÑA, D.M. (Director), Comares, Granada 2002, p. 180; MIR PUIG, C: *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal*, Barcelona 2000, p. 27.

por los distintos autores. Tanto es así que hay quienes, como DEL TORO MARZAL¹⁸⁶, por ejemplo, aluden a una serie de condiciones como son:

- La voluntad de mando o de imperio que se concreta en el ejercicio erga subditos de un derecho de supremacía.
- La exigibilidad de la obediencia para todos los ciudadanos, pues de lo contrario, afirma este autor, «se estaría quebrantando el prestigio de los organismos decisores y se vulnerarían acuerdos de transcendencia social».
- Decisión de ejecución.

Para este autor hay que distinguir, a efectos penales, dos etapas en el ejercicio del acto autoritario: decisión y ejecución. Decisión sería la resolución que la Autoridad adopta ante un hecho jurídico social o de su competencia, mientras que ejecución es la práctica material de la decisión.¹⁸⁷

Por otro lado, QUERALT JIMÉNEZ entiende que: «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»¹⁸⁸. Asimismo, este autor recuerda que la expresión «mando» fue introducida en 1944 y su origen se debió a un retórico del legislador autoritario a fin de que quedara más claro que la autoridad es la que manda¹⁸⁹ y resumen el concepto en una sola frase: «Mando ha de entenderse como *potestad de reclamar obediencia*»¹⁹⁰.

QUINTERO OLIVARES afirma que «ejercer mando» o «jurisdicción propia» se puede definir 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 del superior»¹⁹¹.

A la opinión formulada por este autor se han planteado algunas objeciones, entre ellas, la expuesta por SERRANO BUTRAGUEÑO, que considera que si bien es cierto que el precepto se refiere a jurisdicción propia, no es convincente hacer coincidir la noción de

¹⁸⁶ DEL TORO MARZAL, A. (junto a CÓRDOBA RODA, G. y OTROS): *Comentarios al Código penal*, Tomo II, Barcelona 1972, p. 747.

¹⁸⁷ *Ibidem*, P. 146-147.

¹⁸⁸ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: «El concepto penal de funcionario público», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 27, 1985, pp. 496 y 497.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 498.

¹⁹⁰ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *La obediencia debida...*, op. cit., pp. 148 y 149.

¹⁹¹ QUINTERO OLIVARES, G. y OTROS: *Comentarios al nuevo Código penal*, Aranzadi, Pamplona 2004, 3ª edición, p. 302.

autoridad con lo que él llama «la atribución natural de las potestades legislativa, ejecutiva y judicial», ya que entiende que la autoridad, el mando o la jurisdicción también se ostenta y se ejerce por vía de la distribución de competencias en «diversos escalones»¹⁹².

Pero del mismo modo, hay quienes se adhieren a la opinión formulada por QUINTERO OLIVARES, y tal es el caso de CUERDA ARNAU que apunta que «se mantiene, pues, la tradicional referencia al ejercicio de mando o jurisdicción propia como características que singularizan este concepto frente al funcionario público, pues –como bien dice QUINTERO– dichos elementos no son equiparables a la mera independencia de funcional, que también los funcionarios pueden ostentar sin que ello les convierta en autoridad. En efecto, 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 [...] en relación con una potestad pública ya sea administrativa, ya sea judicial»¹⁹³.

Por su parte, ORTS BERENGUER considera que poseer mando supone «tener facultad de disponer, obligando a todos, con capacidad para imponer el cumplimiento de lo ordenado; naturalmente, en el ámbito público»¹⁹⁴, y respecto a la exigencia de ejercer «**jurisdicción propia**», este autor entiende que «no significa algo distinto, pues también significa poder, pero en el contexto del artículo 24 quizás con dichos términos se aluda a la potestad, especialmente a la de los Jueces y Tribunales, para conocer y resolver los asuntos sometidos a su consideración»¹⁹⁵.

DEL TORO MARZAL alude a que «no se entiende aquí por jurisdicción sólo el poder o la función de juzgar ni el conjunto de los órganos judiciales que incorporan aquél o practican ésta. Se trata de una función a considerar [...] 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»¹⁹⁶.

En similar línea se muestra QUERALT JIMÉNEZ aunque a juicio de este autor, en el ámbito administrativo, la jurisdicción delegada, quedaría fuera del concepto que analizamos, mientras que realiza una interpretación extensa del termino «corporación» al considerar que en él quedan englobadas 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»¹⁹⁷, y en lo que al término «Tribunal» respecta, afirma que el mismo se refiere a «los de la Administración de Justicia, ya que todos los que reciben esta denominación y no sean judiciales, al estar insitos en la Administración pública, quedan incluidos en la

¹⁹² SERRANO BUTRAGUEÑO, I. y OTROS: *Código penal de 1995...*, op. cit., p. 403.

¹⁹³ CUERDA ARNAU, M.L.: *Los delitos de.....*, op. cit., p. 52.

¹⁹⁴ En VIVES ANTÓN TS y OTROS: *Comentarios al Código...*, op. cit., p. 273 y ss.

¹⁹⁵ *Ibidem*.

¹⁹⁶ DEL TORO MARZAL, A. (junto a CÓRDOBA RODA, G. y OTROS): *Comentarios al...*, op. cit., p. 749.

¹⁹⁷ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: «El concepto de.....» op. cit., p. 501.

órbita de la expresión corporación»¹⁹⁸.

Interesante nos resulta el matiz aportado por JUANATEY DORADO, quien reconoce que el artículo 24 del CP ha venido a ratificar, en cierta medida, la interpretación de QUERALT, y ello porque se otorga expresamente el carácter de autoridad, junto a los miembros de las corporaciones y tribunales, a los órganos colegiados que ejerzan mando o jurisdicción propia y, en todo caso, a los señalados particularmente en dicho precepto. A pesar de ello, esta autora considera que «los órganos de gobierno de los colegios profesionales no deben considerarse autoridad a los efectos de lo dispuesto en el delito de desobediencia. El incumplimiento de las órdenes emitidas por los miembros rectores de un colegio profesional en ningún caso ha de ser constitutivo de un ilícito penal. La aceptación del principio de autoridad como valor protegido por el ordenamiento penal en un Estado de Derecho presupone una interpretación del mismo de carácter restrictivo, lo que significa, a su vez, una delimitación restrictiva de quienes son autoridad a los efectos penales»¹⁹⁹.

Para ROIG TORRES²⁰⁰ «mando quiere decir la potestad que en la esfera pública alguien tiene para obligar a otro dentro de su ámbito competencial, ya sea en el marco de una relación jerárquica (militar, policial, etc.) o en la que une a la Administración con el administrado. Por su parte, jurisdicción es la facultad de resolver, con carácter vinculante, mediante la aplicación del Derecho positivo». Continúa esta autora precisando que «la potestad de obligar propia de autoridad no debe entenderse en el sentido de imposición coactiva directa, que sólo en algunos casos es factible, sino como exigibilidad, siquiera sea por vía judicial [...] esa jurisdicción ha de ser “propia” de manera que una vez admitido que puede haber autoridades administrativas que la ejerzan, esta posibilidad ha de limitarse a fin de excluir a aquellas que actúen en la resolución de asuntos por delegación de otra superior».

Desde nuestra óptica²⁰¹, *el artículo 24.1 del CP lo que viene a exigir es que el sujeto tenga mando por sí sólo o como miembro de alguna Corporación, Tribunal u órgano colegiado. Por ello, se trata de un título individual y no colectivo, pues el hecho de pertenecer a una Corporación o Tribunal no deriva automáticamente en la necesidad de que ese individuo adquiera la condición de autoridad, sino que es preciso que ostente mando o jurisdicción porque justamente eso es lo que le caracteriza, por ende, en los casos de órganos pluripersonales no podrán considerarse autoridad todos sus miembros sino que habrá que atender a las circunstancias concretas, materializando la facultad de mando o jurisdicción de manera unitaria en el miembro más representativo de ese órgano, salvo que se considere que la facultad de mando o jurisdicción es colectiva. En consecuencia, puede que en determinados casos se repunte autoridad a quien ostente una jurisdicción colectiva y propia.*

¹⁹⁸ *Ibíd.*, p. 502 y ss.

¹⁹⁹ JUANATEY DORADO, C.: *El delito de desobediencia...*, op. cit., pp. 82 y 83.

²⁰⁰ ROIG TORRES, M.: *El delito de...*, op. cit., pp. 96 y 97.

²⁰¹ Siguiendo a TORRES FERNÁNDEZ, E.: «Los delitos de atentado...», op. cit., pp. 5 y 6, y a JIMÉNEZ DÍAZ, M.J.: *Los delitos de...*, op. cit., pp. 378 y 379.

A tenor de esto, resulta de interés resaltar lo manifestado por la STS de 26 de noviembre de 1973, la cual al referirse a la necesidad de *ejercer jurisdicción o mando* afirma:

«Que la protección dispensada por el delito de atentado a la Autoridad que define el artículo 119 del Código Penal se produce sólo cuando ejercite mando o jurisdicción, *siendo titular de un órgano, y desarrolle la función atribuida por el cargo, lo que tanto significa como tomar acuerdos o efectuar actos*, comprendidos en el orden de las facultades que posea cada Autoridad en particular, con la debida sumisión a su propia competencia y a la legalidad, ya que resulta indispensable actuar dentro del ejercicio jurídico lícito del poder coercitivo y de imperio que le corresponde, y que es precisamente el que le otorga carácter e investidura, por lo que no puedo convertirle la arbitrariedad, con una actuación, fuera o notoriamente al margen de la función –y no ya mera extralimitación o exceso dentro de la misma, por arrancar de ella legítimamente–, porque es de exigir jurídica y legítimamente el quehacer adecuado, idóneo y necesario de la misma, y del ejercicio de los medios de su desarrollo, dentro de las atribuciones legales o reglamentarias estrictas, que deben conocerse y guardarse; razones por las que ha de concluirse que cuando no actúa la Autoridad como órgano, sino en cuanto persona particular, defendiendo sus intereses privados, amparándose indebidamente en su investidura, deja de hallarse protegido penalmente, *porque únicamente a la Autoridad que dirige el órgano que representa al Estado, dentro de su competencia, y que ejerce la misión atribuida obrando para la función, a la que se tutela por el delito de atentado, ya que resulta la única que manifiesta legitimidad de contenido*».

Asimismo –y refiriéndose también al concepto de autoridad– se pronuncian sentencias como la del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1986 (RJ 1986, 3192) en la que textualmente se dice que la noción esencial de éste concepto es

«Que la participación en las funciones públicas se traduzca en la legítima posesión de una determinada fuerza coactiva, representada por las expresiones utilizadas en el indicado artículo 119 por las notas de que “*tuviere mando o ejerciere jurisdicción propia*”».

Por su parte, la STS de 26 de octubre de 1979 (RJ 1979, 3756) recuerda que el concepto de autoridad a efectos penales sólo puede ser deducido de lo establecido por el CP, así la citada resolución dice:

«Que a diferencia de lo que ocurre con otros preceptos incompletos o en blanco para llenar los cuales es preciso acudir a conceptos o definiciones contenidas en otras ramas del Derecho, para integrar el delito de atentado previsto y penado en los arts. 231, 232 y 236 del CP ; no es preciso salir del ámbito del propio CP; ya que en su art. 119 contiene una clara, expresa y terminante definición de lo que ha de entenderse por autoridad, y por

funcionario público, a efectos penales, por ello, aun cuando una persona se halle investida de la condición de Autoridad, a otros efectos, por venir así dispuesto en normas pertenecientes a una de las diferentes disciplinas de las que integran el ordenamiento jurídico, no puede atribuírsele tal condición, a efectos penales, si no la tiene conforme a lo preceptuado en el mentado art. 119 del CP que, como todo precepto de esta naturaleza, no puede ser objeto de interpretación extensiva ni analógica».

Nos llama la atención, igualmente, lo manifestado en la STS de 8 de octubre de 1990 (RJ 1990, 7916) en tanto que en ella se recoge:

«La persistencia de la actual redacción del artículo 119 del Código Penal hace necesaria una interpretación no sólo conceptual sino también político-constitucional para deslindar las distintas categorías funcionales que en él se describen. Los criterios jurisprudenciales elaborados durante el régimen autoritario y personalista deben ser revisados a la luz de los principios rectores de la democracia representativa basada en el principio de la soberanía popular.

Por un lado se reputa Autoridad al que por sí solo, es decir a título personal, o bien como individuo de una Corporación o Tribunal tuviere mando o ejerciere jurisdicción propia. La lectura de su texto pone de relieve la absoluta imprecisión de conceptos, equiparando, sin los debidos matices a todas las Corporaciones de derecho público, lo cual puede ser coherente en un sistema de unidad de poder o diversidad de funciones pero quiebra cuando se pretende trasplantar tan heterogéneas consideraciones a un sistema democrático representativo basado en la división de poderes».

En este pronunciamiento el Tribunal pone de manifiesto la evidente imprecisión terminológica del artículo 24.1 del CP, pues si bien entendemos que el concepto por él ofrecido es lógico y comprensible que presente un acertado carácter funcional y que, por tanto, sea aplicable a todas las figuras delictivas del texto punitivo en las que tenga algún protagonismo la autoridad –bien como sujeto activo o como sujeto sobre el que recaiga la acción–, lo cierto es que la amplitud de la definición plantea, como hemos tenido ocasión de plasmar, una gran controversia para la doctrina y la jurisprudencia españolas, quienes no tienen más remedio que realizar una labor interpretativa del precepto para acabar de perfilar un concepto que no ha sido suficientemente delimitado por el legislador penal.

Tal labor interpretativa debe llevarse a cabo con la suficiente cautela, pues se trata de concretar el concepto **penal** de autoridad y por tanto, resulta conveniente utilizar criterios restrictivos que no desvirtúen el sentido de la ley penal pues sería contraproducente configurar un concepto tan amplio que diera cabida como posibles sujetos soportadores de la acción de estos delitos a toda una serie de profesionales cuyas funciones se alejen del propio bien jurídico tutelado.

En definitiva lo cierto es que se hacen coincidir las facultades de mando con las de dirección, coordinación y supervisión, así como, sobre todo, con la potestad disciplinaria, siendo necesario acudir a la casuística concreta ya que los Tribunales no optan por aportar

soluciones generales²⁰².

Resulta interesante detenerse en lo establecido en el artículo 283 de la LECRIM, el cual enumera a toda una serie de profesionales que deberán considerarse a efectos de este texto legal como Policía Judicial y auxiliares de los Jueces y Tribunales. Por lo tanto, y desde el punto de vista del ordenamiento procesal penal, son autoridad, entre otros: los Alcaldes, Tenientes de Alcalde y Alcaldes de Barrio; los Jefes, Oficiales e individuos de la Guardia Civil o de cualquier otra fuerza destinada a la persecución de malhechores; los Serenos, Celadores y cualesquiera otros agentes municipales de policía urbana o rural; los Guardas de montes, campos y sembrados, jurados o confirmados por la Administración; los funcionarios del Cuerpo especial de prisiones; los Agentes judiciales y los subalternos de los Tribunales y Juzgados y el personal dependiente de la Jefatura Central de Tráfico, encargado de la investigación técnica de los accidentes. Tal precepto atribuye unas funciones de auxilio a estos profesionales en materia penal, de tal manera que les obliga a seguir las instrucciones de los Jueces y Tribunales o del Ministerio Fiscal a efectos de investigación de delitos y persecución de delincuentes. Por lo tanto, resulta de lógica pensar que si estos sujetos asumen tareas de tal relieve, acometer contra ellos supondría la puesta en peligro de la seguridad ciudadana pues están asumiendo funciones que bien justifican su protección penal. Ahora bien, para poder considerarlos sujetos sobre los que pueda recaer la acción de los delitos de atentado, resistencia y desobediencia será imprescindible que tales profesionales tengan la catalogación de funcionarios públicos por ser ello una exigencia del legislador penal, circunstancia que unida al hecho de que asuman funciones relativas a la investigación de delitos y persecución de delincuentes, justifica plenamente su inclusión como profesionales cuyas funciones merecen tutela penal. Por el contrario, en los casos en los que no tengan el estatus de funcionarios públicos no podemos incluirlos en el ámbito de protección de estos ilícitos penales, pues por mucho que la Ley de Enjuiciamiento Criminal los defina como Policía Judicial, tal delimitación se está efectuando a efectos de legislación procesal penal. Así las cosas, el artículo 283 del referido texto legal está enumerando a esos sujetos para atribuirles unas determinadas funciones, las cuales por su importancia y repercusión en la seguridad ciudadana merecen ser tuteladas pero en caso de que esos sujetos nos sean funcionarios públicos no habrá más opción que proteger sus funciones por la vía del artículo 555 del CP.

3.2.4. Conclusiones relativas al concepto de autoridad.-

I.) Como ya ocurría con el concepto de funcionario público, el de autoridad viene definido por distintos sectores del ordenamiento jurídico, lo que hace que cada una de estas concepciones resulten, fuera del entorno jurídico donde surgen, controvertidas, críticas, parciales, y a veces, excluyentes. En el Derecho Administrativo existe una laguna conceptual en tanto que no hay definición alguna de qué debe entenderse por autoridad por lo que puede darse una inevitable extensión del concepto penal a aquel otro orden jurídico. Pero, la autoridad –desde el prisma penal y más concretamente como sujeto sobre el que puede recaer la acción de estos delitos– debe definirse en coherencia con el origen de tutela a la misma que se encuentra *en la necesidad de mantener la seguridad ciudadana y de*

²⁰² En esta línea, ROIG TORRES, M.: *El delito de.....*, op. cit., p. 97.

proteger cualquier agresión al sistema constitucional establecido, dispensando imprescindible tutela a los operadores o autoridades en tanto que son portadores del bien jurídico desde el momento en que tienen atribuida la trascendente tarea de velar por el orden vigente, por la paz pública y por el normal desarrollo de la estructura democrática

II.) Es la Constitución de Cádiz, la que introduce por primera vez en nuestro Derecho positivo el término «autoridad», vinculándolo al Monarca y en el marco de la cláusula de orden público y del concepto de seguridad exterior del Estado. Al margen de esto, no encontraremos una definición de autoridad hasta llegar al Código Penal de 1870 de la cual se desprende que la calidad de Autoridad no surgía sólo por pertenecer a alguna corporación sino que se podía ostentar con carácter individual y además, tenía que ejercer jurisdicción propia. Posteriormente, en el Código de 1932 se introduce por primera vez el término «mando».

III.) La definición actual del artículo 24.1 no presenta novedades respecto a la que albergaba el art. 119 del ACP salvo la supresión de la mención expresa al Ministerio Fiscal. Es cuestión pacífica en la doctrina entender que toda autoridad o agente de la misma para tener tal consideración a efectos penales, es preciso que tenga la catalogación de funcionario público, mientras que por el contrario no todo funcionario público es autoridad. Resulta muy necesario aclarar que *los delitos de atentado y resistencia pueden recaer sobre un funcionario público en sentido estricto, sobre una autoridad, o sobre un agente de la autoridad, teniendo estos últimos como denominador común su carácter de funcionarios públicos, mientras que el delito de desobediencia no puede recaer sobre un funcionario público en sentido estricto sino única y exclusivamente sobre una autoridad o un agente de la misma.*

IV.) El artículo 24.1 del CP exige que la autoridad tenga «mando» o ejerza «jurisdicción propia». La doctrina ha interpretado la exigencia de «tener mando» como la capacidad o potestad de reclamar obediencia²⁰³. Pero, a pesar de que esta es la línea mayoritaria, lo cierto es que la acepción de «ejercer mando» ha sido entendida con matices bien diferentes por la doctrina como ejercicio erga subditos de un derecho de supremacía y decisión de ejecución²⁰⁴ o 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 del superior»²⁰⁵, mientras que la exigencia de ejercer «**jurisdicción propia**» hay quien considera que «no significa algo distinto, pues también significa poder, pero en el contexto del artículo 24 quizás con dichos términos se aluda a la

²⁰³ Así lo contemplan, entre otros: QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho Penal...*, op. cit., p. 769; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: «Autoridad y funcionario a efectos penales» en *Enciclopedia Penal Básica*, LUZÓN PEÑA, D.M. (Director), Comares, Granada 2002, p. 180; MIR PUIG, C: *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal*, Barcelona 2000, p. 27.

²⁰⁴ DEL TORO MARZAL, A. (junto a CÓRDOBA RODA, G. y OTROS): *Comentarios al Código penal*, Tomo II, Barcelona 1972, p. 747.

²⁰⁵ QUINTERO OLIVARES, G. y OTROS: *Comentarios al nuevo Código penal*, Aranzadi, Pamplona 2004, 3ª edición, p. 302.

potestad, especialmente a la de los Jueces y Tribunales, para conocer y resolver los asuntos sometidos a su consideración»²⁰⁶. Personalmente²⁰⁷ entendemos que *el artículo 24.1 del CP lo que viene a exigir es que el sujeto tenga mando por sí sólo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado. Por ello, se trata de un título individual y no colectivo, pues el hecho de pertenecer a una Corporación o Tribunal no deriva automáticamente en la necesidad de que ese individuo adquiera la condición de autoridad, sino que es preciso que ostente mando o jurisdicción porque justamente eso es lo que le caracteriza, por ende, en los casos de órganos pluripersonales no podrán considerarse autoridad todos sus miembros sino que habrá que atender a la circunstancia concreta, materializando la facultad de mando o jurisdicción de manera unitaria en el miembro más representativo de ese órgano, salvo que se considere que la facultad de mando o jurisdicción es colectiva*. En consecuencia, puede que en determinados casos se repunte autoridad a quien ostente una jurisdicción colectiva y propia.

3.3. La referencia a «agentes de la autoridad».-

No podemos hacer referencia a un concepto legal de «agente de la autoridad» porque en realidad no existe tal, ya que el CP únicamente sabemos se refiere a ellos en los artículos: 118.1.3ª párrafo segundo, 121 (párrafos primero y segundo), 187.1, 188.2, 215.1, 303 párrafo primero, 372 párrafo primero, 380, 412.2, 450.2, 451.3º, 514.3, 521, 536, y por supuesto, en los artículos 550, 552.2ª, 555, 556 y 634, pero en ningún momento se atreve a ofrecer definición alguna.

Así las cosas, y pesar de esta extensa mención al mismo, lo cierto es que el legislador no acuña un concepto de agente de autoridad, de tal manera que si pretendemos encontrar un concepto legal de esta acepción nos tenemos que remontar al Código penal de 1928, el cual en su artículo 213.3º decía:

«Se considerarán agentes de la Autoridad, no sólo los funcionarios que con tal carácter dependan del Estado, o de la Provincia o del Municipio, sino los de otras entidades que realicen o coadyuven a fines de aquéllos y los que tengan a su cargo alguna misión general o determinada y en disposición reglamentaria o nombramiento expedido por Autoridad competente o delegado de ésta, se expresa el carácter de tal agente».

Más antigua aún es la STS de 27 de mayo de 1878²⁰⁸ en la que se define a los agentes de la autoridad como quienes por razón de su cargo están obligados a auxiliar a la autoridad en el ejercicio de sus funciones y a ejecutar y llevar a efecto sus providencias, acuerdos, órdenes y mandatos.

POLAINO NAVARRETE llama la atención sobre cómo este silencio del legislador

²⁰⁶ *Ibídem*.

²⁰⁷ Siguiendo a TORRES FERNÁNDEZ, E.: «Los delitos de atentado...», op. cit., pp. 5 y 6, y a JIMÉNEZ DÍAZ, M.J.: *Los delitos de...*, op. cit., pp. 378 y 379.

²⁰⁸ Referida por GARCÍA TREVIJANO FOS, J.A.: *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III, Vol. 1º, Edersa, Madrid 1970, p. 432.

excepciona la sistemática general del Código y refiriéndose a éste afirma que «suele referirse casi permanentemente [...] a la autoridad y funcionario público, en el sobreentendido de que el agente de la autoridad sea asumido por el concepto material de éste, sin necesidad de su específica mención legal, por lo demás singular y excepcional dentro del propio sistema general del vigente texto punitivo»²⁰⁹. En realidad, no parece nada acertada esta omisión legislativa, pues teniendo en cuenta que los agentes de la autoridad son reiteradamente mencionados por el Código y que juegan un papel importante en gran número de figuras delictivas, no podemos por menos que calificar de lamentable tal dejación del legislador.

Ante la ausencia de un concepto legal, la doctrina y jurisprudencia españolas se han visto obligadas a dotar de sentido tal acepción. Esa laguna legal, ha conllevado que en ocasiones la propia jurisprudencia haya tenido serias dudas sobre la autonomía del concepto de agente de la autoridad, llegando incluso a confundirlo con el de funcionario. Prueba de ello, la STS de 5 de octubre de 1974 en la que se dice:

«Que para que concurra el delito de atentado [...] se precisa la coincidente concurrencia de los siguientes requisitos: 1º) en cuanto al sujeto pasivo, pues el activo no ofrece peculiaridad alguna, que se trate de Autoridad, agente de la misma, o funcionario público, siendo de destacar, que a la vista del artículo 119 del Código Penal, entre funcionario y agente, no existe, ni teórica ni prácticamente, diferencia alguna, pudiéndose definir aquél como la persona que por disposición inmediata de la ley o por nombramiento de autoridad competente tiene por misión mantener el orden público y mantener la seguridad de las personas y de las propiedades; 2º) que el dicho sujeto pasivo se halle en el ejercicio de sus funciones, o que el ataque se realice con ocasión de las mismas, es decir, in contemplatione officii».

Por su parte, la línea mayoritaria de la doctrina ha venido caracterizando a los agentes de la autoridad como aquellos funcionarios públicos encargados de ejecutar las decisiones de la autoridad²¹⁰.

A título de ejemplo, CEREZO MIR apunta que «en sentido estricto, agente es sólo aquél funcionario público que sirve a la autoridad mediante actos de índole ejecutiva, es decir, que está encargado de aplicar, o hacer cumplir, las disposiciones de la autoridad».²¹¹

²⁰⁹ POLAINO NAVARRETE, M. en COBO DEL ROSAL y OTROS: *Curso de Derecho Penal español. Parte Especial II*. Marcial Pons, Madrid 1997, p. 846.

²¹⁰ GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, Tomo III, Burgos 1874, p. 451, CUELLO CALÓN, E.: *El nuevo Código penal español*, libro segundo, Bosch, Barcelona 1930, p. 89, JUANATEY DORADO, C.: *El delito de.....*, op. cit., p. 83, TORRES FERNÁNDEZ, E.: «Los delitos de atentado...», op. cit., pp. 6 y 7, CÓDOBA RODA, J.: *Comentarios al Código penal*. Tomo II, Marcial Pons, Madrid 2004, p. 2517.

²¹¹ CEREZO MIR, J.: «Los delitos de atentado propio, resistencia y desobediencia» En: *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Tecnos, Madrid 1981, p. 208 (artículo también publicado en *Revista de estudios penitenciarios* núm. 173, abril-junio 1966.)

Para VIVES ANTÓN y CARBONELL MATEU los agentes de la autoridad son «una subespecie de funcionarios públicos, a saber, aquellos funcionarios públicos a quienes compete la realización de actos materiales»²¹².

Mientras que, por su parte, CASARES VILLANUEVA entiende que agente de la autoridad es «quien en el ámbito de la órbita de sus competencias o actividad tiene mando o potestad delegada»²¹³.

Para JIMÉNEZ DÍAZ²¹⁴ agentes de la autoridad serán sólo aquellos funcionarios que tengan como misión la ejecución de las decisiones adoptadas por la autoridad y, fundamentalmente las relacionadas con la vigilancia o policía pública.

Resulta especialmente interesante en cuanto a su amplitud, el concepto que en su momento acuñó VIADA quien entendía que los agentes de la autoridad son «aquellas personas que por disposición inmediata de la ley o por nombramiento de la autoridad competente tienen por encargo mantener el orden público y proteger la seguridad de las personas y las propiedades»²¹⁵. De ello se deriva, que para este autor tenían la consideración de agentes de la autoridad las personas que acudiesen en auxilio de ésta y también los funcionarios públicos, entendiéndose precisa la condición de que presten ese auxilio en virtud de orden o requerimiento de aquella²¹⁶.

Extensiva parece también la definición de MUÑOZ CONDE, que apunta que «los agentes de la autoridad no ostentan estas cualidades –refiriéndose a las de mando y jurisdicción propia– pero en tanto que participen de las funciones públicas y estén incorporados a ellos en virtud de los títulos antes citados pueden tener la cualidad de funcionarios públicos»²¹⁷.

QUINTERO OLIVARES²¹⁸ critica la mención del Código a los «agentes de la autoridad», apuntando a que la misma puede dar lugar a entender a éstos como un «tercer género» intermedio entre las Autoridades y los funcionarios. Para este autor, si la referencia a este término implica entender que son agentes de la autoridad solamente quienes determina la Ley Orgánica 2/1986 de 13 de marzo, en su artículo 7.1, es decir: los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, no habría dificultad alguna. Pero, si por el contrario, se permite la inclusión en el citado concepto de todos aquellos que, en leyes que carezcan de carácter de orgánicas, reciban la denominación de «agentes», se estaría conculcando el límite formal- constitucional de la reserva de ley para la materia penal.

El Tribunal Supremo ha definido a los agentes de la autoridad en sentencias como la

²¹² VIVES ANTÓN y OTROS: *Comentarios al Código...*, op. cit., p. 2077.

²¹³ CASARES VILLANUEVA, M.L.: «Atentado, resistencia...», op. cit., p. 179.

²¹⁴ JIMÉNEZ DÍAZ, M.J.: *Los delitos de desacato...*, op. cit., p. 383.

²¹⁵ VIADA Y VILASECA, S.: *Código penal reformado de 1870 con las variaciones introducidas en el mismo por la ley de 17 de julio de 1876. Concordado y comentado*, Tomo II, 4ª edición, Madrid, 1890, p. 209.

²¹⁶ *Ibidem*.

²¹⁷ MUÑOZ CONDE, F.: «Los delitos contra la administración...», op. cit., p. 16.

²¹⁸ QUINTERO OLIVARES, G.: *Comentarios al nuevo Código...*, op. cit., p. 301.

de 29 de octubre de 1979 (RJ 1979, 3763) como:

«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».

Similar definición, aunque con matices ofrece la STS de 18 de noviembre de 1992 (RJ 1992, 9605), cuando afirma que

«Los Agentes de la Autoridad son personas que, por disposición legal o nombramiento de quien para ello es competente, se hallan encargados del mantenimiento del orden público y de la seguridad de las personas y de las cosas, cometido reservado exclusivamente a los Cuerpos de Seguridad del Estado –Las Policías Locales y Autónomas, son colaboradores de dichos Cuerpos–»

Asimismo, el Alto Tribunal en sentencias como la de 25 de octubre de 1991 (RJ 1991, 7382) ha venido manteniendo lo que se ha dado en llamar «la doctrina negativa de la condición de agentes de la autoridad» mediante un triple argumento: a) El principio de reserva de ley; b) El carácter privado de la función que realiza; c) La consideración de sus funciones como de prestación de servicios complementarios o auxiliares de las Fuerzas de Seguridad estatal, autonómica o local.

Cuestión que se nos muestra como trascendental es la exigencia del respeto debido al principio de reserva de ley, de modo que sólo pueden considerarse Agentes de la Autoridad aquéllos a quienes la ley asigna tal carácter, y en consecuencia no existirá base legal alguna para considerar como agentes de la autoridad a sujetos distintos a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, incluyendo el Cuerpo Nacional de Policía, la Guardia Civil, los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas y los Cuerpos de Policías Locales²¹⁹.

En la praxis, la jurisprudencia ha considerado agentes de la autoridad y, por tanto, sujetos sobre los que puede recaer la acción de los delitos de atentado, resistencia y desobediencia a: miembros de la Guardia Civil²²⁰, Comisarios de Policía, Policías, Agentes de los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas, Agentes de la Policía Local, ello en SSTS núm. 951/1995 de 2 de octubre (RJ 1995, 6961); núm. 891/1995 de 10 de julio (RJ 1995, 5429); núm. 628/1997 de 7 de mayo (RJ 1997, 4026); núm. 413/1995 de 23 marzo (RJ 1995, 2260); núm. 624/1995 de 9 de mayo (RJ 1995, 3573); núm. 52/1997 de 20 de enero (RJ 1997, 187); núm. 230/1997 de 19 de febrero (RJ 1997, 1133); núm. 173/1996 de 27 de febrero (RJ 1996, 1394); núm. 737/1997 de 13 de mayo (RJ 1997, 4041); núm.

²¹⁹ Para comprobarlo, basta con acudir a la Ley Orgánica 2/1986 de 13 de marzo, en sus artículos 9 apartados a y b, 37 y siguientes así como 51 y siguientes.

²²⁰ Especial mención merecen estos casos que serán objeto de análisis en un epígrafe específico.

191/1995 de 14 de febrero (RJ 1995, 757); núm. 670/1996 de 3 de octubre (RJ 1996, 7826); núm. 742/1996 de 17 de octubre (RJ 1996, 7815) y núm. 1277/1997 de 23 de octubre (RJ 1997, 7306)²²¹.

Bien es cierto, que existen otros sujetos que, –aun si estar expresamente indicados en el artículo 7.1 de la LOFCS– tienen la consideración de agentes de la autoridad. Tal es el caso, por ejemplo, de «las personas que realicen labores de inspección» de las actividades de gestión de recursos, en virtud de lo establecido en el artículo 29.2 de la Ley 10/1998 de 21 de abril, de Residuos.²²² Lo mismo ocurre con los agentes judiciales, quienes ostentan tal condición por previsión expresa del artículo 15 apartado 1 del Real Decreto 249/1996, de 16 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de los Cuerpos de Oficiales, Auxiliares y Agentes al Servicio de la Administración de Justicia.

Por ello, no puede obviarse que en determinados casos es preciso acudir a las normas extrapenales para poder concretar con precisión el elemento normativo que supone el carácter de agente de la autoridad²²³.

3.4. Problemática en torno a los profesionales de la seguridad privada.-

Una de las cuestiones más discutidas es la relativa a si los vigilantes de seguridad privada deben tener la consideración de agentes de la autoridad y por ende, si puede recaer sobre ellos la acción de estos delitos. No existe duda alguna respecto a afirmar que estos sujetos no pueden encuadrarse en el artículo 24 del CP, pues no cumplen en absoluto los requisitos exigidos para ser funcionario público en sentido estricto²²⁴, y por ende ni siquiera se plantea su posible carácter de autoridad. Ahora bien, la posibilidad de que se les considere agentes de la autoridad, sí ha dado lugar a una extensa polémica.

Lo primero que hay que aclarar es qué se entiende, a efectos legales, por «Seguridad Privada». La propia Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada²²⁵ (RCL 1992/1740), deja entrever en su artículo 1 que ésta debe concebirse como:

«La prestación por personas, físicas o jurídicas, privadas de servicio de vigilancia y seguridad de personas o bienes, que tendrán la consideración de actividades complementarias y subordinadas respecto a las de seguridad pública».

²²¹ Resoluciones referidas por TORRES FERNÁNDEZ, M. E. en «Los delitos de atentado...», op. cit., p. 6.

²²² En función de la Disposición Derogatoria Única de la Ley 16/2002 de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación, han quedado derogadas las autorizaciones de producción y gestión de residuos reguladas por la Ley 10/1998.

²²³ TORRES FERNÁNDEZ, M.E.: «Los delitos de...», op. cit., p. 6.

²²⁴ Quizás, en determinados casos puedan considerarse sus funciones como de ámbito público pero no será posible, en ningún caso, salvar la exigencia legal de que esas funciones se ejerzan mediante «disposición inmediata de la ley, elección o nombramiento de autoridad competente».

²²⁵ BOE de 4 de agosto de 1992, núm. 186, p. 27118.

Especialmente clarificadora, en cuanto al encuadre de la seguridad privada, resulta la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional núm. 154/2005 de 9 de junio (RTC 154, 2005) en la que se aclara que:

«La expresión «seguridad privada» no aparece mencionada en la Constitución ni en los Estatutos de Autonomía. Pese a ello es posible aceptar, de partida, que la prestación por personas privadas de servicios de protección de personas y bienes sea considerada como actividad en cierto modo complementaria y subordinada respecto de las de seguridad pública (art. 1 de la Ley 23/1992). Ahora bien, ese carácter complementario y accesorio permite entender que las actividades de seguridad privada no forman parte del núcleo esencial de la seguridad pública. Confirma este criterio que los agentes de seguridad privada no forman parte de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, sino que sólo deben estar habilitados para realizar sus funciones.

Por ello, la afinidad señalada no debe ocultar la distinción entre ambas, que se manifiesta en los principios informadores, en los medios a utilizar y en los objetivos que pretenden. Así se deriva del diferente rango normativo de las Leyes que regulan ambas materias, la seguridad pública regulada por Ley Orgánica y la seguridad privada por Ley ordinaria».

Es igualmente importante, matizar que al referirnos a «*profesionales de la Seguridad Privada*» estamos aludiendo a un amplio catálogo de sujetos que viene perfectamente desglosado en el artículo 1.2 de la LSP. En el mencionado precepto puede leerse:

«A los efectos de la presente Ley, únicamente pueden realizar actividades de seguridad privada y prestar servicios de esta naturaleza las empresas de seguridad y el personal de seguridad privada, que estará integrado por los vigilantes de seguridad, los jefes de seguridad y los escoltas privados que trabajen en aquéllas, los guardas particulares del campo y los detectives privados».

Por lo tanto, cuando de forma genérica utilicemos la expresión «*profesionales de la Seguridad Privada*», estamos englobando de forma expresa a quienes como tal define la LSP.

Históricamente, estos profesionales han venido disfrutando de la consideración de autoridad. Así, el Reglamento de 8 de noviembre de 1849 en su artículo 32 preveía que los guardas particulares jurados, en su carácter, facultades y consideraciones, estaban equiparados a los guardas municipales, revistiendo la condición de agentes de la autoridad, por lo podían ser sujetos destinatarios de la acción de los delitos que analizamos²²⁶.

De la misma forma, 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. Algunas sentencias reconocieron esta condición, a título de ejemplo pueden

²²⁶ Así lo apunta ROIG TORRES, M.: *El Delito...*, op. cit., p. 116.

citarse las SSTS 10 de diciembre de 1983 (RJ 1983, 6509) y de 8 de noviembre de 1984 (RJ 1984, 5456). A modo de muestra, nos referiremos a la STS de 18 de diciembre de 1990 (RJ 1990, 9563), la cual estimó atentado la agresión a un vigilante jurado amparándose en la citada norma de 1978. En su único fundamento de derecho puede leerse:

«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 283.6º 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 vistan el uniforme (artículos 4º, 7º y 18º)».

Esta línea jurisprudencial lejos de consolidarse, experimenta un notable cambio, dando lugar a una serie de pronunciamientos en los que el Alto Tribunal niega el carácter de autoridad a estos profesionales. Para tal negación, el Supremo se basaba en tres razones: el principio de reserva de ley, el carácter privado de la función desempeñada por estos profesionales y la consideración de sus funciones como prestación de servicios complementarios o auxiliares de las Fuerzas de Seguridad estatal, autonómica o local. De esta forma, se argumenta que la consideración de los profesionales de la Seguridad Privada como agentes de la autoridad, realizada en virtud del artículo 18 del Decreto de 10 de marzo de 1978, supone una norma penal en blanco, que extiende el concepto de agente de la autoridad dado por el artículo 119 del ACP ampliando el ámbito de lo punible al margen del principio de legalidad consagrado en el artículo 25.1 de la Constitución²²⁷. En esta línea se manifiestan las SSTS de 25 de octubre de 1991 (RJ 1991, 7382), núm. 1051/1992 de 6 de mayo (RJ 1992, 4313), núm. 2178/1993 de 8 de octubre (RJ 1993, 2178) núm. 2785/1993 de 13 de diciembre (RJ 1993, 9436) o núm. 307/2000, de 22 de febrero (RJ 2000, 307).

Sin lugar a dudas, si hay una resolución en la que el Supremo hace una pormenorizada exposición de la doctrina existente en torno a la cuestión y de la evolución experimentada, esbozando con detalle los argumentos adoptados, es en la STS núm. 2500/1992 de 18 de noviembre (RJ 1992, 9605), en ella se dice:

«Los Agentes de la Autoridad son las personas que, por disposición legal o nombramiento de quien para ello es competente, se hallan encargados del mantenimiento del orden público y de la seguridad de las personas y de las cosas, **cometido reservado fundamentalmente a los Cuerpos de Seguridad**

²²⁷ Así lo recoge TORRES FERNÁNDEZ, M.E.: «Los delitos de atentado...», op. cit., p. 7.

del Estado –en su caso **también las Policías Municipales y Autonómicas**-. La S. 18-12-1990 (RJ 1990\9563), en representación de la postura tradicional, atribuye también la defensa y protección de las personas y de las propiedades, en el entorno de la investigación delictiva, a los Vigilantes Jurados de Seguridad, aun cuando no sea sino como auxiliares de la Policía Judicial –por eso el art. 283.6 de la Ley Procedimental habla de «jurados o confirmados por la Administración»-. En esa línea, se atribuye a los mismos el carácter y calidad de verdaderos Agentes de la Autoridad cuando estén en el ejercicio del cargo y vistan el uniforme, según se desprende de los arts. 4, 7 y 18 del Decreto de 10-3-1978 que regulaba los nombramientos, funciones, actuación y contenido de tales Vigilantes.

Mas, por el contrario, la corriente jurisprudencial más reciente considera que el rango de Decreto que tiene la norma que atribuye el indicado carácter, impide que pueda ser tenida en cuenta.

Se trata, en esa segunda postura, de aplicar el principio de reserva de ley. **El Poder Legislativo puede decidir la extensión de la protección penal**, en lo que se refiere al delito de atentado, **al personal de la seguridad privada, pero si por las razones que fueren no lo hace así, lo que no se puede es suplir tal omisión a través de la actividad reglamentaria de la Administración** [SS. 25-10-1991 (RJ 1991\7382) y 6-5-1992 (RJ 1992\4313)], criterio iniciado por el propio Tribunal Constitucional cuando en la S. 29-10-1979 (RJ 1979\3763) afirmábase que «si los Vigilantes se hallaban al servicio de una entidad privada, no puede afirmarse ni reconocérseles la condición de Agentes de la Autoridad».

Las razones que limitan el poder reglamentario de la Administración mediante la reserva de ley, deducido del art. 25.1 de la Constitución, **obstaculizan en general que aquélla adopte medidas que en lo esencial no hayan sido decididas por el Parlamento.**

A mayor abundamiento, la Ley de 30-7-1992 (RCL 1992\1740) sobre Seguridad Privada, estudia y analiza los **servicios privados de seguridad como servicios complementarios y subordinados respecto de la seguridad pública**, competencia ésta exclusiva, y así ha sido dicho antes, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (arts. 149.1, 2 y 9, y 104 de la Constitución).

En esa norma las actividades de vigilancia y seguridad de personas o bienes se realizarán por los Vigilantes de Seguridad, Jefes de Seguridad, Escoltas Privados, Guardas Particulares y Detectives Privados, fuera de toda consideración como Agentes Públicos de la Autoridad.

Son auxiliares de aquellas Fuerzas y han de prestarles colaboración y seguir sus instrucciones. Normalmente, y por lo que a los Vigilantes se refiere, esas funciones se ejercen exclusivamente en el interior de los edificios o de las propiedades de cuya vigilancia estuvieren encargados, **nunca en las vías públicas.**

Quiere decirse que no hay Ley que atribuya a los Vigilantes la condición, ahora debatida, de Agentes de la Autoridad. El motivo en consecuencia ha de

ser estimado, para hacer innecesario el estudio de los restantes, porque respecto de la falta de lesiones es sabido, según se desprende del art. 601 del Código, que no es de aplicación el contenido del art. 61 de la misma norma sustantiva. El análisis y consideración de la embriaguez sería entonces inoperante».

Actualmente el marco legal regulador del estatuto de estos profesionales se compone de la LSP y del Reglamento que la desarrolla, Real Decreto 2364/1994, de 9 diciembre, el cual en su disposición derogatoria única deja expresamente sin eficacia el Decreto de 1978.

Resulta obvio decir que en aras de una mayor claridad y precisión habría sido deseable que la LSP se hubiese pronunciado de forma expresa e inequívoca sobre la cuestión de si los vigilantes jurados deben ser o no autoridad. Pero nuestro juicio y aunque no exista un pronunciamiento expreso, lo cierto es que de la lectura de este texto legal y más concretamente de su propia exposición de motivos, se desprende la evidente intención del legislador de diferenciar de forma nítida entre quienes, como Fuerzas y Cuerpos de Seguridad pertenecientes a la Administración, merecen la consideración de autoridad, y quienes son simples auxiliares o elementos colaboradores pero sin llegar nunca al estatus de agentes de autoridad. Prueba de esa intención, son los siguientes párrafos de la Exposición de motivos:

«La seguridad representa uno de los pilares básicos de la convivencia y, por tanto, su garantía constituye una actividad esencial a la existencia misma del Estado moderno que, en tal condición, se ejerce en régimen de monopolio por el poder público. Sin embargo, progresivamente se ha ido extendiendo por todas las sociedades de nuestro entorno la realización de actividades de seguridad por otras instancias sociales o agentes privados».

Como puede comprobarse, no duda el legislador en afirmar que la **seguridad** es una **competencia ejercida en monopolio por el poder público**. Con ello, se deja constancia de que los vigilantes privados no tienen atribuidas esas funciones y por tanto, es lógico pensar que no serán merecedores de la misma tutela penal que quienes sí tienen encomendadas esas tareas, pues –como sigue diciendo la Ley– los vigilantes *están llamados a actuar como elementos colaboradores* en tareas que difícilmente podrían cubrir por sí solos los Cuerpos de Seguridad. Por supuesto que esa facultad de auxiliar o colaborar con quienes sí tienen la consideración de autoridad no se verá desprotegida penalmente sino que gozará de una tutela proporcionada y adecuada a su importancia, y que viene establecida, con carácter general, en el artículo 555 del CP.

Y es que, tal y como sigue diciendo la exposición de Motivos de la LSP:

«La proyección de la Administración del Estado sobre la prestación de servicios de seguridad por empresas privadas y sobre su personal se basa en el hecho de que los servicios que se prestan forman parte del núcleo esencial de la competencia exclusiva en materia de seguridad pública atribuida al Estado por el artículo 149.1.29 de la Constitución, y en la misión que, según el artículo 104 del propio texto fundamental, incumbe a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad,

bajo la dependencia del Gobierno, de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana.

Ello significa que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado han de estar permanentemente presentes en el desarrollo de las actividades privadas de seguridad, conociendo la información trascendente para la seguridad pública que en las mismas se genera y actuando con protagonismo indiscutible, siempre que tales actividades detectan el acaecimiento de hechos delictivos graves, perseguibles de oficio».

De esta manera, la LSP justifica su existencia, pues la materia merece una regulación legal, ya que se trata de **servicios que forman parte de ese núcleo esencial de competencias exclusivamente estatales**, pero a su vez recalca el protagonismo de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que lejos de delegar funciones en los profesionales de la Seguridad Privada, solamente se ven auxiliados por éstos pero sin llegar a perder nunca la titularidad de la competencia que constitucionalmente le es atribuida.

El silencio legal respecto a si el personal de Seguridad Privada tiene la cualidad de agente de la autoridad, dio lugar a que se plantease la Consulta número 3/1993 de 20 de octubre ante la Fiscalía General del Estado²²⁸. La cual, refiriéndose a estos profesionales recoge:

«Así, sus funciones propias no son públicas, como las de los funcionarios sino de vigilancia y protección de bienes y personas[...] Sin embargo, aunque no quepa calificar de públicas sus funciones propias, en al ejercicio de las otras funciones de auxilio y colaboración con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, los vigilantes, [...], son titulares de la singular protección penal de que gozan los agentes de la autoridad y funcionarios públicos [...] En suma, los vigilantes 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. De cualquier manera, en la interpretación de estas normas deberá partirse de un criterio restrictivo».

Desde luego que la respuesta de la Fiscalía no es ajena a cierta polémica doctrinal respecto a su interpretación. Así, por su parte, JUANATEY DORADO considera desafortunada la posición de la Fiscalía en tanto que entiende que en ella se equipara la protección penal de los profesionales de la Seguridad Privada a la de los funcionarios públicos y autoridades. Esta autora afirma, textualmente: “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

²²⁸ Fiscalía General de Estado, consulta 20 de octubre de 1993, núm. 3/1993, Boletín de información del Ministerio de Justicia (5 de febrero de 1994), núm. 1697, suplemento. De igual forma, el texto íntegro de la misma puede encontrarse en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (1994), p. 234 y ss.

principio de autoridad en cuanto objeto de protección penal”²²⁹. Su postura, aboga por interpretar el silencio de la LSP en el sentido de negar el carácter de agente de la autoridad a los vigilantes privados, pues a su juicio «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»²³⁰.

Similar posición la adoptada por CUERDA ARNAU, quien entiende que estos profesionales no merecen la misma tutela penal que las autoridades y funcionarios públicos, no mostrándose conforme con la asimilación que hace la Fiscalía entre ellos y las personas que acudan en auxilio de la autoridad, sus agentes o funcionarios públicos. Esta autora apunta: «Tal asimilación no es, a mi juicio, aceptable si pretende mantenerse con carácter general, esto es, si se hace depender tan sólo de la función genérica de auxilio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que la legislación vigente les atribuye. Entiendo, por tanto, que lo procedente será analizar cada caso concreto en particular y atribuirles exclusivamente la singular protección que establece el art. 555 CP en los mismos supuestos y condiciones que, según veremos, se exigen cuando de cualquier otra persona se trata»²³¹. Es decir, CUERDA critica que la protección del tipo privilegiado creado en el art. 555 del CP se conceda de forma automática al personal de la Seguridad Privada.

QUERALT JIMÉNEZ se muestra rotundo al comentar la LSP y afirma que la cuestión relativa a si el personal de Seguridad Privada tiene carácter de autoridad, «es un tema ya legalmente resuelto y bien resuelto, es decir, respetando el principio de legalidad»²³².

COBO DEL ROSAL afirma que a pesar de que los vigilantes jurados tengan atribuida la condición de agentes para la Fiscalía General del Estado, está en lo cierto la mayoría de la doctrina al negar dicha condición y hacerlo «con base al principio de reserva de ley y, a la interpretación restrictiva del principio de autoridad»²³³.

Pocas dudas alberga DE LLERA SUÁREZ-BARCENA cuando anuncia que «en la actualidad todos los profesionales de Seguridad Privada tienen legalmente la *consideración de particulares* para todos los efectos»²³⁴.

En conclusión, y a pesar de que la actual regulación no atribuye ni niega expresamente la cualidad de agentes de la autoridad a los profesionales de la Seguridad Privada, lo cierto es que como afirma OLMEDO CARDENETE «resulta más que dudosa – por no decir imposible– la hipótesis de que bajo la normativa vigente se pueda considerar agente de la autoridad a quien desempeña funciones de seguridad privada»²³⁵.

²²⁹ JUANATEY DORADO, C.: *El delito de...*, op. cit., pp. 86 y 87.

²³⁰ *Ibíd.*

²³¹ CUERDA ARNAU, M.L.: *Los delitos de ...*, op. cit., pp. 56 y 57.

²³² QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho Penal español. ...*, op. cit., p. 770.

²³³ COBO DEL ROSAL, M. y OTROS: *Derecho Penal. Parte Especial...*, p. 1091.

²³⁴ DE LLERA SUÁREZ-BARCENA: *Derecho Procesal Penal*, 2ª Edición, Valencia 1997, p. 181.

²³⁵ OLMEDO CARDENETE, M.: «La exigencia de cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un

Desde nuestra óptica, la interpretación de la respuesta de la Fiscalía General debe pasar por recordar que la misma es previa al CP de 1995. Esta circunstancia resulta de gran significación, pues si bien el ACP, al igual que el actual, establecía un tipo penal específico para proteger a quienes auxiliasen a las autoridades, sus agentes y los funcionarios públicos (art. 236) y en virtud del cual se protegía a los profesionales de Seguridad Privada, hay que matizar que lo significativo se hallaba en la pena prevista para semejante delito, siendo ésta idéntica a la establecida para el tipo de atentado (art. 231). Por ende, la protección articulada a los profesionales de Seguridad Privada era la misma, que la prevista para las autoridades, sus agentes y los funcionarios públicos, pues a pesar de que los tipos penales mediante los cuales se tutelaba a unos y a otros eran distintos, lo cierto es que desde el momento en que la pena en abstracto prevista no difiere, se entiende que el legislador está equiparando el contenido de injusto de estas conductas. De ahí, que la Fiscalía afirme con rotundidad que «los vigilantes 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»; pues en realidad y aunque no negamos lo desafortunado de la afirmación, lo cierto es que entendemos que con ello no se está refiriendo a que las conductas cometidas frente a profesiones de la Seguridad Privada sean susceptibles de reconducirse por el delito de atentado, sino que aunque ello no es así el tratamiento penal concedido es idéntico ya que la pena de este delito coincide con la del tipo por el que resolverse esas infracciones.

La LSP como ya hemos indicado, deja entrever su intención, de no equiparar a unos y otros sujetos, mientras que el CP actual, por lo que a él respecta, aporta un dato francamente esclarecedor, pues el hecho de rebajar la pena en los casos en los que las conductas típicas sean soportadas por personas que acudan en auxilio de la autoridad, sus agentes o los funcionarios públicos (art. 555) es un evidente signo de la distinción entre las autoridades y los funcionarios públicos y quienes por pertenecer a la Seguridad Privada y aun siendo merecedores de cierta tutela penal, no pueden protegerse al mismo nivel que quienes forman parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Resulta sencillo advertir como el contenido de injusto de las conductas típicas que recaigan sobre profesionales de la Seguridad Privada es evidente e indiscutiblemente menor que aquellas otras que sean soportadas por autoridades, agentes o funcionarios públicos, pues el grado de afectación del bien jurídico protegido es indudablemente mayor en estos últimos casos.

Como afirma CUERDA ARNAU²³⁶ mayor duda se plantea en los casos en los que los profesionales de la Seguridad Privada desempeñan tareas tradicionalmente reservadas a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Se trata, por ejemplo, de los guardias jurados que prestan servicios de vigilancia y seguridad en los aeropuertos, llegando incluso a ser los encargados del registro personal, o los que lo hacen a las puertas de dependencias judiciales, así como los **escoltas privados** de personas amenazadas por ETA. Como muy

derecho, oficio o cargo. Art. 20.7º CP» *Comentarios al Código Penal*, Dirigidos por Manuel Cobo del Rosal, 1999.

²³⁶ CUERDA ARNAU, M.L.: Los delitos de atentado..., op. cit., pp. 57 y 58.

acertadamente recuerda esta autora, son muchas las personas –en su mayoría cargos públicos– que ante la amenaza terrorista y como consecuencia de la insuficiencia de efectivos para garantizar la seguridad, se están viendo en la necesidad de contratar los servicios de profesionales privados, que en ocasiones son contratados desde organismos públicos, para que desempeñen tareas propias de las autoridades. La cuestión de si, en estos supuestos concretos, se les debe conferir carácter de autoridad, la resuelve apuntando que, a su criterio, “tienen razón quienes subrayan que sólo quedaría respetada la reserva del principio de legalidad si tal previsión fuera hecha por Ley Orgánica, de manera que ni la habilitación ni la expresa autorización a que se refiere el art. 6.2 LSP puede estimarse suficiente”²³⁷. Así, CUERDA concluye afirmando que ni estas ni otras hipótesis son compatibles con las exigencias del principio de legalidad.

Concluyendo –y en opinión de quien suscribe– ***la consideración de los profesionales de Seguridad Privada como agentes de la autoridad es del todo imposible e inadecuada a tenor de la legislación vigente, de tal manera que ni siquiera para los supuestos en los que este personal desempeñe tareas propias de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, estaría justificada la equiparación, pues no existe base legal alguna para ello.*** Resulta útil recordar que las funciones de estos profesionales –por lo general– difieren bastante de las que le vienen encomendadas a las autoridades y a sus agentes, ya que no son portadores de un deber de garante institucionalmente atribuido, pero su marco de actuación se centra en el ámbito privado.

En consecuencia, *y aun en los casos en los que estos profesionales estén desempeñando funciones propias de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, no está justificado atribuirles carácter de autoridad, pues el artículo 24.1 CP establece de forma taxativa y concisa quiénes deben entenderse como tales a efectos penales, quedando absolutamente al margen, por rotundo e inequívoco imperativo legal quienes no cumplan los requisitos establecidos, como es el caso de los profesionales que nos ocupan.* Por ende, ***en ningún caso será considerado autoridad el personal de la Seguridad Privada, si bien ello no impide que, de forma excepcional, estos profesionales²³⁸ merezcan cierta tutela penal,*** siempre y cuando actúen en auxilio de la autoridad, sus agentes o los funcionarios públicos, tal y como establece el tipo privilegiado del artículo 555 CP.

Estas afirmaciones, se ven avaladas por lo establecido por la jurisprudencia, pues al margen de algunas resoluciones²³⁹ ya superadas, lo cierto es que, en nuestros días, resulta imposible encontrar un pronunciamiento judicial en el que profesionales de Seguridad Privada sean considerados agentes de la autoridad.

Especial mención merece el caso concreto de los **detectives privados**, quienes según el artículo 1.2 de la LSP tienen la consideración de personal de seguridad privada. Con

²³⁷ *Ibidem.*

²³⁸ Tal y como prevé el propio 555 CP la tutela penal en él establecida no va dirigida sólo a profesionales de la Seguridad Privada, sino que se refiere de forma general a cualquier ciudadano que acuda en auxilio de la autoridad, sus agentes o los funcionarios públicos.

²³⁹ Las ya referidas SSTS 10 de diciembre de 1983 (RJ 1983, 6509), de 8 de noviembre de 1984 (RJ 1984, 5456) y de 18 de diciembre de 1990 (RJ 1990, 9563).

anterioridad a la promulgación de este texto legal, sólo se contaba con una Orden del Ministerio del Interior de 20 de enero de 1981, en la que se regulaban los requisitos y condiciones de ejercicio de la profesión, el sistema de intervención o control de la Administración del Estado en la organización, puesta en marcha y funcionamiento de las agencias privadas de investigación e inclusive el régimen sancionador aplicable a los titulares de las agencias y el personal vinculado a las mismas. Pero, la declaración de nulidad de parte del contenido de la Orden²⁴⁰, y la carencia de un marco normativo adecuado que impidiese, entre otras cosas, el preocupante intrusismo, llevó al legislador a regular con mayor detalle y propiedad, la profesión de detective privado en la LSP.

Cabe llamar la atención, sobre lo preceptuado en el artículo 19 de la LSP en el que se delimita el ámbito de actuación de estos profesionales, impidiéndose de forma expresa investigar sobre delitos perseguibles de oficio (art. 19.3). Este límite viene a ratificar que en realidad estamos ante profesionales cuyo ámbito de intervención se centra de forma exclusiva en el ámbito de lo privado, por lo tanto y como consecuencia de ello, en este caso ni siquiera debe plantearse la duda de si merecerían o no la consideración de autoridad, pues es más que evidente y de sus funciones se desprende, la desconexión total con el ámbito de lo público.

3.5. Problemática en torno a los profesionales de la sanidad pública.-

Es motivo de controversia, la posibilidad de considerar al personal sanitario como sujeto destinatario de la acción del delito de atentado, en cuanto funcionario público susceptible de encuadrarse en el artículo 24. 2 del CP. Para dilucidar tal cuestión será imprescindible entrar a valorar y relacionar aspectos como el bien jurídico protegido en este delito, la condición de funcionarios públicos de estos profesionales y el carácter de función pública de la actividad sanitaria.

Recordemos, que la doctrina mayoritaria ha venido relacionando el bien jurídico tutelado en los delitos de atentado como el concepto de orden público, aunque bien es cierto, que tal término, ha sido objeto de diversas consideraciones que le han llevado a dotarlo de un contenido mucho más acorde con el marco constitucional vigente. En cuanto a lo que nos interesa a este apartado de nuestro estudio²⁴¹, podríamos distinguir dos posturas jurisprudenciales bien definidas y contrapuestas:

a) La primera, considera que el orden público se integra por un conjunto de valores y derechos constitucionales de una sociedad, indisponibles por los ciudadanos e incluye como requisito de su protección, la potestad coactiva de la Administración para preservar su mantenimiento. Por lo tanto, esta postura considera que el orden público, en la medida en

²⁴⁰ El Tribunal Constitucional en sentencia 61/1990, de 29 de marzo (RTC 1990, 61), declaró nulo el artículo 12 de dicha Orden.

²⁴¹ Siguiendo a NISTRAL BURÓN, J.: «La consideración de las agresiones al personal sanitario como delito de atentado. Criterios jurisprudenciales», *Diario La Ley*, núm. 7004, 3 de septiembre de 2008, La Ley 39237/2008.

que su mantenimiento puede suponer una restricción a los derechos y al ámbito de libertad de los ciudadanos, debe ser un concepto de interpretación restrictiva y excepcional, de donde ha de deducirse que no se rellena con toda la actividad prestacional que desarrolla el Estado, sino sólo con aquellas funciones, desarrolladas por funcionarios que inciden en la libertad de los ciudadanos, asegurando el normal funcionamiento de los valores democráticos y el correcto ejercicio, por todos, de los derechos fundamentales. A tenor de ello –y para quienes acogen tal argumentación– el personal sanitario quedaría excluido del ámbito del delito de atentado y, por tanto, la punición de las agresiones perpetradas contra estos profesionales sólo podrían materializarse por vía de los delitos comunes tales como lesiones, delitos contra la libertad, o el que corresponda.

b) La segunda, entiende el orden público 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. Esto es, el normal funcionamiento de las prestaciones relativas al interés general que la Administración deba ofrecer a los ciudadanos. En tal sentido, podría considerarse, que el orden público está directamente relacionado con el buen o correcto funcionamiento de la Administración pública en orden al cumplimiento de sus fines, lo cual resulta afectado por la realización de las conductas de atentados, resistencia y desobediencia, en tanto que las mismas se oponen al ejercicio de la actividad que legalmente corresponde a los funcionarios públicos, autoridades o agentes de la misma. Así, esta segunda posición considera que el bien jurídico protegido en el delito de atentado es la necesidad que toda sociedad tiene de proteger la actuación de los agentes públicos, para que éstos puedan desarrollar sus funciones sin interferencias y obstáculos, y ello en garantía del propio servicio público y de los derechos asistenciales de todos los usuarios.

Una vez asentado este precedente, hemos de manifestar que la cuestión de si las agresiones al personal sanitario en el desempeño de sus funciones y con ocasión de ellas integra o no el tipo del delito de atentado, no puede decidirse atendiendo únicamente a la condición funcional de estos profesionales, pues si bien en todo caso tal condición es necesaria, nunca es suficiente para justificar la calificación jurídico-penal. Y es que, –como ya apuntábamos en epígrafes precedentes de este trabajo refiriéndonos de manera general a los sujetos de la acción de estos delitos– sólo tendrán la consideración de portadores del bien jurídico *quienes tengan atribuidas unas funciones lo suficientemente relevantes como para que de su buen desempeño dependa el funcionamiento del sistema y sobre todo la seguridad ciudadana, siendo preciso, cuando se analice el artículo 24.2 del CP para verificar si un sujeto es funcionario público a efectos de poder configurarse como sujeto pasivo de la acción de estos delitos, interpretar el requisito de participación en la «función pública» desde una perspectiva tan restrictiva como sea necesario para asegurarse de que las funciones de esos sujetos guardan relación directa con el bien jurídico protegido.*

En consecuencia, *la participación de esos sujetos en la función pública debe ser lo suficientemente relevante y trascendental, desde la perspectiva político-criminal, que justifique su inclusión cerciorándose de que portan un bien jurídico lo suficientemente*

relevante como para merecer dicha protección penal.

Así, habrá que plantearse –por tanto– si la prestación sanitaria del Sistema Nacional de Salud es propiamente una función pública²⁴². En coherencia con lo ya expuesto, existe una primera postura que considera que la prestación sanitaria del Sistema Nacional de Salud no es propiamente una función pública, sino una actividad existencial, un servicio público. Esta postura se sostiene en que el concepto de «funciones públicas» –en el sentido de la norma penal– tiene un alcance restringido, referido al núcleo duro tradicional de la actividad administrativa, que deja fuera de su ámbito la actividad existencial de carácter científico-técnico propia de los profesionales sanitarios, que puede desarrollarse en el marco de estructuras organizativas públicas o privadas o como profesión liberal, de modo que la realización de tal actividad en un servicio del Sistema Nacional de Salud es un dato puramente contingente que no convierte en una función pública. Tal postura pone el énfasis en la posibilidad de que las agresiones al personal sanitario estatutario de un Hospital Público fueran constitutivas de atentado, mientras que una agresión en igualdad de circunstancias perpetrada contra un profesional de un Hospital Privado no sería sino una falta o delito –en su caso– de lesiones. Tal circunstancia derivaría en una evidente quiebra del principio de igual del todo indeseable en un sistema como el nuestro.

Frente a esta posición, se halla aquella otra que considera que los servicios sanitarios son una auténtica función pública, lo que fundamenta el contenido de la propia Ley 14/1986, General de Sanidad, cuyo objeto es la regulación general de todas las acciones que permitan hacer efectivo el derecho a la protección de la salud reconocido en el artículo 43 y siguientes de la CE. Por ende, de ello se desprendería el carácter de función pública que cabría reconocer desde el punto de vista pena a la prestación de servicios sanitarios públicos, entendiendo que una Administración al servicio de los ciudadanos que asume la prestación de importantes servicios necesita que se establezca una protección adecuada, que garantice la normalidad y la corrección en el ejercicio de sus actividades y con ello el cumplimiento de los fines que le corresponden. Ello incluiría la protección de las funciones de quienes sirven los órganos administrativos.

Desde el punto de vista de la casuística jurisprudencial, podríamos mencionar lo manifestado en la STS núm. 1183/1993 de 20 de mayo (RJ 1993, 4189) en la que se puede leer:

«El art. 119 del Código Penal 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 las 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

²⁴² Ibidem, p. 8 y ss.

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».

En clara relación con ello, lo referenciado en la STS de 7 de abril de 1981 (RJ 1981, 1605), que 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.»

Por lo tanto, un médico de la Seguridad Social, según STS núm. 2361/2001, de 4 de diciembre (RJ 2002, 817), puede considerarse funcionario público, pues

«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.»

De igual modo, la STS núm. 1030/2007, de 4 de diciembre (LA LEY 19387, 2007) califica estas agresiones como delito de atentado, aunque a la par aclara lo siguiente:

«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 Código Penal. 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».

Personalmente, tenemos que manifestar nuestro convencimiento –en contra de la referida corriente jurisprudencial incipiente– sobre la inconveniencia de considerar sujetos portadores del bien jurídico a los profesionales de la sanidad privada y ello porque –como ya apuntábamos en su momento– entendemos procedente la sustitución del término «orden público» por el de «seguridad ciudadana», considerando este último como el bien jurídico protegido y teniendo por seguro que los delitos de atentado deben perseguir una única finalidad: el proteger y garantizar el buen funcionamiento del Estado, la salvaguarda del orden vigente y el mantenimiento de la seguridad ciudadana. No vamos a negar la repercusión sobre el administrado que tiene el orden sanitario, pues claro es que tal servicio es garante de su salud con las implicaciones que ello conlleva, pero –y sin restar un ápice de importancia a la necesidad del buen funcionamiento del sistema sanitario– este servicio asistencial dicta mucho de afectar al buen funcionamiento del Estado, a la salvaguarda del orden vigente y al mantenimiento de la seguridad ciudadana, entendido como núcleo de protección y razón de ser de estos tipos penales cuyo ámbito de aplicación no puede ampliarse a parcelas distintas a aquellas que afecten de modo directo a la estructura del sistema democrático y al mantenimiento de su orden, pues ello supondría desvirtuar, ampliar y estirar el concepto de un modo que nos llevaría a la indeseada desnaturalización de los tipos que nos ocupan. Por lo tanto, no quedaría más opción que condenar tales agresiones por la vía de las figuras comunes.

3.6. Problemática en torno a los profesionales de la enseñanza pública.-

El ámbito de la docencia supone, en sí mismo, una fuente de conflictos en torno a las relaciones que se generan entre los alumnos y sus profesores, o a veces incluso entre los padres de aquellos y estos. En la práctica más reciente están proliferando las agresiones en este ámbito y por ello, quizás, puede afirmarse que está más vivo que nunca el debate en torno a si estos profesionales –siempre que desempeñen sus funciones en el ámbito de la enseñanza pública– pueden ser considerados sujetos de la acción del delito de atentado y por tanto las agresiones contra ellos puedan ser susceptibles de castigarse por la vía del artículo 550 del CP; en otras palabras, se trata de valorar la posibilidad y conveniencia de considerar a los funcionarios al servicio de la docencia como funcionarios públicos a efectos penales y en consecuencia, dignos de una tutela penal específica.

En un intento de frenar esa incipiente violencia en las aulas y de reestablecer el orden y garantizar el correcto funcionamiento de un sistema tan trascendental en toda sociedad civilizada como es el educativo, encontramos resoluciones jurisprudenciales claramente favorables a tal interpretación, pero ello no es –ni mucho menos– una cuestión pacífica.

De clásica referencia en este tema resulta la STS de 26 de febrero de 1991 (RJ 1991,1547) que –con base al antiguo artículo 119 del CP, idéntico al actual artículo 24– consideró funcionario público a un catedrático de Universidad que había sido agredido por un estudiante al que había suspendido. Del mismo modo razona la conocida STS de 15 de febrero de 1986 (RJ 1986, 1292) la cual elabora una especie de catálogo de sujetos susceptibles de considerarse funcionarios públicos a efectos penales y entre quienes incluye a los catedráticos de universidad.

Ya en este preciso instante, podemos adelantar –siguiendo a ROIG TORRES²⁴³– que tales profesionales no cuentan con mando o jurisdicción propios, salvo que se entienda que la calificación de los exámenes propios de la asignatura es un acto de esa índole, en cuyo caso habría que extender esa consideración a los demás profesores.

Recientemente –como ya apuntábamos– hemos venido presenciando la existencia de una corriente jurisprudencial favorable a considerar funcionarios públicos a efectos penales a los profesionales de la enseñanza que vienen desempeñando sus funciones en el ámbito de lo público.

Son múltiples las sentencias que podemos citar en este sentido: sírvanos como ejemplo las SSAP de Cuenca de 2 y 19 de mayo de 2005 (LA LEY 97246, 2005 y 113247, 2005, respectivamente) que consideran atentado el acometimiento sufrido por dos **profesores** de Centros de Menores contratados para desempeñar funciones educadoras asumidas por la Comunidad Autónoma, o la SAP de Cádiz de 9 de noviembre de 2000 (LA LEY 2000, 48341) que igualmente, consideró atentado acometer al jefe de estudios de un colegio que tenía la condición de funcionario público.

Interesante nos resulta –en este mismo sentido– lo establecido en la SAP de Granada núm. 367/2007, de 15 de junio (LA LEY 211746, 2007) que considera funcionario público a un profesor de un centro oficial de enseñanza, conforme a la Ley General de Educación y refiriéndose al concepto de funcionario público, y ello partiendo de la uniforme y reiterada interpretación jurisprudencial del art. 24 del Código Penal –que según esta resolución– 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–.

De igual forma, podemos referirnos a la SAP de Córdoba núm. 99/2006, de 12 de abril (LA LEY 43856, 2006) que refiriéndose a la autoridad del profesor establece que la misma no puede decirse que sea meramente académica sino que se extiende :

«[...] 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

²⁴³ Siguiendo a ROIG TORRES, op. cit., p. 104.

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.»

A pesar de la existencia de esta corriente favorable a la consideración de funcionarios públicos a efectos penales –y por ende de posibles sujetos de la acción del delito de atentado– de los profesionales de la enseñanza pública, como ya apuntábamos al comienzo de este epígrafe, ello no es en absoluto una cuestión pacífica, por lo que resulta frecuente encontrarse resoluciones jurisprudenciales que le niegan tal condición. Personalmente, y sin necesidad ni tan siquiera de entrar a valorar los problemas que en relación al principio de igualdad supondría tal consideración²⁴⁴, hemos de manifestar nuestra postura contraria a las resoluciones hasta ahora referenciadas. Para dejar constancia de nuestra posición personal, nada mejor que utilizar una resolución que viene a extractar de modo preciso la argumentación en la que basamos nuestra postura y que por tanto suscribimos. Así, la reciente SAP de Barcelona núm. 3957/2008 de 23 de mayo (LA LEY 70471, 2008) –que analiza el caso de una alumna que amputó mediante un portazo el dedo de una profesora de un instituto público– considera que aunque desde el punto de vista formal es cierto que en estos casos concurren todos los requisitos exigidos por el tipo penal de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, la relación existente dentro de un centro docente, entre los profesores y los alumnos, poco tiene que ver con el orden público y por tanto, no encuentra la Sala ningún tipo de justificación al hecho de que una misma actividad, como es el ejercicio de la actividad docente, tenga una regulación claramente diferenciada en función de que los que la imparten ostenten o no la cualidad de funcionarios públicos.

Recuerda la sentencia que en el caso de docentes pertenecientes a centros públicos, las agresiones que se puedan cometer contra ellos se calificarían como un delito de atentado en concurso ideal con otro posible delito o falta de lesiones y, por el contrario, en el segundo caso –cuando el personal docente pertenezca al ámbito privado– la agresión tan solo se calificaría como un delito o falta de lesiones. Llama la atención, por tanto, la citada resolución sobre la distorsión que ello produce, pues supondría que una misma actividad docente tendría una diferente protección en función de una cualidad, como es el hecho de ostentar la cualificación de funcionario público, que no afecta para nada a la actividad docente desarrollada.

Y es que, resulta evidente que lo primordial para ejercer la actividad docente es que la persona que realiza dicha función tenga la cualificación o titulación necesaria para poder ejercer con garantías la función que se les encomienda. Desde esta perspectiva, parece también claro que la cualidad de funcionario público por parte de quien ejerce la docencia, debería ser irrelevante para valorar (desde el punto de vista penal) la relación que se establece entre profesores y alumnos en el ámbito estrictamente docente.

²⁴⁴ Nos referimos, por supuesto, a los problemas relativos a la desigualdad producida frente a los profesionales de la enseñanza que prestan sus servicios en centros privados, circunstancia sobre la que no creemos necesario profundizar pues es claramente paralela a lo ya expuesto al estudiar la problemática en torno a los profesionales de la sanidad.

Además, la sentencia recuerda lo siguiente:

«Quizás [...] sea necesario recordar que el delito de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos viene regulado dentro del Título XII del Libro II del Código Penal relativo a los delitos contra el orden público. En dicho título se regulan, en diferentes capítulos, los siguientes delitos: 1.- Sedición; 2.- Atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, y de la resistencia y desobediencia; 3.- Desordenes públicos; y 4.- Tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos y de los delitos de terrorismo; pudiendo observarse la escasa relación existente entre el orden público al que parece hacer referencia el Código Penal y el orden o buen funcionamiento de una clase de un instituto público.

Parece incuestionable que no podemos equiparar el orden público al que hace referencia el Código Penal con la gestión ordenada de las tareas docentes. De otra forma, podemos llegar a conclusiones sorprendentes que pueden llegar a causar perplejidad incluso a los operadores jurídicos. Téngase en cuenta que, si ampliamos el tipo penal de atentado a supuestos como el presente, también podríamos concluir que, cualquier alumno de un instituto público mayor de catorce años estaría cometiendo un delito de desobediencia cuando no cumpliera las órdenes que le imparte su profesor. Es cierto que el delito de desobediencia solo puede cometerse contra la autoridad o sus agentes y no contra los funcionarios públicos, pero también lo es que, los profesores, cuando están ejerciendo sus funciones docentes ejercen algún tipo de mando sobre sus alumnos y, en consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en el art. 24 del Código Penal deberían ser cualificados de autoridad.»

A la postre, no puede olvidarse que el delito de desobediencia es un delito perseguible de oficio y la incoación del correspondiente proceso penal –de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el principio *non bis in idem*– provocaría que la dirección del centro público correspondiente debiera paralizar la imposición de cualquier sanción – toda vez que la misma también tendría carácter administrativo– al alumno que hubiera desobedecido al profesor en tanto no se resolviera la cuestión en el proceso penal correspondiente.

Especialmente interesante nos resulta la reflexión introducida por esta sentencia cuando dice:

«Una última muestra del despropósito que comporta valorar la relación entre profesores y alumnos atendiendo de forma exclusiva o primordial a la cualidad de funcionarios públicos de los primeros, es que podría llegar a plantearse si las decisiones tomadas por los profesores, cuando están cumpliendo sus funciones docentes, pueden ser susceptibles de ser calificadas como un delito de prevaricación. Por ejemplo, ante una situación relativamente

frecuente como lo es la decisión de castigar a todos los alumnos de una clase por lo que pudiera haber realizado uno solo o varios de ellos que no han podido ser identificados, se podría plantear si dicha resolución (recuérdese que la jurisprudencia ha considerado que por resolución, a efectos del delito de prevaricación, debe entenderse cualquier acto administrativo que conlleve una declaración de voluntad afectante al ámbito de los derechos de los administrados, bien sea expreso o tácito, escrito u oral) es manifiestamente injusta y arbitraria a los efectos del delito de prevaricación. De hecho, examinada dicha cuestión desde el punto de vista estrictamente penal, parece evidente que incurre en arbitrariedad quien impone o extiende una sanción a terceras personas que no han tenido ninguna participación en los hechos que han motivado dicha decisión.»

Por todo ello, –y siguiendo los planteamientos puestos de manifiesto por la AP de Barcelona en la sentencia que venimos analizando– entendemos que la única forma de aplicar de forma racional el Derecho Penal a supuestos como el presente es limitando el ámbito del tipo penal de atentado atendiendo al bien jurídico protegido por este delito, por lo que no resulta de recibo considerar funcionarios públicos a efectos penales a los profesionales de la enseñanza.

3.7. Otros supuestos conflictivos.-

Al margen de los profesionales de la Seguridad Privada, existen otra serie de sujetos que por su especial carácter plantean serias dudas en torno a si deben considerarse autoridades, agentes o funcionarios públicos, o si por el contrario se trata de profesionales que no merecen tal asimilación, no pudiendo ser sujetos «soportadores» de la acción de estas infracciones. Respecto de cada grupo de sujetos dudosos tendríamos que plantearnos varios interrogantes: el primero de ellos nos lleva a analizar si estos profesionales cumplen con los requisitos establecidos en el artículo 24.2 del Código Penal, es decir, si son formalmente funcionarios públicos, para después ocuparse de verificar si a la luz de lo exigido por el artículo 24.1 pueden tener la consideración de autoridades, o en su caso si se trata de agentes de la misma. Dependiendo de si se cumplen o no estas circunstancias los profesionales de que se trate podrán ser sujetos destinatarios de la acción, o bien únicamente del delito de atentado –si son funcionarios públicos en sentido estricto– o también de los delitos de resistencia y desobediencia y de la falta del artículo 634 CP –en el caso en que se trata de autoridades o agentes de la misma–; siendo relevante igualmente la distinción a efectos penológicos, pues si el delito de atentado recae sobre una autoridad la pena prevista en abstracto será considerablemente más elevada que si se trata de funcionarios públicos en sentido estricto (artículo 551.1 CP).

Una de las cuestiones que más juego nos darán en su análisis será la relativa a determinar si esos sujetos participan o no en la «función pública». Ya en su momento nos ocupamos de la referida acepción pero no está de más recordar ahora las palabras de MUÑOZ CONDE, cuando afirma que «Función pública es la proyectada al interés

colectivo o social, al bien común y realizada por órganos estatales o paraestatales»²⁴⁵. Pero, como sigue diciendo este autor, «Funciones públicas son las actividades económicas centrales, autonómicas, provinciales y locales, las sanitarias, comunicaciones, enseñanza, sindicales, etc».²⁴⁶ Así las cosas, la pregunta sería: todos esos sujetos cuyas tareas se encuadran en el marco de la función pública, ¿son realmente «portadores» del bien jurídico tutelado en lo atentados, la resistencia y la desobediencia? En otras palabras: ¿siempre que el sujeto cumpla con las exigencias legales del artículo 24 del CP se estará ante un profesional digno de ser catalogado como sujeto pasivo de la acción de un ilícito de atentado, resistencia o desobediencia?

Nuestra postura se ciñe en considerar que *sólo deberían ser protegidos por estos tipos quienes tengan atribuidas unas funciones lo suficientemente relevantes como para que de su buen desempeño dependa el funcionamiento del sistema y sobre todo la seguridad ciudadana*, pues como ya apuntábamos en su momento, *cuando se analice el artículo 24.2 del CP para verificar si un sujeto es funcionario público a efectos de poder configurarse como sujeto pasivo de la acción de estos delitos, habrá que interpretar el requisito de participación en la «función pública» desde una perspectiva tan restrictiva como sea necesario para asegurarse de que las funciones de esos sujetos guardan relación directa con el bien jurídico protegido.*

Por lo tanto, y al margen de lo preceptuado por la ley –que será sin duda el criterio a seguir– lo cierto es que nos resulta del todo conveniente poner en relación el bien jurídico tutelado por estos tipos con las funciones encomendadas a los sujetos soportadores de la acción, ya que ello nos permitirá realizar valoraciones críticas que desde una perspectiva político-criminal enriquecerán nuestro análisis.

El primer grupo de profesionales en los que vamos a detener nuestro estudio son los **Celadores guarda-muelles**. No se nos plantea duda alguna al afirmar que estos profesionales no ostentan la consideración de agentes de la autoridad. La AP de Cádiz en múltiples sentencias se ha encargado de reflejarlo, afirmando que tales profesionales no merecen tal consideración, a modo de ejemplo las sentencias de 9 de julio de 1999 (ARP 1999, 3377), núm. 67/2000 de 17 de mayo (JUR 2000, 212717), núm. 131/2000 de 28 de septiembre (ARP 2000, 3037), núm. 14/2001 de 23 de enero (JUR 2001, 115136), núm. 176/2001 de 22 de noviembre (JUR 2002, 54620), núm. 13/2002 de 25 de enero (ARP 2002, 175), núm. 160/2002 de 31 de julio (JUR 2002, 247990) y SAP de Sevilla núm. 107/2003, de 27 de febrero (JUR 2003, 85688). Y esto es así, porque la Ley 27/1992, de 24 noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (RCL 1992, 2496, 2660), modificada por Ley 62/1997, de 26 de diciembre (RCL 1997, 3085) no declara a los guarda-muelles Agentes de la Autoridad, es más que ni tan siquiera regula la figura de los vigilantes, celadores o guarda-muelles. Pero, en por el contrario, la jurisprudencia sí que ha entendido que tales profesionales merecen tener la consideración de funcionarios públicos y en virtud de ello pueden ser sujetos que soporten de la acción del delito de atentado.

²⁴⁵ MUÑOZ CONDE, F.: «Los Delitos contra la Administración Pública...», op. cit., pp. 15 y 16.

²⁴⁶ *Ibidem*.

Destaca, en cuanto a su claridad la SAP de Cádiz núm. 26/2002 de 18 de abril (JUR 2002, 166421) que estima lo siguiente:

«En efecto, como se señala en el recurso interpuesto y ha sido expuesto de forma reiterada por esta Sección, el sujeto pasivo del presunto delito es un celador-guardamuelle, persona que si bien no tiene la condición de funcionario público, si la ostenta a tenor de lo prevenido en el art. 24 del Código Penal que amplía dicho concepto a "todo aquel que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas". Al tener dichos celadores-guardamuelleres asignados, como pone de relieve la Sentencia de la Audiencia provincial de Cantabria de 8-9-1999 "la gestión y control de los servicios portuarios, la ordenación de los usos de la zona del servicio del puerto y la elaboración del reglamento de policía de cada puerto (arts 25,35 y 37 de la Ley 27/92), cuyo incumplimiento puede dar lugar al ejercicio de facultad administrativa sancionadora (art. 114 de la Ley 27/92)" están revestidos de potestad pública en el desempeño de sus funciones y, por tanto, al tener a tales efectos la condición de funcionarios públicos pueden ser sujetos pasivos del delito de atentado del art. 550 del Código. Del mismo modo, no puede considerarse a dichos agentes como autoridad a los efectos prevenidos en el art. 634 del Código, es decir, para la aplicación de la falta, ya que, la misma, requiere que el sujeto pasivo sea autoridad o agente de la misma, condición que no concurre en la figura del celador-guardamuelle al no hallarse incluido en lo prevenido en el art. 24 del Código Penal que reputa autoridad "al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. Por tanto, y a la vista de lo expuesto, procede la estimación del recurso interpuesto, debiendo continuarse el procedimiento por el trámite establecido en el capítulo 2 del Título III de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por lo que procede en consecuencia, la revocación del Auto recurrido».

Cosa distinta ocurre con las **Autoridades Portuarias**, a las que se califica en el artículo 35.1 de la LPE como entidades de Derecho Público, a pesar de que su actuación se rija por el Derecho Privado, salvo en lo referente al «ejercicio de las actuaciones de poder público que el ordenamiento les atribuya». Por tanto, y desde el momento en que las Autoridades Portuarias ejercen funciones públicas y cumplen los requisitos del artículo 24.1 del CP –concretamente se considera que ejercen mando–, deben considerarse autoridad. Así, y a modo de ejemplo, la STS de 21 de abril de 1981 (RJ 1981, 1669) en la que se afirma:

«Ley de Costas especifica los diversos cargos y categorías y otorga administrativamente el concepto de autoridad al Inspector Jefe de Puertos de Zona como Delegado del Ministerio de Obras Públicas en el territorio en el que desenvuelve su actividad, por lo que en su ramo y funciones se halla dentro del contenido del art. 119 del CP en cuanto ejerce mando, pero aun en el supuesto

que tal condición no se evidenciase expresamente, siempre sería un Delegado ejecutivo directo del Ministerio respectivo y en consecuencia Agente de la autoridad por dependencia emanada de aquél, comprendido entre los que se encuentran protegidos en el ejercicio de sus cargos y atribuciones por el art. 237 y la insumisión de los recurrentes a una orden dictada por autoridad competente, dentro de su jurisdicción, constituye una manifiesta falta de reconocimiento de la legitimidad del que la dicta, lo que conlleva un evidente desprestigio para la misma, razones que determinan el rechazo del motivo por su improcedencia».

En lo concerniente a los funcionarios de la Administración de Justicia, no existe duda de que son autoridad los **Jueces y Magistrados**, pudiendo ser sujetos destinatarios de la acción de los delitos de atentado, resistencia y desobediencia, pues se cumplen en ellos los requisitos del artículo 24 del CP ya que no sólo son funcionarios públicos de acuerdo con el concepto impuesto por el párrafo 2º del precepto sino que también *ejercen jurisdicción propia*, tal y como exige el concepto penal de autoridad (art. 24.1º). Resulta de interés recordar como la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial en su artículo 298 afirma que estos profesionales ejercen «funciones jurisdiccionales»²⁴⁷ y en su párrafo segundo recoge:

«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».

Por lo tanto, merecen la consideración de autoridad a efectos penales, tanto los jueces y magistrados «de carrera» como los sustitutos o suplentes e incluso los **Jueces de paz**. En cuanto a esta igualdad de tratamiento, inequívoca mención la que este mismo texto legal lleva a cabo en su artículo 103.1, al apuntar:

«Los Jueces de Paz serán retribuidos por el sistema y en la cuantía que legalmente se establezca, y tendrán, dentro de su circunscripción, el tratamiento y precedencia que se reconozcan en la suya a los jueces de primera instancia e instrucción».

No se suscita duda alguna respecto a la especial tutela que se concede a los **Magistrados del Tribunal Constitucional** mediante su inclusión en el tipo agravado del artículo 551.2º del CP.

Respecto a los **Secretarios Judiciales**, el artículo 440 de la LOPJ afirma:

«Los secretarios judiciales son funcionarios públicos que constituyen un

²⁴⁷ Del mismo modo, el artículo 117 de la CE.

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».

Desde luego, y a tenor de lo expuesto, claro queda que los Secretarios Judiciales pueden ser sujetos sobre los que recaiga la acción de los delitos que analizamos. Bien es cierto, que la naturaleza de estos profesionales es puramente administrativa, pues el protagonismo jurisdiccional es exclusivo de los Jueces y Magistrados, quienes tienen encomendadas las tareas de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Desde luego que una de las facultades de la potestad jurisdiccional es la de documentación, cual les viene expresamente atribuida a los Secretarios Judiciales. La fe pública judicial y sus garantías constituyen el cordón umbilical que todavía une al Secretario Judicial con el «ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado». (Artículo 117.3º CE).

En consecuencia, no sólo existe base legal suficiente para considerar autoridad a los Secretarios Judiciales sino que además –y siempre atendiendo a la importancia del bien jurídico tutelado en estas figuras delictivas– es de vital trascendencia la función que tales profesionales tienen encomendada, estando perfectamente justificada la protección penal de esas funciones de las que depende el transcurso del proceso judicial, cuyas fases, dependen de forma muy directa del trabajo del Secretario Judicial.

En otro orden de cosas, y para despejar cualquier duda, el CP actual en su artículo 24.1º se refiere de forma expresa a los miembros del **Ministerio Fiscal**, concediéndoles el carácter de autoridad. En realidad, y para no perder la perspectiva conviene recordar que la discusión sobre si estos sujetos son o no autoridad, solo les afectaría a efectos de considerarles sujetos susceptibles de soportar la acción de los delitos de resistencia y desobediencia del art. 556 así como de las faltas contempladas en el art. 634 ambos del CP, pues no existe duda en que como funcionarios públicos que son en todo caso puede recaer sobre ellos la acción del delito de atentado.

Mayor controversia presentan los **miembros del Tribunal del Jurado**, sobre cuya catalogación existe cierta polémica. Es más que evidente, que la tarea encomendada a estos sujetos merece el calificativo de «actividad pública», pues lo cierto es que la naturaleza pública de la función de juzgar debe afirmarse independientemente del criterio que se mantenga acerca de lo que haya que entenderse por «funciones públicas» a efectos penales. La propia Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/1995 de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, afirma que formar parte de este Tribunal constituye una experiencia del «ejercicio de la función de juzgar», apuntando a que ello representa «una modalidad del ejercicio del derecho subjetivo a participar en los asuntos públicos»²⁴⁸.

Por lo tanto, uno de los requisitos exigidos por el artículo 24.2º CP ya está más que

²⁴⁸ Así lo refieren LLABRÉS FUSTER, A. y TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C.: *La responsabilidad penal del miembro del jurado*, Cedecs, Barcelona, 1998, p. 22.

suplido pero ¿y la exigencia de que se acceda al puesto por disposición inmediata de la ley, por elección o nombramiento de la autoridad competente? Lo cierto es que los miembros del Tribunal del Jurado no son nombrados por la autoridad competente, pues el Magistrado-Presidente sólo se limita a presidir su insaculación y a tomarles juramento o promesa pero de ninguna manera les nombra, ni tampoco puede decirse que la publicación de la lista de nombres en el Boletín Oficial de la Provincia, a instancias de la Oficina del Censo Electoral, sea un nombramiento²⁴⁹. Mucho menos puede hablarse de una elección, pues en ningún momento existe consulta popular alguna para efectuar dicha designación. Eliminadas estas posibilidades, LLABRÉS FUSTER y TOMÁS-VALIENTE LANUZA²⁵⁰ afirman que el ciudadano que forma parte del Tribunal del Jurado deviene funcionario público para el Derecho Penal «por disposición inmediata de la ley». Para ello, enuncian, basta con detenerse en la naturaleza de las actividades legalmente encomendadas al sujeto en cuestión, que en este caso que nos ocupa «resulta insoslayable su caracterización como funciones eminentemente públicas». Ya apuntaba QUERALT JIMÉNEZ, antes de la promulgación de la LOTJ, hacia tal posibilidad, aunque cuando calificaba esta solución como «no descabellada» dejaba constancia de cómo le preocupaba la idea de que no existiera una proclamación legal expresa de tal atribución e indicaba que «habrá que estar a lo que disponga la ley en cuestión»²⁵¹.

A nuestro juicio, *existe base legal suficiente para considerar a los miembros del Tribunal del Jurado como funcionarios públicos*. El concepto de funcionario público a efectos penales se caracteriza, respecto al administrativo –entre otras cosas– por un dinamismo funcional y una amplitud que hacen gala en este caso.

Bien es cierto que si ahondamos en la legislación vigente encontramos como, de forma tácita, *el legislador parece excluir a estos sujetos del ámbito del artículo 24.2, pues en ocasiones*²⁵² *hace mención a los miembros del Tribunal del Jurado afirmando que, en ese caso concreto, deberán tener la misma consideración que los funcionarios públicos*. Podría parecer, por tanto, que *desde el momento en que esa mención es concreta y específica para situaciones claramente delimitadas, la norma general es que tales sujetos no sean considerados funcionarios públicos*. La referencia legislativa a las que aludimos es, principalmente, la llevada a cabo en el artículo 422 del CP, el cual establece que lo dispuesto en los artículos precedentes –reguladores del delito de cohecho– será aplicable, entre otros, a los jurados²⁵³.

A ello hay que objetar que la referencia legal que acabamos de transcribir, está realizada por el legislador desde el prisma del sujeto activo, de tal manera que la cuestión está referida a ver si esos ciudadanos pueden ser sujetos activos de determinados delitos

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 23.

²⁵⁰ *Ídem*.

²⁵¹ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: «El concepto penal...», op. cit., p. 502 y ss.

²⁵² También puede citarse la Ley del Jurado de 1888, en la que se disponía que el jurado que revelase el voto sería considerado funcionario público a efectos del delito de revelación de secretos.

²⁵³ LLABRÉS FUSTER y TOMÁS-VALIENTE LANUZA, mantienen que esas menciones del legislador no se deben a una opción meditada sino que obedecen simplemente a razones de inercia.

especiales propios. En el marco de nuestro estudio, y en cuanto a nosotros nos interesa, hay que detenerse en la perspectiva justamente contraria; en otras palabras, se trata de cuestionarse si las funciones que tienen encomendadas estos ciudadanos justifican que se conceda la tutela penal del delito de atentado. Pues bien, recalcando que es posible tal concesión sin conculcar el respeto debido al principio de legalidad, además y desde una perspectiva político-criminal, resulta perfectamente justificada tal pretensión. No puede dudarse que la función de decidir sobre la culpabilidad o inocencia de alguien tiene una indiscutible relevancia en sí misma, pues en esencia, lo que se encomienda a tales sujetos es una tarea puramente juzgadora, por lo que el papel de los jurados roza muy directamente en uno de los pilares básicos del Estado de Derecho: la Justicia, entendida desde su perspectiva material. La importancia de su decisión hace que se les pueda perfilar como una parte fundamental del proceso en el que actúan, de tal manera que de ella dependerán derechos fundamentales de terceros.

Por lo demás, proteger las tareas de los miembros del jurado y configurarlos como sujetos portadores del bien jurídico de estos delitos estaría perfectamente acorde con la razón de ser de los mismos, pues extrapolarlo las consideraciones realizadas en torno al bien jurídico, comprobamos como podría afirmarse que esa protección implica la tutela de *una función o de un papel constitucionalmente establecido, lo suficientemente relevante como para afirmar que de su desempeño, dependerá en buena parte, el buen funcionamiento del Estado, la salvaguarda del orden vigente y el mantenimiento de la seguridad ciudadana*. Los miembros del jurado, por tanto, son funcionarios públicos en tanto que son designados por imperativo legal y participan –sin ninguna duda– en la función pública.

A la trascendencia constitucional de la materia hace referencia la propia LOTJ en reiteradas ocasiones, como muestra el siguiente párrafo de su exposición de motivos:

«El establecimiento del Tribunal del Jurado debe ser considerado como uno de los contenidos constitucionales aún pendientes de desarrollo. Con su regulación en esta Ley se da cumplimiento a un mandato constitucional tantas veces diferido y se establece una de las piezas básicas en el funcionamiento de la Administración de Justicia diseñado por el constituyente».

En resumen, ***la participación de estos sujetos en la función pública es tan trascendental que desde una perspectiva político-criminal, es perfectamente acertado concederles tal tutela pues portan un bien jurídico lo suficientemente relevante como para merecer protección penal.***

Así las cosas, y aunque nos mostramos en el pleno convencimiento de que los miembros del Tribunal del Jurado a la luz del CP actual pueden ser funcionarios públicos, no nos adherimos totalmente al planteamiento formulado por LLABRÉS FUSTER y TOMÁS-VALIENTE LANUZA cuando exponen que «el miembro del Jurado no se limita a ser funcionario a efectos penales, pudiendo entenderse abarcado también, sin mayor

complicación, en el concepto de autoridad del artículo 24.1º»²⁵⁴. Su postura pasa por entender que como miembro de un Tribunal el sujeto jurado coadyuva al ejercicio de jurisdicción propia, y aun reconociendo que tal jurisdicción es limitada, ello no se considera obstáculo alguno para poder hablar de verdadera jurisdicción. A nuestro juicio, ello supone un abuso interpretativo que en realidad, no se encuentra justificado. No negamos la posibilidad de entender funcionarios públicos a estos sujetos al amparo del art. 24.2 pero otra cosa es que merezcan la consideración de autoridad lo cual nos parece, a todas luces, impropio.

Partiendo de que, a nuestro modo de ver, la jurisdicción que ejercen tales sujetos es claramente delegada, y siguiendo los planteamientos de QUERALT, no puede atribuírseles tal condición. En su momento, y con motivo del análisis de los elementos configuradores del concepto de autoridad, concluimos que *el artículo 24.1 del CP lo que viene a exigir es que el sujeto tenga mando por sí sólo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado. Por ello, se trata de un título individual y no colectivo, pues el hecho de pertenecer a una Corporación o Tribunal no deriva automáticamente en la necesidad de que ese individuo adquiera la condición de autoridad, sino que es preciso que ostente mando o jurisdicción porque justamente eso es lo que le caracteriza, por ende, en los casos de órganos pluripersonales no podrán considerarse autoridad todos sus miembros sino que habrá que atender a la circunstancia concreta, materializando la facultad de mando o jurisdicción de manera unitaria en el miembro más representativo de ese órgano, salvo que se considere que la facultad de mando o jurisdicción es colectiva. En consecuencia, puede que en determinados casos se repute autoridad a quien ostente una jurisdicción colectiva, pero eso sí, tal jurisdicción entendemos que debe de ser propia y no delegada.* En el caso de los miembros del jurado, la propia Exposición de Motivos de la LOTJ deja entrever:

«No se trata de instaurar una Justicia alternativa en paralelo y menos aún en contradicción a la de los Jueces y Magistrados de carrera a que se refiere el artículo 122 de la Constitución, sino de establecer unas normas procedimentales que satisfagan al mismo tiempo y en paralelo todas las exigencias de los procesos penales con el derecho-deber de los ciudadanos a participar directamente en la función constitucional de juzgar».

En realidad, el legislador insiste en el término «participación», es decir, los jurados colaboran o participan por expreso mandato legal en la tarea de *administrar Justicia* pero en ningún caso se apunta a una jurisdicción propia sino que se trata única y exclusivamente de una delegación. De forma excepcional y en cumplimiento de lo preceptuado por la Norma Suprema, los ciudadanos participan en la función pública y asumen su derecho-deber de colaboración, por expresa delegación, en unas determinadas funciones que son exclusivas de los Jueces y Magistrados. Es evidente, el carácter temporal del nombramiento, por lo que los miembros del Tribunal del Jurado ostentarán el carácter de autoridad hasta el momento en que se dicte sentencia o bien, hasta que el Magistrado-

²⁵⁴ *Ibidem*, pp. 30 y 31.

Presidente acuerde la disolución anticipada del Jurado, tal y como permite la ley²⁵⁵.

Por ende, nos resulta más que razonable que los ciudadanos miembros del Tribunal del Jurado reciban la consideración penal de funcionarios públicos, pudiendo ser sujetos soportadores de la acción del delito de atentado contemplado en el artículo 550 CP y quedando con ello suficientemente tutelada, desde el punto de vista penal, la función que se les impone.

Desde luego, y en lo que a los **Agentes Judiciales** respecta, no existe duda en considerarles funcionarios públicos a efectos del artículo 24.2 del CP, pues claro está que cumplen con los requisitos del precepto sin ningún género de duda. El interrogante, por tanto, no se centra ya en la posibilidad de tutelar sus funciones a través del delito de atentado, puesto que está claro que pueden ser sujetos destinatarios de la acción del mismo, sino que la cuestión estriba en dilucidar si puede concedérseles la tutela dispensada por los delitos de resistencia y desobediencia, así como por la falta del artículo 634 CP, en otras palabras; habrá que preguntarse si pueden ser catalogados como autoridad o agente de la misma.

El asunto viene legalmente resuelto mediante el Real Decreto 249/1996, de 16 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de los Cuerpos de Oficiales, Auxiliares y Agentes al Servicio de la Administración de Justicia, en cuyo artículo 15 apartado 1º se lee:

«Los Agentes de la Administración de Justicia tendrán carácter de Agentes de la Autoridad cuando actúen como Policía Judicial, y lo harán bajo la dependencia del Juez, Tribunal o Jefe del Organismo en las diligencias a las que asistan personalmente los titulares de los órganos y en todas las demás en que sea precisa su intervención, cooperando con los demás funcionarios en la práctica de las diligencias judiciales dentro de sus respectivas funciones».

En el apartado 2º del citado precepto se establece cuales son las funciones más específicas atribuidas a estos profesionales, de cuya lectura se desprende la razón de ser de esa consideración. Concretamente, se establece lo siguiente:

«En especial les corresponden las siguientes funciones (artículo 487 de la Ley Orgánica del Poder Judicial):

- Guardar y hacer guardar sala.
- Ejecutar los embargos, lanzamientos y demás actos cuya naturaleza lo requiera, con el carácter y representación que les atribuyen las leyes.
- Realizar los actos de comunicación no encomendados a otros funcionarios.
- Actuar como Policía Judicial, con carácter de Agente de la Autoridad, sin perjuicio de las funciones que, en la averiguación de los delitos y en el descubrimiento y aseguramiento de los delincuentes, competen a los

²⁵⁵ Artículos 47, 49, 50, 51 y 65 LOTJ.

miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en virtud de lo dispuesto en el Título III del Libro V de la Ley Orgánica del Poder Judicial y disposiciones concordantes.

- Ejercer funciones de vigilancia, custodia, porteo y otras análogas relacionadas con la función, que les puedan ser encomendadas».

Por lo cual, claro queda que los Agentes Judiciales, **en determinados casos tendrán la consideración de agentes de la autoridad**²⁵⁶.

Asimismo, la doctrina²⁵⁷ y la jurisprudencia se decantan por considerar autoridad a los **Directores de Centros o Establecimientos Penitenciarios**. El Tribunal Supremo en sentencias como la núm. 239/1998 de 24 de febrero (RJ 1998, 960) aclara el motivo de esa designación de la siguiente forma:

«El vigente artículo 24 establece ligeras variantes al introducir en el concepto de Autoridad a los miembros de un órgano colegiado que tengan mando o ejerzan jurisdicción propia [...]. El Director de un Establecimiento Penitenciario ejerce mando y tiene potestad sancionadora, como pone de relieve el mismo artículo 280 del Reglamento Penitenciario de 9 febrero 1996. Según dice el apartado 1, ostenta la representación del centro directivo y de los órganos colegiados del establecimiento que presida y tiene como misión hacer cumplir las leyes y reglamentos. Además, según el artículo 280.2.1ª tiene facultades de corrección respecto de las faltas que se observaren. Las mismas facultades de dirección, coordinación y supervisión de la ejecución de directrices pone de relieve su potestad de mando.

Por si quedase alguna duda, el mismo Código Penal se encarga de despejarla, decantándose por la condición de autoridad de los directores de los Centros penitenciarios, al castigar, en el artículo 174.2 a la autoridad o funcionario de instituciones penitenciarias o de centros de protección de menores que sometieren a los internos a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración y otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión o de cualquier otro modo atenten contra su integridad moral.

Es evidente que si en los centros penitenciarios existen autoridades, esa condición recaerá siempre en los directores, a los que no sólo se les dota de facultades sancionadoras sino que se les puede exigir responsabilidad en su condición de tales y con independencia de la que se les pueda recabar a los funcionarios que no tienen autoridad dentro de los recintos penitenciarios».

²⁵⁶ A modo de ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, núm. 123/1995 de 31 de marzo (ARP 1995, 1276)

²⁵⁷ Así lo afirma ROIG TORRES, M.: *El Delito de...*, op. cit., pp. 102 y 103.

Por ende, y en virtud de la normativa existente, estos profesionales son considerados autoridad a efectos penales. No corren la misma suerte el resto de **personal de los Centros e Instituciones Penitenciarias**, que a efectos penales son considerados única y exclusivamente como funcionarios en sentido estricto²⁵⁸. En consecuencia, **podrán ser sujetos destinatarios de la acción del delito del artículo 550** del CP, pero no del de desobediencia, pues no disfrutan de la denominación de autoridad ni de agentes de la misma, ya que estos profesionales no tienen mando ni ejercen jurisdicción propia. Esta protección, se extiende a los educadores de los centros de internamiento de menores²⁵⁹, quienes tienen reconocida igualmente la condición de funcionarios públicos a efectos del CP.

Una importante controversia plantea la delimitación de las autoridades que forman parte del **Poder Ejecutivo**. El artículo 551.2 enuncia como sujetos que susceptibles de soportar la acción –y por tanto despeja toda duda– a los miembros del Gobierno, es decir a los Presidentes, Vicepresidentes y Ministros, igualmente a los miembros de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, del Consejo General del Poder Judicial y de las **Corporaciones Locales**. Por tanto, los **Alcaldes** tienen carácter de autoridad, pues tal y como establece la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de Bases del Régimen Local, están facultados para sancionar la falta de obediencia a su autoridad y la infracción de las ordenanzas municipales (artículo 21.1.n), así como para ordenar el cumplimiento de los acuerdos del Ayuntamiento (artículo 21.1.r), asignándoles además la jefatura superior del personal, como competencia para acordar su nombramiento y sanciones, incluida la separación del servicio de los funcionarios de la Corporación y el despido del personal laboral (artículo 21.1.h), atribuciones todas ellas confirmadas por la Ley 11/1999, de 21 de abril²⁶⁰.

Por su parte, los **Alcaldes** no sólo poseen mando sino que se puede decir que ejercen jurisdicción, entendida en sentido amplio y como resolución de asuntos con aplicación del ordenamiento jurídico, ya sea individualmente, o en su calidad de presidentes del Pleno²⁶¹. Por lo tanto, y al amparo del artículo 551.2, **son considerados autoridad** tanto por la doctrina como por la jurisprudencia²⁶² española.

Hemos de recordar la importante dificultad que presentaba el estudio de los

²⁵⁸ Como ejemplo, la STS núm. 121/2002, de 1 de febrero (RJ 2002, 3642), o las sentencias de la Audiencia Provincial de La Coruña, núm. 4/2002, de 16 de enero (ARP 2002, 86825), Audiencia Provincial de Cádiz núm. 217/2002, de 13 de junio (ARP 2002, 251404) y Audiencia Provincial de Madrid núm. 354/2002, de 31 de julio (ARP 2002, 279693).

²⁵⁹ Así resuelve la SAP. de Cuenca núm. 9/2005 de 19 de mayo (JUR 2005, 142753).

²⁶⁰ Así lo expone ROIG TORRES, M.: *El Delito de...*, op. cit., pp. 98-99.

²⁶¹ *Ibíd.*, p. 99.

²⁶² A modo de ejemplo, SSTS núm. 2490/1992 de 13 de noviembre (RJ 1992, 9655), núm. 602/1995 de 27 de abril (RJ 1995, 3382), núm. 633/1995 de 10 de mayo (RJ 1995, 3574), núm. 175/2001 de 12 de febrero (RJ 2001, 280). Especial interés presentan aquellas resoluciones en las que expresamente se reconoce la condición de autoridad a los Alcaldes pedáneos, entre otras, pueden destacarse las SSTS de 1 de junio de 1989 (RJ 1989, 5009) y la de 7 de diciembre de 1989 (RJ 1989, 9440) en la cual se encuentra la siguiente argumentación: «ejerce dentro del ámbito de su competencia funciones propias, no delegadas, con mando y jurisdicción, de suerte que en su persona se dan cita los requisitos exigidos para la conceptualización de autoridad».

Concejales como posibles autoridades. Tradicionalmente, ha existido una vieja polémica al respecto, siendo la tónica habitual encontrar resoluciones en uno y otro sentido. Así, en sentencias como la del TS de 8 de octubre de 1990 (RJ 1990, 7916) se decía:

«[...] todo el sistema de funcionamiento y gobierno de las entidades locales está marcado por cierto cariz presidencialista, de suerte 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, situándose los concejales en un segundo plano con competencias delegadas, actuando bajo la supervisión de aquél».

Semejante razonamiento el de la STS núm. 1065/1992 de 12 de mayo (RJ 1992, 3868) en cuyo fundamento jurídico primero, refiriéndose a un concejal, se afirmaba:

«...no puede ser considerado autoridad, en cuanto el mando o jurisdicción de que goza la corporación municipal no se extiende a todos sus miembros sino que tan sólo se encarna en aquellos ediles que ejercen tal potestad como son el Alcalde, Tenientes de Alcalde o Concejales de algún área de servicios, cosa que no se afirma en el factum de la sentencia recurrida respecto del señor T., del que sólo se dice que era «Concejal del Ayuntamiento de dicha localidad», sin que se concrete que gozara de ninguna otra específica atribución dentro de la actividad municipal».

En la actualidad, y con la promulgación de la Ley Orgánica 7/2000 de 2 de diciembre²⁶³, se da por zanjada toda polémica, de manera que **los Concejales serán considerados autoridad**, sin ningún género de duda, pues expresamente así se prevé en la reforma operada sobre el artículo 551.2 CP.

Por otra parte, consideración de **funcionarios públicos** a los efectos que nos ocupan, ostentan los **Secretarios de Ayuntamientos**, tal y como ha reflejado la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentencias como la de 6 de junio de 1979 (RJ 1979, 2335) ó la núm. 2040/1992 de 5 de octubre (RJ 1992, 7739).

Polémica resulta la posible inclusión de los **miembros o integrantes de los órganos de gobierno de los Colegios Profesionales** como sujetos destinatarios de la acción de estos tipos penales. Ha de llamarse la atención sobre la expresa mención del artículo 24.1 del CP, cuando afirma que «a los efectos penales se reputará autoridad al que por sí sólo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia.» Esa expresa mención a los *miembros de corporaciones u órganos colegiados* podría dar lugar a una delimitación extensiva del concepto de autoridad y por tanto introduce toda una serie de opiniones doctrinales que al estudiar el requisito de

²⁶³ Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en relación con los delitos de terrorismo.

«jurisdicción propia» que se exige a toda autoridad, fueron ampliamente expuestas, pero que parcialmente reproducimos en cuanto ahora nos afectan.

QUERALT JIMÉNEZ se inclina por entender que –en el ámbito administrativo– la jurisdicción delegada, queda fuera del concepto de autoridad y apunta hacia una interpretación extensa del termino «corporación» al considerar que en él quedan englobadas 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»²⁶⁴.

JUANATEY DORADO, se limita a reconocer que el artículo 24 del CP ha venido a ratificar, en cierta medida, la interpretación de QUERALT, y ello porque se otorga expresamente el carácter de autoridad, junto a los miembros de las corporaciones y tribunales, a los órganos colegiados que ejerzan mando o jurisdicción propia y, en todo caso, a los señalados particularmente en dicho precepto. Pero, lejos de estar conforme con ello, y con motivo del análisis del delito de desobediencia, se muestra convencida de que los órganos de gobierno de los colegios profesionales no deben considerarse autoridad, lo que argumenta afirmando que «El incumplimiento de las órdenes emitidas por los miembros rectores de un colegio profesional en ningún caso ha de ser constitutivo de un ilícito penal. La aceptación del principio de autoridad como valor protegido por el ordenamiento penal en un Estado de Derecho presupone una interpretación del mismo de carácter restrictivo, lo que significa, a su vez, una delimitación restrictiva de quienes son autoridad a los efectos penales»²⁶⁵.

Claro lo tiene CUERDA ARNAU²⁶⁶ cuando taxativamente afirma que la negación del carácter de autoridad a los miembros de órganos de gobierno de colegios profesionales es la interpretación que más se ajusta al bien jurídico.

Personalmente²⁶⁷, como ya en su momento adelantamos, consideramos que *el artículo 24.1 del CP lo que viene a exigir es que el sujeto tenga mando por sí sólo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado. Por ello, se trata de un título individual y no colectivo, pues el hecho de pertenecer a una Corporación o Tribunal no deriva automáticamente en la necesidad de que ese individuo adquiera la condición de autoridad, sino que es preciso que ostente mando o jurisdicción porque justamente eso es lo que le caracteriza, por ende, en los casos de órganos pluripersonales no podrán considerarse autoridad todos sus miembros sino que habrá que atender a la circunstancia concreta, materializando la facultad de mando o jurisdicción de manera unitaria en el miembro más representativo de ese órgano, salvo que se considere que la facultad de mando o jurisdicción es colectiva. En consecuencia, puede que en determinados casos se*

²⁶⁴ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: «El concepto...» op. cit., p. 501.

²⁶⁵ JUANATEY DORADO, C.: *El delito de desobediencia...*, op. cit., pp. 82 y 83.

²⁶⁶ CUERDA ARNAU, M.L.: *Los delitos de...*, op. cit., p. 52.

²⁶⁷ Siguiendo a TORRES FERNÁNDEZ, E.: «Los delitos de atentado...», op. cit., pp. 5 y 6, y a JIMÉNEZ DÍAZ, M.J.: *Los delitos de...*, op. cit., pp. 378 y 379.

repute autoridad a quien ostente una jurisdicción colectiva y propia.

Así las cosas, *es acertado considerar autoridades a los Decanos de Colegios Profesionales* en tanto que se ajustan perfectamente a los requisitos del artículo 24 del CP. No debe existir duda respecto a su participación en la función pública, pues tal y como define el artículo 2.1 del Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio:

«Los Colegios Profesionales son corporaciones de derecho público amparadas por la Ley y reconocidas por el Estado, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines».

De igual forma, resulta de interés la doctrina del Tribunal Constitucional respecto al carácter de los Colegios, que en múltiples sentencias²⁶⁸ afirma:

«Los Colegios Profesionales son corporaciones sectoriales que se constituyen para defender primordialmente los intereses privados de sus miembros, pero que también atienden a finalidades de interés público, en razón de las cuales se configuran legalmente como personas jurídico- públicas o Corporaciones de Derecho público cuyo origen, organización y funciones no dependen sólo de la voluntad de los asociados, sino también, y en primer término, de las determinaciones obligatorias del propio legislador, el cual, por lo general, les atribuye asimismo el ejercicio de funciones propias de las Administraciones territoriales o permite a estas últimas recabar la colaboración de aquéllas mediante delegaciones expresas de competencias administrativas, lo que sitúa a tales Corporaciones bajo la dependencia o tutela de las citadas Administraciones territoriales titulares de las funciones o competencias ejercidas por aquéllas».

Por otro lado, y cumpliendo con otra de las exigencias del artículo 24.2 del CP, el nombramiento del Decano se realiza conforme a la debida elección, pues así lo ordena el Estatuto General de la Abogacía cuando en su artículo 49.1 afirma:

«El Decano y los demás cargos de la Junta de Gobierno serán elegidos por votación directa y secreta [...]».

Por lo tanto, claro queda que **los Decanos de los Colegios de Abogados son funcionarios públicos a efectos penales** pero, la cuestión será ¿sólo merecen ser considerados funcionarios públicos en sentido estricto, constituyéndose como posibles sujetos sobre los que recaiga la acción del delito de atentado? O además, ¿deben ser catalogados como autoridades pudiendo además ser sujetos que soporten la acción del delito de desobediencia? A nuestro juicio, la respuesta al segundo interrogante debe ser afirmativa, siendo por tanto más que acertado considerar autoridades a estos sujetos.

²⁶⁸ SSTC núm. 76/1983 (RTC 1983,76), núm. 23/1984 de 20 de febrero (RTC 1984, 23), núm. 123/1987 de 15 de julio (RTC 1987,123) y núm. 20/1988 de 18 de febrero (RTC 1988,20).

Recordando la letra de la ley, comprobamos como el artículo 24.1 del CP permite tal denominación a los miembros de corporaciones locales que ejerzan mando o jurisdicción propia; exigencia perfectamente cumplida por los Decanos de los Colegios de Abogados, y para comprobarlo, una vez más tenemos que hacer mención al Estatuto General de la Abogacía en cuyo art. 48. 2 se enumeran las funciones del Decano entre las que pueden destacarse: la representación legal del Colegio en todas sus relaciones, las funciones de consejo, vigilancia y corrección que los Estatutos reserven a su autoridad, la presidencia de todos los órganos colegiales, etc. De igual modo, el artículo 53 del mismo cuerpo legal, enuncia las atribuciones de la Junta, siendo destacable en cuanto nos interesa, la facultad contemplada en el apartado 1) de dicho precepto: «ejercer las facultades disciplinarias respecto a lo colegiados».

Por todo ello, a nuestro modo de ver, los Decanos de Colegios Profesionales²⁶⁹ son autoridad a efectos penales y la misma suerte debe correr la Junta de Gobierno, que como órgano colegiado y a modo de excepción merece ser considerada autoridad, pues ostenta una facultad de *mando o jurisdicción colectiva y propia*, de tal manera que sus resoluciones siempre que se ajusten a Derecho, en caso de ser obviadas, serán susceptibles de desencadenar la comisión de un delito de desobediencia a la autoridad de los contemplados en el artículo 556 del CP.

La jurisprudencia, por su parte en sentencias como la del TS de núm. 1310/2002 de 9 de julio (RJ 2002, 5974) reconoce:

«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».

En lo que respecta a los **Decanos y Vicedecanos de las Facultades**, la jurisprudencia les ha reconocido **carácter de autoridad** y para ello el razonamiento empleado es muy semejante al expuesto respecto a los Decanos de colegios profesionales. La STS de 21 de marzo de 1983 (RJ 1983, 2157)²⁷⁰ afirma:

«El Decano está al frente de la Facultad correspondiente, asume la representación del Rector y la Autoridad Académica, representando a la Facultad a todos los efectos, siendo sus funciones, entre otras el mantener la disciplina académica de Profesores y alumnos. Y el Vicedecano sustituirá al

²⁶⁹ Hemos tomado como referente para nuestro estudio a los Decanos de los Colegios de Abogados pero no existe ninguna dificultad en hacer extensivas nuestras conclusiones a todos los Decanos de Colegios Profesionales, siempre y cuando claro está, se cumplan los requisitos legalmente exigidos. Asimismo, en el caso en que los Vicedecanos realicen las tareas que legalmente le vienen reconocidas que consisten en sustituir al Decano en los casos previstos, serán merecedores del mismo tratamiento que aquéllos.

²⁷⁰ Igualmente la STS de 16 de enero de 1976 (RJ 1976, 107).

Decano en caso de ausencia, enfermedad o vacante. Y debe afirmarse que esta sustitución lo es a todos los efectos. Y aunque la autoridad suprema de la Universidad sea ejercida por el Rector [...] se entiende que no es precisa una delegación expresa de la misma al Decano para su Facultad, por venirle atribuida por Ley, tanto al mismo, como al Vicedecano en los casos antes reseñados de sustitución. Por tanto quedan comprendidos en el art. 119 del CP».

En otro orden de cosas, especial mención merece el caso de los **Presidentes y Vocales de las Juntas Electorales**, y los Presidentes, Vocales e Interventores y sus correspondientes suplentes de las mesas electorales, para quienes el artículo 135.1 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, prevé tal condición²⁷¹. En consecuencia, y por expresa designación legal, quedan configurados como **posibles sujetos portadores del bien jurídico protegido por el delito de atentado**.

Por otra parte, hemos de referirnos a los **Recaudadores ejecutivos de la Seguridad Social**, quienes en virtud del lo fijado en el artículo 2.3 párrafo 3º del Real Decreto 1415/2004 de 11 de junio, de la Seguridad Social, tienen la consideración de Agentes de la autoridad²⁷². En el referido precepto se lee:

«El recaudador ejecutivo y el resto del personal adscrito a las unidades de recaudación ejecutiva tendrán, en el ejercicio de sus funciones, la consideración de agentes de la autoridad pública, y podrán recabar la cooperación y auxilio de la autoridad gubernativa por conducto de sus órganos superiores o directamente en caso de urgencia y, en especial, en los casos previstos en este Reglamento».

Llegado a este punto de nuestro estudio, es el momento de hacer referencia a toda una serie de sujetos que la jurisprudencia ha considerado –en determinados casos concretos– como sujetos susceptibles de considerarse portadores del bien jurídico protegido por estos tipos –y en consecuencia, sujetos a los que puede ir destinada la acción de los mismos– y que en cuanto a su especialidad y originalidad, entendemos que merecen una detenida valoración. En primer lugar, nos resulta de interés la STS de 8 de noviembre de 1984 (RJ 1984, 5444) en la que se reputa autoridad a un **Jefe Provincial de correos**, en ella se dice:

«Los Jefes Provinciales de correos tienen mando y jurisdicción propia en tanto en cuanto les está encomendado el régimen y gobierno de las oficinas postales de la respectiva Provincia, la representación de correos en los actos oficiales, **las relaciones con las demás autoridades de la Provincia** [...] y la resolución de los expedientes incoados a los funcionarios que prestan sus

²⁷¹ En el referido precepto se dispone: «A los efectos de este capítulo son funcionarios públicos los que tengan esta consideración según el Código Penal, quienes desempeñen alguna función pública relacionada con las elecciones, y en particular los Presidentes y vocales de las Juntas Electorales, los Presidentes, vocales e interventores de las Mesas electorales y los correspondientes suplentes».

²⁷² Así se reconoce en SAP de Badajoz núm. 97/1998 de 14 de septiembre (APR 1998, 3112) y SAP. de Zaragoza núm. 24/2004 de 2 de febrero (JUR 2004, 81475).

servicios en la Provincia a sus órdenes, por las faltas cometidas en el desempeño de sus cometidos, lo que le confiere atribuciones de mando y de Jurisdicción que a su vez le otorgan la condición de Autoridad, sin que el hecho de que parte de sus facultades vengan consideradas como delegadas del Sr. Director General de Correos, le prive de tal condición, siempre que la Ley le confiera facultades independientes y determinadas, dentro de la pirámide jurídica de la Administración, pues funciones delegadas lo son también las de los Gobernadores Civiles y las de los Delegados de Hacienda a quienes esta Sala ha venido considerando siempre como tales autoridades».

A nuestro juicio, resulta del todo excesiva tal interpretación, pues el Jefe Provincial de Correos por más que ostente cierta representación, jurisdicción y mando respecto a las oficinas postales de la respectiva provincia, no desempeña funciones de orden público y por ende, no está justificada tal condición, pues en ningún caso nos resultan portadores del bien jurídico tutelado por estas figuras penales.

Asimismo, en la STS de 15 de febrero de 1986 se reconoce el carácter de autoridad a Notarios, Delegados de Hacienda, Curas Párrocos y Catedráticos. Si bien en ocasiones se ha planteado la posibilidad de atribuirle tal condición a Inspectores de Salud o de Trabajo, lo cierto es que se ha negado²⁷³ por cuanto se entiende que carecen de jurisdicción propia, limitándose a verificar el cumplimiento de la normativa vigente, de modo que en caso de que observen infracciones, se limitarán a levantar acta de las mismas y a incoar un procedimiento en el que no tienen facultad de decisión, siendo ésta de una autoridad distinta²⁷⁴.

De igual modo, la jurisprudencia ha considerado, en STS núm. 1590/2005, de 22 de diciembre (RJ 2005, 1415), 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, en la STS núm.1544/20044, de 23 de diciembre (RJ 2005, 498) se estima funcionario público al asalariado de la administradora que llevaba de hecho la gestión de la administración de lotería y en STS 576/2002, de 23 de diciembre (RJ 2002, 8273) se otorga tal protección penal a un farmacéutico titular, «en cuanto siempre está en relación con los correspondientes Organismos Públicos del área de salud respecto a los asegurados», , precisándose que «su función, como dispensador de productos médicos a

²⁷³ Ejemplo la STS de 26 de octubre de 1979 (RJ 1979,3756) en la que se niega que merezcan ser considerados autoridad, pero en cambio se les considera funcionarios públicos a efectos penales, concretamente se argumenta lo siguiente: «la doctrina anteriormente expuesta, forzosamente se ha de declarar que no obstante la importancia de su función y el carácter de autoridad que a los Inspectores de Trabajo les viene atribuida por su legislación orgánica, no tienen la condición de autoridad a efectos penales y sí solamente la de funcionario público, en cuanto que carecen del derecho de supremacía o imperio «erga subditus» a que se refiere el art. 119 del C. P. al no tener jurisdicción propia por sí, ni como individuo de una Corporación o Tribunal». Por otro lado, la STS de 26 de abril de 1990 (RJ 1990/3338) condena por un delito de atentado contra un Inspector Médico.

²⁷⁴ ROIG TORRES, M.: *El Delito de.....*, op. cit., pp. 103 y 104.

través de la Seguridad Social, ya central, ya autonómica, le hace merecedor de esa consideración funcionarial definida en el artículo 119 del Código Penal de 1973 en cuanto tal función la ejercía por la simple designación como Farmacéutico Titular, con todos los beneficios y todas las obligaciones que tal cargo supone», y por último, la STS núm. 1183/1993, de 20 de mayo (RJ 1993, 4189) considera sujetos portadores del bien jurídico tutelado en el delito de atentado a los funcionarios integrantes de una Comisión de una Cámara Provincial Agraria.

En opinión de quien suscribe, para comprobar si un determinado sujeto merece la consideración de funcionario a efectos penales, es indispensable analizar con detenimiento cuáles son las funciones que le vienen encomendadas y si realmente de las mismas puede predicarse una repercusión inequívoca en la **función pública entendida desde una perspectiva tan restrictiva como sea necesario para que la misma guarde una relación directa con el bien jurídico tutelado**. Ese requisito del artículo 24.2 del CP nos resulta clave para evitar que se proteja la función de quienes, puede que en el ámbito administrativo merezcan ser catalogados como funcionarios públicos pero que a efectos penales dictan mucho de serlo. La relativa y aparente amplitud del concepto penal, viene a su vez frenada o contrarestada por la referida exigencia, la cual pone directamente en relación las funciones ejercidas por los posibles sujetos pasivos de la acción con el bien jurídico que se tutela. Así y como hemos reiterado a lo largo de este estudio, *sólo deberían ser protegidos por estos tipos quienes tengan atribuidas unas funciones lo suficientemente relevantes como para que su afectación lesione el bien jurídico protegido, es decir aquellos sujetos de cuyo papel dependa, sea de forma directa o indirecta, el buen funcionamiento del sistema, y la propia seguridad ciudadana*.

No existe discusión en cuanto a si los **Notarios** tienen la consideración de autoridad, pues cualquier duda viene despejada por el Reglamento Notarial, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944²⁷⁵ y en cuyo artículo 60 se establece lo siguiente:

«El Notario, una vez que obtenga el título y tome posesión de su Notaría, tendrá en el distrito a que corresponda la demarcación de la misma el carácter de funcionario público y autoridad en todo cuanto afecte al servicio de la función notarial, con los derechos y prerrogativas que conceden a tales efectos las leyes fundamentales tanto de carácter civil como administrativo y penal».

A nuestro modo de ver, el carácter de fedatario público del Notario y la importancia de su función justifican la atribución legal expresa del carácter de funcionario público pero no así con la designación como autoridad. Es de recibo pensar que las funciones atribuidas a estos profesionales sean susceptibles de tutela penal, entendiendo que habría sido suficiente con la protección prevista por el delito de atentado, pues no está entre las funciones del Notario la de emitir cualquier tipo de orden que como tal justifique la existencia de un delito de desobediencia ni tampoco de resistencia de los contemplados en el artículo 556, por lo que habría sido bastante con considerarles funcionarios públicos y por ende, posibles sujetos sobre los que puede recaer la acción del delito de atentado.

²⁷⁵ BOE 7 julio 1944, núm. 189; rect. BOE 4 agosto 1944, núm. 217 [pág. 5912]. RCL 1945/57.

Tampoco encontramos razonable entender que los **Curas Párrocos** sean autoridad a efectos penales, pues ni siquiera cumplen con los requisitos exigidos para ser llamados funcionarios públicos y además no debe perderse de vista que el Estado español es aconfesional y por tanto, no tienen poder alguno al margen de su orden religiosa. Por supuesto, cualquier ciudadano que no sea creyente ni profese la religión cristiana no tiene por qué reconocerle a un cura autoridad alguna, pues en realidad no le debe más ni menos respeto que a cualquier otro individuo. Eso sí, en casos muy específicos²⁷⁶ un clérigo puede tener el carácter de funcionario público, siempre y cuando se trate de capellanes castrenses o, en el caso de que admitamos²⁷⁷ como tales a los profesores, los de religión que impartan sus clases en centros públicos, podrán considerarse como tales, pero por motivo bien distinto a que sean sacerdotes.

Por lo tanto, nos encontramos con un amplio catálogo jurisprudencial en el que se nos presentan un extenso abanico de profesionales que hay sido considerados como portadores del bien jurídico tutelado por el delito de atentado. Como ejemplo de alguno de los casos más curiosos, el de la STS núm. 876/2006, de 6 de noviembre (RJ 2007, 586) que considera víctima de este delito al Director- Conservador de un Parque Natural, cargo designado por el Conseller de Medio Ambiente y dependiente de la Dirección General de Conservación del Medio Natural. A tenor de este asunto, el Tribunal realiza una disertación –a nivel general– digna de reproducir, pues dice así:

«La jurisprudencia exige, para la determinación de la función pública, la existencia de un órgano estatal que realiza un acto que consigue finalidades públicas, y no privadas, y dirigidas al bien común. Desde esa perspectiva, la Jurisprudencia ha considerado como funciones públicas, las que afectan a la cultura, a la Hacienda pública, a la enseñanza, justicia, comunicaciones, agricultura, abastecimientos, vivienda, etc., y, consecuentemente, funcionarios públicos, a quienes desarrollan funciones del Estado, en un sentido amplio. 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.»

²⁷⁶ Para más información ver RODRÍGUEZ DEVESA, J.M. y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte especial*. Dykinson, 18ª edición, Madrid 1995, p. 1128.

²⁷⁷ Por nuestra parte, acabamos de pronunciamos en sentido contrario.

Por su parte, la STS núm. 1590/2005, de 22 de diciembre (RJ 2005, 1415) considera que participa en el ejercicio de las 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 respecto a los intereses generales, la STS núm. 1544/2004, de 23 de diciembre (RJ 2005, 498) considera funcionario público al asalariado de una administradora que llevaba de hecho la gestión de la administración de lotería y la STS núm. 576/2002, de 3 de septiembre (RJ 2002, 8273) otorga tal consideración a un farmacéutico titular «en cuanto siempre está en relación con los correspondientes Organismos Públicos del área de salud respecto a los asegurados».

Por último, y antes de concluir la enumeración de sujetos²⁷⁸ que pueden plantear cierta polémica, recordar que tal y como venimos analizando, los sujetos que soportan la acción de los delitos de atentado, resistencia y desobediencia son estrictamente quienes merezcan la consideración de funcionarios públicos, autoridades o agentes de la misma, a la luz del artículo 24 del CP. De ello se deriva una duda inmediata, ¿pueden ser sujetos destinatarios de la acción de estos delitos los funcionarios públicos o **autoridades extranjeras**?

Lo cierto es que el CP mantiene un absoluto silencio al respecto. Conviene recordar que en el antiguo texto punitivo y con motivo de la regulación de los delitos de desacato existía una solución concreta al tema. Como en su momento apuntaba JIMÉNEZ DÍAZ²⁷⁹, cuando un sujeto de los internacionalmente protegidos fuere calumniado, injuriado, insultado o amenazado, es decir cuando contra él se cometiese la conducta típica del antiguo delito de desacato. En tal caso la pena a aplicar era la misma prevista para el delito de que se tratase –calumnias, injurias, etc. – elevada al grado máximo. Por lo cual, ha de llamarse la atención sobre como las penas de partida no eran las del delito de desacato propiamente dicho, sino las de los tipos comunes correspondientes, cuestión perfectamente lógica si se tiene en cuenta que el argumento por el que el antiguo artículo 136 preveía imponer la pena en su grado máximo no era otro que la cualificación de los sujetos soportadores de la acción típica, circunstancia ésta ya tenida en cuenta por el propio delito de desacato, por lo que lo contrario habría supuesto incurrir en una doble agravación.

Actualmente, como consecuencia de la derogación de los delitos de desacato, nos hemos quedado sin referente legal alguno que nos oriente para resolver la duda planteada, sobre todo teniendo en cuenta que el actual CP en ningún momento realiza mención alguna que nos pueda ser de utilidad al asunto. En consecuencia –y a nuestro juicio– las autoridades extranjeras no merecen tener la posibilidad de ser sujetos que soporten la acción de estos delitos, pues hemos de recordar que los mismos tutelan el buen funcionamiento del Estado, la salvaguarda del orden vigente y el mantenimiento de la seguridad ciudadana, lo que hay que relacionar con el hecho de que esos sujetos, a priori,

²⁷⁸ Interesante resulta la STS de 15 de febrero de 1986 (RJ 1986, 610) en la que se enumeran toda una serie de profesionales que, en ocasiones de forma sorprendente, han sido considerados por la jurisprudencia sujetos pasivos de la acción de estos delitos.

²⁷⁹ JIMÉNEZ DÍAZ, M.J.: *Los delitos...*, op. cit., pp. 428 y 429.

no ostentan un papel relevante en el funcionamiento del Estado y ni siquiera ejercen mando ni jurisdicción propia en territorio español, de lo que puede deducirse que no son portadores del bien jurídico protegido en estos tipos y por tanto, sus funciones no pueden ser específicamente tuteladas por el orden penal.

3.8. Mención a la «fuerza armada» del artículo 554 del Código Penal.-

El origen de este tipo penal se encuentra en el artículo 235 bis del ACP. Su creación data de 1985 y viene a coincidir con la aprobación del Código Penal Militar. Su razón de ser se hallaba en el deseo del legislador de conceder una mayor y más intensa protección a los miembros de las fuerzas armadas y a su vez, con la inclusión de este tipo agravado se conseguía traer al ámbito de la jurisdicción ordinaria un comportamiento que sólo se enjuiciaba en el ámbito castrense.

Este precepto encuentra su homólogo en el actual artículo 554 del CP, presentando como principal novedad el hecho de que ya no se persigue esa mayor intensidad en la protección, pues el artículo 554.1º en lo que a pena se refiere, se remite a los artículos 551 y 552 CP. Estamos, por tanto ante un falso tipo agravado que resulta, cuanto menos, prescindible.

El principal interés que presenta este precepto radica en su novedosa redacción, siendo de destacar la voluntad del legislador de determinar qué debe entenderse por «fuerza armada» a los efectos de este precepto. Concretamente, en el apartado 2º del artículo 554 CP puede leerse:

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

Lo primero que hay que aclarar es que estamos ante una definición de fuerza armada específicamente orientada a este tipo penal, de tal manera que su eficacia y validez se limitan a la aplicación del mismo. El propio Código Penal Militar, en cuyo artículo 10 acuña su propia definición, cuando afirma:

«A los efectos de este Código se entenderá que constituyen Fuerza Armada los militares que, portando armas y vistiendo el uniforme, presten servicios legalmente encomendados a las Fuerzas Armadas, reglamentariamente ordenados, así como, en las mismas circunstancias, los miembros de la Guardia Civil, cuando prestando servicio propio de su Instituto, así lo disponga la Ley a la que se refiere el artículo 104.2 de la Constitución»

En consecuencia, la principal diferencia que aporta la definición del CP actual se encuentra en la omisión de uno de los requisitos exigidos por el CPM, y en su momento por el ACP como es, la necesidad de portar armas. Algunos autores justifican la ausencia de

este requisito en la protección a la fuerza armada cuando es objeto de «maltrato de obra» no en el «ejercicio de sus funciones» sino «con ocasión de ellas»²⁸⁰. A nuestro modo de ver, tal circunstancia supone un absoluto infortunio, pues da lugar a que coexistan dos conceptos de fuerza armada considerablemente distintos, de forma que en función del sector del Ordenamiento Jurídico en el que nos hallemos será aplicable una u otra significación. No cabe duda que sería deseable alcanzar una construcción dogmática unitaria que permitiese la utilización de un único concepto con independencia del sector del ordenamiento jurídico en que se esté y de no ser así, estaremos, inescindiblemente, ante una verdadera fuente de conflicto.

Así, y en virtud de lo establecido por el párrafo 2º del artículo 554, se exigen determinados requisitos que tendrán que observarse de forma obligatoria para poder considerar a un sujeto como «fuerza armada» a los efectos de este tipo penal. Esas exigencias²⁸¹ son las siguientes:

1.) **Ser militar:** para determinar quienes lo son puede acudir a la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, de Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas²⁸², la cual, lejos de aportar un concepto determinado, a partir de su artículo 26 alude a diversos «niveles de la jerarquía militar». Será el CPM quien en su artículo 8 ofrezca una definición concreta al establecer:

«A los efectos de este Código se entenderá que son militares quienes posean dicha condición conforme a las leyes relativas a la adquisición y pérdida de la misma y, concretamente, durante el tiempo en que se hallen en cualesquiera de las situaciones de actividad y las de reserva, con las excepciones que expresamente se determinen en su legislación específica, los que:

- Como profesionales, sean o no de carrera, se hallen integrados en los cuadros permanentes de las Fuerzas Armadas.
- Con carácter obligatorio se hayan incorporado o ingresen como voluntarios en el servicio militar, mientras se hallen prestando el servicio en filas.
- Cursen estudios como alumnos en las Academias o Escuelas militares.
- Presten servicio activo en las Escalas de Complemento y de Reserva Naval o como aspirantes a ingreso en ellas.
- Como cualquier asimilación militar presten servicio al ser movilizados o militarizados por decisión del Gobierno»²⁸³.

²⁸⁰ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: *Código Penal...*, op. cit., p. 1557.

²⁸¹ Ver CALDERÓN SUSÍN, E.: «La protección penal de la fuerza armada», *Comentarios a la legislación penal*, tomo X, Edersa, Madrid 1989, p. 586 y ss.

²⁸² BOE núm. 11 de 12 de enero de 1979, disposición núm. 85.

²⁸³ Hemos de recordar que desde el 31 de diciembre del año 2001, tanto el cumplimiento del servicio militar como la prestación social sustitutoria han quedado suspendidos, en virtud de los Reales Decretos 247/2001, de 9 de marzo, y 342/2001, de 4 de abril, dictados en uso de la autorización concedida al Gobierno por la disposición transitoria decimoctava de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas. En consecuencia, tendrán la consideración de militares los soldados, con la salvedad de que ahora éstos estarán incorporados al ejército en calidad de profesionales y voluntariamente, no como

Como consecuencia de la letra del precepto nos sobreviene una irremediable duda, pues en él se advierte que esta definición será válida «a los efectos de este código», por lo que es inevitable preguntarse si podemos usarla y ponerla en conexión con el CP. Nos convence CALDERÓN SUSÍN²⁸⁴ cuando –con intención de resolver este interrogante– afirma que nada obsta a que nos sirvamos de este concepto porque está basado en lo prescrito por las Reales Ordenanzas y, además, en aras a la básica idea de congruencia del Ordenamiento Jurídico, porque alimenta otro concepto, el de fuerza armada, que se define tanto en la Ley militar como en la común.

2.) Otra de las exigencias legales radica en la necesidad de que **la fuerza armada vista uniforme**, que deberá ser el reglamentariamente establecido en cada caso concreto en función de la prestación de servicio que se ejerza y del grado que ostente el sujeto en cuestión. Si bien la norma general es la obligatoriedad del uso del uniforme, merece llamarse la atención sobre la posibilidad de que en determinados casos concretos la autoridad militar dispense de su utilización, tal y como prevé el artículo 188 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas y que acarreará una consecuencia tan inmediata como trascendente: la pérdida de la protección penal debida a la fuerza armada. Esta exigencia, ha sido criticada, entre otros, por POLAINO NAVARRETE²⁸⁵ quien refiriéndose a esta “filosofía del vestuario” apunta a que la misma ha irrumpido en la legislación penal condicionando el ejercicio del Ius puniendi al uniforme que el militar porte según sus ordenanzas y se plantea lo que habría ocurrido de hacerse extensiva a otros ámbitos, como por ejemplo al de la Justicia, en cuyo caso sólo quienes portaran toga serían merecedores del protección penal, o en el plano sanitario, dando lugar a que sólo gozaran de la misma quienes lucieran el atuendo facultativo.

3.) Por último, se exige que el militar **preste un servicio legalmente encomendado a las fuerzas armadas y que reglamentariamente le haya sido ordenado**. La mayoría de la doctrina²⁸⁶ considera que esta doble exigencia consistente en que el servicio esté «legalmente» encomendado y en que «reglamentariamente» les haya sido ordenado, hay que considerarla una simple redundancia. MORALES VILLANUEVA apunta que «el cumplimiento de estos servicios conlleva unos requisitos en cuanto a la forma adecuada en que la orden ha de impartirse, la competencia de quien la da y la relación de dependencia de quien la recibe»²⁸⁷. Lo cierto es que las fuerzas armadas, a diferencia de lo que sucede con los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, no se ven vinculados por el artículo 5.4º de la ley 2/1986 de 13 de marzo, pues no existe en ellos el servicio permanente.

En realidad, el artículo 554.2 da un concepto de «fuerza armada» integrado por

ciudadanos llamados a filas.

²⁸⁴ *Ibidem*, pp. 587 y 588.

²⁸⁵ POLAINO NAVARRETE, M. en COBO DEL ROSAL Y OTROS: *Curso de Derecho...*, op. cit., pp. 861 y 862.

²⁸⁶ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: *Código penal...*, op. cit., p. 1557; CALDERÓN SUSÍN, E.: «La protección penal...», op. cit., p. 591.

²⁸⁷ MORALES VILLANUEVA, A.: *Comentarios al Código penal militar*, coordinados por Blecua Fraga y Rodríguez Villasante, Civitas, Madrid 1988, p. 246.

quienes tengan la consideración de militares –en virtud del artículo 8 CPM– quedando excluidos los «centinelas» (art. 85 CPM) y los miembros de la Guardia Civil.

Resulta imprescindible detenerse en aclarar qué se entiende, legalmente, por «centinela». Para ello acudimos una vez más al CPM en cuyo artículo 11 puede leerse lo siguiente:

«A los efectos de este Código se entenderá que es centinela el militar que, en acto de servicio de armas y cumpliendo una consigna, guarda un puesto confiado a su responsabilidad. Tienen además dicha consideración los militares que sean: componentes de las patrullas de las guardias de seguridad en el ejercicio de su cometido; operadores de las redes militares de transmisiones o comunicaciones durante el desempeño de sus funciones; operadores de sistemas electrónicos de vigilancia y control de los espacios terrestres, marítimos y aéreos confiados a los centros o estaciones en que sirven, durante el desempeño de sus cometidos, u observadores visuales de los mismos espacios».

Tras la simple²⁸⁸ lectura del precepto, no se encuentra un motivo aparente por el que estos sujetos tengan que ser excluidos del concepto de fuerza armada que acuña el CP y de hecho no lo están. Existe un concurso aparente o impropio de Leyes entre el artículo 554 del CP y el 85 del CPM. En este último precepto se dispone:

«El que desobedeciere o se resistiere a obedecer órdenes de centinela será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión. El que maltratare de obra a un centinela será castigado con la pena de tres meses y un día a seis años de prisión.

En tiempo de guerra o estado de sitio se impondrá la pena de prisión de dos a diez años en ambos casos.

Si el maltrato fuere efectuado con armas se impondrán las penas respectivamente señaladas, en su mitad superior. Si se causaren lesiones graves será castigado con la pena de cinco a quince años de prisión. Si se ocasionare la muerte, se impondrá la pena de quince a veinticinco años. En tiempo de guerra será castigado, en ambos supuestos, con la pena de veinte a veinticinco años de prisión.

En las mismas penas incurrirá el militar que, en tiempo de paz, maltrate de obra o desobedeciere órdenes de fuerza armada y todo aquel que, en tiempo de guerra, cometa este delito».

La solución pasa por acudir al principio de especialidad, siempre que sea posible, de tal manera que la aplicación del art. 554 queda bastante reducida tal y como explica la STS de 25 de junio de 1991 (RJ 1992, 404), cuando refiriéndose al antiguo artículo 235 bis afirma:

²⁸⁸ Para un estudio más pormenorizado, MORALES VILLANUEVA, A.: *Comentarios al...*, op. cit., p. 267 y ss.

«Partiendo de lo criticable y defectuoso, técnicamente, que aparece el resultado de comparar la lectura conjunta de los arts. 85 del texto militar y el 235 bis del común, hay que concluir que la aplicación de este último queda muy reducida, pues deberá limitarse a aquellos casos de maltrato de obra, resistencia grave y desobediencia a fuerza armada que no pueda ser calificada de centinela y que, además, no sean protagonizados por militar o llevados a cabo en tiempo de guerra».

Por lo tanto, cuando el sujeto activo lo sea cualquiera y el que soporta la acción sea un centinela, será de aplicación el CPM.

Algo más completo es el caso de la **Guardia Civil**. Históricamente, desde el origen del Cuerpo en 1844 y hasta la Ley 55/1978, de 4 de diciembre, de Policía, estos profesionales han venido teniendo la consideración de fuerza armada. El CPM, por su parte, en el artículo 10 se refiere a los miembros del Instituto Benemérito cuando en la coetilla de su definición de fuerza armada menciona expresamente:

«[...] los miembros de la Guardia Civil, cuando prestando servicio propio de su Instituto, así lo disponga la Ley a la que se refiere el artículo 104.2 de la Constitución».

Así las cosas, la LOFCS viene a aclarar el asunto cuando ya en su Preámbulo enuncia que

«[...] la Guardia Civil, como Cuerpo de Seguridad, sin perjuicio de realizar en determinadas circunstancias misiones de carácter militar, centra su actuación en el ejercicio de funciones propiamente policiales, ya sea en el ámbito judicial o en el administrativo [...] debe considerarse normal su actuación en el mantenimiento del orden y la seguridad pública, función en la que deben concentrarse, en su mayor parte, las misiones y servicios asumibles por la Guardia Civil».

Evidente luz al asunto arroja el artículo 9 del mismo texto legal, cuando afirma:

«Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado ejercen sus funciones en todo el territorio nacional y están integradas por:

- El Cuerpo Nacional de Policía, que es un instituto armado de naturaleza civil, dependiente del Ministro del Interior.
- La Guardia Civil, que es un instituto armado de naturaleza militar, dependiente del Ministro del Interior, en el desempeño de las funciones que esta Ley le atribuye, y del Ministro de Defensa en el cumplimiento de las misiones de carácter militar que éste o el Gobierno le encomienden. En tiempo de guerra y durante el estado de sitio, dependerá exclusivamente del

Ministro de Defensa».

Pero es el artículo 7.3 de la LOFCS el que viene a despejar toda duda y resolviendo el interrogante de si los miembros de la Guardia Civil deben tener una u otra consideración dispone:

«La Guardia Civil solo tendrá consideración de Fuerza Armada en el cumplimiento de las misiones de carácter militar que se le encomienden, de acuerdo con el Ordenamiento Jurídico».

Por lo tanto, los miembros de la Guardia Civil –como norma general– tendrán la consideración de agentes de la autoridad como Cuerpo de Seguridad que son, y ello a pesar de depender del Ministerio de Interior y de gozar de cierto carácter militar, pues –aunque no pertenezcan de forma estricta al Ejército– resulta innegable su naturaleza militar. Así, y sólo en los casos en que desempeñen misiones concretas que le aparten de su principal cometido dejarán de ser agentes de la autoridad para tener la consideración de fuerza armada. No debe obviarse, que toda esta distinción deviene francamente irrelevante desde el momento en que la misma no implica consecuencias penológicas algunas pues las penas previstas en el artículo 550 –del que estos profesionales son sujetos sobre los que puede recaer la acción por su condición de agentes– son exactamente las mismas que las establecidas por el desafortunado art. 554 CP –del que podrán ser sujetos que soporten la acción en los casos del artículo 7.3 de la LOFCS–.

Para concluir este apartado –y aunque no corresponde a este momento de nuestro estudio, realizar un análisis exhaustivo del artículo 554 más allá de su significación a efectos de los sujetos sobre los que recae la acción– deviene interesante a modo de breve conclusión, afirmar que el artículo 554 CP resulta del todo innecesario, prescindible y por supuesto de conveniente supresión dados los conflictos interpretativos que genera²⁸⁹. Ello es así por varios motivos:

1º) Acuña una definición de fuerza armada discordante respecto a la establecida en el CPM, lo que provoca una disparidad de conceptos nada recomendable.

2º) Supone un falso tipo privilegiado, pues no aporta diferencia penológica alguna respecto a los artículos 551 y 552.

3º) Utiliza expresiones tan ambiguas como «maltratar de obra», dando lugar a una polémica que data del ACP, difiriendo la conducta descrita sustancialmente con la propia del delito de atentado.

4º) Los actos preparatorios de esta modalidad de atentado no resultan punibles, pues la remisión del artículo 553 del CP se limita a los preceptos anteriores.

5º) Es evidente su más que limitado ámbito de aplicación, ya que en virtud del respeto debido al principio de especialidad, éste artículo sólo resultará aplicable en aquellos casos

²⁸⁹ Siguiendo a CUERDA ARNAU, M.L.: *Los delitos de ...*, op. cit., pp. 50 y 51.

en que la acción típica recaiga contra fuerza armada que no pueda ser calificada de centinela y siempre y cuando el sujeto activo no sea militar y al momento de cometerse el delito se esté en tiempo de guerra. Exceptuando esos contados supuestos, será de aplicación el artículo 85 CPM.

En virtud de todo lo expuesto, el artículo 554 del CP no protege a sujetos específicos algunos, pues los militares ya quedan tutelados por los delitos de atentado, resistencia y desobediencia, pues son funcionarios públicos y algunos de ellos gozan del carácter de autoridad conforme con lo establecido en el art. 24 CP, de ahí que tengamos que concluir de acuerdo con la doctrina²⁹⁰ unánime, que este tipo penal es perfectamente prescindible, y que sólo genera dificultades interpretativas y aplicativas evidentes, pues no puede negarse que estamos ante un precepto que no sólo no aporta nada nuevo, ni modifica en modo alguno la regulación llevada a cabo por los artículos precedentes, sino que además con su imprecisión y desatino perturba considerablemente la interpretación de estas figuras delictivas.

Interesante, en este sentido, resulta la reflexión de CARBONELL MATEU y VIVES ANTÓN²⁹¹ cuando refiriéndose al desatino de este precepto advierten que sería hora de que volviese a pensarse en las leyes como «las relaciones necesarias que derivan de la naturaleza de las cosas» y no se las instrumentalizase, convirtiéndolas en el producto irreflexivo de un impulso circunstancial.

3.9. Personas que acuden en auxilio de la autoridad, sus agentes o los funcionarios públicos.-

El artículo 555 del CP amplía el catálogo de los sujetos sobre los que puede recaer el delito de atentado, de tal manera que prevé la posibilidad de que ostenten tal condición de sujetos portadores del bien jurídico los particulares que «acudan en auxilio de la autoridad, sus agentes o los funcionarios públicos». Estamos, por supuesto ante un tipo privilegiado, pues la pena a imponer en estos casos deberá aplicarse en su grado inferior.

Ya existía en el ACP un precepto homólogo, concretamente en el párrafo segundo del artículo 236. La principal referencia en cuanto a la regulación actual se produce en términos de penalidad, pues en el anterior texto punitivo existía una equiparación total de pena, de forma que la conducta merecía el mismo reproche penal con independencia de la acción recayera en un funcionario público, autoridad o agente de la misma o si lo hacía en un particular auxiliador. Por supuesto, tal posibilidad, se prevé únicamente en los casos en los que la acción sea constitutiva del delito de atentado y no en los de resistencia o desobediencia, pues tales ilícitos requieren de unos matices que impiden que tales

²⁹⁰ A modo de ejemplo: TORRES FERNÁNDEZ, M.E.: «Los delitos de atentado...», op. cit., p. 12; LAMARCA PÉREZ, C.: *Derecho penal...*, op. cit., p. 674 y PRATS CANUT, J.M. en QUINTERO OLIVARES, G. y OTROS: *Comentarios al...*, op. cit., p. 2464.

²⁹¹ En VIVES ANTÓN, T.S. y OTROS: *Comentarios al código...*, op. cit., p. 2085.

conductas puedan perpetrarse sobre un particular²⁹².

El art. 555 CP conlleva el planteamiento de dos cuestiones:

- La conveniencia de determinar, con la mayor concreción posible, qué pretende decir el legislador cuando utiliza la expresión «auxilio».

- Por otro lado, resulta imprescindible dilucidar si en todos los casos en los que exista auxilio a los sujetos señalados será aplicable el art. 555 CP o si por el contrario, es preciso comprobar si ese auxilio ha sido previamente requerido. En otras palabras, es ¿es irrelevante si el particular acude a auxiliar de forma voluntaria o si lo hace previa petición de la persona a la que auxilia?

a) La primera cuestión ha planteado la duda relativa a si el «auxilio» al que se refiere el CP está limitado a los casos en los que el mismo se preste a quienes estén siendo víctimas de un delito de atentado. PRATS CANUT considera que «el concepto auxilio debe ser entendido como más amplio que la ayuda limitada a repeler la agresión propia del atentado, y por tanto que se puede auxiliar con conductas periféricas al atentado, pero que en cualquier caso dicho delito debe servir de referencia»²⁹³. Este es el sentir mayoritario de la doctrina, pudiéndose entender unánime la postura consistente en entender que atendiendo a una interpretación teleológica del artículo en cuestión, hay que limitar el ámbito de aplicación a los casos en los que la ayuda es prestada para lograr el prevalecimiento de la función pública, incluyéndose cualquier auxilio cuya finalidad sea hacer efectiva la pretensión de la autoridad, el agente o el funcionario público en cuyo auxilio se acuda²⁹⁴. Por supuesto que es posible que esa ayuda sea prestada a quien esté a punto de ser víctima de un delito de atentado, o a quien ya lo haya sido, pero sin que eso sea imprescindible para la aplicación del tipo. En consecuencia, podrán ser sujetos que sobre los que recae la acción del atentado, los particulares cuyo auxilio consista en acciones tales como prestar un teléfono móvil para requerir la presencia de refuerzos²⁹⁵, o cualquier otra tarea cuyo fin sea colaborar con el profesional de que se trate en el ejercicio de sus funciones²⁹⁶.

b) En lo que a la petición de auxilio concierne, lo cierto es que no existe base legal alguna para establecer como requisito la necesidad de que la autoridad, el agente o el funcionario público realicen una petición de auxilio. Bastará, con que la ayuda prestada por

²⁹² Nos referimos a que tanto el delito de resistencia como el de desobediencia se exige que el sujeto que soporta la acción tenga carácter de autoridad, de forma que quedan excluidos de esta modalidad delictiva los funcionarios públicos, por carecer de mando y jurisdicción propia, así y con mayor razón se excluirá a quienes siendo particulares no tengan más titularidad que la de haber acudido en auxilio de un sujeto portador del bien jurídico.

²⁹³ PRATS CANUT, J.M. en QUINTERO OLIVARES y OTROS: *Comentarios al nuevo código...*, op. cit., p. 2465.

²⁹⁴ VIVES ANTÓN, T.S. y OTROS: *Comentarios al Código...*, op. cit., pp. 2085 y 2086.

²⁶⁰ Así lo apunta CUERDA ARNAU, M.L.: *Los delitos de...*, op. cit., p. 58

²⁹⁶ Por supuesto, no cabe duda de la inexorable necesidad de que el personal al que se auxilie se halle en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas pues de lo contrario y atendiendo a la razón de ser de estos delitos carecería de fundamento tal tipificación.

el particular sea expresa o tácitamente aceptada²⁹⁷. Es de lógica entender que se excluyen del ámbito de aplicación del artículo 555 CP de todos aquellos casos en los que el sujeto más que auxiliar entorpece y se entromete inoportuna e inadecuadamente en la actividad del profesional de que se trate.

Por otro lado, es conveniente matizar que si bien en la mayoría de los casos estos auxiliares suelen ser particulares ajenos a la función pública, el artículo 555 CP no exige que se trate de «particulares», es decir, lo relevante es que acudan a auxiliar a la autoridad, agentes o funcionarios públicos pero nada impide que quien auxilie sea a su vez uno de ellos, aunque eso sí para poder aplicarse este tipo penal será imprescindible que éstos se hallen fuera del ejercicio de sus funciones y que su intervención no se realice con ocasión de ellas, pues de lo contrario habría que aplicar el tipo básico de atentado, art. 550 CP.

Advierte CEREZO MIR²⁹⁸ que pueden ostentar igualmente la condición de sujetos soportadores de la acción de esta figura delictiva, los terceros que ayuden a los auxiliares, pues éstos también coadyuvan al fin que constituye la *ratio* del precepto. En realidad, a nuestro modo de ver, esta interpretación puede acarrear una indeseada extensión de esta figura delictiva, acarreando cierta imprecisión y pudiendo provocar que se llegue a una excesiva ampliación del tipo.

Con motivo del estudio de la problemática planteada por los profesionales de la seguridad privada como posibles sujetos portadores del bien jurídico que se tutela. La propia LSP, como ya se apuntaba, define la función de este personal como una prestación complementaria y subordinada respecto a las de seguridad pública. No queda exenta de polémica la cuestión, pues si bien pueden encontrarse pronunciamientos jurisprudenciales²⁹⁹ en los que se aclara que tales actividades de seguridad privada no forman parte del núcleo esencial de la seguridad pública; del mismo modo y acudiendo de nuevo a la LSP, esta vez a su exposición de motivos, se comprueba como si bien se insiste en calificar a los vigilantes de seguridad como elementos colaboradores en tareas que difícilmente podrían cubrir por sí solos los Cuerpos de Seguridad, pero a su vez se afirma que se trata de servicios que forman parte de ese núcleo esencial de competencias exclusivamente estatales.

A pesar de todo ello, y como ya en su momento concluimos, es perfectamente razonable que los profesionales de este ámbito no englosen la lista de funcionarios públicos, autoridades o agentes de la misma, pero a pesar de ello, sus tareas sí merecen una tutela penal que sólo les puede venir impuesta por el artículo 555 del CP mediante la figura del auxiliar³⁰⁰.

Ya su momento, y en lo que a los miembros del Tribunal del Jurado respecta, nos

²⁹⁷ Así lo entiende CUERDA ARNAU, M.L.: *Los delitos de...*, op. cit., p. 59

²⁹⁸ CEREZO MIR, J.: «Los delitos de atentado ...», op. cit., pp. 322 y 323.

²⁹⁹ Así, la STC núm. 154/2005 de 9 de junio (RTC 154, 2005).

³⁰⁰ Carece de sentido reproducir de nuevo todos los argumentos que nos llevaron en el epígrafe correspondiente de este mismo capítulo a alcanzar esta conclusión. Para mayor información, ver el referido apartado.

pronunciamos en el sentido de afirmar que los mismos mientras estuviesen en el marco de su actuación y nombramiento, podían considerarse como posibles sujetos sobre los que puede recaer la acción del delito de atentado, pues merecen ser considerados funcionarios públicos a la luz del artículo 24.2 CP. Pues bien, aun partiendo de esa premisa, ello no es óbice para que comprobemos si sería posible tutelar sus funciones mediante lo establecido en el artículo 555 CP. No resulta en absoluto descabellado pensar que estamos ante verdaderos auxiliares, pues los jurados con sus labores realizan una tarea de auxilio a las autoridades –en este caso a los Jueces y Magistrados que son los encargados de juzgar–. Bien es cierto, que en un primer momento, de la lectura del artículo 555 CP podría concluirse que el legislador cuando alude a «personas que acuden en auxilio» está pensando en particulares que de forma circunstancial y esporádica se hallen en esa situación y no en profesionales cuyas tareas vengan establecidas por ley y que tengan atribuida la obligación de cooperar o colaborar con las autoridades, sus agentes o los funcionarios públicos, pero dicha apreciación queda absolutamente desmontada por la interpretación jurisprudencial que se viene haciendo del referido precepto, según la cual los miembros de la Seguridad privada, en cuanto profesionales llamados a actuar como elementos colaboradores de los Cuerpos de Seguridad, merecen ser considerados sujetos de los llamados «auxiliares» a tenor de este precepto. Por lo tanto, entendemos que esos argumentos se adaptan plenamente al caso de los miembros del Tribunal de Jurado, quienes auxilian y participan en la función pública y merecen, en lo que a ello respecta, idéntico tratamiento que los vigilantes. Por ende, en los supuestos en los que se acometa o intimide a un miembro del Tribunal del Jurado durante el tiempo de su nombramiento, estaríamos ante un concurso de normas: pues por un lado podría entenderse aplicable el artículo 550 CP en tanto que estos sujetos son funcionarios públicos y por otro, sería igualmente posible considerar que dicha conducta puede ser reprendida por la vía del artículo 555 CP, si se entiende que estamos ante sujetos que acuden en auxilio de la autoridad. La solución, entendemos que viene dada por el principio de especialidad del artículo 8.1º CP y en su virtud, lo más coherente será resolver el conflicto a favor de la aplicación del delito de atentado en cuanto es en él donde se castiga la acción típica cometida contra funcionarios públicos, no pudiendo compararse el caso de los jurados con el de los profesionales de la seguridad privada, pues la principal distinción se halla en que los primeros sí son funcionarios públicos a efectos del artículo 24.2 CP mientras que los segundos de ninguna forma encajan en los conceptos del artículo 24 CP ni tampoco en el de agentes de la autoridad.

3.10.- Conclusiones.-

Dejando a un lado las conclusiones relativas a los conceptos de autoridad y funcionario público, en cuanto que han sido esbozadas con anterioridad al hilo de los correspondientes epígrafes, llega ahora el momento de poner de manifiesto las consideraciones alcanzadas en torno a los sujetos que pueden soportar la acción de estos tipos penales, siendo éstas las siguientes:

I.) A falta de un concepto legal de «Agentes de la autoridad», la doctrina mayoritaria ha considerado que tienen la consideración de tales aquellos funcionarios públicos

encargados de ejecutar las decisiones de la autoridad³⁰¹. En realidad, y como consecuencia del principio de reserva de ley, sólo pueden considerarse agentes de la autoridad aquéllos a quienes la ley asigna tal carácter, y lo cierto es que no existe base legal alguna para considerar como tales a sujetos distintos a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, incluyendo el Cuerpo Nacional de Policía, la Guardia Civil, los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas y los Cuerpos de Policías Locales³⁰². Pero a pesar de ello, existen otros sujetos que, aun si estar expresamente indicados en el artículo 7.1 de la LOFCS, tienen la consideración de agentes de la autoridad, como es el caso de «las personas que realicen labores de inspección» de las actividades de gestión de recursos y de los agentes judiciales.

II.) Si hay un colectivo que plantea una amplia y extensa polémica en torno a su posible consideración como sujetos portadores del bien jurídico tutelado en estos delitos es, sin lugar a duda, el de los Profesionales de la Seguridad Privada. Habría sido deseable que la LSP se hubiese pronunciado de forma expresa e inequívoca sobre la cuestión de si los vigilantes jurados deben ser o no autoridad. Pero nuestro juicio y aunque no exista un pronunciamiento expreso, lo cierto es que de la lectura de este texto legal y más concretamente de su propia exposición de motivos, se desprende la evidente intención del legislador de diferenciar de forma nítida entre quienes, como Fuerzas y Cuerpos de Seguridad pertenecientes a la Administración, merecen la consideración de autoridad, y quienes son simples auxiliares o elementos colaboradores pero sin llegar nunca al estatus de agentes de autoridad. A nuestro modo de ver, *la consideración de los profesionales de Seguridad Privada y como agentes de la autoridad es del todo imposible e inadecuada a tenor de la legislación vigente, de tal manera que ni siquiera para los supuestos en los que este personal desempeñe tareas propias de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, estaría justificada la equiparación, pues no existe base legal alguna para ello. Por ende, y aun en los casos en los que estos profesionales estén desempeñando funciones propias de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, no está justificado atribuirles carácter de autoridad pues el artículo 24.1 CP establece de forma taxativa y concisa quiénes deben entenderse como tales a efectos penales, quedando absolutamente al margen, por rotundo e inequívoco imperativo legal quienes no cumplan los requisitos establecidos, como es el caso de los profesionales que nos ocupan. Por ende, en ningún caso será considerado autoridad el personal de la Seguridad Privada, si bien ello no impide que, de forma excepcional, estos profesionales³⁰³ merezcan cierta tutela penal, siempre y cuando actúen en auxilio de la autoridad, sus agentes o los funcionarios públicos, tal y como establece el tipo privilegiado del artículo 555 CP.*

³⁰¹ GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, Tomo III, Burgos 1874, p. 451, CUELLO CALÓN, E.: *El nuevo Código penal español*, libro segundo, Bosch, Barcelona 1930, p. 89, JUANATEY DORADO, C.: *El delito de.....*, op. cit., p. 83, TORRES FERNÁNDEZ, E.: «Los delitos de atentado...», op. cit., pp. 6 y 7, CÓDOBA RODA, J.: *Comentarios al Código penal*. Tomo II, Marcial Pons, Madrid 2004, p. 2517.

³⁰² Para comprobarlo, basta con acudir a la Ley Orgánica 2/1986 de 13 de marzo, en sus artículos 9 apartados a y b, 37 y siguientes así como 51 y siguientes.

³⁰³ Tal y como prevé el propio 555 CP la tutela penal en él establecida no va dirigida sólo a profesionales de la Seguridad Privada, sino que se refiere de forma general a cualquier ciudadano que acuda en auxilio de la autoridad, sus agentes o los funcionarios públicos.

III.) En el caso de los detectives privados, será necesario llamar la atención, sobre lo preceptuado en el artículo 19 de la LSP en el que se delimita el ámbito de actuación de estos profesionales, impidiéndose de forma expresa investigar sobre delitos perseguibles de oficio (art. 19.3). Este límite viene a ratificar que en realidad estamos ante profesionales cuyo ámbito de intervención se centra de forma exclusiva en el ámbito de lo privado, por lo tanto y como consecuencia de ello, en estos ni siquiera debe plantearse la duda de si merecerían o no la consideración de autoridad, pues es más que evidente que de sus funciones se desprende que la desconexión total con el ámbito de lo público.

IV.) Especial atención merece el debate existente en torno a la posibilidad de considerar al personal de la sanidad pública como funcionario público a efectos penales y por ende posible sujeto de la acción del delito de atentado. Existe una primera postura que considera que la prestación sanitaria del Sistema Nacional de Salud no es propiamente una función pública, sino una actividad existencial, un servicio público que se sostiene en que el concepto de «funciones públicas», en el sentido de la norma penal, tiene un alcance restringido, referido al núcleo duro tradicional de la actividad administrativa, que deja fuera de su ámbito la actividad existencial de carácter científico-técnico propia de los profesionales sanitarios, que puede desarrollarse en el marco de estructuras organizativas públicas o privadas o como profesión liberal, de modo que la realización de tal actividad en un servicio del Sistema Nacional de Salud es un dato puramente contingente que no convierte en una función pública. Esta corriente pone el énfasis en la posibilidad de que las agresiones al personal sanitario estatutario de un Hospital Público fueran constitutivas de atentado, mientras que una agresión en igualdad de circunstancias perpetrada contra un profesional de un Hospital Privado no sería sino una falta o delito –en su caso– de lesiones. Tal circunstancia derivaría en una evidente quiebra del principio de igualdad del todo indeseable en un sistema como el nuestro.

Frente a esta posición, se halla aquella otra que considera que los servicios sanitarios son una auténtica función pública, lo que fundamenta el contenido de la propia Ley 14/1986, General de Sanidad, cuyo objeto es la regulación general de todas las acciones que permitan hacer efectivo el derecho a la protección de la salud reconocido en el artículo 43 y siguientes de la CE. Por ende, de ello se desprendería el carácter de función pública que cabría reconocer desde el punto de vista penal a la prestación de servicios sanitarios públicos, entendiendo que una Administración al servicio de los ciudadanos que asume la prestación de importantes servicios necesita que se establezca una protección adecuada, que garantice la normalidad y la corrección en el ejercicio de sus actividades y con ello el cumplimiento de los fines que le corresponden. Ello incluiría la protección de las funciones de quienes sirven los órganos administrativos.

Personalmente, nos mostramos contrarios a otorgarles a estos profesionales tal consideración pues a nuestro juicio este servicio asistencial dicta mucho de afectar al buen funcionamiento del Estado, a la salvaguarda del orden vigente y al mantenimiento de la seguridad ciudadana, entendido como núcleo de protección y razón de ser de estos tipos penales cuyo ámbito de aplicación no puede ampliarse a parcelas distintas a aquellas que afecten de modo directo a la estructura del sistema democrático y al mantenimiento de su

orden, pues ello supondría desvirtuar, ampliar y estirar el concepto de un modo que nos llevaría a la indeseada desnaturalización de los tipos que nos ocupan.

V.) Semejante problemática se suscita en torno a los profesionales de la enseñanza pertenecientes a centros públicos, encontrando resoluciones favorables a considerar las agresiones a este personal como delito de atentado, como ejemplo la STS de 26 de febrero de 1991 (RJ 1991,1547), SSAP de Cuenca de 2 y 19 de mayo de 2005 (LA LEY 97246, 2005 y 113247, 2005, respectivamente), o SAP de Granada núm. 367/2007, de 15 de junio (LA LEY 211746, 2007), entre otras. Pero, al margen de esta corriente jurisprudencial, también existen voces entre las que incluimos la nuestra, contrarias a tal consideración y ello porque como afirma la SAP de Barcelona núm. 3957/2008 de 23 de mayo (LA LEY 70471, 2008), la relación existente dentro de un centro docente, entre los profesores y los alumnos, poco tiene que ver con el orden público y por tanto, no hay ningún tipo de justificación al hecho de que una misma actividad, como es el ejercicio de la actividad docente, tenga una regulación claramente diferenciada en función de que los que la imparten ostenten o no la cualidad de funcionarios públicos, insistiendo en que no podemos equiparar el orden público al que hace referencia el Código Penal con la gestión ordenada de las tareas docentes pues podemos llegar a conclusiones sorprendentes que pueden llegar a causar perplejidad incluso a los operadores jurídicos.

VI.) Hay una serie de sujetos sobre los que se plantea la incógnita sobre si deben considerarse sujetos soportadores de la acción de estos delitos. Para ellos será preciso recordar que a nuestro entender, *sólo deberían ser protegidos por estos tipos quienes tengan atribuidas unas funciones lo suficientemente relevantes como para que de su buen desempeño dependa el funcionamiento del sistema, y sobre todo la seguridad ciudadana*, pues como a apuntábamos en su momento, *cuando se analice el artículo 24.2 del CP para verificar si un sujeto es funcionario público a efectos de poder configurarse como sujeto pasivo de la acción de estos delitos, habrá que interpretar el requisito de participación en la «función pública» desde una perspectiva tan restrictiva como sea necesario para asegurarse de que las funciones de esos sujetos guardan relación directa con el bien jurídico protegido*. Repasamos brevemente algunos de esos posibles sujetos:

- Los Celadores guarda muelles, por ejemplo, no ostentan la consideración de agentes de la autoridad, en contra de lo que ocurre con las Autoridades Portuarias, que sí que tienen tal característica, en cuanto que son *Delegados ejecutivos directos del Ministerio respectivo y en consecuencia Agentes de la autoridad por dependencia emanada de aquél*³⁰⁴.

- En lo concerniente a los funcionarios de la Administración de Justicia, no existe duda de que son autoridad los Jueces y Magistrados, pudiendo ser sujetos sobre los que recaiga la acción de los delitos de atentado, resistencia y desobediencia y lo mismo ocurre con los Jueces de Paz. Idéntica calificación merecen los Secretarios Judiciales, quienes a pesar de gozar de una naturaleza eminentemente administrativa, tienen expresamente atribuidas funciones de documentación tales como la fe pública judicial y sus garantías, lo

³⁰⁴ STS de 21 de abril de 1981 (RJ 1981, 1669)

que hace que sean considerados autoridad.

- El CP actual en su artículo 24.1º se refiere de forma expresa a los miembros del Ministerio Fiscal, concediéndoles el carácter de autoridad. En realidad, y para no perder la perspectiva conviene recordar que la discusión sobre si estos sujetos son o no autoridad, solo les afectaría a efectos de considerarles sujetos soportadores de la acción de los delitos de resistencia y desobediencia del art. 556 así como de las faltas contempladas en el art. 634 ambos del CP, pues no existe duda en que como funcionarios públicos que son en todo caso puede recaer sobre ellos la acción del delito de atentado.

- Referente a los miembros del Tribunal del Jurado, entendemos que la participación de estos sujetos en la función pública es tan trascendental que desde una perspectiva político-criminal, es perfectamente acertado concederles tal tutela pues portan un bien jurídico lo suficientemente relevante como para merecer protección penal pero el artículo 24.1 del CP lo que viene a exigir es que *el sujeto tenga mando por sí sólo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado. Por ello, se trata de un título individual y no colectivo, pues el hecho de pertenecer a una Corporación o Tribunal no deriva automáticamente en la necesidad de que ese individuo adquiera la condición de autoridad, sino que es preciso que ostente mando o jurisdicción porque justamente eso es lo que le caracteriza, por ende, en los casos de órganos pluripersonales no podrán considerarse autoridad todos sus miembros sino que habrá que atender a la circunstancia concreta, materializando la facultad de mando o jurisdicción de manera unitaria en el miembro más representativo de ese órgano, salvo que se considere que la facultad de mando o jurisdicción es colectiva. En consecuencia, puede que en determinados casos se repute autoridad a quien ostente una jurisdicción colectiva, pero eso sí, tal jurisdicción entendemos que debe de ser propia y no delegada.* En resumen, nos resulta más que razonable que los ciudadanos miembros del Tribunal del Jurado reciban la consideración penal de funcionarios públicos, pudiendo ser sujetos sobre los que recaiga la acción del delito de atentado y quedando con ello suficientemente tutelada, desde el punto de vista penal, la función que se les impone.

- En lo que a los Agentes Judiciales respecta, no existe duda en considerarles funcionarios públicos a efectos del artículo 24.2 del CP, pues claro está que cumplen con los requisitos del precepto sin ningún género de duda. El interrogante, por tanto, no se centra ya la posibilidad de tutelar sus funciones a través del delito de atentado, puesto que está claro que pueden ser sujetos sobre los que recaiga la acción del mismo, sino que se trata de dilucidar si puede concedérseles la tutela dispensada por los delitos de resistencia y desobediencia así como por la falta del artículo 634 CP La cuestión viene legalmente resuelta mediante el Real Decreto 249/1996, de 16 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de los Cuerpos de Oficiales, Auxiliares y Agentes al Servicio de la Administración de Justicia, y en virtud del artículo 15 apartado *claro queda que los Agentes Judiciales, en determinados casos tendrán la consideración de agentes de la autoridad.*

- En el caso de los Directores de Centros o Establecimientos Penitenciarios, la

doctrina³⁰⁵ y la jurisprudencia³⁰⁶ da por sentado que los mismos ostentan el carácter de autoridad. Por el contrario, no corren la misma suerte el resto de personal de los Centros e Instituciones Penitenciarias, que a efectos penales son considerados única y exclusivamente como funcionarios en sentido estricto³⁰⁷.

- Importante controversia plantea la delimitación de las autoridades que forman parte del Poder Ejecutivo. Los **Alcaldes** no sólo poseen mando sino que se puede decir que ejercen jurisdicción, entendida en sentido amplio y como resolución de asuntos con aplicación del ordenamiento jurídico, ya sea individualmente, o en su calidad de presidentes del Pleno³⁰⁸. Por lo tanto, y al amparo del artículo 551.2, por lo que **son considerados autoridad**. Tradicional ha sido la polémica en torno a los Concejales pero la Ley Orgánica 7/2000 de 2 de diciembre la zanja de manera que son considerados autoridad. Consideración de **funcionarios públicos** a los efectos que nos ocupan, ostentan los **Secretarios de Ayuntamientos**³⁰⁹.

- Por otro lado, y en lo que concierne a los **miembros o integrantes de los órganos de gobierno de los Colegios Profesionales es acertado considerar autoridades a los Decanos** en tanto que se ajustan perfectamente a los requisitos del artículo 24 del CP pues no debe existir duda respecto a su participación en la función pública y para ello basta consultar el artículo 2.1 del Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio que aclara el carácter de corporaciones de derecho público que tienen los Colegios Profesionales. Por tanto, deben ser considerados autoridad.

- Los **Decanos y Vicedecanos de las Facultades**, la jurisprudencia les ha reconocido **carácter de autoridad** y para ello el razonamiento empleado es muy semejante al expuesto respecto a los Decanos de colegios profesionales.

- Especial mención merece el caso de los **Presidentes y Vocales de las Juntas Electorales**, y los Presidentes, Vocales e Interventores y sus correspondientes suplentes de las mesas electorales, para quienes el artículo 135.1 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, prevé tal condición. En consecuencia, y por expresa designación legal, quedan configurados como **posibles sujetos soportadores de la acción del delito de atentado**.

- Por otra parte, son dignos de mención los **Recaudadores ejecutivos de la Seguridad Social**, quienes en virtud del lo fijado en el artículo 2.3 párrafo 3º del Real Decreto 1415/2004 de 11 de junio, de la Seguridad Social tienen la consideración de Agentes de la autoridad.

³⁰⁵ Así lo afirma ROIG TORRES, M.: *El Delito de...*, op. cit., pp. 102 y 103.

³⁰⁶ Por ejemplo STS núm. 239/1998 de 24 de febrero (RJ 1998,960).

³⁰⁷ Como ejemplo, la STS núm. 121/2002, de 1 de febrero (RJ 2002, 3642), o las sentencias de la Audiencia Provincial de La Coruña, núm. 4/2002, de 16 de enero (ARP 2002, 86825), Audiencia Provincial de Cádiz núm. 217/2002, de 13 de junio (ARP 2002, 251404) y Audiencia Provincial de Madrid núm. 354/2002, de 31 de julio (ARP 2002, 279693).

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 99.

³⁰⁹ Así lo ha reflejado el TS en sentencias como la de 6 de junio de 1979 (RJ 1979, 2335) o la núm. 2040/1992 de 5 de octubre (RJ 1992, 7739).

- Respecto a los Jefes Provinciales de correos y pesar de que existe jurisprudencia que los considera autoridad³¹⁰, a nuestro juicio, *resulta del todo excesiva tal interpretación, pues por más que este sujeto el ostente cierta representación, jurisdicción y mando respecto a las oficinas postales de la respectiva provincia, no desempeña funciones de orden público y por ende, no está justificada tal condición, pues en ningún caso nos resultan portadores del bien jurídico tutelado por estas figuras penales.*

- No existe discusión en cuanto a si los **Notarios** tienen la consideración de autoridad, pues cualquier duda viene despejada por el Reglamento Notarial, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944³¹¹ y en cuyo artículo 60 se establece el carácter de autoridad, pero a nuestro modo de ver, es de recibo pensar que las funciones atribuidas a estos profesionales sean susceptibles de tutela penal, entendiendo que habría sido suficiente con la protección prevista por el delito de atentado, pues no está entre las funciones del Notario la de emitir cualquier tipo de orden que como tal justifique la existencia de un delito de desobediencia ni tampoco de resistencia de los contemplados en el artículo 556, por lo que habría sido bastante con considerarle funcionario público y por ende posible sujeto pasivo de la acción del delito contemplado en el art. 550 CP

- Tampoco encontramos razonable entender que los **Curas Párrocos** sean autoridad a efectos penales, pues ni siquiera cumplen con los requisitos exigidos para ser llamados funcionarios públicos y además no debe perderse de vista que el Estado español es aconfesional y por tanto, no tienen poder alguno al margen de su orden religiosa.

- En el caso de las **autoridades extranjeras**, nos inclinamos por pensar que no merecen tener la posibilidad de ser sujetos portadores del bien jurídico protegido por estos delitos, pues hemos de recordar que los mismos tutelan el buen funcionamiento del Estado, la salvaguarda del orden vigente y el mantenimiento de la seguridad ciudadana, lo que hay que relacionar con el hecho de que esos sujetos, a priori, no ostentan un papel relevante en el funcionamiento del Estado y ni siquiera ejercen mando ni jurisdicción propia en territorio español, de lo que puede deducirse que no son portadores del bien jurídico protegido en estos tipos y por tanto, sus funciones no pueden ser protegidas por estos delitos.

VIII.) En esencia, y siempre en opinión de quien suscribe, para comprobar si un determinado sujeto merece la consideración de funcionario a efectos penales, es indispensable analizar con detenimiento cuáles son las funciones que le vienen encomendadas y si realmente de las mismas puede predicarse una repercusión inequívoca en la **función pública entendida desde una perspectiva tan restrictiva como sea necesario para que la misma guarde una relación directa con el bien jurídico tutelado.** Ese requisito del artículo 24.2 del CP nos resulta clave para evitar que se proteja la función de quienes, puede que en el ámbito administrativo merezcan ser catalogados como funcionario públicos pero que a efectos penales dictan mucho de serlo. La relativa y aparente amplitud del concepto penal, viene a su vez frenada o contrarestada por la referida exigencia, la cual pone directamente en relación las funciones ejercidas por los posibles

³¹⁰ STS de 8 de noviembre de 1984 (RJ 1984, 5444).

³¹¹ BOE 7 julio 1944, núm. 189; rect. BOE 4 agosto 1944, núm. 217, pág. 5912 (RCL 1945/57).

sujetos que soporten la acción con el bien jurídico que se tutela. Así y como hemos reiterado a lo largo de este estudio, ***sólo deberían ser protegidos por estos tipos quienes tengan atribuidas unas funciones lo suficientemente relevantes como para que su afectación lesione el bien jurídico protegido, es decir aquellos sujetos de cuyo papel dependa, sea de forma directa o indirecta, el buen funcionamiento del sistema, y la propia seguridad ciudadana.***

IX.) El artículo 554 del CP realiza una mención expresa a la «Fuerza Armada». Para poder considerar a un sujeto como tal a los efectos de este tipo penal tendrá que ser militar –para lo que habrá que acudir la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, de Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, la cual, lejos de aportar un concepto determinado, a partir de su artículo 26 alude a diversos «niveles de la jerarquía militar»– y vestir el uniforme reglamentariamente establecido aunque respecto a este segundo requisito es preciso llamar la atención sobre la posibilidad de que en determinados casos concretos la autoridad militar dispense de su utilización, tal y como prevé el artículo 188 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas y que acarreará una consecuencia tan inmediata como trascendente: la pérdida de la protección penal debida a la fuerza armada y como última y tercera exigencia, será necesario que el sujeto preste un servicio legalmente encomendado a las fuerzas armadas y que reglamentariamente le haya sido ordenado. Hay que hacer una especial mención a los casos en los que el sujeto sobre el que recae la acción es un centinela, ya que con independencia de que el sujeto activo sea o no militar, estaremos ante un supuesto cuya competencia corresponde a la jurisdicción militar. Por su parte, los miembros de la Guardia Civil, como norma general, tendrán la consideración de agentes de la autoridad como Cuerpo de Seguridad que son, y ello a pesar de depender del Ministerio de Interior y de gozar de cierto carácter militar, pues aunque no pertenezcan de forma estricta al Ejército, resulta innegable su naturaleza militar. Así, y sólo en los casos en que desempeñen misiones concretas que le aparten de su principal cometido dejarán de ser agentes de la autoridad para tener la consideración de fuerza armada. En resumen, el artículo 554 del CP no protege a sujetos específicos algunos, pues los militares ya quedan tutelados por los delitos de atentado, resistencia y desobediencia, pues son funcionarios públicos y algunos de ellos gozan del carácter de autoridad conforme con lo establecido en el art. 24 CP, de ahí que tengamos que concluir de acuerdo con la doctrina³¹² unánime, que este tipo penal es perfectamente prescindible, y que sólo genera dificultades interpretativas y aplicativas evidentes, pues no puede negarse que estamos ante un precepto que no sólo no aporta nada nuevo, ni modifica en modo alguno la regulación llevada a cabo por los artículos precedentes, sino que además con su imprecisión y desatino perturba considerablemente la interpretación de estas figuras delictivas.

X.) También se consideran sujetos de la acción de los delitos de atentado a las personas que acuden en auxilio de la autoridad, sus agentes o los funcionarios públicos. Puede entenderse unánime la postura consistente en entender que atendiendo a una interpretación teleológica del artículo en cuestión, hay que limitar el ámbito de aplicación a

³¹² A modo de ejemplo: TORRES FERNÁNDEZ, M.E.: «Los delitos de atentado...», op. cit., p. 12; LAMARCA PÉREZ, C.: *Derecho penal...*, op. cit., p. 674 y PRATS CANUT, J.M. en QUINTERO OLIVARES, G. y OTROS: *Comentarios al...*, op. cit., p. 2464.

los casos en los que la ayuda es prestada para lograr el preavalecimiento de la función pública, incluyéndose cualquier auxilio cuya finalidad sea hacer efectiva la pretensión de la autoridad, el agente o el funcionario público en cuyo auxilio se acuda³¹³ y además, no existe base legal alguna para establecer como requisito la necesidad de que la autoridad, el agente o el funcionario público realicen una petición de auxilio, bastando con que la ayuda prestada por el particular sea expresa o tácitamente aceptada³¹⁴. Si bien en la mayoría de los casos estos auxiliadores suelen ser particulares ajenos a la función pública, el artículo 555 CP no exige que se trate de «particulares», es decir, lo relevante es que acudan a auxiliar a la autoridad, agentes o funcionarios públicos pero nada impide que quien auxilie sea a su vez uno de ellos, aunque eso sí para poder aplicarse este tipo penal será imprescindible que éstos se halle fuera del ejercicio de sus funciones y que su intervención no se realice con ocasión de ellas, pues de lo contrario habría que acudir al tipo básico de atentado, art. 550 CP.

³¹³ VIVES ANTÓN, TS y OTROS: *Comentarios al Código...*, op. cit., pp. 2085 y 2086.

³¹⁴ Así lo entiende CUERDA ARNAU, M.L.: *Los delitos de...*, op. cit., p. 59

CAPÍTULO TERCERO: CONDUCTA TÍPICA Y VERTIENTE SUBJETIVA DE ESTOS DELITOS

SECCIÓN PRIMERA: ANÁLISIS OBJETIVO DE ESTOS TIPOS PENALES.-

1.- CLASIFICACIÓN DE ESTOS TIPOS PENALES SEGÚN LAS CARACTERÍSTICAS EXTERNAS DE LA ACCIÓN

La determinación de la naturaleza jurídica de cualquier delito constituye un aspecto de gran relevancia, en tanto que la posición que se adopte al respecto va a vincular de manera inexorable cuestiones de carácter dogmático, no sólo en lo que concierne a la comprensión del tipo penal en sí mismo, sino también en lo referente a las formas imperfectas de ejecución del delito o a la determinación del momento de consumación del tipo. De ahí, la necesidad de alcanzar un posicionamiento claro en lo que concierne a si estamos ante delitos de mera o pura actividad o, si por el contrario son tipos penales de resultado, y del mismo modo será preciso determinar si son delitos de peligro o de lesión. Para ello hemos de detener nuestro estudio en los aspectos externos que reviste la acción de estos delitos, pues dependiendo de cuales sean las particularidades de estos elementos, los tipos quedarán clasificados de una u otra forma, con los importantes matices que ello implica.

La naturaleza jurídica en los delitos de atentado, resistencia y desobediencia no es una cuestión exenta de polémica doctrinal³¹⁵. Hay quienes, como COBO DEL ROSAL³¹⁶, consideran que estamos ante un delito de resultado, pues aunque no sea necesaria la efectiva lesión al servicio público, sí lo es la de la dignidad de la función.

En la misma línea comienza su argumentación PRATS CANUT³¹⁷ cuando afirma que el delito de atentado se estructura a partir de una serie de comportamientos violentos o intimidatorios que deben materializarse en un resultado de mayor o menor entidad para el servicio público que está prestando el agente que padece el atentado. Pero, este autor concluye aclarando que en estos delitos nos es necesaria la efectiva lesión al servicio público, aunque la idoneidad para perturbarlo debe ser criterio rector de la interpretación.

No faltan quienes afirman que, sin ninguna duda, estos delitos son de mera actividad y de peligro. Así, CONDE-PUMPIDO FERREIRO³¹⁸ manifiesta que «el atentado constituye un delito de “violencia” y conforma un ilícito de los llamados “*formales*” o de simple “*actividad*”, que se “*consume*” con la realización del acometimiento, el empleo de la

³¹⁵ En este apartado plantearémos las diferentes posturas doctrinales refiriéndonos indistintamente a cualquiera de estos tipos delictivos, pues a nuestro juicio los argumentos utilizados son perfectamente predicables de cualquiera de estos delitos sin ser preciso distinción alguna.

³¹⁶ COBO DEL ROSAL, M. y OTROS: *Derecho Penal...* op. cit., p. 1090.

³¹⁷ PRATS CANUT, M. en QUINTERO OLIVARES y OTROS: *Comentarios al Nuevo...*, op. cit., pp. 2421 y 2422.

³¹⁸ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. y OTROS: *Código Penal...*, op. cit., p. 1550.

fuerza, la intimidación grave o la resistencia activa también grave y, en ocasiones, se perfecciona incluso antes del acometimiento, por entenderse como tal un movimiento o amago de ataque o embestida física material, *sin necesidad de que se produzca el resultado dañoso pretendido*».

Por su parte, CUERDA ARNAU³¹⁹ entiende que en estos delitos no se requiere de un resultado lesivo para la vida o integridad de las personas implicadas ni tampoco es preciso que el autor consiga impedir o entorpecer la acción del funcionario, no obstante considera que no puede derivarse de ello el que nos encontremos ante tipos de mera desobediencia. Además, según esta autora puede entenderse que en estos casos las nociones de peligro y lesión resultan equiparadas conceptualmente.

JUANATEY DORADO³²⁰, refiriéndose al delito de desobediencia, considera que éste es un delito de mera actividad; el tipo penal se consuma con la mera ejecución de la conducta por parte del sujeto activo. Entiende, que para la consumación del delito es suficiente que el sujeto con su conducta desobedezca la orden que le dirigen la autoridad o los agentes de la misma en el ejercicio de sus funciones, sin que haya de verificarse resultado alguno como consecuencia de la conducta. Por lo tanto, si debido a la desobediencia del sujeto, se produce un ulterior resultado punible imputable a aquel, habrá de apreciarse el correspondiente concurso de delitos, dependiendo de los supuestos de hecho. Asimismo, matiza esta autora, que en su opinión, el delito de desobediencia es un delito de lesión, ya que el injusto de la conducta consiste en la lesión del principio de autoridad.

Especialmente interesante nos resulta la opinión de ROIG TORRES³²¹ quien, refiriéndose al delito de atentado, cataloga al mismo como un delito de mera actividad, entendiendo por tal aquel en el que el tipo no requiere que la acción vaya seguida de ningún resultado, concebido como consecuencia separada temporalmente y espacialmente de la acción. Además, afirma que se trata de un delito de los llamados de lesión, entendiendo por lesión no solo la destrucción o daño de un objeto material sino también la ofensa a bienes jurídicos ideales.

Por su parte, el TS define en múltiples resoluciones al delito de atentado como un delito de mera actividad, a título de ejemplo³²² la STS núm. 72/2002 de 21 de enero (RJ 2002, 1570) en la que se dice:

«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

³¹⁹ CUERDA ARNAU, M.L.: *Los delitos de atentado...* op. cit., pp. 36 a 39.

³²⁰ JUANATEY DORADO, C: *El delito de...*, op. cit., pp. 40 a 47.

³²¹ ROIG TORRES, M.: *El delito de...*, op. cit., pp. 203 a 206.

³²² En este sentido son muchas las resoluciones que podrían citarse, entre otras, SSTS 8 de marzo de 1982 (RJ 1982, 1520), 14 de julio de 1982 (RJ 1982, 4662), 16 de noviembre de 1987 (RJ 1987, 8522) núm. 1873/1992 de 16 de septiembre (RJ 1992, 7166), núm. 660/2001 de 18 de abril (RJ 2001, 2987) o núm. 72/2002 de 21 de enero (RJ 2002, 1570).

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».

Igualmente la STS núm. 369/2003 de 15 de marzo (RJ 2003, 2787), que textualmente recoge:

«El delito de atentado no exige un resultado lesivo del sujeto pasivo que si concurre se penará independientemente. 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 no se llegue a golpear o agredir materialmente al sujeto pasivo como tal delito se consuma con el ataque o acometimiento».

Entre la jurisprudencia menor podemos encontrar, igualmente, multitud de sentencias en las que se afirma que estamos ante delitos de mera actividad³²³.

Del mismo modo, encontramos resoluciones en las que el TS reconoce que con estos delitos se produce una «lesión» al bien jurídico en sentencias como la de 15 de octubre de 1979 (RJ 1979, 3672), 28 de enero de 1983 (RJ 1983, 64), 31 de enero de 1992 (RJ 1992, 674), o en la núm. 1183/2001 de 13 de junio (RJ 2001, 6251) en la cual textualmente se dice:

«En el delito de atentado se ataca el principio de autoridad, castigándose la lesión a 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».

A nuestro modo de ver, *los delitos de atentado, resistencia y desobediencia, sin proceder distinción alguna entre ellos a estos efectos, son delitos de mera o pura actividad, ya que no es preciso para la consumación de los mismos que la acción –o posible omisión en el caso de la desobediencia– protagonizada por los sujetos activos provoque resultado alguno, entendiendo el concepto de «resultado» desde una perspectiva técnica*³²⁴, como un efecto separado espacial y temporalmente de la acción. En estos delitos no se precia un resultado, en el referido sentido, y en los casos en los que de la conducta típica se desprenda tal resultado dañoso para el sujeto pasivo de la acción, como por ejemplo una lesión física o la propia muerte, será apreciable el concurso ideal de delitos, pues se estará ante una lesión de otro bien jurídico del que es titular el agente, autoridad o funcionario del que se trate, a título individual –su integridad física o su vida– y que dista mucho del bien jurídico supraindividual que protegen estas figuras delictivas, el cual se ve lesionado desde el momento en que se comete la acción típica sin necesidad de

³²³ Sirvan de ejemplo las SSAP. de Madrid núm. 305/2002 de 12 de julio (JUR 2002, 278858) y núm. 3/2003 de 13 de enero (JUR 2003, 191069) SAP. de Burgos de 13 de junio de 2002 (JUR 2002, 225035), así como la de AP de Barcelona núm. 556/2004 de 4 de mayo (RJ 2004, 181470)

³²⁴ En esta misma línea ROIG TORRES, M. : EL Delito de....., op. Cit. P. 203 y siguientes.

apreciar un determinado resultado. En consecuencia, podemos afirmar que *el injusto de los delitos de atentado, resistencia y desobediencia se agota con la simple acción.*

Por otro lado, y como ya hemos dejado entrever, estamos ante lo que se llaman delitos de lesión. Como muy bien afirma ROIG TORRES³²⁵ «el concepto de lesión es un concepto normativo, ya que no sólo debe entenderse por tal la destrucción o daño de un objeto material, sino también la ofensa a bienes jurídicos ideales». Del bien jurídico protegido por estos tipos penales se pueden predicar dos cualidades: la primera, la de ser supraindividual y la segunda, la de ostentar un evidente carácter funcional. En coherencia con ello, podemos entender que el mismo se lesiona con la mera actividad, es decir con la perpetración del tipo. *No es un delito de peligro sino que con la consumación del tipo se produce lo que, a nuestro juicio, es una indiscutible lesión del bien jurídico tutelado.*

Y es que, una cosa es que no se produzca un resultado que como tal pueda separarse espacio-temporalmente de la acción u omisión que da lugar a la conducta típica, y otra bien distinta es que el bien jurídico sólo se ponga en peligro; en realidad, el mismo tal y como lo entendemos se ve lesionado desde el mismo momento en que se consuma el tipo.

En su momento, dejamos sentado que estos tipos *penales intentan asegurar que las autoridades y los funcionarios públicos puedan desempeñar sus funciones con dignidad, seguridad y efectividad, de tal manera que lo que se protege es una función, un papel constitucionalmente establecido, de cuyo desempeño depende el buen funcionamiento del Estado, la salvaguarda del orden vigente y el mantenimiento de la seguridad ciudadana.* En consecuencia, con la consumación del tipo se lesiona el derecho de estos sujetos sobre los que recae la acción a ejercer sus funciones con la dignidad y seguridad que debe dispensarles un Estado Social y Democrático de Derecho. *No es, por tanto, indispensable que con su comportamiento, el sujeto activo impida de forma fehaciente y efectiva que las autoridades puedan ejercer sus funciones, pues no es preciso en absoluto que esa conducta derive en una lesión al funcionamiento del sistema, ni tan siquiera hay que argumentar su injusto en la puesta en peligro del equilibrio del mismo, y ello porque el bien jurídico protegido es más extenso y va mucho más allá del simple buen funcionamiento de los poderes públicos.* De no ser así, estas figuras serían susceptibles de catalogarse como delitos de resultado, y para su consumación habría que dejar constancia de la relación causal entre la conducta y el resultado, haciendo patente toda la problemática de la imputación objetiva; en otras palabras: sería necesario probar que el sujeto activo con su comportamiento ha lesionado el funcionamiento de los poderes públicos. En los casos en los que se cometiese un delito de atentado, de resistencia o de desobediencia, pero el mismo no tuviese la entidad suficiente como para trabar por sí solo el funcionamiento del sistema, habría una simple tentativa³²⁶.

³²⁵ *Ibíd.*, p. 205.

³²⁶ Por ejemplo, imaginemos que un sujeto al ser detenido por la policía propina una patada a un agente. En este caso, como el sujeto activo no ha impedido su propia detención no podemos decir que el funcionamiento de los poderes públicos se haya visto lesionado, pues se ha llevado a cabo la detención y el agente a pesar de haber sido agredido y haber padecido un acometimiento violento por parte del detenido, ha sido capaz de ejecutar la orden de detención. Si mantenemos que el bien jurídico protegido es el buen funcionamiento de los

2. MODALIDADES DE CONDUCTA TÍPICA DEL DELITO DE ATENTADO.

El artículo 550 del CP presenta una importante novedad respecto del artículo 231 del ACP. Concretamente, la gran diferencia viene dada por la supresión del denominado *atentado impropio*, previsto en el apartado 1 del antiguo precepto y que albergaba una figura muy semejante a la rebelión y sedición sin alzamiento público.

En el tipo básico de atentado se establecen cuatro modalidades de conducta típica distintas, las cuales vienen formuladas de manera alternativa y no cumulativa, ya que bastará con que se realice alguna de ellas para que estemos ante la conducta típica del delito de atentado, circunstancia ésta por la cual puede catalogarse este delito como un tipo mixto alternativo³²⁷. Concretamente, el artículo 550 CP cataloga la conducta típica de atentado en las siguientes modalidades:

- a) Acometer.
- b) Emplear fuerza.
- c) Intimidar gravemente.
- d) Hacer resistencia activa grave.

Existe un elemento común a las distintas modalidades de conducta típica consistente en la necesidad de que exista violencia. Dicha violencia puede ser física o psíquica, circunstancia que a llevado a algún autor³²⁸ a distinguir entre dos grupos de comportamientos: los cometidos por *vis física* –concretamente el acometimiento, empleo de fuerza y la resistencia activa grave– y los llevados a cabo con *vis moral* –intimidación–.

Tal y como en su momento se analizará con mayor detalle, resulta discutida la conveniencia de incluir entre el catálogo de las conductas típicas del delito de atentado, a la intimidación grave. Así, el Tribunal Supremo en sentencias como la núm. 1183/2001 de 13 de junio (RJ 2001, 6251) considera:

«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, respecto a las amenazas, reguladas en otro título del Código, por cuanto mereciendo el mismo

poderes públicos no podría hablarse de consumación, salvo que aceptemos que estos delitos son de peligro, y por tanto el injusto se perfeccionaría con la simple puesta en peligro del bien jurídico, pues realmente no hay una lesión del mismo sino una simple amenaza o puesta en peligro del mismo. Pero, a nuestro juicio, en estos casos no es correcto hablar de delitos de peligro, pues como venimos sosteniendo estas conductas típicas van mucho más allá de la simple puesta en peligro de un bien jurídico, derivando en la lesión efectiva y certera del mismo, atendiendo a un objeto formal que se afecta de forma automática con la simple comisión de la conducta típica.

³²⁷ TORRES FERNÁNDEZ. M.E.: “Los delitos de atentado.....”, op. cit., p. 7.

³²⁸ Concretamente a CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: Código Penal..., op. cit., p. 1548.

reproche legislativo deberá participar de una similar caracterización conductual».

Lo cierto es que no resulta nada sencillo delimitar todas estas conductas entre sí, pues la descripción plural de la conducta típica ha supuesto que algunos autores entiendan que se trata de una diferencia puramente formalista, y que el legislador únicamente ha perseguido establecer una especie de “continuidad sucesiva”³²⁹ entre estas conductas. El hecho de que no exista diferencia alguna en lo que a las consecuencias jurídicas respecta, según el atentado se cometa en una u otra modalidad de conducta típica, ha llevado a que en ocasiones se quite importancia a la delimitación entre tales modalidades, pues el Código prevé la misma pena para el delito de atentado con independencia de que éste se cometa mediante acometimiento, empleo de fuerza, resistencia activa grave o intimidación. Pero, a pesar de ello, a nuestro parecer, resulta interesante delimitar con la mayor precisión posible cada una de las distintas opciones de conducta típica de este delito de atentado pues con ello se está reforzando la definición de este tipo penal y como consecuencia de ello se favorece la distinción entre esta conducta típica y otras afines –esto es, la resistencia y la desobediencia– y todo ello acorde con las exigencias que en materia penal derivan del principio de legalidad y del mandato de certeza. Es por este motivo, que dedicaremos las próximas páginas de este trabajo a intentar distinguir y delimitar, con la mayor claridad que nos sea posible, las distintas modalidades de conducta que pueden dar lugar al delito de atentado.

2.1. Acometer.-

Sin lugar a dudas, es ésta la modalidad típica más acorde y primaria del concepto legal de atentado, hasta tal punto que la jurisprudencia³³⁰ más tradicional ha considerado el término *acometer* como sinónimo de atentar.

El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua define *acometer* como «embestir con ímpetu o ardimiento». De ello se desprende la total similitud de este concepto con el de agresión, pudiendo afirmarse que, en principio, cualquier tipo de agresión física cometida contra una autoridad, agente o funcionario público, será susceptible de encuadrarse en un acometimiento típico del delito de atentado. Es tal la transparencia del concepto que incluso la propia doctrina jurisprudencial se ha remitido en múltiples pronunciamientos a la definición ofertada por el Diccionario de la Real Academia sin que sea preciso entrar en muchos matices respecto a ello.

GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA³³¹ definieron el acometimiento como

³²⁹ CARMONA SALGADO, C.; MORILLAS CUEVA, L.; GONZÁLEZ RUS, J.J. y POLAINO NAVARRETE, M.: *Manual de Derecho Penal (Parte Especial)*, dirigido por COBO DEL ROSAL, M., Madrid, Edersa, 1994, p. 395.

³³⁰ Así en SSTS núm. 2681/1992, de 12 de diciembre (RJ 1992, 10177), núm. 1281/1993, de 4 de junio (RJ 1993, 4806) y núm. 612/1993, de 25 de octubre (RJ 1993, 7870) entre otras.

³³¹ En GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *El Código Penal de 1870, concordado y comentado*, tomo III, Imprenta de D. Timoteo Arnaiz, Burgos 1874, p. 449.

agresión en el sentido natural y propio de la palabra, debiendo ser considerado con independencia del mal que se intentaba producir.

Con claridad y precisión aborda el concepto POLAINO NAVARRETE³³² cuando afirma que por *acometimient*o se ha de entender el acto por el cual se ataca o embiste con ímpetu y vehemencia a algo o alguien, en este caso, necesariamente a una persona, no considerada individualmente, sino en cuanto titular de la función pública y en atención al ejercicio de los cometidos que son propios de la misma. En consecuencia, y tal y como sigue matizando este autor, la principal significación típica del acometimiento reside en el propio desvalor del acto por el que se lleva a cabo, frente al sujeto pasivo, la impulsiva y osada acción de atacar a alguien, con independencia del desvalor de resultado sobre los efectos que puedan derivar de tal embestidura, que pueden ser penalmente irrelevantes o que pueden dar lugar a la concreción de los respectivos tipos de delito.

Por su parte, SOTO NIETO lo define como «el equivalente a embestida con ímpetu y ardimiento, acoso impulsivo y violento, traspaso inmediato del pensar agresivo a la acción arrolladora».³³³

Por todo lo cual, no cabe duda que *acometer* supone agredir mediante el ejercicio de una acción dirigida a la lesión de la vida, la salud o la integridad corporal de la persona atacada,³³⁴ siendo necesario que esa acción agresiva tenga la suficiente virtualidad ejecutiva respecto a la lesión de dichos bienes³³⁵ –salud e integridad física– y ello a pesar de que no se requiere que tal lesión llegue a tener un resultado, de modo que en el caso de que éste se produzca estaremos ante el correspondiente concurso ideal de delitos.

La jurisprudencia considera que *acometer equivale tanto como agredir, embestir o proceder el culpable con un ataque violento a las autoridades, sus agentes o los funcionarios públicos*. Concretamente, en STS de 10 de mayo de 1988 (RJ 1988, 3519) se afirma que la dinámica comitiva del delito de atentado consiste en *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*, matizando que *acometimiento equivale a agredir y basta para que tal conducta se dé con una acción directamente dirigida a atacar a la autoridad, a sus agentes o a los funcionarios*³³⁶, por lo cual es una constante en la jurisprudencia –no solo del TS sino también de las distintas Audiencias–³³⁷, considerar que la acción típica del atentado es la del «acometimiento».

³³² POLAINO NAVARRETE, M. en COBO DEL ROSAL, M. y OTROS: *Curso de Derecho Penal...*, op. cit., p. 847.

³³³ SOTO NIETO: F.: «Atentado por...», op. cit., p. 4.

³³⁴ Entre otros: JAVATO MARTÍN, A.M.: *El delito de atentado...*, op. cit., pp. 364 y 365 y CUERDA ARNAU, M.L.: *Los delitos de...*, op. cit., p. 64 y ss.

³³⁵ CARBONELL MATEU, J.C. y VIVES ANTÓN, TS: *Comentarios al...*, op. cit., pp. 2072 y 2073.

³³⁶ En la misma línea las SSTS núm. 1033/1992, de 11 de mayo (RJ 1992, 3856) y núm. 756/1994, de 12 junio (RJ 1995, 4560)

³³⁷ Pueden citarse, a título ilustrativo y entre otras muchas: SAP. Sevilla núm. 92/2004 de 11 de febrero (JUR 2004, 103905) en la que se dice «El delito de atentado requiere un acometimiento, conducta que debe entenderse como embestida y que equivale a un ataque o agresión. Esa agresión o embestida supone un acto

acción que, como ya hemos adelantado, se define en el Diccionario de la Real Academia como «embestir con ímpetu y ardimiento».

Evidente claridad expositiva aporta la STS de 30 de abril de 1987 (RJ 1987, 3047), cuando refiriéndose al concepto que estudiamos afirma lo siguiente:

«[...] tanto vale como embestida, ataque o agresión, figurando en la praxis jurisprudencial supuestos en los que se propina un puñetazo o una bofetada a cualquiera de los sujetos pasivos mencionados, se les empuja fuertemente, se lucha con ellos o se les arroja piedras u otros objetos contundentes».

Claro está que *puede aludirse a un amplio catálogo de conductas o comportamientos susceptibles de constituir el acometimiento típico del delito de atentado y cuyo requisito común es la necesidad de que se trate de verdaderas agresiones caracterizadas por albergar un evidente contenido violento*. La distinción consiste en catalogar esos comportamientos en dos grandes grupos, permitiendo diferenciar entre acometimientos:

a) Directos, que son los llevados a cabo mediante la acción física del propio cuerpo del sujeto activo tales como propinar golpes, puñetazos, patadas, bofetadas, manotazos, mordiscos, empujones, o similar a los sujetos sobre los que recae la acción. En resumen, acometimiento directo sería la acción de abalanzarse, agredir, embestir, golpear a alguien con el propio cuerpo del sujeto activo, etc. Así, la sentencia del TS núm. 146/2006, de 10 de febrero (RJ 2006, 3100) nos recuerda que

«Basta con que la acción del agresor se concrete en actos de acometimiento, incluyendo ahí bofetadas, patadas, empujones, puñetazos 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».

b) Indirectos³³⁸, en cuanto el sujeto activo se vale del uso de instrumentos, medios u objetos para llevar a cabo el acometimiento, tal es el caso de embestir con vehículos, arrojar líquidos, disparar, lanzar piedras, abalanzar perros, etc.

Mención especial merecen los supuestos en los que la conducta típica consiste en *apuntar con un arma de fuego* o empuñar un arma blanca o cualquier otro objeto susceptible de intimidación, pero sin llegar a lesionar el cuerpo de la persona y sin tan siquiera disparar el arma. En esos supuestos, entendemos que la conducta típica del delito

del sujeto activo tendente a la lesión en la integridad personal de la persona atacada». Asimismo la SAP de Asturias núm. 187/2004, 15 de julio (JUR 2004, 253359) que apunta lo siguiente «debemos empezar por señalar que la jurisprudencia interpreta el requisito del acometimiento del Art. 550 del Código Penal como acción típica que se integra por el hecho de empleo de fuerza o intimidación grave que se materializa en el hecho de empujar, abalanzarse, atacar, o en suma con una conducta activa de enfrentamiento».

³³⁸ CÓRDOBA RODA, J.: *Comentarios al ...*, op. cit., p. 2518, CUERDA ARNAU, M.L.: *Los delitos de...*, op. cit., pp. 64 y 65, entre otros.

de atentado se cometería por la modalidad de intimidación grave pero no por la de acometimiento propiamente dicho pues esa conducta se caracteriza por la presencia de una agresividad o una violencia psíquica propia de la intimidación pero que no encaja con la definición de acometimiento como tal, concepto que implica un evidente rasgo de violencia física, aun a pesar de que la misma solo se presente como una manifestación de voluntad y ni siquiera llegue a consumarse la agresión. Cosa distinta es que se use el arma en cuestión, es decir que se dispare o se apuñale al sujeto que soporta la acción, en cuyo caso el delito de atentado se consumaría mediante la acción de acometimiento sin perjuicio de la existencia del correspondiente concurso ideal con los delitos que procedan –homicidio o lesiones–, si es que con el acometimiento se ha provocado un resultado en los bienes jurídicos personalísimos del sujeto que soporta la acción.

Aquí, precisamente, estriba la principal diferencia entre el acometimiento y la intimidación grave como modalidades típicas del delito de atentado, distinción que, no consigue más que elaborar una catalogación de conductas, cuya diferencia está en la forma en que se comete el atentado y sin más efectos que los puramente didácticos, en cuanto que esta clasificación sólo es susceptible de facilitarnos el estudio de los distintos comportamientos constitutivos de atentado, pero en realidad no habrá variación en las consecuencias. Y es que, al margen de la agravante específica prevista en el artículo 552.1º del CP para los casos en los que la agresión se verifique con armas o medios peligrosos, en abstracto no existe distinción alguna en cuanto al desvalor de acción según el acometimiento sea ejercido de forma directa mediante el uso del cuerpo del sujeto activo, o si por el contrario se vale para ello de otro medio o instrumento. La casuística es tan amplia y extensa como pueda imaginarse, si bien podemos citar algunos ejemplos jurisprudenciales de estos acometimientos indirectos: Abalanzarse mediante el uso de vehículos –SSTS núm. 743/2004, de 9 de junio (RJ 2005, 2293), núm. 614/2006, de 2 de junio (RJ 2006, 3776) y SAP de Girona núm. 534/2001, de 5 de octubre (JUR 2001, 323299) –, golpear con la puerta del vehículo a los agentes –SAP de Tarragona de 20 de junio de 2005 (JUR 2005, 176126)–, acometer golpeando con palos y piedras –STS de 27 de noviembre de 1991 (RJ 1991, 8572) y SAP de Cantabria núm. 122/1999, de 13 de octubre (ARP 1999, 4423)–, con un destornillador –SAP de Madrid núm. 842/2005, de 23 de septiembre (JUR 2005, 242687)– o con una barra de hierro –SAP de Sevilla núm. 9/2004, de 9 de enero (JUR 2004, 68866) y SAP de Zaragoza núm. 168/2004, de 26 de mayo (JUR 2004, 180516)–.

Pero, a pesar de la extensión del concepto de acometimiento y la evidente amplitud del mismo, lo cierto es que en coherencia con el respeto debido al principio de proporcionalidad, no toda agresión es susceptible de encuadrarse en el acometimiento típico del delito de atentado, de tal forma que se excluyen del tipo las llamadas **agresiones de bagatela**, definidas como aquellas conductas de menor entidad que ni gramatical ni racionalmente pueden ser calificadas de atentado sin forzar exageradamente el sentido del término³³⁹. Lo que está claro, es que la producción o no de lesiones no ha de ser el criterio utilizado para determinar si un acometimiento merece ser considerado como constitutivo del delito de atentado, o si por el contrario estamos ante una conducta de menor entidad y que deberá ser encuadrada por otra figura delictiva, que en la mayoría de los casos resulta

³³⁹ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. y OTROS: *Manual de Derecho...*, op. cit., p. 646.

ser la de resistencia simple o menos grave del art. 556 o falta del art. 634³⁴⁰, actuando así éstas como figuras residuales.

Ejemplo de estas agresiones de bagatela es, entre otras³⁴¹, la STS núm. 920/1996 de 25 de noviembre (RJ 1996, 8734) en la cual no se estima atentado la agresión consistente en propinar una bofetada a una autoridad, considerando tal conducta una simple falta de desobediencia, concretamente la citada resolución argumenta así:

«La acción típica del atentado es la del «acometimiento», acción que,[...] se define en el Diccionario de la Real Academia como «embestir con ímpetu y ardimiento»; tal dinámica comisiva no se corresponde con la conducta de la acusada que aun cuando “propinó una bofetada en la mejilla” a un Concejal del Ayuntamiento de Sestao, lo hizo en un contexto de gran tensión, con mutuo enfrentamiento verbal y cruce de imprecaciones, sin que la acción material tuviese la entidad suficiente –valorada en su contexto personal y circunstancial– para que pueda, con propiedad, calificarse de acto de acometimiento. El riguroso tratamiento penal del delito de atentado a la Autoridad [...] imponen una interpretación del tipo sujeta al fundamento material de su incriminación, contando con la perspectiva del principio de proporcionalidad, lo que obliga a excluir aquellas conductas de menor entidad que ni gramatical ni racionalmente pueden ser calificadas de atentado sin forzar exageradamente el sentido del término».

La STS núm. 581/1999 de 21 de abril (RJ 1999, 3202), por su parte, estima que agredir con patadas a dos policías dentro de un vehículo policial no debe considerarse atentado, pues

«Es obvio que se está en presencia de un comportamiento activo –dar patadas– que no reviste gravedad tanto por el hecho en sí, como por el momento de esta actitud, tras ser detenido e introducido en el vehículo policial. Tal acción no merece la calificación de atentado y por el contrario debe derivarse la calificación penal al tipo residual del delito de resistencia del art.

³⁴⁰ Aunque en otros muchos casos puede encuadrarse perfectamente como un delito de desobediencia o como una falta. Véase sino la ilustrativa SAP Girona núm. 539/2004 de 21 de junio (JUR 2004, 220529) en la que se lee: «la acción de abalanzarse sobre los agentes para intentar evitar la detención, resistiéndose a la actuación policial, sin causar lesión alguna a los agentes actuantes, en la medida en que existe un comportamiento agresivo, no limitándose el acusado a actos puramente pasivos de desobediencia o a simples indultos, debe ser calificado como constitutivo del delito de desobediencia, debiéndose en consecuencia subsumirse en el tipo penal del artículo 556 del Código Penal».

³⁴¹ Igualmente y a mero título de ejemplo: la STS núm. 1453/1999, de 19 de noviembre (RJ 1999, 7577), STS núm. 740/2001, de 4 de mayo (RJ 2001, 2108) y SAP. de Barcelona núm. 164/2005 de 16 de marzo (JUR 2005, 125505).

556».

En realidad, en los supuestos en los que la conducta lejos de considerarse atentado, se reconduce por el ilícito de resistencia, parece que el criterio seguido por la jurisprudencia para adoptar una u otra posición se basa en el estudio de *la intención del sujeto activo al realizar la agresión*, de tal forma que *si la misma se lleva a cabo en el marco de un comportamiento dirigido a resistirse o desobedecer a la autoridad o funcionario de que se trate, ese acometimiento se considerará atentado no ya por la modalidad de acometimiento sino por la de resistencia activa grave, pues se atiende el hecho de que el individuo perpetra ese ataque como consecuencia de su deseo e intención de resistirse o desobedecer pero no con el firme propósito de atentar o agredir al sujeto pasivo de la acción*. Una vez más, hemos de recordar que la trascendencia práctica de la distinción entre acometimiento y resistencia activa grave incurre en la más irremediable ineficacia pues se trata, al fin y al cabo, del tipo básico de atentado sin importar si es cometido mediante una u otra modalidad de la conducta típica descrita, ya que sus consecuencias serán idénticas, quedando la distinción útil únicamente a efectos didácticos.

Así parece entenderlo SOTO NIETO cuando, refiriéndose al delito de atentado en su modalidad de acometimiento, apunta que «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», y sigue matizando este autor que «el acometimiento que exige el delito de 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 le está encomendada, siendo necesario que la acción tenga cierta entidad»³⁴²

Resulta interesante detenerse en la matización realizada por este autor, en cuanto que establece como criterio delimitador entre el delito de atentado en su modalidad de acometimiento y otras figuras penales residuales, el hecho de que el actor esté orientado a la indicada lesión. Ciertamente es, que habrá que analizar el comportamiento del sujeto activo con un criterio objetivo que permita vislumbrar la entidad de ese acometimiento y que el mismo tenga la suficiente significación como para que objetivamente sea susceptible de lesionar el bien jurídico y del mismo modo será necesario detenerse en un elemento más subjetivo del comportamiento del actor, tal cual es su intención de provocar la lesión pero he ahí donde se hace preciso matizar que como muy bien aclara SOTO el comportamiento de sujeto activo debe ir orientado a intentar impedir que el sujeto portador del bien jurídico desempeñe de manera eficaz las labores de mantenimiento de la seguridad pública que le está encomendada, es decir, su voluntad debe ser clara e inequívoca en cuanto a su intención de lesionar el bien jurídico tutelado por el delito de atentado y para ello nos aporta una evidente y valiosa información la entidad del acometimiento.

Buen ejemplo de estas agresiones de bagatela³⁴³ es la STS núm. 966/2000 de 5 de

³⁴² SOTO NIETO, F.: «Atentado por...», op. cit., pp. 4 y 5.

³⁴³ Igualmente la jurisprudencia menor, SAP. de Albacete núm. 35/2001 de 21 de mayo (JUR 2001, 214181) ó

junio (RJ 2000, 6299) en cuyo fundamento jurídico tercero se dice:

«Los hechos probados relativos a la presente infracción se refieren a que estando el acusado “detenido en la Comandancia de la Guardia Civil de Totana por los referidos hechos (se refiere al robo), 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”. Pues bien, de dicho relato se deduce como calificación más apropiada la correspondiente al tipo previsto en el artículo 556 CP constitutivo de la resistencia pasiva: a) en primer lugar, por cuanto la acción descrita se concreta en la acción de desasirse del agente, previo tirón, una vez liberado de los grilletes, lo que no conlleva propiamente acometimiento. Es cierto que a continuación se afirma (... e intentó golpearle...), pero ello no es dissociable de lo anterior, formando una sola acción con relevancia jurídica cuya finalidad es sustraerse al control de los agentes; b) el segundo inciso, “tirándose al suelo”, tampoco constituye un supuesto de resistencia activa de contornos precisos, reacción abrupta si se quiere, pero por ello subsumible en el artículo 556, inciso primero, CP, pues es preciso un cierto grado de fuerza física para distinguir resistencia y desobediencia grave; y c) enlazando ambas secuencias, en su conjunto, la actitud del acusado es predominantemente pasiva».

Lo cierto es que este criterio jurisprudencial constituye un verdadero límite a la amplitud del concepto de acometimiento y de forma efectiva se acota la conducta típica del delito de atentado en esta modalidad concreta, permitiendo que ***determinadas conductas agresivas cuando no revistan una especial entidad y siempre que obedezcan a una finalidad distinta a lo de atentar propiamente dicha, persiguiendo un fin más acorde con el deseo de eludir o resistirse, serán catalogadas como delito de resistencia del artículo CP siempre que la conducta no sea activa y grave, pues de lo contrario será igualmente atentado, aunque por la modalidad de resistencia activa grave.*** .

Inequívoco resulta el argumento esgrimido por el TS cuando en sentencia de 21 de octubre de 2000 (RJ 2000, 8788) aclara:

«Es necesario que la acción tenga una cierta entidad, en cuanto el propio legislador degrada y deriva las conductas hacia el delito de resistencia cuando no se observa una especial intensidad agresiva, lo que se ajusta a la nueva orientación jurisprudencial de la que ya se ha dado cuenta y refleja bien el contenido que al término acometimiento atribuye el diccionario de la Real Academia, según el cual acometer es embestir con ímpetu y ardimiento».

Esto supone que resulte frecuente encontrar resoluciones que califican como delito de resistencia conductas violentas tradicionalmente incluidas en el ámbito del delito de

atentado aunque para ello habrá que atender a la gravedad del acometimiento, pues si el sujeto activo realiza una conducta que se aleja de lo que se entiende una agresión de bagatela o de poca entidad y lleva a cabo una conducta con un gran calado violento, aun a pesar de que no llegue a alcanzar al sujeto pasivo de la acción, se entiende que se ha consumado la conducta típica del delito de atentado. En aquel supuesto en el que un sujeto al ser detenido por las FFCCS propina una paliza uno de los agentes o se le dispara con un arma, no sería de recibo pensar que su conducta iba dirigida a resistirse a la detención sino que teniendo en cuenta la gravedad y la violencia de la misma –insistimos en que no el resultado– habrá que hablar de un delito de atentado aunque sea por la modalidad de resistencia activa grave y no de acometimiento, si es que ha habido un requerimiento previo por parte de los agentes. De igual manera, el principio de proporcionalidad impone una interpretación restrictiva del tipo, de tal manera que aquellas conductas que no revistan la gravedad suficiente como para poder encuadrarse en la modalidad de “acometimiento” sin forzar exageradamente el término no se considerarían atentado. Tanto es así, que propinar una bofetada, puñetazo o fuerte empujón al sujeto pasivo, integraría este delito según la praxis jurisprudencial pero si estamos ante un empujón leve o una leve bofetada se plantea la duda de si realmente es correcto entender estas acciones como típicas del delito de atentado. Esto genera dos problemas: el primero en torno al criterio a seguir para dirimir si esa agresión es suficientemente significativa como para ser susceptible de integrar el tipo de atentado y el segundo problema, es el que surge cuando se comprueba que tal conducta no es digna de entenderse típica del delito de atentado en cuyo caso, si se quiere huir de la impunidad habrá que acudir al tipo residual de la resistencia pero, como veremos esto no siempre es posible.

Prueba de ello es la STS núm. 1006/2006, de 12 de julio (RJ 2005, 6651) en la que el sujeto activo la emprende lanzando piedras contra agentes de la autoridad y el Alto Tribunal resuelve aclarando que:

«Existe cierta corriente jurisprudencial que ha dado entrada en el tipo de resistencia no grave a comportamientos que, aun no siendo meramente pasivos, no comporten acometimiento propiamente dicho. Pero el *factum* expresa que Pedro tiró piedras, se apoderó de los escudos utilizados por los policías y los arrojó contra ellos; ello implica un acometimiento propiamente dicho comprendido en el art. 550 CP, un ataque que iba más allá de una mera resistencia a la actuación policial».

La intencionalidad del agente activo es igualmente relevante, pero sólo podremos detenernos en este aspecto –a nuestro modo de ver– cuando se dé el primer requisito que acabamos de exponer, en otras palabras: ***por mucho que la intención del agresor sea únicamente la de resistirse a una detención, si con motivo de ello agrede o embiste con una violencia de la suficiente entidad como para encajar en el concepto de atentado, se apreciará tal figura delictiva aunque sea en su modalidad de resistencia activa grave, la cual es equiparada al acometimiento.***

Tampoco podemos olvidar que para poder encuadrar la conducta en el tipo de resistencia, es necesario que el sujeto activo no sea quien inicie la agresión, sino que

acometa como respuesta a un comportamiento del sujeto pasivo de la acción y con la finalidad de eludir su autoridad.

Ninguna duda al respecto deja la STS núm. 1033/2006, de 15 de septiembre (RJ 2005, 7174) en cuyo supuesto fáctico un sujeto empuja fuertemente a un agente de la autoridad, a lo cual dice el Tribunal:

«Nos hallamos ante dos actos de acometimiento o, si queremos, de resistencia activa de carácter grave, tan grave que ocasionaron lesiones, aunque éstas solo precisaran una asistencia facultativa, razón por la cual se sancionaron como falta del art. 617.1 CP.

El hecho de que hubiera intención de resistirse ante la detención que pretendían los policías presentes contra su persona no impide que sea correcta la calificación como delito de atentado, y no la de resistencia como pretende el escrito de recurso. Ha de prevalecer aquí, sobre tal elemento intencional, el objetivo consistente en la forma en que se produjo la agresión. Por más que sólo tuviera propósito de resistirse a través de una acción de huida, conoció que para tal huida tenía que agredir a los policías que trataban de impedirlo en el cumplimiento de sus deberes como tales. Actuar de tal modo con ese conocimiento de que efectivamente estaba acometiendo a los agentes de la autoridad constituye un delito de atentado».

Por lo cual –y a pesar de que el sujeto activo lo que pretende con su acción es resistirse– la gravedad de su conducta y la violencia empleada en ella hacen impropio hablar del tipo de resistencia propiamente dicho –artículo 556 CP– por lo que la conducta debe ser calificada como atentado, más concretamente en su modalidad de resistencia activa grave pero, como puede verse igualmente podría entenderse que el atentado se ha cometido en su modalidad de acometimiento, pues el propio Tribunal equipara ambas conductas sin prestar gran atención a la distinción entre ambas. A nuestro juicio, y aun a sabiendas de que no hay consecuencias prácticas algunas y tal y como ya apuntábamos en su momento, nos mostramos partidarios de distinguir lo más claramente posible entre ambas conductas típicas del delito de atentado, pues no cabe duda que ello aporta una mayor claridad y concreción siempre deseable en el ámbito penal.

En consecuencia, el conflicto se produce cuando nos encontramos ante una agresión que a pesar de ser violenta no es lo suficientemente grave como para poder encajarse en el concepto de acometimiento propiamente dicho –por ejemplo simple empujón–. En este caso, siempre y cuando la acción del sujeto activo responda a una pretensión previa del funcionario, autoridad o agente, podría perfectamente hablarse de delito de resistencia pero cuando esto no sea así, es decir, cuando no haya existido un requerimiento previo del sujeto que soporta la acción y haya sido el sujeto activo el que inicie la agresión sin que la misma obedezca a nada en concreto, se nos plantearía la duda respecto al encuadre de esa conducta en una u otra modalidad típica. A nuestro juicio, es acertada la alusión a un criterio restrictivo en la interpretación del delito de atentado y ello en virtud del respeto debido al principio de proporcionalidad, pero no cabe duda que cuando la conducta no tenga la entidad suficiente como para encuadrarse dentro del término *acometer* ni tampoco presente

los requisitos necesarios como para reconducirse por vía de la figura de resistencia, se aprecia una inevitable laguna legal³⁴⁴.

En algunos casos, y huyendo de la impunidad, la jurisprudencia ha optado por entender que siempre que exista agresión o acometimiento aunque éste no sea de gran entidad y cuando no pueda hablarse de resistencia, tiene que aludirse al delito de atentado. Tal cual lo acabamos de exponer lo argumenta la SAP de Madrid núm. 60/2004 de 6 de febrero (JUR 2004, 239467) cuando refiriéndose al delito de resistencia dice:

«Es compatible este delito con actitudes activas del acusado; pero ello sólo cuando éstas sean respuesta a un comportamiento del agente o funcionario, por ejemplo –es el caso más frecuente–, cuando la policía trata de detener a un sujeto y éste se opone dando manotazos o patadas contra aquél. No cabe aplicar el delito de resistencia en los casos, como el presente, en que sin tal actividad previa del funcionario, es el particular el que toma la iniciativa agrediendo. En estos supuestos no cabe decir que el acusado se resistió de modo activo, sino que acometió, uno de los supuestos previstos al definirse el atentado en el art. 550.

Y cuando hay no resistencia sino acometimiento, aunque éste sea leve, hay que calificar el hecho como delito de atentado, que existe incluso por el mero hecho de abalanzarse el particular contra el funcionario».

En realidad, la interpretación restrictiva del término acometer no es del todo cierta en la práctica, pues aún cuando la acción no presente gravedad, y siempre y cuando no sea de aplicación el tipo residual de resistencia, la jurisprudencia entenderá que se trata un delito de atentado. Así lo reconoce la SAP de Ávila núm. 189/2004, de 8 de noviembre (JUR 2005, 82952) cuando taxativamente afirma:

«Cuando hay no resistencia sino acometimiento, aunque éste sea leve, hay que calificar el hecho como delito de atentado, que existe incluso por el mero hecho de abalanzarse el particular contra el funcionario».

Por lo tanto, la intensidad de la agresión o la violencia intrínseca en el acometimiento juegan un papel importante a la hora de perfilar una conducta como susceptible de encuadrarse en el tipo de atentado pero no es éste el único criterio utilizado por la jurisprudencia para dirimir si estamos ante un delito de atentado o de resistencia, sino que en ocasiones es preciso atender también a las circunstancias en las que surge ese

³⁴⁴ Se trataría de aquellas conductas que no tienen la entidad suficiente como para quedar subsumidas en el tipo básico del delito de atentado. La solución jurisprudencial en torno a ello viene dada de la mano de la aplicación de la falta de consideración y respeto debido a autoridad, contemplada en el artículo 634 del CP. No vamos a adelantar a este momento de nuestro estudio las propuestas que más adelante se formularán como posible solución a tal problemática pero si estamos en disposición de avanzar que el recurso a la falta nos parece una medida inadecuada y del todo insuficiente, pues no deja de ser una respuesta limitada a una conducta que, a nuestro juicio, merece mayor reproche penal.

acometimiento para poder determinar si esa conducta escapa a la gravedad del delito de atentado para poder encajarse en el de resistencia o desobediencia. Tanto es así que, en determinados supuestos, nos encontramos con que la agresión soportada por el sujeto pasivo es de tan poca entidad y significación que se podría pensar, automáticamente, que carece de la gravedad suficiente como para poder catalogarse de atentado pero, lejos de la realidad, y siempre que la misma no se produzca en el marco de un comportamiento dirigido a resistirse o desobedecer, habrá delito de atentado; en otras palabras: el hecho de que un acometimiento no presente una especial significación violenta no es motivo suficiente para considerar que no es digno de catalogarse de atentado, puesto que para poder encuadrarlo en el delito de resistencia es preciso que se aprecie la intención clara e inequívoca del sujeto activo de resistirse, de no ser así y a pesar de la poca entidad de la agresión, habría delito de atentado³⁴⁵. Así lo enuncia la STS núm. 819/2003, de 6 de junio (RJ 2003, 5608) cuando con motivo de la distinción entre los delitos de resistencia y atentado matiza³⁴⁶:

«No cabe aplicar el delito de resistencia en los casos, como el presente, en que sin tal actividad previa del funcionario, es el particular el que toma la iniciativa agrediendo. En estos supuestos no cabe decir que el acusado se resistió de modo activo, sino que cometió, uno de los supuestos previstos al definirse el atentado en el art. 550.

Y cuando hay no resistencia sino acometimiento, aunque éste sea leve, hay que calificar el hecho como delito de atentado, que existe incluso por el mero hecho de abalanzarse el particular contra el funcionario».

Como no podía ser de otra manera, son muchos los pronunciamientos de la jurisprudencia menor acordes con el argumento que acabamos de exponer, y a modo de ejemplo la SAP de Asturias núm. 187/2004 de 15 de julio (JUR 2004, 253359) en la que se reconoce la existencia de una línea jurisprudencial tendente a descartar las agresiones de poca relevancia o entidad del ámbito del delito de atentado, pero aún así y ante la ausencia de una actitud de resistencia o desobediencia por parte del sujeto activo, considera atentado el hecho de propinar una bofetada en la cara a un agente de policía.

Hay que matizar que esa doctrina jurisprudencial constituye uno de los criterios principales para distinguir entre las conductas típicas de los delitos de atentado y los de resistencia. Ahora bien, el comportamiento del sujeto activo para poder escapar a la tipicidad del atentado y encardinarse en la resistencia es preciso que se muestre en un contexto lo suficientemente claro como para poder conectar esa agresión de forma clara y directa con el propósito de resistirse y no con el de atentar. Es característica del delito de resistencia que el comportamiento del sujeto activo se presente en el contexto de eludir una pretensión previa de la autoridad o agente, por lo que si esto no sucede, por muy poca entidad que tenga el acometimiento y a tenor de la letra de la ley, no queda más opción que

³⁴⁵ Salvo el desacertado recurso a la falta contra orden público, al que ya nos hemos referido.

³⁴⁶ En el mismo sentido, SSTS núm. 1454/2002, de 13 de septiembre (RJ 2002, 8444), núm. 1807/2002, de 4 de noviembre (RJ 2002, 9743) y núm. 303/1997, de 11 de marzo (RJ 1997, 1711).

entender que esa conducta es típica de atentado, pues sería contrario al principio de legalidad pretender encuadrarlo como un delito de resistencia sin que se pueda apreciar la exigencia de pretensión previa de la autoridad o agente.

La Audiencia Provincial de Cádiz en sentencia núm.147/2005 de 21 de abril (JUR 2005, 143339) resuelve la agresión consistente en una bofetada en la cara a un agente local justo en el momento en el que éste multa al sujeto que propina el acometimiento, en tal caso se entiende que la conducta es constitutiva de un delito de atentado y se argumenta así:

«Dicho acometimiento agresivo efectuado contra un agente de la autoridad en el ejercicio de las funciones de su cargo, siempre es delito de atentado, aunque el sujeto activo buscara de forma prioritaria oponerse a la multa y actuara de forma refleja, pues esto último no elimina el ataque al principio de autoridad que configura el delito de atentado y además en la modalidad más grave.

Al desplegar una conducta de tan notoria intensidad y peligro frente al agente, como es la agresión mediante enfrentamiento directo, ello nos permite inferir sin duda que está aceptando conscientemente la vulneración y ataque al principio de autoridad, actuación cubierta por el dolo específico de segundo grado, denominado de consecuencias necesarias, de forma que quiso atentar contra el agente y contra la autoridad que representa. Por lo tanto, hay acometimiento, perfecto conocimiento de la condición de agente de la autoridad del sujeto pasivo y también concurre el dolo específico requerido para integrar el delito de atentado».

Como apuntamos en su momento y ahora reiteramos, el atentado se caracteriza –entre otras cosas– por ser un delito de los denominados de mera actividad, ya que la consumación se produce con el simple ataque, acometimiento o agresión, sin ser preciso que se produzca un resultado, pero por el contrario, entendemos que sí que se produce una lesión del bien jurídico tutelado, considerando tal como un bien jurídico supraindividual en el que se incluye no sólo el derecho-deber de las autoridades, sus agentes y los funcionarios públicos de desempeñar las funciones que les vienen encomendadas sino también su derecho a poder hacerlo con dignidad, efectividad y seguridad. Bien es cierto, que con el acometimiento puede que no se lesione la efectividad del servicio público –y el sujeto pasivo de la acción no vea frustrada su labor– pero de forma automática e inmediata con el simple y mero ataque al sujeto titular de esas funciones y portador del bien jurídico, se está lesionando la dignidad y seguridad que el Estado está obligado a garantizar a sus funcionarios. Como ya advertimos al tratar el tema de la naturaleza jurídica de estos tipos, por lesión no debe entenderse solamente la destrucción o daño de un objeto material sino también la ofensa a bienes jurídicos ideales. Así, el bien jurídico protegido en el delito de atentado se ve afectado desde el instante en que se realiza el mero acometimiento sin que sea necesario buscar un resultado separado espacio-temporalmente de la acción, pues el injusto de este delito –al igual que ocurre con los de resistencia y desobediencia– se agota con la simple acción.

Por lo tanto, y aunque puede que –a pesar de la acción agresiva– el sujeto pasivo de la acción haya podido realizar sus funciones y en consecuencia no se haya visto materialmente afectado el buen funcionamiento del sistema, aún así debemos considerar lesionado el bien jurídico protegido.

Coherente con ello es la STS núm. 589/2006, de 1 de junio (RJ 2006, 3584) cuando apunta:

«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».

Aunque a estas alturas del estudio resulte reiterativo y casi obvio, no está de más insistir en que el sujeto sobre el que recae la acción del delito de atentado es un simple portador de un bien jurídico supraindividual pero en absoluto es titular del mismo, lo que implica que cuando del atentado se derive la lesión de otro bien jurídico distinto del que sí sea titular la autoridad, el agente o funcionario público, habrá que apreciar la existencia de un concurso ideal de delitos pues en el contenido de injusto del delito de atentado no se halla la lesión de bienes jurídicos individuales.

Hacemos nuestras la acertadas palabras de POLAINO NAVARRETE cuando dice: «Las consecuencias que eventualmente dimanen de la acción de atentado constituida por el acometimiento pueden principalmente versar sobre bienes jurídicos personales, como la vida, la salud, la libertad, el honor, o sobre bienes jurídicos institucionales, como la titularidad de una función, el correcto ejercicio de la misma o la libertad de su cumplimiento conforme a ley. Pero todas esas consecuencias u otras ulteriores, derivadas del acometimiento, quedarán fuera de la realización del tipo de atentado, que se circunscribe al desvalor del acto, entrando en su caso en concurso con el mismo»³⁴⁷.

Ahora bien, a pesar de que para la consumación del delito no se requiera la producción de un resultado y que, a nuestro juicio sea evidente la lesión en el bien jurídico tutelado, se plantea la duda de si esa lesión se produce con el simple intento de acometimiento o por el contrario es preciso que se perpetre el ataque llegando a producirse la embestida o acometimiento de que se trate para que el delito quede consumado.

La jurisprudencia no se ha mantenido estática en este punto. Así, podemos encontrar resoluciones en las que se considera que es preciso que el sujeto activo alcance con su acción al sujeto portador del bien jurídico, no bastando para considerarse consumado el acometimiento, con que dirija a él de forma airada. Así lo aclara en STS³⁴⁸ la de 26 de junio de 1979 (RJ 1979, 2795) cuando, refiriéndose al antiguo artículo 231.2, equivalente al

³⁴⁷ POLAINO NAVARRETE, M. en COBO DEL ROSAL y OTROS: *Curso de Derecho...*, op. cit., pp. 847 y 848.

³⁴⁸ Asimismo en SSTS 7 de octubre de 1980 (RJ 1980, 3669), 16 de junio de 1981 (RJ 1981, 2663), núm. 2003/2000, de 20 de diciembre (RJ 2000, 10465) y núm. 1604/2000, de 21 de octubre (RJ 2000, 8788).

actual art. 550, dice:

«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 del CP conforme a la cual es necesario que el agente acometa, esto es, embista, ataque o agreda 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 delito intentado pero nunca entraña perfección o consumación delictiva».

A pesar de ello, la evolución jurisprudencial ha traído como resultado que se entienda que el atentado –como consecuencia de su condición de delito de mera actividad– se perfecciona incluso cuando el acto de acometimiento no llega a consumarse, lo que implica que aunque no se llegue a golpear o agredir materialmente al sujeto de la acción, el delito se consuma con el simple inicio del ataque o acometimiento y ello a pesar de que este no haya llegado a perpetrarse.

Resulta preciso recordar, además, que la intimidación grave equivale al acometimiento y la misma puede consistir en un mero acto formal de iniciación del ataque o en un movimiento revelador de propósito agresivo.³⁴⁹

La STS de 4 de junio de 1983 (RJ 1983, 3086) vislumbraba el cambio de corriente jurisprudencial cuando afirmaba:

«Aun cuando el acometimiento ha sido entendido por esta Sala en determinadas ocasiones, el ademán del inculpado dirigido de manera inequívoca e inmediata a la agresión corporal de la autoridad o incluso el gesto de abalanzarse contra las personas que lo representan, en otras resoluciones más recientes se exige la existencia de una violencia física o material sobre el cuerpo de la víctima».

Vaticinaba CASARES VILLANUEVA³⁵⁰, que con la llegada del actual CP se ha dado por zanjada la polémica en cuanto a este punto, pues la desaparición de la expresión legal «poner manos» a la autoridad como circunstancia agravante específica, ha traído consigo que para el acometimiento tipificado en el delito de atentado exija la concurrencia de una fuerza material, física, inmediata –aunque sea de modo indirecto– no siendo ya suficiente la existencia de un «movimiento revelador del propósito agresivo».

En realidad, no le faltaba razón a este autor en cuanto que de la letra de la ley, y concretamente de la alusión al verbo «acometer» que realiza el art. 550 CP, se desprende que es preciso que ese acometimiento, agresión o abalanzamiento se perpetre sin que parezca adecuado a las exigencias del principio de proporcionalidad, y mucho menos al de

³⁴⁹ SSTS de 11 de octubre de 1984 (RJ 1984, 4826), 30 de abril de 1987 (RJ 1987, 3046), 16 de noviembre de 1987 (RJ 1987, 8522) y 13 de febrero de 1989 (RJ 1989, 1547).

³⁵⁰ CASARES VILLANUEVA, M.L.: «Atentado, resistencia...» op. cit., pp. 154 y ss.

legalidad, entender que el simple amago de acometer constituye la conducta típica del delito de atentado, pues no hay motivos para realizar tan desacertada interpretación.

En este sentido, nos resulta clara, determinante y concluyente la STS núm. 338/1999 de 8 de marzo (RJ 1999, 1454) en la que se afirma:

«La acción nuclear del atentado cometido en este caso es la de acometimiento que significa embestida o arrojamiento con ímpetu sobre una persona; lo que vale tanto como ataque o agresión. Puede cometerse de forma directa (golpes, empujones, etc...) o indirectamente a través del empleo de medios o instrumentos de ataque (lanzamiento de piedras, objetos o líquidos inflamables como en este caso). Y como delito de actividad se consume con el ataque o acometimiento, es decir, cuando se realiza la acción directamente encaminada a dañar la vida, la integridad corporal o la salud pero sin necesidad de que se logre el resultado lesivo perseguido, que originaría un concurso ideal de delitos [...] En definitiva la significación típica del acometimiento reside en el desvalor del acto por el que se ataca a una persona en cuanto titular de la función pública y en atención al ejercicio de los cometidos que le son propios, con independencia del desvalor del resultado por los efectos que derivan de la embestida, fuera de la realización del tipo de atentado».³⁵¹

Pero, por el contrario, no faltan resoluciones que haciéndose eco de la jurisprudencia más antigua, incurren en lo que a nuestro modo de ver, puede entenderse como reminiscencias del pasado y apoyándose en pronunciamientos que deberían tenerse por superados apuntan:

«Para la comisión del delito de atentado no es necesario que se produzca una efectiva agresión contra la Autoridad o sus Agentes, consumándose también cuando se adopta una actitud de violencia, es decir, un acto formal de iniciación del ataque o un movimiento inequívocamente revelador del propósito agresivo del agente, que es precisamente lo que sucedió en el supuesto enjuiciado, con el consiguiente menoscabo del principio de autoridad encarnado por el agente, que es el bien jurídico protegido por el delito».

En nuestro criterio, hay dos aspectos que, fundamentalmente, caracterizan al delito de atentado y no deben confundirse:

- No existe duda de que el atentado en su modalidad de acometimiento se consume aun cuando la agresión no produzca ninguna lesión en el sujeto que la padece. Estamos ante un delito de mera actividad y eso hace que no se requiera una consecuencia espacio-temporal para la perfección. Ahora bien, el acometimiento con independencia de que alcance o no al sujeto al que se dirige –y aún sin necesidad de que con él el sujeto activo

³⁵¹ En el mismo sentido la sentencia del Tribunal Supremo núm. 1279/1993, de 2 de junio (RJ 1993, 4702).

consiga con su conducta impedir de forma fehaciente u efectiva que el funcionario, autoridad o agente ejerza sus funciones– es susceptible de lesionar el bien jurídico, pues como en su momento asentamos, estos tipos penales no sólo protegen las funciones de profesionales que tienen encomendada tareas de gran relevancia y significación para el funcionamiento del sistema, sino que además tutelan el derecho de los mismos a desempeñar sus tareas con dignidad y seguridad, las cuales se ven automáticamente afectadas siempre que existe un acometimiento. En otras palabras: con la acción de acometer se lesiona el bien jurídico protegido sin que sea preciso, en absoluto, que con esa conducta se afecte al funcionamiento del sistema de forma efectiva, y por tanto es indiferente, estos efectos, que el sujeto que soporta la acción haya visto frustrada su labor.

- Esto no es óbice para que se exija la perpetración de esa agresión, es decir la existencia de una conducta violenta, activa –sea directa o indirecta– como requisito indispensable para entender consumada la figura delictiva. No parece razonable –teniendo en cuenta la redacción del art. 550 del CP que exige un «acometimiento» ni tampoco la gravedad de la conducta– que se entienda perfeccionado el delito sin que el sujeto activo haya llevado a cabo una acción lo suficientemente inequívoca como para comprobarse su intención de lesionar el bien jurídico tutelado, siendo suficiente que inicie esa acción de acometer, abalanzarse y agredir aun a pesar de que no complete la misma.

De cualquier forma, la cuestión no es tan trascendente como pudiera parecer, pues en la mayoría de los casos los meros actos de iniciación del ataque pueden tener entrada como modalidades consumadas en la conducta consistente en intimidar gravemente.³⁵²

2.2. Emplear fuerza.-

Resulta francamente ardua la tarea de delimitar el *empleo de fuerza* del *acometimiento*, pues puede parecer que el empleo de fuerza física requiere un previo acometimiento, siendo además de destacar que en esta segunda modalidad típica del delito de atentado, el legislador se está refiriendo sin ningún género de dudas al empleo de fuerza física, pues para la violencia psíquica se prevé una tercera modalidad de atentado consistente en intimidar gravemente. Por lo tanto –en un primer momento, y aunque sólo sea por exclusión– lo más lógico es pensar que el empleo de fuerza debe caracterizarse por ser: una conducta que entrañe violencia física –pues de ser psíquica estaríamos ante una intimidación grave– y que se aleje de lo que se ha entendido como acometimiento, es decir que no consista en embestir con ímpetu y ardimiento, siendo preciso además que sus rasgos –aunque sólo sea por descarte– no puedan encajar con lo que se considera resistencia activa grave.

Así las cosas –y teniendo presente que en el Código no existe elemento alguno que nos permita realizar esa distinción– como punto de partida, solo contamos con una evidente similitud entre las distintas modalidades típicas de esta figura penal, siendo de resaltar el

³⁵² Así lo aclara el TS en sentencia de 8 de abril de 2001 (RJ 2001, 2987), Auto de 10 de mayo de 2000 (RJ 2000, 7767) y Auto de 7 de julio de 2000 (RJ 2000,7269).

denominador común de las mismas que no es otro que la necesidad de violencia.

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.

Para GROIZARD³⁵³ 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. Semejante opinión, aunque con algún matiz, aporta CÓRDOBA RODA³⁵⁴, quien entiende que no toda violencia material que recaiga sobre la autoridad, sus agentes o los funcionarios públicos constituirá empleo de fuerza tal cual se tipifica en el artículo 550 CP, de tal manera que para este autor estaremos ante la modalidad de atentado mediante acometimiento 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. De esta forma, para CÓRDOBA, el acometimiento es una especie de empleo de fuerza, de tal manera que ésta puede o no ir acompañada de aquél. Es en este punto donde aparece una importante discrepancia con la opinión formulada por GROIZARD³⁵⁵, para quien parece ser que todo empleo de fuerza debe ir precedido necesariamente por un acometimiento.

Por su parte, CERESO MIR³⁵⁶ considera que el empleo de fuerza incluye también los casos en los que la fuerza se dirige contra cosas materiales, siempre que el funcionario reciba en su cuerpo dicha violencia, de manera que cuando el funcionario no soporte esa violencia, sino que la misma verse exclusivamente sobre las cosas, según este autor habrá que reconducir la conducta al delito de desobediencia. A modo de ejemplo, CERESO cita algunos supuestos concretos que según su entender, deberían considerarse como empleo de fuerza y no como acometimiento: arrebatar o intentar arrebatar 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. Tales ejemplos no están exentos de discusión, de forma que CÓRDOBA RODA³⁵⁷ critica la inclusión de este último ejemplo porque a su juicio se estaría extendiendo el ámbito de esta modalidad del delito de atentado a casos en los que falta la interposición de una violencia material.

Para SUÁREZ-MIRA³⁵⁸ se estará ante empleo de fuerza siempre que exista una violencia material que se ejerza no sólo sobre la persona que soporta la acción sino también sobre las cosas, de tal forma que aunque no se lesionen bienes jurídicos personales, esa

³⁵³ GROIZARD, *El Código penal...*, op. cit., p. 449.

³⁵⁴ CÓRDOBA RODA, J.: *Comentarios al Código...*, pp. 2518 y 2519.

³⁵⁵ Op. cit., p. 699.

³⁵⁶ CERESO MIR, S.: «Los delitos de atentado propio, resistencia y desobediencia», *Revista de Estudios Penitenciarios*, 1966 p. 326.

³⁵⁷ CÓRDOBA RODA, J.: *Comentarios...*, op. cit., p. 495.

³⁵⁸ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ. C y OTROS.: *Manual de Derecho...*, op. cit., p. 646.

fuerza sea padecida por los agentes³⁵⁹.

En un prisma contrario encontramos la opinión de CARBONELL MATEU y VIVES ANTÓN, que consideran 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.»³⁶⁰ 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 idéntico planteamiento se posicionan COBO DEL ROSAL³⁶¹ y así como RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ³⁶², siendo de destacar que para éstos últimos la distinción es posible si se entiende que la fuerza en cuestión se refiere a la ejercida sobre cosas para conseguir doblegar la voluntad del funcionario, aunque no sea, ciertamente, necesario que el sujeto consiga sus propósitos.

Similar visión apunta ROIG TORRES³⁶³, cuando afirma que la traducción de la fuerza como violencia sobre las cosas es defendible siempre que se deslinde de la intimidación o se configure como una especie dentro de ella. Para esta autora resulta igualmente complicado distinguir el empleo de fuerza de la propia resistencia, por lo que plantea la distinción en los siguientes términos: «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.»³⁶⁴

Hay quienes consideran que el acometimiento es más instantáneo, mientras que la fuerza física requiere una mayor duración en el tiempo³⁶⁵, aunque con este planteamiento la duda surgirá en los casos en los que la agresión alcance materialmente el cuerpo de la víctima, siendo especialmente confuso delimitar, en esos supuestos, el momento en el que se produce el acometimiento de aquél otro en el que se está ante empleo de fuerza.

Por su parte JAVATO MARTÍN apunta que «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 fuerza para doblegar la voluntad del sujeto pasivo en el contexto de una situación violenta ya iniciada, sin que implique necesariamente por tanto, el ataque, la agresión o la embestida previa».³⁶⁶

CUERDA ARNAU³⁶⁷ intenta armonizar la mayor parte de los criterios doctrinales

³⁵⁹ En idéntica posición QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho Penal...*, op. cit., p. 823.

³⁶⁰ VIVES ANTÓN, T.S. y OTROS: *Comentarios al Códigos Penal...*, op. cit., p. 2073.

³⁶¹ COBO DEL ROSAL, M. y OTROS: *Derecho Penal...*, op. cit., p. 1090.

³⁶² RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho penal español. Parte especial*, Dykinson, 18ª edición, Madrid 1995.

³⁶³ ROIG TORRES, M.: *El Delito de...*, op. cit., p. 126.

³⁶⁴ ROIG TORRES, M.: *El Delito...*, op. cit. pp. 129 y 130.

³⁶⁵ PRATS CANUT, J.M. en QUINTERO OLIVARES y OTROS: *Comentarios al nuevo...*, op. cit., p. 2456.

³⁶⁶ JAVATO MARTÍN, A.M.: *El delito de atentado...*, op. cit., p. 370.

³⁶⁷ CUERDA ARNAU, M.L.: *Los delitos de atentado...*, op. cit., p. 68 y ss.

expuestos, afirmando 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.

No faltan quienes como MUÑOZ CONDE³⁶⁸ o CASARES VILLANUEVA³⁶⁹ optan por equiparar totalmente ambas modalidades típicas, de tal manera que consideran que resulta muy difícil encontrar una diferencia entre el acometimiento y el empleo de fuerza, por lo que en la práctica se asimilan ambas modalidades como delito de atentado, sin que ello dé lugar a consecuencias jurídicas diversas. Y en coherencia con no ello, son varios los autores³⁷⁰ que entienden que el esfuerzo por delimitar ambas modalidades típicas es del todo superfluo y carente de la más mínima utilidad práctica, mostrándose partidarios de obviar cualquier distinción, y entendiendo equiparables ambas conductas y ello desde el momento en que tal diferenciación no surte efectos penológicos.

Para otros³⁷¹ –entre quienes nos incluimos– aun a pesar de la evidente falta de repercusión en las consecuencias jurídicas, sería conveniente establecer un criterio que permitiese delimitar con la claridad deseable ambas conductas delictivas dando así cumplimiento a las exigencias derivadas del principio de legalidad y más concretamente al mandato de certeza.

Bien es cierto que la jurisprudencia, en la mayor parte de sus resoluciones, emplea de manera indistinta los términos *acometimiento* y *empleo de fuerza*, sin que por tanto el recurso a ella sea una vía de solución ante tal dificultad interpretativa, pues es muy frecuente encontrar conductas que encajan perfectamente dentro del concepto de acometimiento (patadas, puñetazos, empujones, etc.) y que sin embargo son consideradas como supuestos de empleo de fuerza³⁷².

A pesar de ello, tampoco faltan resoluciones judiciales que intentan evitar la confusión entre estas modalidades de conducta típica y para ello optan 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 coaccionarle³⁷³.

³⁶⁸ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal...*, op. cit., p. 879.

³⁶⁹ CASARES VILLANUEVA, M.L.: «Atentado, resistencia y...», op. cit., pp. 155 y 156.

³⁷⁰ A modo de ejemplo: MIRANDA ESTAMPRES, M. en CRESPO BARQUERO, P. y OTROS: *Código Penal...*, op. cit., p. 2666 y PRATS CANUT, J.M. en QUINTERO OLIVARES, G. y OTROS: *Comentarios al nuevo...*, op. cit., p. 2456.

³⁷¹ Por ejemplo: TORRES FERNÁNDEZ, M. E.: «Los delitos de atentado...», op. cit., p. 8 y JAVATO MARTÍN, A.M.: *El delito de atentado...*, op. cit., pp. 369 y 370.

³⁷² Como muestra de ello las SSTs de 15 de octubre de 1979 (RJ 1979, 3672), 10 de diciembre de 1979 (RJ 1979, 4579), 13 de febrero de 1992 (RJ 1992, 1226), 27 de enero de 1992 (RJ 1992, 573).

³⁷³ Así lo establecen la SSTs de 2 de junio de 1993 (RJ 1993, 4702) y la de 8 de noviembre de 1994 (RJ 1994, 9993).

Desde nuestra óptica, *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 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.

De esta forma, 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 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. A nuestro juicio, 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 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.

2.3. Intimidar gravemente.-

En esta modalidad delictiva nos encontramos ante una conducta violenta que se caracteriza por ejercer su influencia sobre el espíritu o el ánimo del sujeto pasivo de la acción; en definitiva, se trata de entrar en el terreno de la *vis moralis* o *vis compulsiva*, entendida como la facultad de un individuo de incidir y afectar el proceso de motivación de otro.

Lo primero que habrá que analizar es qué se entiende por *intimidar*, para después evaluar el término «gravemente» expresamente incluido por el legislador y a tenor del cual no toda intimidación será susceptible de encajar en el delito de atentado. Intimidar, según la Real Academia Española de la Lengua, equivale a *causar o infundir miedo*; en otras palabras, intimidar implica, inexorablemente, amenazar. Por ello, es imprescindible remitirse al delito de amenazas para concretar la interpretación de esta modalidad delictiva y a su vez, ello va a suponer que esta conducta plantee ciertos problemas de deslinde respecto de aquella otra figura delictiva. La posición doctrinal mayoritaria³⁷⁴ e incluso la propia jurisprudencia³⁷⁵ se inclinan por entender que tanto la intimidación como la amenaza participan de un núcleo común consistente en la exteriorización del propósito de causar un

³⁷⁴ A modo de ejemplo: CARBONELL MATEU, J.C. y VIVES ANTÓN, T.S.: *Comentarios al Código penal...*, op. cit., pp. 2073 y 2074.

³⁷⁵ A modo de ejemplo SSTs de 18 de abril de 2001 (RJ 2001, 2987) y 1183/2001, de 13 de junio (RJ 2001,6251).

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, por lo tanto he aquí el criterio que permite distinguir entre el delito de atentado y lo que a la luz del antiguo Código Penal constituía el tipo penal de desacato –que a tenor del actual texto punitivo constituye una simple amenaza–.

Bien es cierto que, a pesar de ser esta la línea mayoritaria, no puede hablarse de unanimidad doctrinal en torno al tema. Así, CÓRDOBA RODA³⁷⁶ considera que la amenaza equivale a la conminación de un mal sin ulterior exigencia, mientras que la intimidación requiere de la producción de un efecto coactivo de miedo a la víctima. El hecho de que este autor contemple tal exigencia, conlleva que resulte imprescindible valorar la repercusión de la conducta activa en el sujeto que la soporta, de manera que no se evaluará la amenaza desde una perspectiva *ex ante* sino *ex post*. En similar postura encontramos la opinión de RODRÍGUEZ DEVESA³⁷⁷ para quien el criterio de distinción había de ser igualmente el resultado. Como muy bien apuntan CARBONELL MATEU y VIVES ANTÓN³⁷⁸ esto implicaría que las víctimas más valerosas o más inconscientes recibieran una protección menor que las más asustadizas, esto es: asumir este argumento supondría hacer depender el nacimiento del delito de la fortaleza psíquica de la víctima³⁷⁹.

Por lo tanto, claro queda que la intimidación consiste en el anuncio de un mal. Para algunos³⁸⁰ puede tratarse de un mal de diversa índole, no siendo preciso que el mismo recaiga sobre la persona portadora del bien jurídico –es decir, sobre el sujeto pasivo de la acción constitutiva del delito– sino que este mal puede tener como destinatarios a familiares o a terceras personas e incluso puede recaer sobre cosas materiales. SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAILLO³⁸¹ llegan incluso a plantear la posibilidad de que la intimidación sea cometida por el hecho de que el sujeto activo destruya objetos de valor que pueden ser del sujeto pasivo o de terceros, para conseguir así doblegar la voluntad del sujeto pasivo de la acción; estaríamos por tanto ante un supuesto de *vis in rebus*. Se suscita aquí el problema de determinar si en semejante situación no sería más adecuado entender que se está ante un delito de atentado por su modalidad de empleo de fuerza. A nuestro modo de ver, no puede hablarse de empleo de fuerza pues en realidad el comportamiento activo no va dirigido contra el agente, de tal manera que él no soporta esa fuerza sino que la misma se ejerce sobre una cosa material con la única finalidad de afectar o influir en su proceso de motivación. Y es que, tanto el acometimiento como el empleo de fuerza o incluso la resistencia activa grave se distinguen de la intimidación grave porque suponen el despliegue de un ataque coactivo inmediato a la autoridad o a sus agentes, mientras que la intimidación se configura como el anuncio de una simple exteriorización de un propósito de

³⁷⁶ CÓRDOBA RODA, J. : *Comentarios al...*, op. cit., p. 2519.

³⁷⁷ RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho penal español...*, op. cit., pp. 892 y 893.

³⁷⁸ CARBONELL MATEU, J.C. y VIVES ANTÓN, T.S.: *Comentarios al Código penal...*, op. cit., pp. 2073 y 2074.

³⁷⁹ ROIG TORRES, M.: *El delito de...*, op. cit., p. 135.

³⁸⁰ CEREZO MIR, S.: «Los delitos de atentado...», op. cit., p. 327.

³⁸¹ SERRANO GÓMEZ, A. Y SERRANO MAILLO, A.: *Derecho Penal...* op. cit., p. 1009.

causar un inminente mal.

Para otros autores –entre quienes se incluye QUERALT JIMÉNEZ³⁸², el mal con el que se amenaza debe ser delictivo. Esboza este autor una elaborada argumentación para justificar tal extremo: por un lado, alude a razones de penalidad ya que dada la gravedad de la pena 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. Por otra parte, entiende que los funcionarios contra los que se atenta –por lo general– 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 QUERALT 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.

A nuestro juicio, la referida argumentación a pesar de alcanzar conclusiones acertadas, no resulta exenta de dificultades. Bien es cierto, que para entender que una intimidación es propia del delito de atentado es preciso que la misma revista una importante gravedad tal cual prevé el propio legislador y en consecuencia, lo más razonable es excluir del ámbito del tipo a todas aquellas amenazas no delictivas, pero ello por la propia exigencia del texto punitivo y en perfecta coherencia con la pena prevista sin que sea de recibo argumentar tal realidad en las características o en la formación con la que cuenta o debe contar todo policía, ya que con tal condicionamiento estaríamos incurriendo en una evidente discriminación respecto a otros sujetos soportadores de la acción. Carece de toda objetividad afirmar que un policía nacional o local está más preparado para recibir y asumir intimidaciones o amenazas de lo que pudiera estarlo un juez, un jefe de gobierno o cualquier otro funcionario, autoridad o agente que pueda ser sujeto pasivo de la acción. ***Trazar un baremo distinto al momento de valorar la gravedad de la intimidación en función del profesional sobre el que recaiga conlleva una vulneración del principio de igualdad a todas luces contraproducente, sobre todo si tenemos en cuenta que todos los posibles sujetos que soportan la acción lo son en cuanto portadores de un bien jurídico merecedor –sin ningún tipo de distinción– del mismo tratamiento y grado de protección penal.***

A la postre, y tal cual venimos afirmando, *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

³⁸² QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho Penal español...*, op. cit., pp. 823 y 824.

como para merecer tal calificación.

Hay quien³⁸³ apunta 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 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 nuestra opinión –y al margen de la gravedad exigida expresamente por el Código– para determinar si una conducta es constitutiva del delito de atentado o del de amenazas es preciso atender a la identidad del bien jurídico afectado. Cuando la amenaza proferida se dirige contra un funcionario público, autoridad o agente de la misma en ejercicio de sus funciones, se estará afectando a la seguridad ciudadana, al mantenimiento del orden vigente, a lo que representa –por las funciones que el vienen encomendadas– el sujeto al que va dirigida la amenaza. En consecuencia, habrá que atender a lo ordenado por el principio de especialidad que debe regir tales concursos de normas, resolviendo a favor de considerar la conducta encuadrable en el delito de atentado por su modalidad de intimidación grave. Claro está, que cuando esa amenaza no revista la gravedad exigida no podrá hablarse de atentado y la única solución será condenar por la falta de respeto y consideración debida a la autoridad, recogida en el artículo 634 CP.

Esta suele ser una solución bastante aceptada por la jurisprudencia que obvia la referencia a la inmediatez del mal como elemento de distinción entre la amenaza y el atentado por intimidación grave. Como ejemplo, la STS NÚM. 660/2001, de 18 de abril (RJ 2001, 2987) se entiende delito de atentado el hecho de proferir determinadas amenazas a un juez, tales como «te voy a matar cuando te vea en la calle, juez de mierda». No podemos negar la existencia de resoluciones contrarias a esta línea, entre otras la SAP de Málaga núm. 429/2004, de 9 de julio (2005, 59128) en cuyo supuesto fáctico el acusado dice al sujeto que soporta la acción que «le va a cortar el cuello», siendo de destacar que no portaba instrumento alguno para cumplir su amenaza, por lo que la Sala considera tal conducta «como el anuncio de un mal serio, real y perseverante, además de futuro, injusto, determinado y posible» es decir, como una amenaza».

El Tribunal Supremo en sentencias como la núm. 1183/2001, de 13 de junio (RJ 2001, 6251) refiriéndose a la intimidación grave aclara:

«...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».

En realidad, lo más razonable es entender que en la mayor parte de los supuestos en

³⁸³ ROIG TORRES, M.: *El delito de...*, op. cit., p. 137.

los que el sujeto activo anuncia un mal, estaremos ante un delito de atentado por la modalidad que estudiamos³⁸⁴.

La intimidación debe presentar una potencialidad, aptitud o idoneidad para infundir temor o miedo³⁸⁵, en otras palabras, y tal y como especifica el propio artículo 550 del CP, la intimidación ha de ser *grave*. El legislador no aporta criterio alguno que permita dotar de contenido a tal concepto, por lo que estamos ante un elemento normativo que corresponderá al juzgador evaluar en cada caso concreto y para ello, será preciso que acuda no sólo a la gravedad del mal sino también a otra serie de factores tales como los objetivos o medios empleados o el tiempo y lugar en que se desarrolla esa intimidación. Así lo reconoce la doctrina de forma unánime, pues CARBONELL MATEU y VIVES ANTÓN afirman que «la gravedad de la intimidación viene determinada por la gravedad del mal con el que se conmina, por la seriedad aparente de la conminación y por el conjunto de circunstancias concurrentes en el hecho»³⁸⁶, y en muy similar postura hayamos la opinión de PRATS CANUTS cuando apunta que «la exigencia de gravedad también estará vinculada al cúmulo de circunstancias concurrentes al hecho, sin que pueda aportarse un criterio a priori, salvo el de entender que la misma en cualquier caso debe de poderse aplicar»³⁸⁷, mientras que por su parte CÓRDOBA RODA nos recuerda que «Para determinar si la intimidación cumple el requisito de la gravedad, deberá atenderse al conjunto de circunstancias relativas al acto y al resultado»³⁸⁸.

La jurisprudencia más tradicional³⁸⁹ entendía como *grave la intimidación capaz de amedrentar a un varón fuerte*. Los supuestos prácticos que por excelencia se consideran intimidación grave son, por ejemplo, aquellos en los que el sujeto activo exhibe un arma blanca³⁹⁰ al funcionario, autoridad o agente de que se trate, o un arma de fuego³⁹¹ con

³⁸⁴ Como ejemplo la SAP de Albacete núm. 13/2002, de 28 de febrero (RJ 2002, 104152) en la que la acusada ante el disgusto por el pronunciamiento de una juez de familia, acude al juzgado y advirtiendo la presencia de esta le dice «Sal que te tengo que matar». Semejante situación es resuelta mediante la condena a la acusada por un delito de atentado. En semejante posicionamiento SAP de Huelva núm. 219/2003, de 22 de diciembre (2004, 64904) o SAP de Zaragoza núm. 6/2004, de 12 de enero (JUR 2004, 60985).

³⁸⁵ JAVATO MARTÍN, A.M.: *El delito de atentado...*, op. cit., p. 370.

³⁸⁶ CARBONELL MATEU, J.C. y VIVES ANTÓN, T.S.: *Comentarios al Código penal...*, op. cit., p. 2074.

³⁸⁷ PRATS CANUT, J.M. en QUINTERO OLIVARES, G. y OTROS: *Comentarios al...*, op. cit., p. 2457.

³⁸⁸ CÓRDOBA RODA, J. : *Comentarios al...*, op. cit., p. 2520.

³⁸⁹ SSTS de 3 de mayo de 1988 (RJ 1988, 3450) y de 21 de febrero de 1989 (RJ 1989, 1632).

³⁹⁰ STS núm. 1672/2000, de 30 de octubre (RJ 2000, 9162): «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». En similar supuesto otras muchas resoluciones como por ejemplo SSTS de 1 de febrero de 1991 (RJ 1991, 692) y núm. 1872/2000, de 5 de diciembre (RJ 2000, 10645), STS núm. 470/2004, de 6 de abril (RJ 2004, 2499) o SAP de Barcelona de 19 de noviembre de 2001 (JUR 2002, 42239) y SAP de Málaga núm. 9/1999, de 20 de enero (ARP 1999, 188).

³⁹¹ A título de muestra: SSTS núm. 891/1995, de 10 de julio (RJ 1995, 5429), núm. 230/1997, de 19 de febrero (RJ 1997, 1133), núm. 456/1999, 23 de marzo (RJ 1999, 2410), SAP de Barcelona de 25 de julio de 2000 (ARP 2000, 2173) y SAP de Madrid núm. 187/2001, de 27 de abril (JUR 2001, 211367).

independencia de que ésta sea un arma de perdigones³⁹², una pistola de fogueo³⁹³, o incluso podemos encontrar casos en los que no se ha producido el encañonamiento con un arma sino que simplemente el sujeto ha simulado tal acción con cierta dosis de realismo³⁹⁴. En consecuencia, y a pesar de ser estos casos el prototipo de intimidación por excelencia, la casuística puede ser tan amplia como para permitir que la acción típica se lleve a cabo de cualquier otra forma siempre que se configure como una intimidación objetivamente *grave, concreta, posible y susceptible de despertar un sentimiento de angustia o temor ante el eventual daño*³⁹⁵, por ejemplo mediante el uso de un palo de madera³⁹⁶, de un sillón³⁹⁷ o de una bombona de butano³⁹⁸.

Pero, ¿qué ocurre cuando nos encontramos ante una intimidación que dicta de ser grave? En otras palabras: en 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 ¿cuál será la respuesta penal? Pues bien, en esos casos la solución pasa por calificar la conducta como una falta del artículo 634 del CP, 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, pues con esa acción intimidatoria se está incurriendo en una falta de respeto y consideración debida a la autoridad, violentando –aunque sea en menor medida– el buen desempeño de sus funciones y la dignidad que le es propia³⁹⁹.

³⁹² SAP de Cádiz de 8 de junio de 2000 (RJ 2000, 211367).

³⁹³ STS núm. 262/2003, de 19 de febrero (RJ 2003, 2503).

³⁹⁴ SAP de Sevilla núm. 536/2002, de 10 de diciembre (JUR 2003, 147502) en cuyo supuesto fáctico los el acusado se oculta bajo una manta diciendo a los agentes que les mataría si se acercaban y haciendo ademán con un brazo como si aún portara la escopeta con la que momentos antes había efectuado un disparo. Ante tales circunstancias y aún a pesar de que el acusado no llegó a apuntar a los agentes con tal arma porque en ese momento no la poseía, la Audiencia consideró que tal situación tenía la gravedad suficiente como para constituir una intimidación propia del delito de atentado.

³⁹⁵ Así lo enuncia reiteradamente la Sala Segunda del Tribunal Supremo en sentencias como la núm. 1183/2001, de 13 de junio (RJ 2001, 6251).

³⁹⁶ Por ejemplo, SAP de Sevilla núm. 11/2000, de 13 de enero (ARP 2000, 1257) en la que la intimidación se perpetra con un palo de madera.

³⁹⁷ SAP de Ciudad Real núm. 139/2000, de 9 de octubre (JUR 2001, 108424).

³⁹⁸ SAP de Cádiz de 5 de abril de 2003 (JUR 2004, 99063).

³⁹⁹ Como muestra, la SAP de Pontevedra núm. 80/2001, de 13 de noviembre (RJ 2002, 53606) en cuyos hechos probados consta que el acusado con ocasión de hallarse detenido en las dependencias policiales, manifestó en presencia de los agentes lo siguiente: «un día de estos os vais a enterar, estáis consiguiendo que coja un arma que tengo enterrada y me cargue a algún policía». La Audiencia ante tal circunstancia considera que: «Este hecho no intimidó en forma alguna a los agentes, que conocían perfectamente al acusado y por su propensión a tirarse al suelo y fingirse el muerto, pero no por suponer un peligro para la integridad física de los funcionarios. Las frases pronunciadas por el acusado no pasan de constituir la simple expresión de un enojo personal por haber sido detenido. La literalidad de las frases es lo de menos; lo que cuenta es el temor que pudieran ocasionar en atención a las circunstancias; de ahí que la calificación de atentado deba rechazarse, estimándose en este punto el recurso, si bien esta Sala entiende que los hechos merecen la consideración de falta contra el orden público, tipificada en el art. 634 del CP (falta de respeto y consideración debida a la autoridad o sus agentes)». Ante tal argumentación –con la que nos mostramos plenamente de acuerdo– hemos de apuntar a modo de matiz que el baremo para determinar si una conducta intimidatoria es o no grave, y por tanto, si es merecedora de considerarse delito de atentado o falta contra el orden público, no puede ser bajo ningún concepto el hecho de que el sujeto haya conseguido o no intimidar de

Por último –en lo que a la intimidación grave respecta– llama poderosamente la atención lo preceptuado en el artículo 555 del CP, en el cual extiende la protección penal a los sujetos que acudan en auxilio de la autoridad, sus agentes o los funcionarios. La particularidad, en lo que a esta modalidad de atentado concierne, viene dada porque se omite toda referencia al término «grave». Es decir, de la letra del precepto se podría deducir que será susceptible de entenderse un delito de atentado cualquier conducta intimidatoria que se ejercite sobre particulares que acudan en auxilio de los portadores del bien jurídico, con independencia de que ésta sea o no grave. Tal argumentación carece de sentido, pues no es razonable que un particular que simplemente realiza una tarea de auxilio, tenga previsto una protección más extensa de lo que lo tienen los sujetos a quienes auxilian, que son en definitiva los verdaderos portadores del bien jurídico penalmente tutelado.

2.4. Resistencia activa grave.-

La resistencia es calificada por la doctrina, con carácter general, como aquella reacción inmediata y violenta de carácter corporal y de signo pasivo, unida al concepto de oposición⁴⁰⁰. En un primer acercamiento, podemos definir la resistencia como toda conducta encaminada a impedir o entorpecer la actuación que lleva a cabo la autoridad o funcionario en el ejercicio de sus funciones⁴⁰¹. El CP de 1995 introduce como novedad la exigencia expresa de que la resistencia además de *grave* sea *activa*. Ello supone, un reflejo de lo que la doctrina jurisprudencial venía reiterando, pues la diferencia entre el delito de atentado del entonces art. 231 ACP y el delito de resistencia recogido en el antiguo artículo 237 ACP –ahora 556– 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 activo⁴⁰². Por ende, y teniendo en cuenta que esa distinción estaba ya plenamente asumida en cuanto que la establecía y exigía la jurisprudencia de forma unánime, podría pensarse que la inclusión del término «activa» en la actual redacción del artículo 550 del CP es del todo superflua pero que duda cabe que cualquier concreción del legislador siempre resulta positiva en aras del respeto debido al principio de legalidad y al mandato de certeza que rigen la ley penal.

forma efectiva a los sujetos pasivos de la acción o el grado de intimidación experimentado en éstos, sino que tal cual venimos reiterando, para realizar la calificación hay que atender única y exclusivamente a la acción, es decir a la conducta y valorarla *ex ante*, con criterios objetivos que nos permitan comprobar si es una intimidación objetivamente grave pero sin necesidad de entrar a comprobar si con tal actitud los sujetos pasivos de la acción se sintieron intimidados en mayor o menor medida, pues lo contrario conllevaría una aplicación del precepto demasiado relativa, desigual y susceptible de generar una peligrosa inseguridad jurídica en virtud de la cualidades psicológicas del sujeto destinatario de la intimidación.

⁴⁰⁰ CASARES VILLANUEVA, M.L.: «Atentado, resistencia...» op. cit., p. 158 y ss.

⁴⁰¹ CEREZO MIR, J.: «Los delitos de atentado...», op. cit., p. 329 y ss.

⁴⁰² Como ejemplo, la STS de 7 de mayo de 1990 (RJ 1990, 3864) en la cual se aclara: «resistencia significa oposición a la actuación pública de las autoridades, funcionarios públicos o agentes de la autoridad, debiéndose subsumir el comportamiento del sujeto en el artículo 231 cuando la oposición es activa, violenta, abrupta y hasta clamorosa, mientras que dicha conducta se encasillará en el artículo 237, 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».

Por lo tanto, y tal cual precisa CONDE-PUMPIDO FERREIRO⁴⁰³ hacer resistencia al sujeto pasivo implica el oponerse, a un comportamiento pretensito de éste, una actuación tendente a evitar la consecución de lo pretendido, que ha de ser activa y positiva, hostil y violenta e 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.

Por lo tanto, resulta de interés comenzar nuestro estudio por definir con la mayor precisión posible qué se entiende por resistirse para después analizar las exigencias legales tales como que tal resistencia sea activa y grave, conceptos que se perfilan como valiosos criterios de distinción entre las distintas modalidades típicas de resistencia. Y es que, a tenor del CP podemos distinguir entre:

- Resistencia activa grave, constitutiva del delito de atentado del artículo 550 del CP.

- Delito de resistencia del artículo 556 del CP, el cual se configura como un tipo residual para los casos en los que no se cumplan los requisitos del artículo 550. Dentro de ella pueden distinguirse dos supuestos: a) En primer lugar la resistencia activa menos grave, es decir la resistencia que aun suponiendo una acción positiva del sujeto activo no reviste la gravedad suficiente como para considerarse grave, o dicho de otro modo, su actividad no es lo suficientemente significativa como para ser catalogada como grave. Serán objeto de esta calificación todas aquellas conductas que presenten un empleo de fuerza de poca índole o entidad, sin el componente violento necesario y propio del atentado, que deberán ser reconducidas por la modalidad del delito de resistencia simple (resistencia activa no grave) siempre que se den el resto de requisitos exigibles en el tipo, b) En segundo lugar estarían los casos de resistencia pasiva, la cual en la práctica es menos probable y estaría condenada a ser objeto de confusión con la propia desobediencia, pues no obviemos que oponerse a algo con pasividad es por excelencia desobedecer. Por tanto, llegado el momento será preciso deslindar con la mayor nitidez posible tales conductas.

- Falta de desobediencia del artículo 634 del CP, pues es preciso aclarar que al igual que la desobediencia por muy grave que sea no puede dar nunca lugar al delito de atentado –teniendo únicamente cabida en el tipo específico del art. 556 o en la propia falta del 634– tampoco puede decirse que exista técnicamente una falta de resistencia, pues en los casos en los que la conducta tampoco encaje en el tipo residual de 556, únicamente nos quedará como alternativa la posibilidad de considerar que la conducta constituye una falta respeto y consideración debida a la autoridad o a sus agentes, pero como podemos comprobar en la redacción de este precepto no se hace referencia expresa a una resistencia constitutiva de falta.

Resistirse supone no acatar una pretensión previa de la autoridad o incluso obstaculizar una actuación de la misma⁴⁰⁴. Se trata, por tanto, de una negativa a realizar

⁴⁰³ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: *Código Penal...*, op. cit., p. 1549.

⁴⁰⁴ LAMARCA PÉREZ, C.: *Derecho Penal...*, op. cit., p. 672.

algo a lo que legalmente se está obligado y que se ordena por autoridad, sus agentes o funcionarios públicos⁴⁰⁵. Por lo tanto, y tal cual matiza TORRES FERNÁNDEZ⁴⁰⁶, la conducta de resistencia presupone una actividad del funcionario o autoridad dirigida a ejercitar un acto propio de su función, en tanto que por medio de la fuerza el sujeto activo se dirige a impedir o a evitar la actuación del funcionario público. De tal afirmación se desprenden varias cuestiones fundamentales:

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 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 jurídica⁴⁰⁷.

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.

Destaca la aportación de QUERALT JIMÉNEZ⁴⁰⁸ en cuanto considera que la resistencia supone el oponerse a la ejecución de una actividad, mientras que la

⁴⁰⁵ SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAILLO, A.: *Derecho Penal...*, op. cit., p. 1009.

⁴⁰⁶ TORRES FERNÁNDEZ, M.E.: «Los delitos de atentado...», op. cit., p. 8.

⁴⁰⁷ Tal circunstancia será objeto de un pormenorizado análisis en un capítulo posterior.

⁴⁰⁸ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho Penal español...*, op. cit., p. 824.

desobediencia, es conceptualmente previa a la resistencia, e implica la oposición a una orden, no a una ejecución⁴⁰⁹. En nuestro juicio, tal precisión no tiene más razón de ser que la de permitir un elemento de distinción más entre la conducta de resistencia y la de desobediencia, criterio diferenciador siempre bienvenido y útil, pero en este caso concreto existen otros muchos elementos diferenciadores⁴¹⁰ más precisos y nítidos que este, que a nuestro juicio poco aporta y alberga demasiada ambigüedad.

Antes de adentrarse en el estudio de los requisitos legales de la resistencia constitutiva de atentado es preciso fijarse en una cuestión que ha suscitado cierto debate doctrinal. Se trata de averiguar si es posible ampliar el círculo de sujetos de este delito, es decir, si la acción típica solamente puede ser cometida por el sujeto al que previamente el funcionario, autoridad o agente ha compelido, en otras palabras ¿sólo pueden cometer el delito de resistencia los sujetos a los que va dirigida la pretensión del sujeto portador del bien jurídico? Muy claro lo tiene CÓRDOBA RODA cuando afirma que solo puede ser sujetos activos de estos delitos los destinatarios de la pretensión, de tal manera que si quien atenta contra el sujeto pasivo de la acción no es destinatario de tal pretensión vendrán en aplicación el resto de figuras penales y no ésta⁴¹¹. Entiende CUERDA ARNAU, por su parte, que nada hay ni en el concepto de resistencia ni en el texto de la ley que obligue a concluir de ese modo y a excluir, por añadidura la posibilidad de la autoría mediata⁴¹². En esta misma línea encontramos a JAVATO MARTÍN⁴¹³ para quien la conducta de oposición puede ser efectuada no sólo por el destinatario de la pretensión sino también por terceros ajenos a la misma. Tal cuestión no es en absoluto baladí: bien es cierto que carece de trascendencia práctica el determinar si estos sujetos pueden cometer el delito de atentado en su modalidad de resistencia activa grave o no, es decir, cuando la conducta de estos sujetos sea susceptible de encuadre dentro del artículo 550 del CP en cualesquiera otras de las modalidades típicas del delito de atentado y no en la de resistencia activa grave, no tendrá mucha importancia penológica el imputarle el delito mediante una u otra modalidad típica de las previstas en este precepto. Ahora bien, si decidimos que estos sujetos no pueden cometer el delito de resistencia activa grave porque es imprescindible que la actuación del funcionario, autoridad o agente vaya dirigida al sujeto activo, en esos casos, estaremos excluyendo estos supuestos de los delitos de atentado en su modalidad de resistencia activa grave pero también del delito de resistencia del artículo 556, pues como venimos reiterando la figura de resistencia es la misma en el delito del 550 que en el del 556, con la única particularidad de que este último prevé un tipo residual, o si se quiere de resistencia menos grave. Por lo tanto, y aunque solo sea para ampliar el catálogo del delito de resistencia en detrimento de una figura tan grave como el atentado, consideramos que resulta conveniente considera que estos sujetos pueden perfectamente sin faltar al principio de legalidad y sin incurrir en desvirtuar el tipo, cometer el delito de resistencia tanto en su modalidad grave

⁴⁰⁹ Avalan esta postura algunas resoluciones del Tribunal Supremo como por ejemplo la sentencia núm. 432/2000, de 18 de marzo de 2000 (RJ 2000, 1129).

⁴¹⁰ Concretamente la propia definición de las conductas típicas que nos lleva a afirmar que la desobediencia se distingue de la resistencia por la pasividad de aquella frente a la necesidad de conducta activa que legalmente se exige a la resistencia.

⁴¹¹ CÓRDOBA RODA, Comentarios al Código Penal, tomo III, Barcelona 1978, p. 497.

⁴¹² CUERDA ARNAU, M.L.: *Los delitos de atentado...*, op. cit., p. 77.

⁴¹³ JAVATO MARTÍN, A.M.: *El delito de atentado...*, op. cit., p. 374.

del art. 550 como el la del 556.

Tal y como se desprende del propio artículo 550, para que una conducta de resistencia pueda entenderse delito de atentado ha de ser «activa» y «grave». Estamos ante requisitos cumulativos⁴¹⁴, es decir toda resistencia para ser atentado tiene que ser activa y además grave.

Respecto a la exigencia de que la conducta sea **activa**, es una novedad del CP actual, que hemos de aclarar que no llega a ser superflua, pues siempre es de agradecer que el legislador penal delimite y concrete las conductas típicas de la mejor forma posible, pues con ello se avanza en claridad y seguridad jurídica, aunque desde luego, sí que puede decirse que la referencia a resistencia «activa» no es del todo imprescindible, pues tal exigencia está ya implícita en la noción de resistencia propia del delito de atentado y así lo ha entendido tradicionalmente la jurisprudencia. A pesar de ello existe la llamada resistencia pasiva, que hay que deslindar de la desobediencia recordando 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, desobedece⁴¹⁵.

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 propia desobediencia y que se encuadra en el artículo 556 junto con la resistencia activa menos grave.

SOTO NIETO⁴¹⁶ considera que la resistencia que reviste la gravedad de atentado es claramente activa e implica el empleo de una oposición tenaz, resuelta, decidida, con utilización de fuerza real, frente a la actuación del agente o funcionario agredido, mientras que la resistencia menos grave ofrece un carácter más pasivo, simbolizado por un no hacer inequívoco y merma del principio de autoridad. Para no incurrir en el riesgo de confundir la resistencia menos grave con la propia desobediencia, este autor aclara que la resistencia no grave no sólo es una oposición al mandato o actuación de la autoridad, de sus agentes o de los funcionarios públicos, sino una traba u obstrucción a aquéllos, en persistente y declarada porfía, en tenaz y resuelta rebeldía, en actitud frecuentemente desafiante, de

⁴¹⁴ SSTS núm. 1305/1995, de 21 de diciembre (RJ 1995, 9436), núm. 1773/2001, de 8 de octubre (RJ 2001, 8787) y 2404/2001, 22 de diciembre (RJ 2002, 1813), entre otras.

⁴¹⁵ CÓRDOBA RODA, J.: *Comentarios al Código...*, op. cit., p. 2521.

⁴¹⁶ SOTO NIETO, F.: «Aproximación y diferencias entre los delitos...», op. cit., pp. 3 y 4.

contrafuerza física o material contrarrestada o debilitante, sin alcanzar la delirante agresividad y la formal iniciativa violenta, patente en la hostilidad y relevante en sus consecuencias, características de la resistencia 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»⁴¹⁷.

El Tribunal Supremo⁴¹⁸, ha definido la resistencia activa como «la oposición violenta o abrupta, fuerza física agresiva que conlleva una cierta carga de iniciativa o acometividad» a diferencia de ello y para permitir el contraste precisaremos que la resistencia pasiva la describe como «inerme, inerte o renuente, terca o tensa, inmovilista u obstaculizadora, o conducta meramente obstativa o pasividad rebelde».

Por tanto, cualquier medio será típico siempre que con él se lleve a cabo una acción de oposición: la violencia física, violencia moral, la privación de libertad de un funcionario, etc.

A tenor de todo ello, la necesidad de que la resistencia sea activa nos viene a delimitar la conducta propia de este delito –bien sea en su modalidad grave de resistencia-atentado o en su modalidad de resistencia propiamente dicha– de la conducta constitutiva del delito de desobediencia. Como ya hemos adelantado, a nuestro entender, la resistencia tendría que ser en todos casos activa, pues lo contrario sería desobedecer por lo que el criterio de la actividad se perfilaría como una característica intrínseca a la propia resistencia; dicho de otro modo, toda resistencia debería exigirse activa, siendo posible que la conducta tenga una mayor o menor intensidad activa, es decir, esa resistencia activa puede tener mayor o menor gravedad, siendo éste último criterio el único que nos serviría como delimitador entre el delito de atentado en su modalidad de resistencia activa grave –artículo 550– y el de resistencia simple –artículo 556–. Nos mostramos por tanto, disconformes con la línea jurisprudencial que considera que sólo es activa la resistencia del artículo 550 mientras que la del 556 se caracteriza por presentar una pasividad a nuestro entender impropia del tipo de resistencia y más acorde con la propia desobediencia.

Es preciso aclarar que asumir la actividad como un criterio de delimitación entre la resistencia activa grave y la resistencia simple lleva consigo la asunción del riesgo de confundir la resistencia simple con la desobediencia, lo cual no tiene efectos penológicos

⁴¹⁷ *Ibidem*, p. 3.

⁴¹⁸ A modo de ejemplo SSTS de 19 de septiembre de 1988 (RJ 1988, 6792), núm. 474/1999, de 11 de mayo (RJ 1999, 4974) y Auto de Tribunal Supremo de 10 mayo 2000 (RJ 2000, 7767).

algunos pues ambos tipos penales vienen regulados en el artículo 556 del CP y por tanto provocan idénticas consecuencias jurídicas aunque irremediablemente ello conllevará confundir tales tipos penales, pues la característica de la actividad nos sirve justamente como elemento para diferenciar la resistencia –sea grave o no– de la desobediencia y si obviamos tal circunstancia estaremos contribuyendo de difuminar considerablemente la línea divisoria entre tales conductas típicas.

A pesar de ello, la realidad legal y jurisprudencial es que tanto el requisito de la actividad como el de la gravedad constituyen sendos criterios de delimitación de la resistencia respecto a otros tipos afines.

Y es que, cuando nos encontremos con una resistencia activa pero no **grave**, no habrá delito de atentado sino que estaremos ante un delito de resistencia del artículo 556 CP y exactamente lo mismo ocurriría en el caso de que nos exista un caso de resistencia grave pero no activa, pues no en vano el tipo del artículo 556 se caracteriza por ser eminentemente residual. La gravedad, por tanto, se presenta como un elemento normativo que nos sirve como un verdadero criterio delimitador entre las distintas modalidades típicas de resistencia.

La cuestión estriba ahora en dotar de contenido al término «**grave**», al que expresamente se refiere el artículo 550 CP. Pues como no podía ser de otra manera, la gravedad tendrá que calibrarse atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso, sin perjuicio de que existan una serie de criterios que de la forma más objetiva posible nos permitan orientarnos sobre qué debe ser entendido como grave a estos efectos. Lo cierto es que el CP en ningún momento nos fija tal concepto, ya que no aporta parámetro alguno que nos permita dotar de contenido al requisito de la gravedad; en consecuencia es preciso acudir a la doctrina y a la jurisprudencia para delimitar la cuestión. No existe, ni mucho menos unanimidad en este punto, de tal manera que hay una considerable discrepancia al momento de fijar cuáles deben ser los elementos a tener en cuenta para decidir si una resistencia es o no grave.

La jurisprudencia⁴¹⁹ más tradicional entendía que era grave toda resistencia llevada a cabo con una conducta activa, mientras que la resistencia simple era la caracterizada por un comportamiento más pasivo u omisivo.

Podemos encontrar resoluciones como la STS de 28 de octubre de 1991 (RJ 1991, 7412) y núm. 753/1998, de 30 de mayo (RJ 1998, 9195) en las que se dice:

«La diferencia principal radica en la vertiente subjetiva, es decir en la intención del culpable de atentar o no».

Ciertamente, puede hablarse de una línea jurisprudencial mayoritaria⁴²⁰ que se

⁴¹⁹ SSTS de 20 de enero de 1986 (RJ 1986, 156) y de 3 de diciembre de 1982 (RJ 1982, 7374).

⁴²⁰ SSTS núm. 2350/2001 de 12 de diciembre (RJ 2002, 1289) y núm. 670/2002, de 3 de abril (RJ 2002, 3600).

asemeja a la jurisprudencia más tradicional, pues en ella se estima que el comportamiento activo o pasivo del sujeto supone un fiable criterio diferenciador. Vemos por tanto, como los dos requisitos legalmente establecidos por legislador para el delito de atentado en su modalidad de resistencia –que sea activa y grave– se solapan en más de una ocasión al momento de ser interpretados. Asimismo, existe una corriente minoritaria que, sin rechazar del todo el anterior criterio, considera como resistencia no grave los supuestos en los que el comportamiento activo no comporta acometimiento, por lo que cuando lo comporte se estará ante resistencia activa grave⁴²¹.

Desde nuestra perspectiva, ninguno de los criterios hasta el momento expuestos son del todo fiables, pues en lo que concierne a utilizar como criterio delimitador el hecho de que la resistencia sea activa, hemos de aclarar que –tal cual venimos reiterando y teniendo en cuenta que la resistencia es por naturaleza activa en contraste con la desobediencia, ilícito que se caracteriza por una evidente pasividad– tal criterio no se ajusta a la realidad de las conductas que pretende delimitar, provocando una inevitable confusión desde el momento en que deviene incapaz para calibrar la gravedad de la resistencia y solapa la definición de su conducta con la propia de la desobediencia. En todo caso se podría atender a una resistencia que presente un mayor o menor grado de gravedad pero no a una resistencia pasiva, pues en nuestra opinión esto no resulta posible ya que la resistencia, por naturaleza, siempre es activa. Buena precisión realiza el Tribunal Supremo en sentencia núm. 1828/2001, de 16 de octubre (RJ 2001, 9232) cuando matiza que

«En consecuencia, en el delito de resistencia del art. 556 tienen cabida, junto a los supuestos de resistencia pasiva, otros de resistencia activa que no estén revestidos de dicha nota de gravedad».

Para una mayor precisión terminológica, a nuestro entender, sería más correcto afirmar que en el artículo 556 del CP –además del delito de desobediencia grave– tienen cabida dos tipos de resistencia claramente diferentes: por una lado la resistencia activa que no revista la nota de gravedad del artículo 550 y por otro, lo que erróneamente se denomina «resistencia pasiva», modalidad delictiva ésta última que requerirá –a nuestro modo de ver– un importante esfuerzo interpretativo si se quiere distinguir con nitidez de la desobediencia.

Por otro lado, hemos de referirnos al sector jurisprudencial que entiende que la resistencia será simple cuando no comporte acometimiento, mientras que cuando implique tal, sí podrá hablarse de resistencia activa grave. La adopción de tal criterio implica solapar dos modalidades delictivas del delito de atentado: la de acometimiento y la de resistencia activa grave. Ello supondría, además, rechazar otra serie de acciones que pueden ser constitutivas del delito de resistencia activa grave sin necesidad de tratarse de un acometimiento, serían los casos en los que el sujeto activo se resiste mediante cualquier otro medio que le permita perpetrar una oposición activa y grave como la violencia física en cualquiera de sus modos, la violencia moral, la privación de libertad del funcionario, etc.

⁴²¹ SSTS núm. 670/1996, de 3 de octubre (RJ 1996, 7826), núm. 303/1997, de 11 de marzo (RJ 1997, 1711) y núm. 966/2000, de 5 de junio (RJ 2000, 6299).

Encontramos resoluciones como la STS núm. 581/1999, de 21 de abril (RJ 1999, 3202) que acertadamente aclara que la calificación no debe depender del hecho de que se causen lesiones al sujeto pasivo, pues, aunque en ocasiones ello sea indicativo de la gravedad de la conducta, habrá otras en que no sea así, pues lo cierto es que la presencia o ausencia de lesión no es decisiva ni para afirmar ni para excluir el tipo de atentado, por lo que tal circunstancia no es hábil por sí sola para apreciar que concurre la gravedad requerida.

En opinión de CUERDA ARNAU⁴²² –y como ya ocurriera al momento de calibrar la gravedad de la intimidación– para determinar si una resistencia merece ser catalogada como grave habrá que atender a una serie de criterios tales como el medio empleado para resistirse, la reiteración en el ataque, la mayor o menor intensidad de la agresión, la duración de la misma, así como el momento y lugar en que se produce.

Llegados a este punto, y siempre según el criterio de quien suscribe, *siempre que estemos ante un supuesto de acometimiento, empleo de fuerza o intimidación que pueda ser catalogado como grave –pues dadas las características de las conductas descritas siempre será activo– y obedezca a la intención del sujeto activo de resistirse y eludir la acción del sujeto pasivo de la acción y se presente como respuesta a un requerimiento previo lícito de este, estaremos– por la especialidad del caso– ante un delito de atentado en su modalidad de resistencia activa grave.*

En la praxis, existen una serie de supuestos conflictivos cuya acción resulta fronteriza entre las distintas modalidades de atentado y las conductas propias de los delitos de resistencia y desobediencia. Concretamente, se trata de casos de fuga con vehículos a motor y a fuerza sobre las cosas. Siguiendo a CUERDA ARNAU⁴²³, podemos referirnos a dos grupos de supuestos pero previo a su análisis, esta autora recalca una serie de conductas que juiciosamente aleja de toda polémica:

Se trata de casos en los que la fuga no se acompaña de ningún tipo de actitud de rechazo, pues como muy bien apunta esta autora nadie duda de que la simple huida –y aún el engaño– para evitar la detención no resulta inscribible en la modalidad que estudiamos y ni siquiera permite aplicar el tipo de desobediencia. Fuera de duda queda igualmente, la conducta de quien ante el alto del agente acelera para evitar ser detenido dirigiendo intencionadamente el vehículo hacia el funcionario o asumiendo que éste se encuentra en la trayectoria del mismo. En tal caso, la conducta tiene una doble finalidad: por una lado la de escapar de la acción del agente pero por el otro la de atentar contra el mismo, en consecuencia estaríamos ante un acometimiento con independencia de que el sujeto resulte o no arrollado por el vehículo. Así las cosas, la polémica se torna en relación a dos grupos de supuestos:

- Un primer grupo referido a los casos en que la fuga se produce al mando de un

⁴²² CUERDA ARNAU, M.L.: *Los delitos de atentado y...*, op. cit., p. 79.

⁴²³ *Ibidem*, p. 80 y ss.

vehículo, cuyo resultado es la muerte o la producción de lesiones en los agentes actuantes. Estaríamos, por tanto, ante supuestos en los que la colisión con los agentes es estrictamente fortuita o ante casos en los que como consecuencia de la huida del vehículo el sujeto activo pierde el control del vehículo, o de cualquier otro modo colisiona involuntariamente pero de modo previsible contra el coche policial o contra los agentes. En el primer caso –cuando la colisión es fortuita– la jurisprudencia resuelve descartando de plano la aplicación del tipo de atentado⁴²⁴ y por su parte CUERDA no consigue encuadrar la conducta en ninguna de las modalidades típicas de atentado, pues no podría catalogarse como empleo de fuerza porque tal locución exige que la afección al funcionario sea consecuencia necesaria de la violencia desplegada, siendo igualmente inadmisibles entender que estamos ante un caso de resistencia activa grave, pues para considerar que en tal conducta existe un acto de oposición o rechazo violento habría que forzar exageradamente los términos. A nuestro modo de entender, la solución pasaría por considerar que esta conducta es constitutiva de un delito de resistencia del artículo 556 siempre y cuando se cumplan el resto de los requisitos del este tipo residual

En el segundo de los supuestos señalados –cuando como consecuencia de la huida arriesgada se pierde el control del vehículo y se colisiona involuntariamente pero previsiblemente contra el coche policial o contra el cuerpo del agente– la jurisprudencia excluye toda responsabilidad por el delito de atentado en su modalidad de resistencia activa grave y entiende que el resultado lesivo que pueda producirse sería constitutivo de un delito de imprudencia temeraria o contra la seguridad del tráfico⁴²⁵. No se muestra conforme con tal solución CUERDA, para quien tampoco sería satisfactorio hablar de acometimiento, intimidación o empleo de fuerza. Para esta autora –y a diferencia del supuesto anterior– hay una clara oposición física frente a una previa pretensión, es un acto querido por lo que existe una resistencia activa; cosa distinta es que la misma puede ser catalogada como grave, pues efectivamente el resultado lesivo no es el criterio de valoración de la gravedad de la resistencia, y en consecuencia estaríamos ante una resistencia activa pero no grave, es decir ante el delito de resistencia del artículo 556 CP.

- El segundo grupo de supuestos problemáticos viene protagonizado por los casos en que el autor trata de oponerse a la previa pretensión del funcionario mediante el empleo de fuerza sobre las cosas. Para CUERDA estamos ante un comportamiento que de ser grave debe encuadrarse como un delito de atentado por la modalidad de resistencia activa grave recordando que en este caso la fuerza no se ejerce en sentido estricto contra el sujeto pasivo de la acción ni puede entenderse como conducta intimidatoria.

2.5. Criterios de distinción entre las distintas modalidades del delito de atentado.-

Queremos comenzar aclarando que el hecho de que concurren varias conductas constitutivas del delito de atentado no conlleva la existencia de varios delitos sino que cuando el autor, movido por una misma causa y finalidad, realice varias acciones contra un

⁴²⁴ Entre otras, SSTS de 3 de abril de 1992 (RJ 1992, 2751), de 20 de diciembre de 1990 (RJ 1990, 9675) y de 28 de mayo de 1986 (RJ 1986, 2890).

⁴²⁵ Como ejemplo la STS de 20 de diciembre de 1990 (RJ 1990, 9675).

mismo sujeto en un breve espacio temporal –por ejemplo: lo acomete y lo intimida– habrá un único delito de atentado. Así lo entienden los órganos judiciales –tal y como pudimos analizar en su momento con motivo del estudio del bien jurídico protegido– incluso cuando los destinatarios son distintos funcionarios o agentes, siempre y cuando las actuaciones sean simultáneas y obedezcan a un mismo hecho⁴²⁶.

Por el contrario, y cuando no se den los requisitos del delito de atentado, las distintas conductas deberán castigarse por separado, de acuerdo con las reglas del concurso real de infracciones⁴²⁷.

A nadie escapa, que el esfuerzo por distinguir las distintas modalidades de conducta típica del delito de atentado no tiene, ni mucho menos, una utilidad penológica, pues todas las conductas descritas en el artículo 550 del CP son constitutivas de una idéntica calificación jurídica, tal cual es el delito de atentado, sin que el legislador prevea ningún tipo de variación en cuanto a sus consecuencias jurídicas. Ahora bien, como en su momento apuntábamos, el delito de atentado es por antonomasia, la figura más habitual y clásica de los delitos contra funcionarios, autoridades y agentes de la misma, y por eso mismo, merece nuestro esfuerzo por dilucidar las diferencias entre una y otra modalidad pues aunque todas sean constitutivas del delito atentado, supone un avance en claridad, precisión y en seguridad jurídica esbozar los criterios que permiten distinguir y deslindar unas modalidades de otras.

Como en su momento concluimos, *acometer* supone agredir mediante el ejercicio de una acción dirigida a la lesión de la vida, la salud o la integridad corporal de la persona atacada, siendo necesario que esa acción agresiva tenga la suficiente virtualidad ejecutiva respecto a la lesión de dichos bienes, si bien esa violencia física ni siquiera es preciso que llegue a provocar la efectiva lesión de los bienes jurídicos personalísimos de los sujetos que la soportan, bastando para la consumación con el intento formal y objetivo de la agresión, es decir con la manifestación de esa voluntad mediante una acción externa inequívoca y objetiva.

Cuando ese acometimiento se lleve a cabo en el marco de un comportamiento dirigido a resistirse a la autoridad o funcionario de que se trate, se considerará igualmente un delito de atentado pero por la modalidad de *resistencia activa grave* siempre que tal acción revista la suficiente gravedad –pues es evidente que si estamos ante un acometimiento la conducta cumple el exigido requisito legal de la actividad–. Para ello habrá que atender al hecho de que el sujeto activo perpetre ese ataque como consecuencia de su deseo e intención de resistirse y no con el simple propósito de atentar o agredir al sujeto pasivo de la acción. En tal caso, la existencia de un requerimiento expreso por parte del sujeto portador del bien jurídico será lo que determine la modalidad conductual aplicable.

Asimismo, siempre que el sujeto activo realice una conducta que implique el ejercicio

⁴²⁶ ROIG TORRES, M.: *El Delito...*, op. cit., pp. 157 y 158.

⁴²⁷ *Ibidem*, p. 158.

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 grave*** pues ésta última se caracteriza por una ausencia total de fuerza física, actuando simplemente sobre la vis moral, es decir intimidar conlleva anunciar un mal pero usar la fuerza ni sobre el cuerpo ni tampoco sobre las cosas, pues insistimos en que es una intimidación psíquica perpetrada mediante la exhibición de un arma o la proliferación de un mal pero nunca mediante una acción física violenta propiamente dicha.

3. CAUSAS DE AGRAVACIÓN ESPECÍFICAS EN EL DELITO DE ATENTADO.

Antes de adentrarse en el análisis del artículo 552 del CP –que es el precepto en el que se establece el catálogo de agravantes específicas del delito de atentado– hemos de mencionar que, atendiendo a los sujetos sobre los que recae la acción, el CP establece una diferencia penológica según la acción del delito de atentado recaiga contra autoridades –en cuyo caso la pena a imponer será de dos a cuatro años de prisión y multa de tres a seis meses – o si recae contra funcionarios o agentes de aquella –cuya pena prevista en abstracto es de uno a tres años de prisión.

Asimismo, el artículo 551.2 del CP recoge un subtipo agravado, en virtud del cual cuando el sujeto destinatario de la acción del atentado sea *miembro del Gobierno, de los Consejos de Gobierno de la 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*, la pena a imponer será de prisión de cuatro a seis años y multa de seis a dieciocho meses. Como puede comprobarse, este precepto no presenta complejidad alguna en su interpretación, por lo que hay que decir que la única atención que merece de la doctrina tiene su causa en criticarlo, pues lo consideran insuficiente ya no incluye a los parlamentarios europeos, a los Magistrados del Tribunal Supremo, o a los de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas. Asimismo, se critica el hecho de que se establezcan diferencias de penalidad por razón de los sujetos. Pues mientras que PRATS CANUT⁴²⁸ en un infructuoso intento de justificar esta agravación dice que estamos ante cargos fruto de la elección democrática y de especial importancia y significación para el sistema constitucional, COBO DEL ROSAL⁴²⁹ –entre otros– apunta a que si bien la pretensión del legislador puede ser la de otorgar una mayor tutela a la dignidad funcional de las esas determinadas autoridades, ello no es comprensible desde el punto de vista de elementales principios constitucionales, y más concretamente desde la perspectiva del principio de proporcionalidad.

Por su parte, el artículo 552 del CP supone un importante avance –en cuanto a claridad expositiva se refiere– respecto del artículo 232 del ACP. En aquel precepto se

⁴²⁸ PRATS CANUT, J. M. en QUINTERO OLIVARES, G. y OTROS: *Comentarios al nuevo...*, op. cit., p. 2427.

⁴²⁹ COBO DEL ROSAL, M. y OTROS: *Derecho Penal. Parte...*, op. cit., p. 1093.

enumeraban una serie de agravaciones –que fruto de la desacertada ubicación sistemática del artículo– sólo podían ser aplicadas en los supuestos de atentado contra autoridad, quedando excluidos aquellos casos en los que el atentado recayese sobre un agente de la autoridad o un funcionario público.

Además, con la nueva regulación desaparece la circunstancia agravante contemplada en el antiguo artículo 232.3º: «si por consecuencia de la coacción la autoridad hubiere accedido a las exigencias de los delincuentes», circunstancia ésta que de producirse en la actualidad, deberá de tratarse con arreglo a las reglas del concurso de delitos. De igual modo, se suprime la agravación prevista en el apartado 1 del mencionado artículo 232, cuando «el culpable pusiere manos en la autoridad». Esta última circunstancia quedará subsumida por el delito de atentado en su modalidad de acometimiento. Algunos autores⁴³⁰, interpretan que esta desaparición conlleva una nueva exigencia, pues con esta regulación será preciso, en todo caso, la concurrencia de una fuera material, física, inmediata, para configurar el acometimiento, no siendo suficiente la realización por parte del sujeto activo de un simple movimiento revelador del propósito agresivo.

Concretamente, el artículo 552 del CP establece dos circunstancias de agravación específicas:

- 1ª) Que la agresión se verifique con armas u otro medio peligroso.
- 2ª) Que el autor del hecho se prevalga de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.

3.1. Armas u otro medio peligroso.-

Ya existía en el ACP una agravante de uso de armas pero ahora –con la actual redacción– se incluye además la utilización de «otros medios peligrosos». Antes de la entrada en vigor del vigente CP, la jurisprudencia había dejado asentado que la inclusión de esta agravación –teniendo en cuenta que la misma no podía desprenderse del tenor literal de la ley– supondría vulnerar el principio de legalidad. Así, la STS de 13 de noviembre de 1991 (RJ 1991, 8062) en la que en su fundamento de derecho tercero dice:

« [...] 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».

Para abordar el estudio de esta causa de agravación nada más conveniente que analizar⁴³¹ el concepto de «arma» a tenor de este precepto. En primer lugar, hemos de precisar que las armas pueden ser de cualquier clase, por cuanto que el legislador no se refiere únicamente a las armas de fuego, pudiendo incluirse –por tanto– igualmente, las armas blancas tales como cuchillos, machetes, navajas, etc.

⁴³⁰ CASARES VILLANUEVA, M.L.: «Atentado, resistencia,...», op. cit., pp. 152-154.

⁴³¹ Siguiendo a CUERDA ARNAU, M.L.: *Los delitos de atentado...*, op. cit., p. 157 y ss.

En lo referente a las armas de fuego y armas blancas, no se suscita ningún tipo de duda salvo en supuestos específicos y concretos, como puedan ser aquellos en los que para la perpetración del delito se utiliza un arma simulada. GROIZARD⁴³² resolvía estos casos considerando adecuado aplicar la agravación, pero para CUERDA⁴³³ la solución debe depender de la peligrosidad en los mismos términos que cuando lo que se enjuicia es el hecho de haber verificado la agresión con uno de aquellos medios, pues en ambos casos es idéntico el fundamento de la agravación. El TS, por su parte, ha mantenido su tradicional criterio de estimar «armas» a efectos agravatorios en el delito de robo las de fogeo, las detonadoras y cualesquiera otras cuyo funcionamiento no conste, pues así lo afirma en la sentencia de 23 de enero de 1991 (RJ 1991, 248). Personalmente, y siguiendo la línea expuesta por CUERDA⁴³⁴, nos mostramos contrarios a la aplicación de la agravación en los casos en los que el arma no sea real, aunque ello no es óbice para que cuando el arma simulada o enfundada presente características tales como una pesada estructura metálica se pueda considerar idónea para fundamentar la agravación.

Resulta considerablemente 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. Se trataría –por tanto– de considerar que la peligrosidad del daño se mide *ex ante* y no *ex post*. En nuestra opinión, esta debe ser la postura aceptada, aunque ello implica necesariamente disentir de aquellas resoluciones en las que se da a entender que la falta de peligrosidad del medio empleado se infiere de la ausencia de consecuencias lesivas o de levedad de las mismas, pues nos mostramos plenamente convencidos de que ***el criterio utilizado ha de ser el de valora la peligrosidad del arma ex ante.***

PRATS CANUT⁴³⁵ afirma que 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 el instrumento cuya utilización usual no fuese, ni la defensa, ni el ataque, pero si que revistiese la idoneidad suficiente para equipararlo a las armas. Pero, con 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 le pueda dar el agente y, su relación más o menos intensa con el peligro a la vida o integridad física de la víctima.

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». Tal concepto ha sido desarrollado por la jurisprudencia⁴³⁶ a tenor del delito de

⁴³² GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *El código penal...*, op. cit., p. 463 y 464.

⁴³³ CUERDA ARNAU, M.L.: *Los delitos de atentado...*, op. cit., p. 159.

⁴³⁴ Idem.

⁴³⁵ PRATS CANUT, M. en QUINTERO OLIVARES, G y OTROS: *Comentarios al nuevo...*, op. cit., p. 2428.

⁴³⁶ A modo de ejemplo STS núm. 2003/2000, de 20 de diciembre (RJ 2000, 10465).

robo con intimidación, definiéndolo como todo instrumento con un poder mortífero o vulnerante, que potencia la fuerza que naturalmente secunda la aviesa intención de su portador, de lo que resulta que han de integrarse a ese concepto aquellos medios que objetivamente sean potencialmente peligrosos para la vida e integridad física, aumentando o potenciando la capacidad agresiva del autor. En coherencia con ello, se han declarado medios peligrosos la utilización de armas, de objetos vulnerantes y de automóviles dirigidos contra un agente de la autoridad, y ello porque « el medio utilizado representa un peligro potencial y real para la vida y la integridad física del agente de la autoridad» –STS núm. 950/2000, de 4 de junio (RJ 2000, 5240)–. Y por el contrario, se han excluido de esa calificación el hecho de tirar piedras y objetos a los agentes de la autoridad dada la indeterminación del sujeto pasivo al no «precisar la distancia e intensidad del lanzamiento» –STS núm. 1604/2000, de 21 de octubre (RJ 2000, 8788)–. En definitiva, y siguiendo a la STS núm. 2003/2000, de 20 de diciembre (RJ 2000, 10465):

«El medio peligroso que requiere la agravación en el delito de atentado es un instrumento con capacidad objetiva de lesionar al bien jurídico vida o de integridad física, pero hemos de tener en cuenta también las circunstancias concurrentes en cada supuesto para comprobar si efectivamente un instrumento que objetivamente puede ser tenido como peligroso en su concreta utilización merece tal calificación».

Por lo tanto, puede afirmarse que la jurisprudencia restringe en este ámbito el concepto tradicional de instrumento peligroso al introducir consideraciones relativas al modo concreto en que se utiliza para dejar de aplicar la agravación.

En consecuencia, la calificación de un instrumento como arma o medio peligroso depende tanto de su potencial lesivo objetivamente considerado, como de las concretas circunstancias que rodearon su utilización. Para CUERDA⁴³⁷ el Tribunal ha de explicar de manera 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.

No debemos olvidar –siguiendo a QUERALT– que a diferencia de la objetiva peligrosidad de las armas, la de otros instrumentos nominados in genere es más que discutible cuando se esgrimen o utilizan ante funcionarios perfectamente entrenados para resolver esas agresiones. Por ello, habrá que atender –en primer término– al peligro real del arma o instrumento, pues no es lo mismo, desde un punto de vista objetivo, el peligro que entraña un arma de fuego o un cuchillo de monte que un bastón o una piedra.

En realidad, la referencia legal a «arma u otro medio peligroso» ha de ser interpretada de manera restrictiva, apreciándose la peligrosidad del instrumento en cada caso concreto y no de manera genérica, siendo necesaria una significativa concreción y proximidad en la puesta en peligro de la integridad del agredido. Lo contrario, –es decir, una interpretación extensiva del concepto– supondría vaciar el contenido del tipo básico de atentado del

⁴³⁷ Ibidem, p. 158.

artículo 550 CP que, por pura eliminación, solo cabría apreciar cuando el atentado se perpetrara con las propias manos.

Con independencia de las armas de fuego o de las armas blancas, no cabe duda que se consideran medios peligrosos: 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. Ahora, conforme a la nueva redacción del precepto no existe ningún inconveniente en considerar los vehículos a motor como un instrumento peligroso⁴³⁸.

A pesar de la conveniencia de interpretar el término de un modo restrictivo, la jurisprudencia menor ha ido ampliando y dotando de contenido al concepto «instrumentos peligrosos». Así, se ha considerado como tal unas tijeras –SAP de Valladolid núm. 410/2005, de 14 de diciembre (JUR 2006, 24550)–, un estilete –SAP de Sevilla núm. 597/2004, de 5 de noviembre (JUR 2005, 69398)–, un pico y una pala gruesa –SAP de Huelva núm. 69/2004, de 26 de mayo (JUR 2005, 52988)–, un spray –SAP de Zaragoza núm. 343/2003, de 30 de octubre (JUR 2003, 252470)–, un bate de béisbol –SAP de Málaga núm. 118/2002, de 11 de octubre (JUR 2003, 105053)–, un cúter –SAP de Madrid núm. 924/2008, de 19 de septiembre (JUR 2008, 381987)– o incluso, azuzar a un perro contra los agentes –SAP de Burgos núm. 143/2004, de 13 de septiembre (JUR 2005, 19671)–. Especial mención merece la SAP de Barcelona núm. 131/2008, de 15 de enero (ARP 2008, 562) en la separándose de la regla general, se considera un medio peligroso el uso de una piedra, aplicándose la agravación. Concretamente, en dicha resolución se argumenta lo siguiente:

«calificamos el hecho como delito de atentado en su modalidad agravada del art. 552.1ª -esto es, por perpetrarse con "Armas y otro medio peligroso"-, por cuanto la piedra utilizada por el dicho acusado es, sin duda, un medio contundente y potenciador de la agresividad del acusado en el acometimiento, como lo acredita, no solo la dimensión de la misma- era mas o menos del tamaño de una mano, como nos describiría en juicio el testigo [...]-, sino también el hecho de que el lanzamiento de aquella piedra ocasionara las graves lesiones padecidas por el agente.»

La aplicación 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» y ello nos plantea automáticamente dos incógnitas: la primera es ¿la referencia al término «agresión»

⁴³⁸ Ejemplo de ello son sentencias como la 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) y –entre otras muchas– Málaga núm. 123/2003, de 28 de mayo (JUR 2004, 46176).

comprenden todas las modalidades comitivas del delito de atentado? Y en segundo lugar, ¿qué debe entenderse por «verificar»?

El término «agresión» es una novedad introducida por este precepto agravatorio, pues ni el propio artículo 550 ni el antiguo 232 hacían referencia alguna al mismo. La doctrina⁴³⁹, considera que no existe obstáculo alguno en admitir la equivalencia entre agresión y acometimiento o empleo de fuerza, pues todos ellos son sinónimos de ataque o agresión física. El problema se plantea respecto a la modalidad de atentado por intimidación grave en cuya conducta el sujeto utiliza un arma o medio peligroso para amedrentar al sujeto de la acción. En tal caso, no estamos ante una agresión en sentido estricto por lo que no podrá aplicarse la agravación, siendo la única solución condenar por un delito de atentado del tipo básico del artículo 550 del CP. Además, tal conclusión nos parece perfectamente lógica pues el núcleo de antijuricidad de la intimidación grave consiste precisamente en el uso de medios coercitivos –en este caso armas u otros medios peligrosos– por lo que la aplicación del tipo agravado en atención al uso de esos medios supondría una evidente vulneración del principio non bis in idem.

La exigencia de que la agresión se *verifique* se interpreta como la necesidad de hacer uso de las armas y que dicho uso se produzca en el curso de una agresión física. Si solo se porta el arma o se exhibe con fines intimidatorios no podría aplicarse el tipo agravado. Interesante resulta la STS núm. 1828/2001, de 16 de octubre (RJ 2001, 9232) en la que se aclara lo siguiente:

«Agresión, según el Diccionario de la Academia de la Lengua Española [...] significa acto de acometer a alguno para matarlo, herirlo o hacerle daño, lo que no ocurre cuando el arma de fuego se utiliza sólo para amenazar aunque la amenaza se dirija contra un agente de la autoridad y apuntándole [...] De otro modo, nos encontraríamos ante una aplicación extensiva de la norma en contra del reo, que violaría el principio de legalidad».

La interpretación restrictiva que le es propia al delito de atentado, y con mayor motivo cuando se trata de su modalidad agravada, exige que sólo sea de aplicación el tipo del artículo 552.1 del CP en los casos en los que se aprecie la existencia de una verdadera agresión, y no sólo una acción intimidatoria, y siempre que esa agresión se verifique con armas u otro medio peligroso. Así lo contempla la jurisprudencia en numerosas sentencias, de entre las cuales –a título de ejemplo– podemos citar la STS núm. 1872/2000, de 5 de diciembre (RJ 2000, 10645), STS núm. 87/2001, de 29 de enero (RJ 2001, 261) o STS núm. 210/2004, de 23 de febrero (RJ 2004, 1429).

Esta agravación plantea algunas cuestiones de interesante estudio. En primer lugar, surge preguntarse si dicha agravación es aplicable cuando el riesgo que la fundamenta se materializa en un resultado lesivo. Hay que resaltar que ni la doctrina ni la jurisprudencia

⁴³⁹ Así lo entiende MIRANDA ESTRAMPES, M. en CRESPO BARQUERO, P. y OTROS: *Código Penal. Comentarios...*, op.cit., p. 2675 y ss.

han prestado a este asunto la atención que sí le han dedicado al delito de robo violento, donde se discute la tendencia a aplicar en todo caso la agravación. CUERDA⁴⁴⁰ considera que lo determinante en estos casos es analizar la relación existente entre el peligro y el daño, de modo que habrá casos en los que el peligro quede enteramente consumido por la lesión producida, frente a otros en los que no sea así por lo que no puede excluirse siempre el tipo agravado pero tampoco es de recibo aplicarlo en todo caso. Apunta esta autora a que habrá que enjuiciar en cada caso concreto si el daño se materializa *todo* en el peligro. Esto no habrá de ocurrir cuando sean varios los sujetos que soporten la acción y la estimación del delito de atentado agravado conjuntamente con la figura que recoja el daño producido no vulnerará el principio *non bis in idem*. En contraste con ello, dicho peligro quedará subsumido siempre que siendo un solo sujeto el destinatario de la acción, se produzca su muerte, toda vez que no cabrá una consecuencia más grave.

Otro de los problemas que se plantean al hilo de este tipo específico afecta a la posibilidad de agravar por el uso de armas tanto el delito de atentado como el delito de lesiones que pueda concurrir con aquél. Para ello podemos utilizar el razonamiento anterior, pero la jurisprudencia⁴⁴¹ parece disentir de este planteamiento, pues procede del mismo modo que lo hace en el delito de robo violento por entender que ello no implica vulneración alguna del principio *non bis in idem*.

Una de las cuestiones más interesantes que suscita la aplicación de este tipo agravado se plantea cuando el sujeto destinatario de la acción es un miembro de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, pues el artículo 7.2 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado establece 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».

La finalidad de esta disposición radica en equiparar la protección de los agentes de la autoridad a las autoridades en supuestos de ataques de especial gravedad⁴⁴². La importancia de ello se encuentra en que el tipo penal señala una pena mayor para los casos en que el sujeto de acción es autoridad frente a aquellos en los que es un funcionario público o un agente de aquella. Así las cosas, cuando concurren las circunstancias de empleo de medios especialmente peligrosos y el sujeto de la acción sea un agente de la autoridad la pena a imponer será la de prisión de dos a cuatro años y multa de tres a seis meses en el caso de que el sujeto sea autoridad. En tal caso, el empleo de medios peligrosos nos situaría en ante el tipo agravado que estudiamos y ello supondría la imposición de una pena de superior en grado, que calculada sobre la pena correspondiente del tipo básico de atentado a autoridad, sería una pena de prisión de cuatro a seis años. Esta solución fue rechazada durante la

⁴⁴⁰ CUERDA ARNAU, M.L.: *Los delitos de...*, op. cit., p. 163 y ss.

⁴⁴¹ *Ibidem*, p. 163.

⁴⁴² TORRES FERNÁNDEZ, M.E.: «Los delitos de atentado...», op. cit., p. 11.

vigencia del ACP por considerarse atentatoria del principio *non bis in idem*, en tanto que desvalora dos veces un mismo elemento: el empleo de medios especialmente graves para someter el atentado a un agente de la autoridad al régimen punitivo del atentado a una autoridad, y a su vez desvalora el empleo de los medios peligrosos para determinar la aplicación del tipo agravado, sobre la base de la pena prevista para los casos en los que el sujeto sea autoridad⁴⁴³.

No quedará, por tanto, más opción que buscar una interpretación alternativa que evite incurrir en la vulneración del citado principio constitucional de manera que cuando se cometa un atentado contra miembros de fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado utilizando un arma o medio peligroso habrá que elegir entre dos opciones⁴⁴⁴:

a) Imponer la pena correspondiente al tipo básico de atentado contra la autoridad del artículo 551.1 del CP –esto es, prisión de dos a cuatro años y multa de tres a seis meses–, o

b) Imponer la pena del tipo agravado por el empleo de armas en relación con la pena correspondiente al tipo básico de atentado contra funcionarios y agentes de la autoridad del artículo 552.1 del CP –lo que supondría una pena de prisión de tres a cuatro años y medio–

Estaríamos, en tal caso, ante un concurso aparente de normas penales sin que pueda decirse que una de ellas sea más específica que otra, por lo que la solución habrá de venir dada por el principio subsidiario de alternatividad reflejado en el artículo 8.4 del CP, aplicando la que establezca una pena más elevada, lo que supondrá decidirse por la segunda opción, es decir por imponer la pena del artículo 552.1 del CP⁴⁴⁵.

Por último, sólo nos resta aclarar que este tipo agravado podrá aparecer en concurso con cualquier otro tipo penal que no implique la vulneración del principio *non bis in idem*. Así, por ejemplo, se ha estimado por el TS en sentencias como la de 28 de febrero de 1998 (RJ 1998, 1749) en la que se estima compatible la aplicación de este tipo agravado con el delito de tenencia de sustancias explosivas y en ella se argumenta del siguiente modo:

«No solamente se lanzó esa botella incendiaria que tipifica el delito de atentado, sino que al acusado al ser alcanzado y detenido se le encontró una bolsa de plástico que contenía otras dos botellas de cristal llenas de gasolina, tapadas con un corcho, selladas con cinta adhesiva y con un pañuelo azul anudado alrededor del cuello. Con este hecho probado no existe obstáculo para considerar que, además del delito de atentado agravado por el uso de medios peligroso nos encontramos ante la tenencia o depósito de sustancias incendiarias e inflamables que se integra autónomamente en el tipo previsto en el artículo 568 del CP que constituye un tipo de peligro abstracto y que no

⁴⁴³ Así lo contemplan las SSTs de 31 de octubre de 1994 (RJ 1994, 8341) y de 11 de junio de 1997 (RJ 1997, 4677), entre otras.

⁴⁴⁴ Siguiendo la propuesta reflejada por TORRES FERNÁNDEZ, M.E.: «Los delitos de atentado...», op. cit., p. 11.

⁴⁴⁵ Por tal solución se decanta, por ejemplo, la STS núm. 338/1999, de 8 de marzo (RJ 1999, 1454).

necesita de la utilización material de las sustancias o efectos que se tienen en depósito».

3.2. Prevalimiento de la condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.-

Cierto sector doctrinal⁴⁴⁶ considera que el legislador debería haber prescindido de esta agravación específica, pues ya se contempla dentro de la circunstancia agravante 7ª del artículo 22 del CP el hecho de «prevalerse del carácter público que tenga el culpable» y de acuerdo con la regla 3ª del artículo 66 del CP, los Jueces y Tribunales podrán imponer la pena en su mitad superior cuando concurra tal circunstancia.

Con el CP actual se pone fin a la limitación existente en el artículo 232.2 del ACP, cuya aplicación se excluía cuando la agresión o intimidación se daba entre autoridades, agentes de la autoridad o funcionarios, si no existía entre los mismos una relación de jerarquía o dependencia. Tal interpretación resultaba del todo rechazable llegando a existir algunos pronunciamientos judiciales que así lo contemplaban. Como muestra, la STS de 19 de mayo de 1992 (RJ 1992, 4177) en la que se decía:

«[...] 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 aquellos».

Resulta obvio que en la nueva regulación llevada a cabo por el artículo 552.2 del CP esa exigencia de dependencia o subordinación jerárquica entre ofensor y ofendido no se contempla. Ahora, es indistinta la relación existente entre el sujeto activo y el sujeto destinatario de la acción, de modo que lo que se valora es el aprovechamiento de la condición de funcionario, autoridad o agente de quien comete el delito.

Dos son los requisitos que se precisan para poder aplicar la agravante:

- 1.) Que el sujeto activo sea un funcionario público, una autoridad, o un agente de ésta.
- 2.) Que ese sujeto actúe con prevalimiento de su cargo. No es suficiente con la mera condición de autoridad, agente de ésta o funcionario, sino que además es imprescindible que se prevalga del cargo que ejerza para cometer el delito de atentado.

No parece nada sencillo encontrar jurisprudencia en torno a este precepto, por lo que solo podemos citar como escuetos y algo desfasados ejemplos –en cuanto fueron juzgados bajo la vigencia del ACP– la SAP de Tarragona núm. 1252/1995, de 6 de junio (RJ 1995, 758) en la que se condena por este tipo agravado a un policía nacional que amenaza con su

⁴⁴⁶ SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAILLO, A.: Derecho Penal..., op. cit., p. 1012.

arma a unos agentes de la policía local y de igual modo, en SAP de Barcelona de 25 de enero de 1994 (RJ 1994, 152) en la que se juzga y condena a un policía nacional que dispara su arma con el fin de intimidar a un superior jerárquico.

4. EL MALTRATO DE OBRA DEL ARTÍCULO 554.1º DEL CP.

El artículo 554.1º del CP está referido a un grupo determinado de sujetos, concretamente a la «Fuerza Armada» y establece dos modalidades de conducta típica: la resistencia activa grave y el maltrato de obra. Respecto a la primera modalidad, no se plantea controversia alguna, pues coincide plenamente con una de las conductas descritas en el tipo del artículo 550 del CP constitutivas del delito de atentado. No ocurre lo mismo con el llamado «maltrato de obra» en tanto que se trata de un término novedoso que viene a sembrar la duda y el desconcierto, pues no coincide con las conductas catalogadas en el mencionado tipo básico de atentado. Como muy bien apunta LAMARCA PÉREZ⁴⁴⁷ estamos ante un precepto innecesario⁴⁴⁸ porque, pues un lado, los miembros de las Fuerzas Armadas ya estaban comprendidos en los conceptos de funcionario público y de autoridad; por otra parte, estamos ante un precepto perturbador por cuanto las conductas descritas no se corresponden exactamente con las de atentado aunque debe concluirse que por maltrato de obra, del mismo modo que el acometimiento, hay que entender la agresión física.

Parece que la solución interpretativa pasa por considerar que en el concepto de maltrato de obra están incluidas conductas de acometimiento o empleo de fuerza, si bien resulta más discutible la inclusión de acciones de intimidación grave⁴⁴⁹.

Concretamente, tal y como enuncia CONDE-PUMPIDO FERREIRO⁴⁵⁰ *maltrato de obra* equivale a la acción y efecto de utilizar una violencia física y consiste en el empleo de la misma sobre otra persona, comprendiendo toda acción de agredir, golpear, zarandear, empujar, derribar, agarrar, acomete y actos similares, así como la acción de ni tan siquiera mediando contacto físico arrojar sustancias sobre el agente, productos, líquidos, sólidos u oleosos, etc. Similar interpretación realiza TORRES FERNÁNDEZ, quien afirma que por maltrato de obra se entiende golpear a otro sin causarle lesión, lo que se corresponde con la agresión física característica del acometimiento.

Así las cosas y a tenor de la interpretación doctrinal del precepto, los miembros de la Fuerza Armada solo podrán ser sujetos destinatarios de la acción del delito de atentado –en su modalidad de acometimiento, empleo de fuerza y resistencia activa grave– y no de los delitos de resistencia simple ni de desobediencia recogidos en el artículo 556 del CP, pues

⁴⁴⁷ LAMARCA PÉREZ, C.: *Derecho Penal...*, op. cit., pp. 674 y 675.

⁴⁴⁸ En semejante postura hallamos a PRATS CANUTS en QUINTERO OLIVARES y OTROS: *Comentarios al Nuevo...*, op. cit., pp. 2464 y 2465, para quien estamos ante un precepto paradójico y de difícil integración normativa.

⁴⁴⁹ Entre otros, MIRANDA ESTAMPRES en CRESPO BARQUERO, P. y OTROS: *Código Penal. Comentarios...*, op. cit., p. 2681 y CÓRDOBA RODA, J.: *Comentarios al Código...*, op. cit. pp. 2530 y 2531.

⁴⁵⁰ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: *Código Penal...*, op. cit., p. 1557.

el mismo va referido única y exclusivamente a los sujetos contemplados en el artículo 550 entre quienes no se incluyen los miembros de la Fuerza Armada, que han sido incomprensible y desafortunadamente excluidos por el legislador como consecuencia de la especificidad del artículo 554.1°.

5. LA CONDUCTA TÍPICA DEL DELITO DE RESISTENCIA (ARTÍCULO 556 CP).

Una vez analizadas las distintas modalidades conductuales del delito de atentado – entre las que se encuentra la resistencia activa grave– hemos de analizar el tipo básico del delito de resistencia, que viene tipificado por el artículo 556 del CP, el cual se configura como un auténtico tipo residual, ya que estamos ante una verdadera tipificación en negativo. Lo primero que hay que asentar es que, por pura exigencia legal, la conducta típica de este delito –al igual que ocurre con el de desobediencia– sólo puede cometerse frente a las autoridades y sus agentes y no frente a los funcionarios públicos, siendo preciso además que se hallen en el ejercicio de sus funciones, sin que el delito pueda tener lugar con ocasión de ellas. Pero, a pesar de ello sería incurrir en craso error afirmar que los delitos de resistencia y desobediencia no se pueden perpetrar frente a funcionarios públicos, pues no debemos olvidar que toda autoridad o agente será, por ende, funcionario público.

Por lo tanto, será correcto afirmar que *para ser sujeto pasivo de la acción del delito de resistencia o de desobediencia no basta con ser funcionario en sentido estricto sino que es necesario tener carácter de autoridad o agente de la misma.*

Asimismo, y en lo que al sujeto activo se refiere, en principio puede serlo cualquiera pero hay que llamar la atención sobre la posibilidad de que exista una relación jerárquica de subordinación y quienes cometan la acción sean autoridades o funcionarios públicos, habrá –en tal caso– que acudir, en virtud del principio de especialidad, a los tipos penales regulados en los artículos 410 y siguientes del CP.

Por pura lógica, podremos entender que la resistencia propia del artículo 556 CP es toda aquella que no sea activa y grave, concibiendo acumulativamente ambos requisitos. En consecuencia, es posible encontrarse con una resistencia activa no grave, es decir aquella que a pesar de constituirse como una acción positiva del sujeto activo no reviste la gravedad suficiente como para considerarse grave, pues la acción no es lo suficientemente significativa como para ser catalogada como grave. Será aquí donde encuadremos todas aquellas conductas que presenten un empleo de fuerza de poca índole, esto es, aquellas que carezcan del componente violento necesario y propio del atentado, que merezcan ser reconducidas por la modalidad del delito de resistencia simple (resistencia activa no grave) siempre que se den el resto de requisitos exigibles en el tipo. Frente a ello, habrá otra serie de supuestos en los que la resistencia no sea activa sino pasiva. He aquí una de las mayores dificultades prácticas, pues no resultará tarea sencilla deslindar estos casos de los propios del delito de desobediencia. Concretando, la resistencia propia del artículo 556 del CP será la resistencia activa no grave y la resistencia pasiva.

La conducta típica del delito de resistencia, según COBO DEL ROSAL «comporta una iniciativa por parte de la autoridad, que adopta una decisión, orden o mandato, frente a la que el sujeto destinatario adopta una actitud de oposición y enfrentamiento».⁴⁵¹ A diferente convencimiento llega CÓRDOBA RODA⁴⁵² para quien toda resistencia ha de ser activa, pues no en vano delimita la conducta apuntando dos exigencias: la primera consistente en la existencia de una conducta activa, y la segunda relativa a la necesidad de que exista una pretensión de la autoridad o de sus agentes a la que el sujeto activo tendrá que oponerse mediante una acción.

En lo que a la conducta típica en sí misma se refiere, la jurisprudencia⁴⁵³ exige que:

«El sujeto activo actúe en firme y contumaz oposición al ejercicio de aquél o incluso con acción omisiva de colaboración que imposibilite o dificulte acusadamente el cumplimiento de los deberes del primero».

Por ende, no cabe discusión alguna sobre la necesidad de que exista una iniciativa previa tomada por la autoridad que adopta una decisión de mandato frente al sujeto activo que se le opone o enfrenta⁴⁵⁴, sobre la imposibilidad de que los sujetos que soporten la acción sean funcionarios públicos y sobre la exigencia legal de que las autoridades o agentes actúen en el ejercicio de su función propia⁴⁵⁵ pero, el gran debate y en consecuencia el núcleo de discusión en torno a esta figura delictiva se centra en la menor intensidad de la violencia y en la posibilidad de que esa violencia tenga o no carácter pasivo.

El nuevo Código Penal permite la existencia de una resistencia activa leve como constitutiva del tipo del art. 556. La redacción de este precepto, como respuesta a toda una corriente jurisprudencial preexistente nos permite aludir a dos modalidades de conducta susceptibles de constituir el delito de resistencia del 556 CP: la resistencia activa no grave y la resistencia pasiva.

Nos encontramos con un primer grupo de conductas constitutivas de este delito, la llamada **resistencia activa menos grave** que tendrá que ser nítidamente diferenciada del propio delito de atentado en su modalidad de resistencia activa grave, y para ello, como es evidente, habrá que detenerse en modular y ponderar esa gravedad, pues no en vano la misma se nos presenta como un elemento delimitador de figuras afines, concretamente entre los delitos de atentado y resistencia. En nuestra opinión y aunque solo sea a efectos de precisión terminológica, sería más conveniente sustituir el término resistencia activa «no grave» por el de resistencia simple y no cualificada, o en todo caso «menos grave» pues no cabe la menor duda de la conducta debe revestir cierta gravedad para poder catalogarse

⁴⁵¹ COBO DEL ROSAL, M. y OTROS: *Derecho Penal...*, op. cit., p. 1096.

⁴⁵² CÓRDOBA RODA, J: *Comentarios al ...*, op. cit., p. 2532.

⁴⁵³ Como ejemplo la STS núm. 1204/1998, de 20 de octubre (RJ 1998, 6881).

⁴⁵⁴ CARRETERO SÁNCHEZ, A.: «El delito y falta de atentado...», op. cit., p. 20.

⁴⁵⁵ Idem.

como un delito del art. 556 pues de lo contrario será una falta del artículo 634, por lo que no puede hablarse de un delito de resistencia leve ya que esta no existe como tal. Así parece entenderlo la jurisprudencia en sentencias como la del Tribunal Supremo de 6 de octubre del 2004 en la que refiriéndose a la resistencia activa propia del art. 556 se dice:

«Ha de tener una cierta entidad en cuanto a su gravedad, pues en caso contrario integraría la desobediencia leve».

Hemos de evitar, a estas alturas de nuestro estudio insistir y reiterar cuestiones que ya han sido tratadas con motivo del análisis del delito de atentado por lo que prescindiremos ahora de profundizar en el concepto de gravedad que ya ha sido suficientemente analizado, bastando por tanto con remitirnos a lo ya expuesto con motivo del estudio de la resistencia propia del delito de atentado. Pero, tampoco podemos obviar la considerable dificultad que supone trazar la frontera entre el delito de atentado en su modalidad de resistencia activa grave (art. 550) y el delito de resistencia activa menos grave (art. 556), pues tal distinción se basa en un concepto jurídico indeterminado y sujeto a valoración como es el concepto de gravedad⁴⁵⁶. En consecuencia, y teniendo en cuenta la importancia y complejidad de la cuestión no está de más insistir en que a nuestro juicio **la resistencia activa se transforma en atentado cuando es especialmente grave de manera que entra en la esfera de la agresión física o de la acometividad, configurándose como una conducta hostil y violenta**⁴⁵⁷. Por lo tanto, y como es lógico *para calibrar esa gravedad habrá que estar a cada caso concreto de forma que cuando con su conducta activa el sujeto comporte actitudes verdaderamente agresivas, violentas y con cierta entidad hostil estaremos, sin duda ante un delito de atentado en su modalidad de resistencia activa grave, o puede que incluso en su modalidad de acometimiento, dependiendo de si ese comportamiento del sujeto activo corresponde a un actuación previa del sujeto que soporta la acción* –en cuyo caso será resistencia activa grave– o si no existe esa previa actividad de la autoridad o agente –estando entonces ante un delito de atentado por acometimiento–.

Si existe, sin lugar a dudas, un pronunciamiento jurisprudencial ilustrativo es la STS núm. 361/2002, de 4 de marzo (RJ 2002, 3589)⁴⁵⁸ la cual hace un repaso de las distintas corrientes doctrinales en torno a la distinción entre atentado (resistencia activa grave) y resistencia activa menos grave. En ella se dice:

«La Jurisprudencia de esta Sala a propósito de la distinción entre el atentado y la resistencia ha señalado, 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 ó 5-6-2000). La distinción entre uno y otro, siendo residual el segundo (art. 556) respecto al primero (art. 550) se ha basado siempre (antiguos artículos 231.2 y 237 CP 1973) en el entendimiento de *asignar al tipo de atentado una conducta activa*

⁴⁵⁶ Así lo advierte TORRES FERNÁNDEZ, M.E.: «Los delitos de atentado en el...», op. cit., p. 12.

⁴⁵⁷ Así, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. y OTROS: *Manual de Derecho Penal...*, op. cit., p. 651.

⁴⁵⁸ Igualmente la STS núm. 607/2006, de 4 de mayo (RJ 2006, 3567) y STS núm. 370/2003, de 15 de marzo (RJ 2003, 2908).

en tanto que configura el 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 aplicada a 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 o sus agentes o funcionarios públicos, mientras que el 556, que no menciona a estos últimos 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. Igualmente existe una corriente jurisprudencial (SSTS de 3-10-1996 y 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 en el tipo de resistencia no grave a comportamientos activos al lado del pasivo que no comportan acometimiento propiamente dicho. La STS de 18-3-2000, como recuerda la de 22-12-2001, 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 siendo el ánimo o propósito específico de la ofensa exigible en ambos tipos penales».

Tradicionalmente, la doctrina y la jurisprudencia consideran resistencia activa menos grave, todas aquellas conductas en las que exista un requerimiento previo de la autoridad y que a pesar de presentar cierta actividad no revisten la gravedad suficiente como para poder calificarse de atentado, por ejemplo los casos en los que se da un puntapiés a los agentes, un mordisco, un empujón, o similar. En definitiva, y como ya en su momento vimos, es en esta modalidad delictiva residual donde se encajan las llamadas *agresiones de bagatela* por cuanto que la violencia en ellas ejercida es tan ínfima que no llegan a la gravedad de atentado. Muy bien lo explica el Tribunal Supremo en sentencias como la de 17 de julio de 1986 (RJ 1986, 4330) o la núm. 951/1995, de 2 de octubre (RJ 1995, 6961) cuando apuntan:

«Es evidente pues, de acuerdo con este requisito típico, que la resistencia para ser grave ha de consistir en una conducta de oposición violenta, o de fuerza, activa. Pero, si bien la resistencia grave ha de ser siempre activa, esto no implica que toda resistencia activa haya de ser necesariamente grave, requisito

el de la gravedad de carácter circunstancial y vinculado a la intensidad y cualidad de la resistencia empleada en función de la situación fáctica concurrente debiendo confluír los elementos de gravedad y actividad para que la conducta sea constitutiva del delito de resistencia grave».

En coherencia con esto, y como aclaran las SSTs de 20 de enero de 1986 (RJ 1986, 156) y la de 14 de julio de 1986 (RJ 1986, 4330):

«Cabe admitir que alguna manifestación de oposición u obstaculización activa, que suponga el empleo de contrafuerza física o cierto grado de violencia o intimidación moderado, y de sentido más bien defensivo o neutralizador, cual es el caso del forcejeo, pueda ser calificado como delito de simple resistencia».

Y es que, como puede comprobarse con la nueva redacción del delito de atentado en el CP de 1995 y las nuevas corrientes jurisprudenciales, se ha dado entrada en el tipo de resistencia no grave a comportamientos activos, restringiéndose así el ámbito de aplicación del delito de atentado en beneficio del delito de resistencia, que anteriormente se veía limitado a conductas meramente pasivas.

Por otra parte, el artículo 556 del CP al tipificar la resistencia alberga lo que podríamos denominar una segunda modalidad de resistencia, que es la llamada **resistencia pasiva** y cuya principal dificultad al momento de delimitarla radica en la fina línea divisoria existente entre esta figura y el delito de desobediencia, el cual a su vez se recoge en el mismo precepto. La resistencia, a pesar de ser pasiva, es preciso que suponga un ejercicio aunque sea mínimo de fuerza o violencia, aunque ésta debe ser lo suficientemente ínfima como para ni tan siquiera alcanzar la modalidad de resistencia activa menos grave y por otro lado, debe superar lo que podría llamarse una resistencia leve pues esta por sí misma no existe, si no que cuando la conducta del sujeto activo llega a ese nivel estamos ante una falta del artículo 634 CP. En realidad podemos considerar la existencia de una pirámide de conductas que van ascendiendo su posición a medida que se incrementa el grado de afectación del bien jurídico, de tal manera que en la base de la pirámide y como la conducta menos atentatoria podríamos situar a la falta de desobediencia leve y a la conducta consistente en la falta de respeto o consideración debida, contempladas en el artículo 634, justo encima de éstas y por tanto con un mayor contenido de injusto estaría la resistencia pasiva y junto a ella en el mismo nivel estaría el delito de desobediencia, mientras que en la posición inmediatamente superior se encontraría la resistencia activa simple o menos grave, culminando esta pirámide imaginaria con la resistencia activa grave o atentado. En este preciso instante nuestra atención se centra en distinguir la resistencia pasiva de la desobediencia grave, pues no nos cabe ninguna duda que estamos ante conductas con una importante similitud.

Bastante acertada es la argumentación usada por JUANATEY⁴⁵⁹ cuando afirma que **lo que caracteriza a la resistencia frente a la desobediencia es el empleo de fuerza**

⁴⁵⁹ JUANATEY DORADO, C.: *El delito de desobediencia...*, op. cit., pp. 70-71.

dirigida a impedir a la autoridad el ejercicio de sus funciones, por lo que si no existe tal fuerza tendremos que hablar de desobediencia. Así, el hecho de que se trate de una conducta activa o de una conducta omisiva no puede determinar a priori la calificación de tal comportamiento como resistencia, como desobediencia grave, o como desobediencia leve. Reconoce que normalmente la resistencia requerirá la ejecución de comportamientos activos y no meramente omisivos, pero –como muy bien matiza– no puede descartarse la posibilidad de realización omisiva y de igual modo tanto la desobediencia grave como la leve pueden ejecutarse activa u omisivamente. Por lo tanto, JUANATEY⁴⁶⁰ concluye que la diferencia entre una y otra conducta radica en la gravedad de los hechos y, por ello, habrá que determinarla con arreglo a la valoración de todas las circunstancias concurrentes. En realidad, para esta autora constituirán supuestos de resistencia pasiva los casos en los que, por ejemplo, el agente de la autoridad tenga que desistir de practicar un registro domiciliario porque el perro de la casa le impide la entrada y el dueño no hace nada con respecto a ello.

En realidad, la resistencia en general supone la oposición, una reacción que puede ser activa o pasiva, frente al mandato e implica la necesidad de actuación en su sentido más físico. Por el contrario, la desobediencia puede entenderse como una negativa a cumplir el requerimiento formulado; una aptitud que se manifiesta desde una perspectiva más pasiva por parte del sujeto y que, para que pueda ser incardinable en el tipo penal correspondiente debe ponderarse la especial gravedad de la misma⁴⁶¹.

CÓRDOBA RODA⁴⁶² advierte sobre lo erróneo que resulta equiparar resistencia pasiva con conductas meramente omisivas. Para este autor, la fórmula resistencia pasiva aúna términos que no acaban de encajar bien, pues no en vano resistirse es sinónimo de rechazar. Por ello, insiste en la necesidad de evitar integrar la referida resistencia pasiva como meros incumplimientos omisivos de la pretensión en cuestión. Todo ello trae como consecuencia la necesidad de excluir de tal consideración conductas como la enjuiciada en STS de 3 de abril de 1981 (RJ 1981, 1515) en la que se calificó como delito de resistencia la conducta consistente en colocarse debajo de un edificio para impedir su demolición.

Y es que, la resistencia pasiva exige que se eluda la pretensión a través de un comportamiento activo, que se diferencia de la resistencia activa por el hecho de que la fuerza opositora no se dirige directamente contra el funcionario, limitándose a ser un obstáculo material a su actuación, viéndose aquel en la necesidad de contrarrestarla recurriendo, a su vez, al uso de la fuerza⁴⁶³.

Si existen supuestos que en la práctica generan polémica en cuanto a su encuadre, éstos son, sin lugar a dudas, los llamados casos de *forcejeo*. Bajo tal denominación pueden albergarse conductas como abrazarse a una farola o a cualquier otro objeto para evitar una detención, amarrarse a algo, tirarse al suelo o incluso empujar o dar patadas al funcionario.

⁴⁶⁰ Íbidem.

⁴⁶¹ Así lo explica TAMAYO, C.: «La acción en el delito de resistencia y desobediencia», *Cuadernos Jurídicos*, año 3, núm. 16, febrero 1994, p. 71.

⁴⁶² CÓRDOBA RODA, J.: *Comentarios al Código...*, op. cit., p. 2532 y ss.

⁴⁶³ Así lo expone CUERDA ARNAU, M.L.: *Los delitos de...*, op. cit., p. 84.

Todos estos comportamientos tienen un mismo denominador común que no es otro que la finalidad perseguida por el sujeto, siendo ésta la de impedir la actuación de la autoridad o agente. Como muy bien apunta CUERDA ARNAU⁴⁶⁴ si se quiere seguir llamando forcejeo a todo intento de ejercer fuerza para impedir la acción del sujeto, las conductas que lo integran no son susceptibles de un tratamiento unitario, de manera que habrá algunas que se subsuman en el tipo de resistencia, junto a otras que por representar una reacción gravemente violenta o abrupta, deban calificarse como atentado. Esta autora concluye afirmando que los únicos supuestos de forcejeo que claramente deben incluirse en el artículo 556 son conductas tales como las de agarrarse a un objeto, desasirse del agente o arrastrarse para impedir la detención, pues, aún cuando puedan originar lesiones al funcionario, no representan en sentido estricto conductas de resistencia activa, sino que deberán ser calificadas como supuestos de resistencia pasiva. Por lo tanto, las modalidades de forcejeo que impliquen el empleo de una fuerza material contra el sujeto merecerán una u otra calificación dependiendo de la mayor o menor gravedad de la resistencia.

Interesante resulta realizar un breve recorrido por algunas resoluciones jurisprudenciales que nos ayuden a perfilar el ámbito de aplicación del delito de resistencia. Así, a modo de ejemplo, podemos detener nuestra mirada en la STS núm. 670/2002, de 3 de abril (RJ 2002, 3600), en cuyo supuesto de hecho el acusado, como medio para evitar su detención golpea al agente de la autoridad propinándole un golpe en la nariz. El Tribunal condena al acusado por un delito de resistencia argumentando que la conducta *no tiene la suficiente entidad o gravedad para considerarla atentado*. Estaríamos, por tanto, ante un ejemplo de lo que hemos dado en llamar «agresiones de bagatela».

Por otra parte, la STS núm. 853/2000, de 12 de mayo (RJ 2000, 2681) en la cual se condena por resistencia a un individuo que tras ser requerido por un agente policial para que descienda de su vehículo lejos de atender el requerimiento opta por poner en movimiento el turismo con la idea de marcharse del lugar, pero como consecuencia de su estado de embriaguez y su falta de reflejos pierde el control del mismo y termina arrollando al agente, quien cae sobre el capó delantero siendo desplazado unos metros y sufriendo algunas contusiones. Ante tales hechos probados el Tribunal resuelve condenando por un delito de resistencia del artículo 556 y argumenta tal decisión de la siguiente manera:

«El delito de resistencia por el que se condena al acusado no se basa solamente en su intento de huida, sino también en la oposición llevada a cabo que incluye la utilización de fuerza. El Tribunal no ha tenido en cuenta sólo que el acusado trató de huir, sino que su oposición se produjo a través de un acto físico que originó las importantes lesiones sufridas por el policía local, que fue arrollado.

Es de señalar que si bien tradicionalmente se han incluido en el delito

⁴⁶⁴ *Ibidem*, p. 85.

ahora examinado los comportamientos pasivos, las recientes sentencias de 3 de octubre de 1.996 y 11 de marzo de 1.997 también incluyen en el mismo conductas activas que no supongan acometimiento propiamente dicho; como ocurre en el presente caso, en el que se enjuicia una conducta de evidente gravedad, que notoriamente rebasa el ámbito de la falta tipificada en el artículo 634 del Código Penal».

En este caso, vemos como el Alto tribunal atiende a la intencionalidad del sujeto para poder dirimir entre atentado y resistencia, pues en realidad el sujeto no pretendía acometer al agente con su vehículo sino que simplemente estaba decidido a huir del requerimiento pero como consecuencia de ello atropelló a la autoridad.

Por su parte, la STS núm. 1773/2001, de 8 de octubre (RJ 2001, 8787) cuyos hechos probados son los siguientes: Dos agentes de policía se encontraban realizando una vigilancia junto a un domicilio bajo sospecha de que se podía estar vendiendo droga, al comprobar que uno de los acusados se acercaba al lugar uno de los funcionarios le da la voz de «alto policía». Ante tal situación el agente agarra al acusado intentando evitar que le entregase una bolsita a otro sujeto pero el acusado consciente de que quien le agarraba era policía, forcejeó con el mismo violentamente propinándole varias patadas y llegando ambos a caer al suelo, cesando sólo en su actitud ante la llegada de otro agente que no hubo de intervenir. La sentencia recaída condena por atentado en la modalidad de resistencia activa grave ya que la gravedad de la conducta excede con creces de lo que podría ser un delito de resistencia simple, por lo tanto y en palabras del propio Tribunal:

«Es evidente que tal conducta, no solo significa una resistencia activa, sino que además es grave, por la intensidad que se emplea, agresión equiparable al acometimiento, que caracteriza el atentado (...) 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».

Una vez referenciada la jurisprudencia, podemos comprobar cómo el tipo de resistencia contemplado en el artículo 556 del CP hace las veces de cajón de sastre ante esas conductas agresivas que no llegan a la categoría de atentado propiamente dicho y tal y como viene recogido en el tipo básico del artículo 550 del CP pero que, a su vez, tampoco pueden quedarse en la simple falta. Como posible solución al problema, nos atrevemos a plantear la creación de un tipo privilegiado de atentado que permita encuadrar aquellas conductas que son más graves que la falta y cuyas características y grado de afectación del bien jurídico exceden de la propia resistencia. Se trataría de un intento de solucionar el vacío legal hasta el momento existente mediante la articulación de una reforma del Código, de manera que se contemplara la existencia de esas agresiones, o de esos acometimientos leves contra funcionarios públicos, autoridades o agentes de la misma de modo que se introduzca una nueva tipificación que de cabida a esas conductas que sin tener la entidad suficiente como para considerarse delito de atentado de los previstos en el artículo 550, no encajan en los presupuestos de la resistencia ni de la desobediencia y que superan con

creces el injusto propio de la falta del artículo 634 del CP. *Se trataría, por tanto, de crear un nuevo precepto –que podría insertarse como un artículo 550 bis– en virtud del cual se redefiniera un tipo privilegiado de atentado para el que se estableciera una pena inferior a la del tipo básico del actual artículo 550 CP. En él encontrarían encuadre las conductas consistentes en acometer levemente, abalanzarse o hacer además de ello contra los sujetos portadores del bien jurídico. Bien es cierto, que resulta completo la descripción del tipo pues en realidad se estaría configurando un verdadero «cajón de sastre» en el que pudiesen tener cabida aquellas conductas que atentan contra los portadores del bien jurídico, que lesionan el bien jurídico y que tienen entidad suficiente como para merecer una respuesta penal pero en este caso –y en coherencia con la intensidad del ataque– de menor gravedad. En otras palabras, sería preciso redefinir jurisprudencialmente el contenido del tipo básico del delito de atentado y dejar este nuevo tipo privilegiado como un precepto residual, para todas aquellas conductas que por defecto no puedan considerarse atentado pero cuya gravedad y grado de afectación del bien jurídico justifique la previsión de una punición mucho mayor que la simple falta.* Sería una solución a aquellos supuesto que a pesar de suponer una agresión contra el bien jurídico –perpetrada a través del sujeto que lo porta– no tiene la gravedad suficiente como para encajar dentro de las conductas típicas descritas en el delito del actual artículo 550 pero que tampoco pueden incardinarse en la falta contra el orden público puesto que se grado de afectación de bien jurídico justifica una mayor punición y en consecuencia merecen un reproche penal superior al articulado por la falta. Hasta el momento, como ya hemos señalado a lo largo de este trabajo, la jurisprudencia cuando se enfrenta con semejantes supuestos no tiene más opción que acudir a la falta o en todo caso, utilizar el artículo 556 del CP y más concretamente el tipo de resistencia como un cajón de sastre ante tal laguna legal.

6. LA CONDUCTA TÍPICA DEL DELITO DE DESOBEDIENCIA GRAVE (ARTÍCULO 556 CP).-

Como puede advertirse⁴⁶⁵, la expresión «desobedecieren» es un elemento descriptivo del tipo, cuyo significado –a pesar de pertenecer al lenguaje corriente– experimenta cierta variación al estar incorporado a un contexto de carácter jurídico. Y es que, desobedecer, en su sentido más puro significa no obedecer, no hacer uno lo que se le ordena, manda o preceptúa. En consecuencia, *es condición previa para que se pueda producir un acto de desobediencia, la existencia de una orden o mandato dictada por quien tenga competencia para ello, esto es: por autoridad o agentes de la misma*⁴⁶⁶.

Como precisa CEREZO MIR⁴⁶⁷, en coherencia con lo entendido por la doctrina, esa orden o mandato ha de ir dirigido concretamente a la persona que lo desobedece, en otras

⁴⁶⁵ MESTRE LÓPEZ, J.: *El delito de desobediencia a la autoridad o a sus agentes*. Bosch, Barcelona 1986, p. 22.

⁴⁶⁶ En el epígrafe siguiente nos adentraremos con todo detalle en el estudio de esa orden, mandato o requerimiento previo que es presupuesto indispensable para que pueda perpetrarse el delito de desobediencia o de resistencia.

⁴⁶⁷ CEREZO MIR, S.: «Los delitos de atentado...», op. cit., p. 368

palabras: ha de tener carácter particular o personal, ya que la desobediencia a las órdenes de naturaleza abstracta no tiene consecuencias jurídico-penales, pues lo contrario supondría elevar a la categoría de delito la inobservancia de toda disposición dictada por la autoridad, otorgando al delito de desobediencia un alcance desmesurado.

Precisa es la definición ofrecida por REDONDO HERMIDA⁴⁶⁸ cuando afirma que la desobediencia es «una infracción consistente en el incumplimiento de un mandato de hacer, emanado de autoridad legítima, o en la realización de conducta prohibida por mandato de dicha autoridad».

En cuanto al sujeto activo del delito, se da la necesidad de que éste se encuentre legalmente llamado a obedecer, siendo preciso aclarar que –como muy bien apunta QUERALT⁴⁶⁹– el deber de obediencia lo impone la ley y no la autoridad o el agente, ya que éste se limita a actualizarlo. Como consecuencia de ello, resulta evidente que en los casos en los que entre el sujeto que emite la orden y el que la recibe existe una relación jerárquica, de modo que el segundo es un subordinado del primero, estaremos ante un delito de los contemplados en el artículo 410 CP.

Y es que, no está de más recordar que el ciudadano por el simple hecho de serlo y vivir en una comunidad jurídicamente organizada, está obligado al cumplimiento de la legalidad vigente y en consecuencia, está sometido a quienes representan la ley. La garantía de ese sometimiento se halla precisamente en esa legislación vigente, de la que nace la constitución y facultad de la autoridad como tal y el deber de obedecerla. Existe por tanto, una relación de *mera subordinación* que se manifiesta en la obligación de acatamiento de mandatos concretos emanados de autoridades, o sus agentes. La sumisión del receptor (ciudadano) al emisor del mandato (autoridad o agente) se basa únicamente en el mero sometimiento por imperativo (democrático) del ordenamiento jurídico de aquél al segundo⁴⁷⁰.

Respecto al sujeto sobre el que recae la acción, y como ya ocurriera con el delito de resistencia, no es posible que éste sea un funcionario en sentido estricto, en tanto que tal profesional no tiene la potestad de ordenar, siendo necesario por tanto que la persona que soporte la acción tenga carácter de autoridad o agente de la misma.

No existe ninguna duda de que estamos ante un delito de mera actividad, en cuanto que el mismo se consuma con la mera realización de la conducta descrita en el tipo, es decir, con la inobservancia de lo ordenado por la autoridad o sus agentes. Así lo reitera la jurisprudencia⁴⁷¹ cuando refiriéndose a este delito señala:

⁴⁶⁸ REDONDO HERMIDA, A.: «La desobediencia grave a la autoridad judicial», *La Ley Penal*, Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario. Núm. 39, 2007, pp. 49-55.

⁴⁶⁹ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho Penal Español...*, op. cit., p. 832.

⁴⁷⁰ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *La obediencia debida en el Código Penal. Análisis de una causa de justificación* (art. 8, 12° CP), Bosch, Barcelona, 1986, p. 75.

⁴⁷¹ Entre otras, SSTS. Núm.1203/1997, de 11 de octubre de 1997 (RJ 1997, 7218), núm. 1037/2000, 13 de junio de 2000 (RJ 2000, 6597) y núm. 263/2001, de 24 de febrero (RJ 2001, 2317).

«Nos encontramos ante una infracción de mera actividad (o inactividad) que no comporta la producción de un resultado material, y por ello no se anuda al mismo la realización de un acto concreto, positivo, sino que basta la mera omisión o pasividad propia de quien se niegue a ejecutar una orden legítima dictada dentro del marco competencial de su autor, abarcando tanto la manifestación explícita y contundente contra la orden como la adopción de una actitud reiterada y evidente pasividad a lo largo del tiempo sin dar cumplimiento a lo mandado».

En consecuencia, como en su momento analizaremos, las formas o modalidades del comportamiento típico dependerán del contenido de la orden.⁴⁷²

Para VIVES ANTÓN el artículo 556 carece de contenido normativo en tanto que «A primera vista parece que manda; pero, en realidad, manda o prohíbe, según el contenido de la orden a la que remite. La ausencia de contenido directivo propio del artículo 556 se hace particularmente evidente en los supuestos en los que la orden a la que se refiere carece, a su vez, de contenido (el guardia que ordena obedecer a un semáforo apagado): que, en tal supuesto, no pueda hablarse ni de mandato, ni de prohibición, pone de manifiesto que el artículo 556 prohíbe o manda sólo en tanto lo haga la orden de la autoridad o agente»⁴⁷³. Disconforme con este planteamiento se muestra JUANATEY⁴⁷⁴ para quien este precepto sí tiene un propio contenido normativo que no es otro que el mandato de obedecer las órdenes que la autoridad o sus agentes dicten en el ejercicio de sus funciones. Esta autora llama la atención sobre el hecho de que en el delito de desobediencia estamos ante una norma que se refiere a otras normas –las órdenes de la autoridad o de sus agentes– y, en consecuencia, su contenido depende de estas últimas. Por lo tanto, cuando la orden es de cumplimiento imposible, no hay obligación de obedecer a la autoridad, pero no porque el artículo 556 carezca de contenido directivo, sino porque el deber de obedecer a la autoridad o a sus agentes sólo surge cuando las órdenes o mandatos de estos reúnan las condiciones requeridas por el ordenamiento jurídico para hacerlas de obligado cumplimiento⁴⁷⁵.

Así las cosas, la doctrina⁴⁷⁶ se ha ocupado de precisar con toda claridad cuales son los requisitos que deben cumplirse para que sea posible hablar de un delito de desobediencia del artículo 556 CP. Por lo tanto, podemos señalar las siguientes exigencias:

1.) *Que se trate de un mandato o de una orden procedente de la autoridad o de sus agentes, emitida dentro del marco de sus competencias o atribuciones legales.* Respecto a ello, cabe recordar que como ya referíamos con motivo del estudio del bien jurídico, la ley penal solamente protege el ejercicio de las funciones encomendadas a las autoridades y sus agentes, por lo que resulta imprescindible que el mandato u orden esté dictado por una

⁴⁷² JUANATEY DORADO, C.: *El delito de desobediencia...*, op. cit., p. 51.

⁴⁷³ VIVES ANTÓN, T.S.: *Comentarios al Código...*, op. cit., p. 2087.

⁴⁷⁴ JUANATEY DORADO, C.: *El delito de desobediencia...*, op. cit., p. 52.

⁴⁷⁵ Comparte este planteamiento CEREZO MIR, J.: «Los delitos de atentado...», op. cit., pp. 344-345 y 369.

⁴⁷⁶ Siguiendo, por ejemplo, a MIRANDA ESTAMPRES, M. en CRESPO BARQUERO, P. y OTROS: *Código Penal...*, op. cit., p. 2685.

autoridad competente y que se ajuste a las competencias que tal profesional tiene legalmente establecidas, pues de lo contrario carecía de sentido toda tutela penal. Cabe precisar la necesidad de que la orden sea **necesaria**. Ello significa que, en la **concreta situación**, no debe existir un mecanismo **relevantemente menos lesivo para salvaguardar el bien jurídico de referencia o que de existir ese mecanismo no puede acudir a él porque ese bien jurídico o interés quedaría menoscabado de forma irreversible**.⁴⁷⁷

2.) *Que tal orden sea expresa, terminante y clara, y que se haga conocer a su destinatario por medio de un requerimiento formal, personal y directo.* Tal orden ha de tener naturaleza concreta, y no abstracta, y dirigirse o hallarse especialmente destinada al sujeto que debe obedecerla. No será posible, por tanto, que una orden de carácter abstracto, dé lugar al delito de desobediencia.

3.) *Que el sujeto requerido no cumpla la orden colocándose ante ella en actitud de rebeldía o de manifiesta oposición.* No se trata, por tanto de que el sujeto discuta o se resista más o menos al cumplimiento de la orden, sino es preciso que el mismo se niegue a cumplirla dejando clara su postura de desatender la orden emitida.

Por su parte, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo⁴⁷⁸, a propósito del delito de desobediencia, ha fijado como elementos que deben integrarla los que siguen:

a) El carácter terminante, directo o expreso de la orden dictada por la autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, debiendo imponer al particular una conducta activa o pasiva.

b) Su conocimiento, real y positivo, por el obligado.

c) La existencia de un requerimiento por parte de la autoridad hecho con las formalidades legales, sin que sea preciso que conlleve el expreso apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia caso de incumplimiento.

d) La negativa u oposición voluntaria, obstinada o contumaz a la misma, que revela el propósito de desconocer deliberadamente la decisión de la autoridad.

f) En todo caso, debe alcanzar una especial gravedad al objeto de diferenciar el delito de la falta de desobediencia prevista en el artículo 634 CP.

Claridad aporta la STS de 28 de enero de 1982 (RJ 1982, 166) la cual a efectos de aplicación del tipo penal de desobediencia contemplado –por aquel entonces– en el art. 237 del Código Penal de 1973 hoy en el art. 556 del Código de 1995, aclaraba que

⁴⁷⁷ ROBLES PLANAS, R.: «¿Cuándo existe desobediencia leve en Derecho penal?», Aranzadi Penal, abril 2001 (BIB 2001, 306).

⁴⁷⁸ Entre otras, a modo de muestra, SSTS núm. 1219/2004, de 10 diciembre (RJ 2004, 7917).

«desobedecer equivale a incumplir una orden dictada por la autoridad o por sus agentes y, como dicha orden puede ser positiva o negativa, también la desobediencia podrá consistir en hacer lo vedado o proscrito o, por el contrario, en abstenerse o no hacer lo que se conmina y ordena», debiendo concurrir como elementos «órdenes que deben ser de carácter personal y concreto» y «manifiesta y reiterada oposición, firme actitud de rebeldía, persistencia de la negativa e incumplimiento firme y voluntario de la orden».

Una vez esbozados los requisitos o presupuestos que deben concurrir para la estimación del delito de desobediencia, llega el momento de adentrarse en su estudio, analizando con detalle todos y cada uno de ellos.

6.1. Orden o mandato de la autoridad competente: Características y exigencias de la misma.-

El Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española ofrece hasta diecisiete acepciones diferentes del término «orden». La más coherente con el sentido de nuestro estudio es aquella que alude a «regla o modo para hacer las cosas». Pero ciertamente, el sentido de orden ha de ser más restrictivo, concebido como un mandato, ello es, afín a la norma y al derecho⁴⁷⁹.

Una de las primeras dudas que se plantean es la relativa a si el concepto de orden de la autoridad debe ser entendido como un concepto jurídico o, en su caso, como un concepto naturalístico. BETTIOL⁴⁸⁰ se pregunta si debemos entender como orden la manifestación de voluntad que un sujeto dirige a otro en virtud de una relación de supremacía reconocida por el ordenamiento jurídico a fin de que el subordinado cumpla o se abstenga de realizar una acción o, por el contrario, la orden debe ser entendida como simple manifestación de la voluntad dirigida hacia una persona incurso en una relación de supremacía de hecho.

Este autor se muestra partidario de una concepción naturalística y afirma: «A nuestro parecer la doctrina que concibe la orden en un puro sentido jurídico no puede ser atendida. Nos encontramos, en cambio frente a un concepto de carácter naturalístico que, en determinadas circunstancias y siempre que estén presentes determinados presupuestos, adquiere naturaleza y relevancias jurídicas».⁴⁸¹ Por lo tanto, BEITOL⁴⁸² define la orden como *la manifestación de voluntad que se dirige por el titular de un poder de supremacía al subordinado para exigir un determinado comportamiento.*

A pesar de la conclusión alcanzada por este autor italiano, lo cierto es que la doctrina mayoritaria se ha inclinado por una concepción jurídica de orden, ya que como es lógico,

⁴⁷⁹ MORILLAS CUEVA, L.: *La obediencia debida. Aspectos legales y político-criminales*. Cuadernos Civitas, Madrid 1984, p. 56.

⁴⁸⁰ BETTIOL, G.: *L'ordine dell'Autorità nel diritto penale*, Ed. Vita e pensiero, Milano, 1934, p. 29. Obra referida por ÁLVAREZ GARCÍA, F.: *El delito de desobediencia...*, *op. cit.*, p. 21 y ss.

⁴⁸¹ *Ibidem*, p. 30.

⁴⁸² *Ibidem*, p. 30 y ss.

fuera del derecho no puede comprenderse tal término. Así, el concepto jurídico de orden encuentra su máximo representante en SANTORO⁴⁸³ quien la define, en sentido técnico, como *el mandato que impone una conducta singular, en razón de una potestad que habilita a un sujeto a fijar el mandato que constituye una obligación para otro sujeto*. En consecuencia, **la orden sería un mandato consistente en una voluntad que se dirige a otro a fin de que realice una determinada conducta.**

Por su parte, JIMÉNEZ DE ASÚA⁴⁸⁴ la definía como *la manifestación de voluntad que el titular de un poder genérico o específico de supremacía reconocido por el derecho, dirige al subordinado a fin de exigirle un determinado comportamiento*.

Por otro lado, ANTOLISEI⁴⁸⁵ entiende por orden la manifestación que el titular de un poder de supremacía reconocido por el Derecho dirige al subordinado para exigir un cierto comportamiento.

Sobre estas premisas, MORILLAS CUEVA⁴⁸⁶ esboza los elementos constitutivos de la orden en los siguientes:

- a.) Una voluntad exteriorizada.
- b.) Que esa voluntad, dirigida a otro, contenga un mandato.
- c.) Que ese mandato se funde en una relación de supremacía o al menos de superioridad reconocida legalmente que obliga al destinatario de la obediencia.
- d.) Que al mandato, en cuanto tal, siga por necesidades jurídicas una acción de otro, que suponga su ejecución.

Resulta interesante diferenciar el concepto de orden de otros términos afines⁴⁸⁷. En lo que a los reglamentos y a las ordenanzas administrativas se refiere, la diferencia radica en que éstas son manifestaciones de la producción jurídica de la Administración pública, que pueden proceder en ciertos casos con carácter más o menos general. La decisión, por su parte, no siempre incluye un mandato, pudiendo ser declarativa y no vinculante. Por otra parte, tanto la notificación como la comunicación son actos que en sí mismos no engendran mandato, sino que sólo son portadores de noticias al destinatario, aunque su contenido –que en este caso sería la propia orden– sí pueda hacerlo. Por último, y a efectos de distinguir orden de autorización, hemos de apuntar que la principal diferencia radica en que ésta última confiere facultades y no obligaciones concretas.

⁴⁸³ SANTORO, Arturo: *L'ordine del superiore nel Diritto Penale*. Turín, 1957, p. 11. Obra referida por MORILLAS CUEVA, L: *La obediencia debida...*, op. cit., p. 56 y ss.

⁴⁸⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Tratado de Derecho Penal*. Tomo VI. Buenos Aires, 1962, p. 823.

⁴⁸⁵ ANTOLISEI, Francesco: *Manuale di Diritto Penale. P.G.*, 7ª edición, Milano, 1975, p. 217. Obra referida por MORILLAS CUEVA, L: *La obediencia debida...*, op. cit., p. 57.

⁴⁸⁶ MORILLAS CUEVA, L: *La obediencia debida...*, op. cit., p. 58.

⁴⁸⁷ Siguiendo a SANTORO, Arturo: *L'ordine del...*, op. cit., p. 18 y ss., obra referida por MORILLAS CUEVA, L: *La obediencia debida...*, OP. CIT., P. 58.

En realidad, la doctrina jurídico-penal ha prestado atención al concepto de orden con motivo del estudio de la obediencia debida, omitiendo un análisis exhaustivo de tal término al momento de analizar el delito de desobediencia. Esto es así porque en el análisis de la conducta típica del delito de desobediencia, de manera tradicional, se ha venido centrando la atención en cuestiones como la cualificación del sujeto que emite la orden –y que por tanto, soporta la acción del delito de desobediencia–, la forma de emitirse y comunicarse esa orden, la licitud de la misma, así como la acción u omisión de quien es destinatario de la orden y en consecuencia, sujeto activo del delito.

Claro está que la orden o mandato, constituye un mensaje que emana del emisor (autoridad o agente) y que va destinado al receptor (ciudadano obligado a cumplir). Y es que, el mandato o mensaje es el punto clave de la acción, puesto que será el factor decisivo y desencadenante de la reacción del receptor de mismo⁴⁸⁸. En consecuencia, las **características que ese mandato u orden** debe reunir, para ser presupuesto de un posible delito de desobediencia grave, son:

- a) Que sea expreso, determinante y claro.
- b) Que imponga al particular una conducta activa u omisiva indeclinable, es decir que la misma sea de obligado cumplimiento para éste y para ello es indispensable que tal mandato sea dictado por la autoridad competente en el ejercicio de sus funciones y que tal requerimiento no pueda calificarse como antijurídico. En definitiva, la orden debe ajustarse a la ley pues en un Estado de Derecho ¿qué obliga al ciudadano de no ser el propio Derecho?

6.1.1. Orden o mandato expreso, determinante y claro.

Como muy bien apunta JUANATEY⁴⁸⁹ y siguiendo a la doctrina mayoritaria, las órdenes han de ser particulares y concretas, es decir, deben tratarse de mandatos dirigidos a personas determinadas y que obliguen a llevar a cabo acciones concretas y no clases de acciones. Por lo tanto, las disposiciones de carácter general y/o abstracto quedan fuera del ámbito de aplicación del delito que estudiamos. En consecuencia, la disposición contenida en una ordenanza municipal –por ejemplo– no podría dar lugar a la estimación del delito de desobediencia en tanto que no es un mandato concreto y personalmente dirigido a un sujeto sino una orden abstracta, pues de no ser así estaríamos elevando la categoría de este delito a todo incumplimiento de una norma⁴⁹⁰.

La jurisprudencia, por su parte, reitera la necesidad de que exista un mandato persistente y claro en sentencias⁴⁹¹ como la del Tribunal Supremo de 10 julio 1992 (RJ

⁴⁸⁸ TAMAYO, C.: «La acción en el delito de resistencia y desobediencia», *Cuadernos Jurídicos*, año 3, núm. 16, febrero 1994, p. 65.

⁴⁸⁹ JUANATEY DORADO, C.: *El delito de desobediencia...*, op. cit., p. 88.

⁴⁹⁰ CÓRDOBA RODA, J: *Comentarios al Código...*, op. cit., p. 2534.

⁴⁹¹ Así y a modo de ejemplo: SAP Barcelona núm. 65/1996, de 29 febrero (ARP 1996, 82), SAP Granada núm. 206/2000, de 22 marzo (ARP 2000, 2207), SAP Sevilla núm. 433/1997, de 24 julio (ARP 1997, 1457) y SAP Zaragoza núm. 249/1997, de 23 junio (ARP 1997, 826).

1992, 6667) que recoge:

«La base y requisito indispensable y esencial para que pueda ser cometido el delito de desobediencia radica en la existencia de una orden o mandato directo, expreso y terminante dictado por la Autoridad o sus Agentes en el ejercicio de sus funciones, que sea conocido real y positivamente por quien tiene la obligación de acatarlo y no lo hace».

6.1.2. Orden o mandato dictado por autoridad competente en el ejercicio de sus funciones y conforme a Derecho.

Para que la orden o mandato pueda dar lugar a este tipo penal resulta esencial que haya sido emitida por autoridad competente, que ésta la haya dictado en el ejercicio de sus funciones⁴⁹² y que la misma no sea contraria a Derecho. En definitiva, es preciso que la orden sea legítima, entendiendo legitimidad como sinónimo de legalidad, es decir, como un requisito indispensable de validez de la orden.

Muy clara resulta la jurisprudencia⁴⁹³ cuando a tal respecto afirma:

«Si desobedecer equivale al incumplimiento de una orden o mandato emanado de la Autoridad o de sus agentes, mandato que, para ser legítimo, deberá revestir las formalidades legales y hallarse dentro de la competencia de quien lo da, dicha orden debe tener naturaleza concreta y no abstracta y dirigirse o hallarse especialmente destinada al sujeto que debe obedecerla, engendrando su legitimidad el deber correlativo de acatamiento, deber que no surgirá si, el que ordena no es competente o el mandato no reviste las formalidades legales, entre las que sin duda se encuentra que está dirigido a personas que por su condición o competencias puede y deba obedecer el mandato contenido en el requerimiento, en otro caso falta un presupuesto o elemento constitutivo del tipo que impide su apreciación y determinan en el presente caso la estimación del recurso».

Por lo tanto, es necesario que la autoridad o agente que dicta la orden o mandato esté legalmente habilitado, pues como dice QUERALT⁴⁹⁴ se requiere la existencia de una habilitación legal que autorice a la Administración a exigir el contenido del mandato. Junto a esto, es preciso que el contenido de esa orden se ajuste a Derecho, esto es, que no cree ni innove derecho objetivo, sino que se trate solo de aplicarlo. El que una orden o mandato innove Derecho objetivo comportará consecuencias, entre ellas la no vinculabilidad de la orden por la que se exteriorice, ya por no hallarse el ordenante en el ejercicio de su cargo,

⁴⁹² El estudio de este presupuesto tendrá lugar al final de este capítulo con motivo del análisis de los elementos objetivos del injusto relativos a los sujetos pasivos que soportan la acción.

⁴⁹³ Como muestra SAP de Lleida núm. 472/1998, de 22 de octubre (ARP 1998, 5037).

⁴⁹⁴ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *La obediencia debida en el Código Penal...* op. cit., p. 96.

ya por no ser competente para emitir tal orden⁴⁹⁵ o ya sea por no ajustarse la misma a la legalidad vigente.

En consecuencia, *que no existe obligación de obedecer los mandatos de la autoridad manifiestamente antijurídicos es algo en lo que coinciden todos los autores* que se han ocupado de tal cuestión, pero por el contrario, cuando se entra en detalles sobre cuándo puede decirse que un mandato es manifiestamente antijurídico o acerca de si es posible admitir la obligación de obedecer mandatos antijurídicos y en qué medida existe tal obligación, las opiniones no alcanzan, ni mucho menos el consenso⁴⁹⁶.

CEREZO⁴⁹⁷ se muestra contrario a la conclusión alcanzada por RODRÍGUEZ DEVESA⁴⁹⁸ para quien las sentencias o resoluciones judiciales son siempre obligatorias, salvo en los casos en que sean manifiestamente antijurídicas; pero a pesar de ello para aquel autor –CEREZO – tampoco es posible entender que cualquier defecto de competencia o cualquier falta de observancia de las formalidades legales determina la falta de obligatoriedad del acto estatal, pues en tal caso el acto podría ser obligatorio aunque su desobediencia no resulte punible. En realidad, termina concluyendo que los mandatos o actos evidentemente antijurídicos no son obligatorios. Para delimitar la obligatoriedad del mandato acude a la doctrina administrativista y procesalista para aclarar cuestiones relativas a los vicios de los actos jurídicos. A la postre, CEREZO argumenta lo siguiente: «En la doctrina de los vicios del acto administrativo se distinguen los vicios que hacen el acto *nulo*, los que lo hacen simplemente *anulable* y los que no permiten ni siquiera su impugnación. El acto nulo es como si no existiese. No produce ningún efecto jurídico. La nulidad puede ser alegada por el particular en cualquier momento y sus efectos se retrotraen al momento en que se realizó el acto. La Administración puede ignorarlo, e incluso revocarlo, sin necesidad de acudir al proceso de lesividad. La anulabilidad no excluye, en cambio, por sí misma, la eficacia del acto. Este produce efectos mientras no se declare su nulidad. La declaración de nulidad, en este caso, produce sólo efectos *ex nunc*, es decir, desde el momento en que se lleva a cabo. Hay vicios, por último, que determinan la irregularidad del acto administrativo, pero que no afectan de ningún modo a su validez. Un recurso que pretendiese su anulación no prosperaría»⁴⁹⁹. Continúa este autor su explicación aclarando que: «La existencia de actos antijurídicos obligatorios es reconocida también por la doctrina del Derecho procesal. Esta distingue, en efecto, entre la inexistencia, la nulidad, la anulabilidad y la simple irregularidad de los actos viciados. El acto procesal *no existe* cuando se ha omitido un requisito tan importante, que el acto no puede ser concebido sin él [...] El acto inexistente no produce efectos jurídicos. Es inválido de pleno derecho, sin necesidad de declaración del juez [...] El acto *nulo* existe, pero está afectado de un vicio esencial [...] no produce los efectos jurídicos a que está normalmente destinado. El hecho

⁴⁹⁵ Íbidem, p. 97.

⁴⁹⁶ Así lo advierte JUANATEY DORADO, C.: *El delito de desobediencia...*, op. cit., p. 103.

⁴⁹⁷ CEREZO MIR, J.: «Los delitos de atentado...», op. cit., pp. 340 y 341.

⁴⁹⁸ RODRÍGUEZ DEVESA, J.: «La obediencia debida en el Derecho Penal militar», en *REDM*, Madrid, 1957, p. 10.

⁴⁹⁹ CEREZO MIR, J.: «Los delitos de atentado...», op. cit., pp. 341.

de que la nulidad haya de ser declarada por el juez –puede hacerlo de oficio– es sólo una exigencia de seguridad jurídica [...]. Es *anulable* el acto afectado por un vicio no esencial. El acto anulable produce efectos jurídicos mientras su nulidad no sea declarada por el juez, a petición de los interesados. Hasta la declaración de nulidad, el acto es, pues, obligatorio, a pesar de su antijuridicidad. Obligatorio es también el acto meramente *irregular*, cuya validez no puede ser impugnada [...] el acto produce sus efectos jurídicos»⁵⁰⁰.

Así las cosas, para CEREZO los actos procesales o administrativos nulos de pleno Derecho no serán obligatorios, pero sí lo serán los anulables o simplemente irregulares. Bastante crítico se muestra ÁLVAREZ GARCÍA⁵⁰¹ con la opinión de este autor, a quien formula varias objeciones. Por un lado, considera desafortunada la aseveración de aquél cuando afirma que el acto nulo «es como si no existiese»; para ÁLVAREZ el acto nulo no sólo existe sino que es eficaz hasta tanto no se declare su nulidad por el órgano administrativo o el jurisdiccional. Por lo tanto, a juicio de este autor para lo único que legitima la afirmación de la invalidez de un acto administrativo es para afirmar la posibilidad de eliminar los efectos que pudiera haber producido. Por otra parte, apunta que la afirmación de CEREZO MIR resulta contradictoria cuando dice que el acto nulo no produce ningún efecto jurídico y en cambio afirma que la declaración de nulidad provoca el que los efectos de ésta se retrotraigan al momento en que se realizó el acto. Como consecuencia de ello ÁLVAREZ se pregunta por el sentido de la retroactividad si el acto nulo no produce ningún efecto, concretamente advierte que «Si la declaración de nulidad produce efectos *ex tunc* será porque el acto nulo no ha sido eficaz hasta el momento en que se ha declarado su nulidad, y es necesario retrotraer los efectos de la declaración de la nulidad hasta el momento que se dictó el acto para tratar de suprimir los efectos que haya podido producir ese acto nulo»⁵⁰². Asimismo, reprocha a CEREZO su afirmación en el sentido de que existen actos administrativos que son *inimpugnables* aunque estén afectados por algún tipo de vicio. Reconoce que si bien existen irregularidades no invalidantes, ello no quiere decir que los actos que las contengan sean inimpugnables ni que la impugnación no produzca ningún efecto. Para ÁLVAREZ «los actos administrativos gozan de una presunción iuris tantum de legalidad, de tal forma que únicamente mediante la estimación del recurso interpuesto por parte legitimada antela Administración o la jurisdicción, se verá atacada esa ficción de legalidad que les ampara. Por otra parte, esta presunción iuris tantum de legalidad supone también la eficacia inmediata de los actos, que solamente puede hacerse cesar [...] con la declaración de nulidad»⁵⁰³.

En semejante contexto, este autor esboza la llamada «*teoría de la apariencia*» que aunque mantiene la existencia de mandatos antijurídicos obligatorios, reduce su ámbito a aquellos que no fueran clara y terminantemente contrarios a un precepto de ley. Por lo tanto, aunque la orden sea gravemente antijurídica y deberá obedecerse bajo pena salvo que

⁵⁰⁰ Íbidem, pp. 346-347.

⁵⁰¹ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.: *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*, Bosch, Barcelona, 1987, p. 256-276.

⁵⁰² Íbidem, p. 258.

⁵⁰³ Íbidem, p. 259.

ello no resulte «manifiesto» ex ante, en el momento de su cumplimiento. Pero, frente a la teoría de la apariencia, lo que ÁLVAREZ verdaderamente propugna es la «teoría de la realidad», pues afirma que lo verdaderamente relevante es que las órdenes no manifiestamente antijurídicas, en tanto no se declare su ilegalidad, despliegan plenos efectos y, en consecuencia, poseen capacidad para modificar el mundo exterior. Esto hace que rechace la existencia de mandatos antijurídicos obligatorios. En conclusión, considera que si en ejecución de una orden aparentemente legítima, pero en el fondo contraria a Derecho, el subordinado realiza algún tipo penal, su conducta resultará justificada, no por la obediencia debida sino por el incumplimiento de un deber porque «si efectivamente solo se debe obediencia a aquellos mandatos ajustados (aunque sea por medio de una presunción iuris tantum) a Derecho, el sujeto al obedecer lo que está haciendo es cumplir el deber impuesto por la norma de dar ejecución a los mandatos ilícitos»⁵⁰⁴. Pero, por el contrario, si el subordinado conoce la antijuridicidad de la orden –bien porque la ilegalidad es manifiesta o bien porque lo sabe en virtud de sus conocimientos especiales– no hay obligación de obedecer y, por tanto, si la ejecuta responderá por el ilícito penal a que pueda dar lugar el cumplimiento de la misma. En cambio, en el caso de que la orden sea aparentemente legítima pero en el fondo contraria a Derecho y el sujeto, desconociendo su carácter antijurídico, la desobedece –a juicio de este autor– no cabe la justificación de la conducta.

JUANATEY DORADO plantea algunas observaciones a la postura de ÁLVAREZ. En su opinión «la existencia de una presunción de legalidad a favor de un acto administrativo o procesal no significa que tal acto sea, por ello conforme a Derecho; el acto será o no antijurídico, con independencia de que se presuma su legalidad. La conducta de asesinar a otro no deja de ser antijurídica por el hecho de que, en tanto no se demuestre lo contrario, se presuma la inocencia de quien la ha realizado. Precisamente la «realidad» es que si los actos infringen la legalidad vigente son antijurídicos, aunque por razones de coordinación, mientras no se declare la nulidad, esto es, también está cubierto por una presunción de legalidad»⁵⁰⁵. La diferencia de argumentos radica en que en casos como estos ÁLVAREZ considera el acto antijurídico y entiende que no existe obligación de obedecerlo.

Plenamente convencido se muestra QUINTERO OLIVARES⁵⁰⁶, de que frente a las sentencias no cabe nunca la desobediencia «justificada». Resulta interesante matizar que a pesar de que se use con asiduidad el término sentencia como mandato que de ser ignorado puede derivar en un delito de desobediencia, lo mismo ocurre con los autos y providencias, ya que los mismos poseen idéntico poder vinculante a efectos de este tipo delictivo, siendo por tanto más correcto aludir a resoluciones judiciales, las cuales pueden incardinarse en el término «decisiones».

⁵⁰⁴ Íbidem, p. 267.

⁵⁰⁵ JUANATEY DORADO, C.: *El delito de desobediencia...*, op. cit., pp. 109 y ss.

⁵⁰⁶ QUINTERO OLIVARES, G.: «El delito de desobediencia y de desobediencia justificada» *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 12, 1980, p. 67.

Lo cierto es que, uno de los principales problemas que plantea el delito de desobediencia estriba en la fijación de la frontera que lo separa de la desobediencia justificada. Y es que, el sistema jurídico-penal autoriza a desobedecer a partir de cierto grado de ilicitud, por debajo del cual fuerza a la obediencia, disculpando al afectado si el inevitable cumplimiento del deber ha acarreado la realización de un tipo de delitos, del que habrá de responder quien dio la orden⁵⁰⁷.

En torno a esta problemática, concretamente la relativa a la existencia de órdenes de contenido antijurídico que deban ser obedecidas, MORILLAS CUEVA⁵⁰⁸ –siguiendo a RODRÍGUEZ DEVESA⁵⁰⁹– pone en orden las múltiples soluciones doctrinales ofertadas al tema. Alude concretamente a:

a) Teoría de la gravedad: la orden no debe ser obedecida cuando el hecho ordenado reviste una extraordinaria gravedad.

b) Teoría de la apariencia: la orden debe ser obedecida cuando tenga apariencia de licitud.

c) Teoría de la habitualidad: el mandato debe ser obedecido cuando la orden se refiera a las relaciones habituales entre el que manda y el que obedece.

d) Teoría de la diferenciación: hay que distinguir entre funcionarios constituidos en autoridades o no. El deber de obedecer es menos riguroso para aquellos que para éstos.

e) Teoría del error: la orden debe ser obedecida cuando el inferior ignora el contenido ilícito del mandato o a pesar de conocerlo cree que está obligado a obedecer.

f) Teorías mixtas: resultan de la combinación de algunos de los puntos de vista anteriores.

g) Teoría de la obediencia ciega: el inferior está obligado a obedecer en todo caso, aunque se le ordene la comisión de un delito.

En realidad, todas estas teorías se pueden reconducir a tres posibilidades⁵¹⁰ genéricas:

- La negación de mandatos antijurídicos obligatorios⁵¹¹.
- La afirmación de todos los mandatos antijurídicos⁵¹².

⁵⁰⁷ Íbidem, pp. 74 y 75.

⁵⁰⁸ MORILLAS CUEVA, L.: *La obediencia debida...*, op. cit., p. 67 y ss.

⁵⁰⁹ RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.: «La obediencia debida en el Derecho Penal Militar», *Revista de Derecho Militar*, 1957, pp. 32 y 33.

⁵¹⁰ MORILLAS CUEVA, L.: *La obediencia debida...*, op. cit., pp. 68 y 69.

⁵¹¹ Postura adoptada por JARAMILLO GARCÍA, A.: *Novísimo Código Penal comentado y cotejado con el de 1870*, Vol. I. Libro I. Salamanca, 1982, p. 130 y JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Tratado de...*, op. cit., pp. 805-807.

⁵¹² Corriente prácticamente abandona en la actualidad.

- La aceptación condicional⁵¹³.

MORILLAS CUEVA tras un análisis pormenorizado y minucioso de las distintas alternativas⁵¹⁴ en torno al tema, concluye lo siguiente:

a) Lo que subyace a esta problemática es un conflicto de legalidades entre la obediencia jerárquica y la juricidad cuya preeminencia es necesario dejar bien clara. El Estado social y democrático de Derecho definido en nuestra Constitución exige el sometimiento de los órganos de la Administración a la ley y la sujeción a responsabilidad por sus actos ilegales. En ningún caso se puede privilegiar la autoridad sobre la ley en la que precisamente radica su origen y su fuerza vinculante. Por lo tanto, este autor zanja la polémica en el sentido de prioridad de la ley, y por tanto, entiende que las órdenes ilegales no son obligatorias.

b) Reconoce, que es posible que en supuestos de escasa significación el legislador pensando en una adecuada fluidez de la Administración del Estado valore el deber de obediencia del subordinado respecto del superior en cuanto principio de orden fundamental para toda la actividad del Estado, en mayor grado que el deber de obediencia del orden jurídico. El superior seguiría vinculado al principio de legalidad del poder ejecutivo pero aceptaría por finalidades del servicio una insignificante vulneración del Derecho.

c) En el caso de que el sujeto conozca el contenido delictivo del mandato y este vulnerara de forma manifiesta el ordenamiento jurídico, resulta evidente que el mismo no es obligatorio y si el sujeto actúa en la creencia de que no es antijurídico y lo estima obligatorio, cabría la aplicación de la eximente, aunque el mandato de naturaleza delictiva no sea de hecho obligatorio. En consecuencia, en ninguno de estos casos el mandato generador de la conducta delictiva es vinculante.

Por otro lado, VIVES ANTÓN considera que no puede extraerse del Código Penal la existencia de una obligación de obedecer órdenes que infringen normas jurídicas de un modo no manifiesto. Este autor propone lo siguiente: «En un Estado democrático cual el proclamado por la Constitución de 1978 toda autoridad procede de la Ley y la fuerza de todas y cada una de las decisiones de la autoridad reside en su cobertura legal. En consecuencia, la naturaleza del principio de legalidad no puede, bajo ningún concepto, alzaprimar a la autoridad, en ningún caso, respecto a la Ley en la que radica su origen y su fuerza vinculante. Si se dispensa protección incluso penal al principio de *autoridad*⁵¹⁵ es porque la Ley se hace efectiva a través de decisiones de los poderes públicos»⁵¹⁶. Este autor continua aclarando la cuestión cuando dice: «En el supuesto de órdenes o mandatos que,

⁵¹³ Esta opción, con diversas alternativas, es la más estable y seguida por la doctrina.

⁵¹⁴ Para mayor información, MORILLAS CUEVA, L.: *La obediencia debida...*, op. cit., pp. 67 y ss.

⁵¹⁵ Tal y como hace JUANATEY, op. cit., p. 111, sustituimos la referencia al principio de legalidad que aparece en el texto por la referencia al principio de autoridad, pues parece que la alusión al principio de legalidad debe obedecer a una errata, ya que de lo contrario el texto no puede comprenderse.

⁵¹⁶ VIVES ANTÓN, T.S.: «Consideraciones político-criminales en torno a la obediencia debida», *Estudios Penales y Criminológicos*, Universidad de Santiago de Compostela, 1982, pp. 143 y 144.

infringiendo la Ley, no lo hagan de forma manifiesta, clara y terminante, la conducta del funcionario que desobedece será típica: se ha negado a dar cumplimiento a una orden aparentemente legítima y, por lo tanto, de algún modo ha comprometido el ejercicio legítimo de la autoridad»⁵¹⁷ y concluye afirmando que «no puede deducirse del art. 369 del Código Penal que existan en nuestro ordenamiento mandatos antijurídicos obligatorios. Y si las consideraciones hasta ahora efectuadas son certeras mal podría llegarse a la conclusión de su existencia a partir de cualquier otro precepto concreto, pues un sistema que admita tales mandatos deviene indefectiblemente antinómico y contradictorio»⁵¹⁸.

JUANATEY⁵¹⁹ responde a las conclusiones de VIVES planteando algunas dudas sobre su tesis, concretamente pone de manifiesto su confusión en relación a si la conducta del subordinado que obedece una orden aparentemente legítima pero en el fondo delictiva, resulta justificada en virtud del cumplimiento de un deber o si simplemente excusada. La laguna –a su juicio– se plantea cuando la orden es aparentemente legítima pero en el fondo constitutiva de una infracción penal, pues VIVES parece aseverar que hay obligación de obedecer pero igualmente matiza que la desobediencia estará siempre justificada ya que, en su parecer, es inadmisibles la aceptación de mandatos antijurídicos obligatorios. Todas estas aseveraciones son interpretadas por JUANATEY entendiendo que –a juicio de VIVES– la conducta de quien obedece un mandato aparentemente legítimo pero en el fondo contrario a Derecho, es simplemente excusable.

En resumen, la doctrina no consigue ponerse de acuerdo en cuanto al tratamiento que debe dársele a los llamados «mandatos antijurídicos obligatorios», pues para un sector tales actos deben considerarse actos administrativos o procesales anulables o irregulares; mientras que para otros son obligatorios todos los mandatos de la autoridad que, a pesar de ser antijurídicos, no lo sean de forma manifiesta; y tampoco faltan quienes niegan la existencia de tales mandatos, considerando que su aceptación choca con los principios constitucionales sobre los que se asienta nuestra forma de Estado.

De igual forma, la doctrina concibe de forma muy dispar el concepto de los llamados «mandatos manifiestamente antijurídicos», ya que para algunos sólo serán mandatos manifiestamente antijurídicos aquellos que aparezcan claramente como tales de acuerdo con el punto de vista del hombre medio situado en la circunstancia respectiva, para otros debe decidir el criterio del hombre medio colocado en el momento de la acción y con todos los conocimientos especiales que pudiera tener el autor en dicho momento⁵²⁰.

De manera exhaustiva y pormenorizada analiza la JUANATEY⁵²¹ toda esta problemática y concluye que, en lo referente a la admisión o no de mandatos obligatorios antijurídicos, los mismos deben reconocerse, y ello como consecuencia de la protección que debe otorgarse al principio de autoridad. La citada autora considera que la negación de tales

⁵¹⁷ *Íbidem*, p. 145.

⁵¹⁸ *Ídem*.

⁵¹⁹ JUANATEY DORADO, C.: *El delito de desobediencia...*, op. cit., pp. 112 y 113.

⁵²⁰ *Íbidem*, pp. 114 y 115.

⁵²¹ *Íbidem*, pp. 114 a 126.

mandatos no se puede extraer de lo dispuesto en el Código Penal ya que tanto de la descripción típica del artículo 556 –que no incluye la necesidad de que el ejercicio de las funciones sea legítimo– como el apartado segundo del artículo 410 –que exime de responsabilidad sólo en los casos en los que el mandato sea manifiesta, clara y terminantemente ilegal– cabe deducir que solo cuando los mandatos sean manifiestamente antijurídicos decaerá el deber de obedecer. Por su puesto, y tal y como se encarga esta autora de aclarar, si bien el artículo 410 del CP no vincula al 556 del mismo texto, lo cierto es que sí que debe regir si interpretación en virtud de los principios de coherencia y de consistencia que deben caracterizar el ordenamiento jurídico.

Para esta autora⁵²² cuando las directivas de la autoridad o de sus agentes sean aparentemente legítimas, en principio, habrá que obedecerlas. Pero a pesar de ello considera que tal obligación no impide que en determinados casos concretos la desobediencia a una orden aparentemente legítima pero en el fondo antijurídica pueda verse justificada en virtud de la concurrencia de un estado de necesidad, ya que puede que se lesione el principio de autoridad pero se proteja un bien de mayor valor. Esto es así porque si un sujeto recibe una orden de la autoridad que él considera antijurídica y la desobedece para evitar el mal –mayor– que supondría su cumplimiento, su conducta puede verse justificada en virtud de lo dispuesto en el artículo 20.5 del CP. En el caso de que el sujeto desobedezca la orden pero desconozca el carácter delictivo de la misma, según esta autora, su conducta es típica y antijurídica y no cabe la aplicación del estado de necesidad justificante pues falta el elemento subjetivo de la eximente de actuar ante una situación de necesidad y para evitar un mal mayor. Propone a modo de “*lege ferenda*” que en estos casos en los que la orden de la autoridad es constitutiva de delito cabría establecer una causa de exclusión de la pena similar a la contemplada en el artículo 207 del CP, así la conducta de quien desobedece tal orden aun siendo típica, antijurídica y culpable quedaría exenta de pena.

En conclusión, el criterio general acuñado por JUANATEY se pone de manifiesto cuando dice: «Me parece correcto [...] acotar a los actos nulos de pleno derecho mencionados los supuestos de mandatos manifiestamente antijurídicos, pero añadiendo el requisito objetivo de su valoración como tales por el ciudadano medio. De este modo, por un lado, los mandatos manifiestamente antijurídicos se limitan a las infracciones más graves, sin que cualquier infracción normativa, aunque sea manifiesta, pueda eximir de la obligación de obedecer las directivas de la autoridad. Por otro lado, el deber de obediencia no se hace depender de los conocimientos técnicos o especiales de los individuos, pues esto último significaría, en mi opinión, negar prácticamente la existencia de autoridades».⁵²³

Nuestra postura pasa por entender que *el ciudadano tiene el deber de obedecer las órdenes o mandatos promulgados por autoridad competente, en el ejercicio de sus funciones y siempre que los mismos no sean manifiestamente antijurídicos*, es otras palabras, siempre que el ciudadano medio no advierta la ilegalidad manifiesta del mismo en cuyo caso estaría exento de obedecer. El deber de obediencia a la autoridad tiene su origen

⁵²² Op. cit., p. 115.

⁵²³ Op. cit., p. 126.

en las especiales funciones que tales sujetos tienen establecidas como son salvaguardar el orden vigente y la seguridad ciudadana y en definitiva el equilibrio del propio sistema, por lo que si el mandato emitido escapa a ese orden constitucionalmente establecido y se aleja del ordenamiento jurídico vigente no hay sentido alguno en obedecer, pues el Derecho Penal no puede obligar a aceptar y obedecer mandatos contrarios a la ley. No debemos olvidar que en un Estado social y democrático de Derecho toda autoridad, jerarquía y fuerza vinculante nace única y exclusivamente de las leyes que rigen el sistema y en consecuencia cualquier orden, mandato, directiva o decisión que no tenga su origen en el Derecho vigente no tendrá poder vinculante pues es esa la única fuente de legitimidad. Ahora bien, a pesar de ello y para mantener el correcto funcionamiento de las instituciones *es preciso que el ciudadano reconozca y asuma su posición de subordinado no ya ante la autoridad propiamente dicha sino ante lo que ésta representa y en consecuencia salvo en esos casos excepcionales que acabamos de plantear, no sería conveniente conceder al ciudadano medio la potestad de cuestionar y analizar cada mandato promulgado por autoridad o agente competente, pues si el mismo no presenta una manifiesta antijuridicidad o ilicitud, tendrá que ser obedecido en todo caso por el subordinado. Otra cosa es, que en los casos en los que exista un conflicto de bienes jurídicos y el mandato emitido pueda vulnerar un derecho de mayor incidencia que el bien jurídico protegido por el tipo penal de desobediencia, el sujeto tenga justificada su actitud desobediente como consecuencia de la aplicación del artículo 20.5 CP si es que se dan todos los requisitos del estado de necesidad. En semejante situación su conducta sería típica aunque justificada. Asimismo, en los casos en los que la orden o mandato revista algún vicio que le haga anulable, el ciudadano estará igualmente obligado a obedecer pero podrá, en su caso, instar la anulabilidad de tal orden a fin de que la misma sea impugnada y se retrotraigan los efectos que hubiera podido producir pero tal operación nunca procederá de oficio sino que el ciudadano tendrá el deber de obedecer y la facultad de que ese mandato sea revisado y ratificado o, en su caso, impugnado por autoridad competente.* Este es el caso, por ejemplo, de las resoluciones o decisiones judiciales –sentencias, autos y providencias– que obligan al sujeto con independencia de que si las mismas revisten algún vicio, sea posible su revisión y el ciudadano pueda instar la «ineficacia» de la misma dentro de los cauces legalmente establecidos.

Por lo tanto, en un Estado social y democrático de Derecho la actuación de la autoridad puede discutirse, de manera que sus órdenes y mandatos podrán valorarse y enjuiciarse para verificar su sujeción y respeto a la ley pero por el bien del organigrama establecido y en virtud del buen funcionamiento de las instituciones nunca podrá ignorarse un mandato, orden, requerimiento o resolución emitida por una autoridad legalmente establecida y en el ejercicio de sus funciones, salvo que el contenido de ese requerimiento sea manifiestamente antijurídico a los ojos de cualquier ciudadano en cuyo caso no estará obligado a obedecer lo que excede del Derecho vigente.

Muy clara resulta la SAP de Cantabria núm. 67/1999, de 13 mayo (ARP 1999, 1949) cuando acertadamente afirma:

«Se ha considerado desde antiguo que no existe desobediencia en el incumplimiento de órdenes concretas emanadas de autoridades o sus agentes en

materias que exceden claramente de su competencia, sin las formalidades legales o manifiestamente contrarias a la Constitución o las Leyes; pero es claro que no por ello el particular puede desobedecer las concretas órdenes impartidas a pretexto de no ser conformes a Derecho en cuanto a su fondo o haber incurrido en error la autoridad o funcionario, pues el cuestionamiento de esos aspectos tiene su cauce adecuado en los recursos que la propia legislación prevé, lo que, en definitiva, permite reconocer la existencia de mandatos antijurídicos obligatorios, siempre que esa antijuridicidad no sea evidente, manifiesta y suponga vulneración de preceptos constitucionales o normas imperativas; admitir lo contrario socavaría sin duda gravemente el correcto funcionamiento de las instituciones».

6.2. El requisito del conocimiento de la orden. Conceptos de requerimiento y apercibimiento.-

Para que sea posible aplicar el tipo penal de la desobediencia, es preciso que la orden o mandato emanado de autoridad en el ejercicio de sus funciones, además de ser acorde a la ley, haya sido comunicada al sujeto obligado por medio de un requerimiento. No cabe duda alguna de que la orden debe ser particular, es decir, debe ir dirigida a uno o varios sujetos perfectamente identificados, los cuales deben haber tenido conocimiento de la existencia de esa orden mediante un requerimiento que ha de ser formal, personal y directo a la par que expreso y claro. Así lo viene a aclarar el Tribunal Supremo en sentencias como la de 10 de julio de 1992 (RJ 1992, 6667) en la que se afirma que la base y requisito indispensable y esencial para que pueda ser cometido el delito de desobediencia radica en la existencia de una orden o mandamiento directo, expreso, y terminante dictado por la autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, que sea conocido real y positivamente por quien tiene la obligación de acatarlo y no lo hace.

El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua define **requerimiento** como un «acto judicial por el que se intima que se haga o se deje de hacer alguna cosa». En consecuencia, y siguiendo a MESTRE, en nuestro contexto podríamos entender que «el requerimiento es un acto judicial, y en su caso administrativo, por el que se hace saber, se notifica que se haga o deje de hacer alguna cosa, bajo el apercibimiento de corrección o de pena [...] En definitiva, el requerimiento es una notificación en sentido amplio, ya que tiene por objeto hacer saber al administrado el contenido de una resolución judicial o administrativa, si bien contra el apercibimiento de proceder contra aquél por el delito de desobediencia».⁵²⁴

La exigencia de **requerimiento formal** exige que el mismo se practique en legal forma, es decir, en la forma prevenida por la Ley de que se trate. Por su parte, la Ley de Enjuiciamiento Criminal fija en los artículos 166 y siguientes la forma legal en la que han de practicarse las notificaciones, citaciones y emplazamientos, mientras que la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil se ocupa de tal cuestión en el artículo 149 y los que

⁵²⁴ MESTRE LÓPEZ, J.: *El delito de desobediencia...*, op. cit., pp. 36 y ss.

le siguen, y de semejante modo, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común se ocupa de esta cuestión en los artículos 58 a 61. De este modo, sólo cuando la orden o mandato legal haya sido notificado de modo correcto, podrá entenderse que el requerimiento cumple con los requisitos de formalidad que se exigen como presupuesto del tipo penal de desobediencia.

Por otro lado, la exigencia de que tal requerimiento se efectúe de manera **personal** no plantea problema interpretativo alguno, pues como es lógico, se está refiriendo a que el requerimiento se haga a la persona que tenga que cumplir la orden o mandato, no siendo válido, por ejemplo, el requerimiento efectuado a través de publicación en un Boletín Oficial ya sea del Estado, o de la Provincia o Comunidad Autónoma de que se trate⁵²⁵.

En lo que a la referencia a requerimiento **directo** concierne, la misma era perfectamente prescindible, pues en realidad supone una evidente reiteración, ya que con ello no se exige más que tal requerimiento no se haga a través de otra persona, sino directamente a la persona a la que va dirigido el mandato u orden. En tal contexto, por tanto, con la exigencia de requerimiento personal queda ya incluida la necesidad de que el mismo sea directo⁵²⁶.

Inevitable resulta, a tenor de lo expuesto, que se nos plantee la duda en torno a los casos en los que la autoridad o agente emite una orden verbal. En tal caso, aunque el requerimiento no se haya producido en la forma clásicamente establecida, la jurisprudencia entiende que es perfectamente posible que se produzca el delito de desobediencia, siempre que quede suficientemente acreditado que el sujeto obligado tuvo conocimiento de la orden en cuestión. Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en sentencias como la de 19 de septiembre de 1988 (RTC 1988, 160) y el Tribunal Supremo en sentencia de 29 de abril de 1983 (RJ 1983, 2319), en las que se ha venido a significar que aunque la notificación no se haya realizado personalmente, el requisito se cumple si tuvo conocimiento de los requerimientos. Es evidente, que en determinados supuestos como es el caso de los miembros de la Guardia Civil o de la Policía Local que gestionan el tráfico, o incluso en las órdenes emitidas por cualquier otro agente de la autoridad –tales como dar el alto, proceder a un registro de vehículo, etc.– no haya más remedio que omitir todas esas exigencias legales en torno a la forma de transmitir el mandato u orden, pues francamente de lo contrario, sería imposible que tales profesionales realizaran su trabajo. Ahora bien, en virtud de la seguridad jurídica exigible y teniendo en cuenta que el incumplimiento de esa orden puede dar lugar a un delito, entendemos que es imprescindible exigir que de las circunstancias concretas del supuesto de que se trate no quede ni la más mínima duda de que el sujeto ha tenido constancia y conocimiento inequívoco de la orden emitida, de manera que tal circunstancia quede suficientemente acreditada pues no resultaría factible imputar un delito de desobediencia si cabe la más remota posibilidad de que el sujeto obligado no haya tenido conocimiento de la orden o mandato que le obligaba.

⁵²⁵ Íbidem, pp. 36-41.

⁵²⁶ Op. cit., pp. 38-39.

En el caso de actos administrativos, sentencias o cualesquiera otros mandatos, órdenes, o directivas consideramos que deben apreciarse, sin exclusión, todos y cada uno de los requisitos expuestos, pues es el requerimiento –o lo que es lo mismo– la forma de comunicar la orden, merece tener un protagonismo destacado en un tipo penal de tales características.

No cabe duda alguna, y aunque pueda incluso resultar obvio, que para que pueda considerarse punible el incumplimiento es preciso, en primer lugar, que exista una orden o requerimiento concretos, y en segundo lugar, ha de quedar constancia de la recepción del mismo por el destinatario. El propio Tribunal Supremo en sentencias como la de 10 de julio de 1992 (RJ 1992, 6667) se ha encargado de insistir en que:

«... la base y requisito indispensable y esencial para que pueda ser cometido el delito de desobediencia radica en la existencia de una orden o mandato directo, expreso y terminante dictado por la Autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, que sea conocido real y positivamente por quien tiene obligación de acatarlo y no lo hace...».

En consecuencia, cuando la orden o mandato no hayan sido notificadas formalmente al sujeto que debe cumplirlas, por mucho que éste con su comportamiento denote el conocimiento de la misma, no será posible la comisión del delito de desobediencia, pues en virtud de las garantías propias del orden penal, es indispensable que se haya cumplido de manera inequívoca con el requisito del requerimiento formal para que pueda darse lugar a una conducta punible.

La jurisprudencia tradicionalmente viene declarando que para que aparezca el delito de desobediencia es necesario un mandato persistente y reiterado de modo que, frente a él, quede de manifiesto una actitud de oposición tenaz y rebelde, obstinada y terminante, que es lo que constituye la esencia de esa infracción penal; llegando incluso a declarar que la simple existencia de una orden judicial con el consiguiente requerimiento, seguido de una negativa sin ulterior repetición del mandato ni apercibimiento de clase alguna, no puede constituir el delito aquí examinado⁵²⁷.

Desde luego que, desde nuestra óptica, resulta del todo imprescindible que la orden o mandato sean persistentes y reiterados pues así se desprende de la propia descripción de la conducta típica, en la que, como veremos, se exige una voluntad persistente y reiterada de desatender la orden establecida.

Una de las principales dudas estriba en si es preciso que al mandato expreso le acompañe un **apercibimiento** concreto hacia el sujeto que está obligado al cumplimiento, de modo que resulte necesario apercibirle de manera concreta de las consecuencias de su desobediencia. Hay quienes⁵²⁸ consideran que dicho requerimiento se da cuando la orden se

⁵²⁷ En tal sentido, Sentencias del Tribunal Supremo de 10 noviembre de 1989 (RJ 1989, 8605), 10 de julio de 1992 (RJ 1992, 6667) y de 7 de junio de 1994 (RJ 1994, 4541), entre otras muchas.

⁵²⁸ A modo de ejemplo: CÓRDOBA RODA, J.: Comentarios al Código..., op. cit., p. 2534.

dirige de forma personal y concreta a su destinatario, sin que sea preciso que al mismo se le aperciba de las consecuencias que la desobediencia puede comportar. En consecuencia, la oposición se podría consumir desde el mismo momento en que haya notificado de forma personal y concreta la orden dictada.

La jurisprudencia mayoritaria considera que resulta necesaria la advertencia clara y expresa de las consecuencias penales que para el sujeto se puedan derivar con su conducta obstaculizadora. Así pues, en palabras de la SAP de Girona núm. 83/1998, de 12 de marzo (ARP 1999,3038):

«Es requisito necesario para su comisión que el requerimiento realizado a la persona que debe acatar la orden para que dé cumplimiento a la misma debe ir acompañado de los apercibimientos de rigor, que no son otros que la expresa advertencia de las consecuencias que el incumplimiento de la orden le puede acarrear, en este caso, la comisión de un delito previsto en el artículo 380 del Código Penal».

En conclusión, y a nuestro juicio, es preciso que exista un apercibimiento previo aunque ello no sea un requisito formalmente constituido en la letra de la ley, pero en absoluto es preciso que tal apercibimiento sea reiterado, como tampoco es preciso que lo sea el requerimiento, pues es posible que el sujeto activo deje clara constancia de su conducta desobediente aun en el caso en que se produzca un único requerimiento. Aunque resulte obvio, es imprescindible tener claro que una cosa es el requerimiento –tal cual lo venimos exponiendo– entendido como la comunicación formal al administrado de la orden o mandato a cuyo cumplimiento está obligado, y otra bien distinta es el apercibimiento considerado como advertencia expresa a dicho sujeto de las consecuencias legales que conlleva su actitud desobediente.

6.3. Negativa u oposición del sujeto a cumplir lo compelido. Acción de desobedecer.-

Una vez comunicada la orden o mandato al sujeto que está obligado a cumplirla, y siempre que se den los requisitos previos que hemos analizado, llega el momento de evaluar la actitud que el mismo adopta frente a la orden dada. Desde un punto de vista estrictamente gramatical, «desobedecer» significa no hacer uno lo que le ordenan las leyes o los superiores. Por lo tanto, y aunque ello suponga insistir, resulta claro que a tenor del precepto que tipifica este tipo delictivo, la desobediencia irá referida a órdenes o mandatos que se ajusten a las exigencias expuestas en los epígrafes precedentes.

Desde luego, que el núcleo de la conducta típica se halla en la obstinada oposición por parte del requerido a hacer o no hacer aquello que se le ha ordenado⁵²⁹.

La jurisprudencia, desde tiempos incluso previos a la entrada en vigor de la

⁵²⁹ COBO DEL ROSAL, M. y OTROS: *Derecho penal. Parte especial...*, op. cit., p. 1097.

Constitución española, ha venido definiendo de modo muy concreto la acción de desobedecer, y –a título de ejemplo– en la STS de 4 de noviembre de 1960 (RJ 3535, 1960) se decía:

«Que el delito de desobediencia previsto y penado en el artículo 237 del Código Penal –actual artículo 556 del Código vigente– no se perpetra por el mero incumplimiento de lo ordenado por la Autoridad, sino que requiere en el que lo hace una neta posición de rebeldía que implique una maliciosa intención de desconocer el mandato autoritario en ofensa o menosprecio del principio de autoridad».

El TS⁵³⁰ ha definido la desobediencia como la acción de no cumplir una orden emanada de la autoridad o sus agentes, dictada en el ámbito de su competencia y revestida de las formalidades legales. En palabras del propio Tribunal es precisa una negativa **manifiesta, franca y terminante**, un incumplimiento no que no sea fruto de una negligencia sino que tenga su origen en la **voluntad de no cumplir**.

Así, la STS núm. 1219/2004, de 10 de diciembre (RJ 2004, 7917) señala la acción de este delito como:

«La negativa u oposición voluntaria, obstinada o contumaz a la misma, que revela el propósito de desconocer deliberadamente la decisión de la autoridad la negativa u oposición voluntaria, obstinada o contumaz a la misma, que revela el propósito de desconocer deliberadamente la decisión de la autoridad.»

Por lo tanto y una vez definida la acción de desobedecer, no cabe ninguna duda de que la conducta desobediente no puede estar acompañada por actitud violenta alguna, ni de tipo corporal ni intimidatorio, sino que es indispensable que el comportamiento del sujeto activo no exceda de una actitud pasiva, desobediente, a pesar de que ello pueda suponer cierta acción, pues habrá supuestos en los que la orden consista –precisamente– en no realizar determinado comportamiento y por tanto el hecho de no ejecutarlo, la omisión de la orden, sea que le que dé lugar al delito de desobediencia. Será por esto, que la doctrina ha venido discutiendo sobre si se trata de un delito de omisión o de acción, en función de que el mandato recibido consistiera en hacer o no hacer algo, y respecto a ello ha venido concluyendo⁵³¹ que ambas formas comitivas serán posibles, en la medida en que ello dependerá exclusivamente del contenido de la orden. La jurisprudencia⁵³² lo apostilla cuando afirma:

«La naturaleza de la acción de desobedecer depende de que el mandato implique un hacer o un no hacer, por lo cual, en el primer caso se tratará de una

⁵³⁰ Entre muchas otras, la STS de 19 de noviembre de 1990 (RJ 1990, 10477).

⁵³¹ Entre otros, PRATS CANUT, J.M. en QUINTERO OLIVARES, G y OTROS: *Comentarios al nuevo...*, op. cit., p. 2467 y VIVES ANTÓN, T.S. y OTROS: *Comentarios al Código...* op. cit., p. 2087.

⁵³² Como muestra, STS de 17 de febrero de 1992 (RJ 1992,1191).

omisión, y en el segundo de una acción propiamente dicha o en sentido estricto. Y por tanto la desobediencia consiste en el incumplimiento de orden o mandato emanados de la autoridad competente con las formalidades legales y puede consistir en comisión o en omisión (y por tanto en comisión omisiva, que es frecuente en sujetos responsables de la conducta de otros).»

En consecuencia, y aunque desde el punto de vista más puramente etiológico «desobedecer» signifique una negativa a cumplir con lo que se ordena, lo cierto es que no toda negativa es susceptible de incardinarse en el delito de desobediencia. De la propia naturaleza del Derecho Penal se desprende que éste sólo intervendrá en los casos en los que la desobediencia tenga una entidad lo suficientemente significativa como para provocar la lesión del bien jurídico. En coherencia con ello, y para que se constituya el ilícito es precisa la existencia de una «**negativa abierta**» por parte del sujeto obligado, esto es: *expresa y terminante*, a cumplir una orden o requerimiento que se ajuste a Derecho.

La exigencia de una «negativa abierta» es común a todas las conductas desobedientes tipificadas en el Código Penal actual, tales como la recogida en el artículo 410 CP en el cual se constituye el delito especial de desobediencia de autoridades o funcionarios públicos, o la del artículo 383 CP que consiste en negativa al sometimiento a las pruebas legalmente establecidas para la detección de la conducción bajo los efectos del alcohol, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, conducta que tradicionalmente era expresamente remitida en cuanto a sus consecuencias jurídicas, al propio delito de desobediencia del artículo 556 CP. La actual redacción de este tipo penal –mediante la Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de seguridad vial– no sea aleja en lo sustancial de lo establecido en el anterior artículo 380, pues la no remisión en cuanto a las consecuencias jurídicas, al artículo 556, encuentra su única razón de ser en que la negativa al sometimiento de las pruebas será castigada, además de la con la pena propia de un delito de desobediencia –esto es con la prisión de seis meses a un año– con la privación del derecho a la conducción. En realidad, y por tanto, la conducta descrita en este precepto sigue siendo una desobediencia, con la única originalidad de las circunstancias en las que se produce.

A pesar de ello, y aun siendo un elemento común en todas las desobediencias punibles, el Código Penal reduce la referencia al concepto de «negativa abierta» de modo que sólo el tipo contemplado en el artículo 410 alude a ello cuando estima que las autoridades o los funcionarios públicos cometerán el tipo cuando «se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales, decisiones u órdenes...». De ahí, que el tratamiento doctrinal en torno a este término se halle, como norma general, únicamente con motivo del análisis de esta figura delictiva.

Desde el punto de vista histórico, este concepto data del Código Penal de 1848. Con motivo de ello PACHECO⁵³³ la definía como *resistencia* para diferenciarla de la desobediencia a una orden reiterada. Siguiendo a QUINTERO OLIVARES⁵³⁴ podrían

⁵³³ PACHECO, J.E.: *El Código penal concordado y comentado*, Tomo II, 3ª edición, Imprenta de Manuel Tello, Madrid 1867, p. 437.

⁵³⁴ QUINTERO OLIVARES, G.: «El delito de desobediencia y...» op. cit., p. 70 y ss.

distinguirse tres posibles interpretaciones del sobre los comportamientos constitutivos de una «negativa abierta»:

a) Cualquier comportamiento que no sea el de cumplir lo mandado, con independencia de si es negligencia o acto consciente.

b) El incumplimiento doloso de lo mandado, como resultante exterior, incluso cuando sea por retraso, entorpecimiento, etc.

c) La manifestación abierta y directa de no querer cumplir la orden recibida, como única conducta subsumible en el tipo.

- La primera posibilidad será descartada porque la propia interpretación del tipo⁵³⁵ sólo permite la comisión dolosa.

- La segunda posibilidad, fue apoyada por algún sector doctrinal⁵³⁶ que entendía que el incumplimiento malicioso a través de argucias u obstáculos es lo que realmente la ley deseaba castigar. Para QUINTERO⁵³⁷ estos supuestos no debían ser constitutivos de la desobediencia de autoridades o funcionarios, encontrando la solución en el ámbito del Derecho Disciplinario. Este autor reconoce que en práctica son muchos los casos en los que la negativa se produce mediante el uso de subterfugios que, evitando la colisión franca y directa del funcionario con su superior produce, en cambio, idénticos resultados. Sin embargos, considera que realizar una interpretación extensiva plantea problemas de legalidad y conllevaría una aplicación de la norma del todo indeseable por cuanto contraria al reo.

- Por tanto, sólo quedaría el concepto de negativa abierta en sentido estricto, considerando que la característica «abierta» implica una connotación intencional que no sólo impediría la apreciación de la comisión culposa sino que además exigiría la concurrencia de dolo directo.

Como podemos comprobar, para dotar de contenido al concepto de «negativa abierta» este autor acude al dolo, haciendo gala con ello de su postura personal en torno a la imposibilidad de tratar el dolo como simple «forma de culpabilidad», desmarcándose del estilo causalista tradicional y asumiendo el concepto de dolo como inherente al tipo y fundamento para mejor entendimiento de cada figura delictiva.

Desde aquí, intentaremos acercarnos a un concepto más neutro de «negativa abierta» y para ello, hemos de realizar un breve recorrido por la jurisprudencia en torno al término.

Al igual que ocurre con la doctrina, desde el punto de vista jurisprudencial, la

⁵³⁵ Referido –como ya hemos apuntado- al estudio del delito de desobediencia de autoridades y funcionarios públicos, pero perfectamente extrapolable a delito de desobediencia del actual artículo 556 CP.

⁵³⁶ PUIG PEÑA: Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II, p. 344.

⁵³⁷ Íbidem.

cuestión no ha estado exenta de polémica, por cuanto podemos encontrar sentencias en la jurisprudencia más remota, que consideraban que la negativa abierta no exigía una manifestación precisa, sino que también estaba integrada por la simulación de acatamiento unida a dificultades para hacerla eficaz⁵³⁸. En otros casos se define como «clara, manifiesta y terminante»⁵³⁹ ó como «franca y categórica»⁵⁴⁰.

A modo de ejemplo, la SAP de Madrid núm. 80/1999, de 12 de enero (ARP 1999, 2009) refiriéndose al delito de negativa al sometimiento a las pruebas legalmente establecidas para la detección de la conducción bajo los efectos del alcohol, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas del artículo 383 CP –antiguo artículo 380– manifiesta:

«La negativa abierta comprende tanto la patente y categórica al requerimiento, como la presentación de dificultades o trabas injustificadas que en el fondo demuestran una voluntad rebelde; no así las meras omisiones que pueden proceder de error o mala inteligencia.»

No cabe duda alguna de que a pesar de la exigencia de esa negativa, el delito de desobediencia puede estar constituido por una conducta no activa, es decir por una actitud meramente pasiva. Así, la STS núm. 485/2002, de 14 de junio (BDB 13684, 2002) que dice:

«Se debe indicar que la palabra "abierto" que emplea el precepto para calificar una negativa a obedecer, ha de interpretarse, según constante jurisprudencia, no en el sentido literal de que la negativa haya de expresarse de manera contundente y explícita empleando frases o realizando actos que no ofrezcan dudas sobre la actitud desobediente, sino que también puede existir cuando se adopte una reiterada y evidente pasividad a lo largo del tiempo sin dar cumplimiento al mandato, es decir, cuando sin oponerse o negar el mismo tampoco realice la actividad mínima necesaria para llevarlo a cabo, máxime cuando la orden es reiterada por la autoridad competente para ello, o lo que es igual, cuando la pertinaz postura de pasividad se traduzca necesariamente en una palpable y reiterada negativa a obedecer.»

Igualmente resulta digna de mención en cuanto a su claridad expositiva la SAP de Badajoz núm. 108/2004, de 3 de noviembre (JUR 2004, 306417):

«La negativa abierta a dar cumplimiento a una orden que reúne las condiciones antedichas; negativa abierta que tanto quiere decir como patente y categórica, desoyendo los requerimientos que se le hicieron para el cumplimiento del mandato judicial, siendo también la pasividad reiterada o la presentación de dificultades y trabas que en el fondo demuestran una voluntad rebelde, en cuanto la oposición clara a un mandato bien puede deducirse de su

⁵³⁸ STS de 5 de abril de 1949.

⁵³⁹ SSTS de 10 de noviembre de 1934, 17 de noviembre y 15 de diciembre del mismo año.

⁵⁴⁰ STS de 14 de mayo de 1976.

repetida inejecución, aunque desde luego no se trata de confundir la desobediencia con las meras omisiones que procedan de error o mala inteligencia; desde otro punto de vista, la expresión negativa abierta aludida excluye la comisión culposa en este delito que es esencialmente intencional.»

Y es que, en definitiva, las exigencias doctrinales en cuanto a la interpretación del término «negativa abierta» pasan por exigir que la misma sea clara, explícita y directa pero en ningún momento se exige que haya de ser activa, pudiendo, en consecuencia tener cabida una actitud pasiva siempre que la misma sea inequívoca.

Como muy bien señala MESTRE⁵⁴¹ es preciso que el sujeto activo a quien se le ha requerido para que cumpla un mandato adopte una firme actitud de no acatarlo, actitud que será de más fácil apreciación en aquellos supuestos en los que se hayan efectuado al sujeto activo más de un requerimiento, que en aquellos otros casos en los que sólo se le haya realizado uno, pero hemos de insistir en que **el tipo penal de desobediencia se perfecciona desde el momento en que el sujeto obligado deja clara constancia de su voluntad y predisposición a desatender el mandato, sin que sea necesaria la reiterada emisión de esa orden o mandato.**

Así las cosas, claro queda que dentro de su libertad el sujeto optará por acatar o no la orden, pero en los casos en los que se produzca un simple incumplimiento no se incurrirá de forma automática en el delito de desobediencia ni tampoco cuando lo que se produce es una breve dilación en el tiempo en el cumplimiento de la orden. La cuestión estriba a saber diferenciar una conducta desobediente de la propia desobediencia punible, pues habrá ocasiones en los que el administrado se niegue a cumplir lo compelido y a pesar de ello, no estemos ante el tipo penal del art. 556 no sólo porque no se cumplan los requisitos que venimos enunciando y que van referidos a las características de la orden o mandato y a la autoridad de la que emanan, sino por otros muchos motivos.

Por lo tanto, no toda desatención de un mandato engendra desobediencia⁵⁴², pues ésta no tendrá lugar si los poderes públicos pueden ejecutar por su cuenta y a costa del particular lo que se haya acordado en Derecho. Esta circunstancia deriva del carácter fragmentario del Derecho Penal y su condición de última ratio, de modo que en los casos en los que la orden pueda ejecutarse mediante los propios operadores jurídicos –mediante una expropiación forzosa, por ejemplo– no será preciso acudir al orden penal, siendo posible cumplirse lo estipulado legalmente sin necesidad de articular la «maquinaria» penal.

En consecuencia, sólo podrá apreciarse la desobediencia del art. 556 CP cuando el cumplimiento se deba a prestaciones de carácter personalísimo, de modo que «sólo puedan hacerse efectivas si la persona obligada las cumple, caso de incumplimiento, aparece la lesión de la capacidad prestacional que aquí únicamente puede efectuarse mediante el concurso del obligado; y ello reviste tal gravedad, que se hace necesario acudir al Derecho

⁵⁴¹ MESTRE LÓPEZ, J.: *El delito de desobediencia...*, op. cit., p. 42.

⁵⁴² Siguiendo a QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., p. 834.

penal para asegurar el funcionamiento de los servicios públicos»⁵⁴³.

No está de más recordar que no existirá desobediencia cuando el mandato o la orden emitida vulneren la legalidad vigente, por lo que si el requerimiento afecta a los derechos, la integridad física o moral de las personas, no podrá entenderse como punible la acción de desobedecer⁵⁴⁴ pues nadie está obligado a cumplir una orden contraria a Derecho. A tenor de ello, la STC núm. 207/1996, de 16 de diciembre (RTC 1996, 207) resuelve a favor de la impunidad un caso en el que el acusado, consumidor de cocaína, se niega a cumplir un Auto del Juez de instrucción en el que se le ordenaba que cediera a la extracción de cabellos para poder determinar mediante una prueba forense su grado de adicción a sustancias tóxicas. Concretamente, el Tribunal argumenta:

«[...] con independencia de la relevancia que ello pueda tener a los fines de la investigación y, por tanto, de su posible justificación, no cabe por menos que admitir que una pericia acordada en unos términos objetivos y temporales tan amplios supone una intromisión en la esfera privada de la persona».

6.4. Elementos diferenciadores entre el delito de desobediencia grave y la falta del artículo 634 CP.

Una de las modalidades⁵⁴⁵ de conducta típica descrita en el artículo 634 CP es la consistente en desobedecer levemente a la autoridad o sus agentes, y que se configura como una falta de desobediencia.

No es sencilla, en absoluto, la delimitación de la frontera entre ambas infracciones, pues la propia jurisprudencia reconoce que «la distinción entre el delito y la falta de desobediencia viene a ser una línea tenue y sutil».⁵⁴⁶ Una vez más –y como ya ocurriera con motivo de la distinción entre la resistencia activa grave propia del 550 del CP y la resistencia activa menos grave, incardinable en el art. 556– para distinguir entre delito y falta de desobediencia hay que acudir al criterio de la gravedad. La jurisprudencia ha determinado la gravedad con parámetros relativistas acudiendo a multitud de circunstancias y, especialmente, a la importancia de la materia sobre la que versa la orden, la jerarquía del funcionario de quien emana, las condiciones del que desobedece, la persistencia en el incumplimiento, el daño producido y el desprestigio causado a la autoridad o funcionario con la conducta negativa⁵⁴⁷. En esencia, nos encontramos nuevamente ante un criterio eminentemente valorativo y a pesar del recurso jurisprudencial a múltiples baremos para la

⁵⁴³ Íbidem.

⁵⁴⁴ Así lo recogen SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAILLO, A.: *Derecho penal. Parte especial...*, op. cit., p. 1015.

⁵⁴⁵ La otra modalidad de conducta consiste en la falta de respeto y consideración debida a la autoridad y sus agentes –que podría considerarse un lastre del antiguo delito de desacato– será analizada en un posterior e individual epígrafe.

⁵⁴⁶ STS de 23 de enero de 1992 (RJ 1992, 2520).

⁵⁴⁷ Así lo enuncian VIVES ANTÓN, T.S. y CARBONELL MATEU, J.C. en *Comentarios al Código Penal...*, op. cit., p. 1033.

interpretación de la gravedad, lo cierto es que como norma general, la jurisprudencia se ha centrado en el estudio de la contumacia en la desobediencia como principal modo de deslinde. Tanto es así que, generalmente, **será considerada falta aquel comportamiento que suponga una mera actitud irrespetuosa en la negativa a obedecer, y por el contrario, cuando el sujeto opte por una reiterada y persistente negativa al cumplimiento de la orden se evidenciará una negativa y persistente actitud de desobediencia al mandato a la autoridad, que dará lugar a la consumación del tipo.**

Para QUERALT «La gravedad de la desobediencia viene dada por la contumacia a cumplimentar lo ordenado; por tanto, salvo órdenes que por su naturaleza en el caso concreto deban cumplirse de inmediato (en materia de sanidad o de catástrofes, p. ej.) será necesario la reiteración del mandato, incluso, como sucede en la esfera procesal previo apercibimiento. Si un mandato no se reitera, permitiéndolo las circunstancias, es que no es importante y, si no lo es, carece de sentido castigar por desobediencia grave»⁵⁴⁸.

No cabe duda alguna, que delimitar los criterios que nos permitan diferenciar de manera nítida la conducta propia del delito de desobediencia grave de aquella susceptible de encuadrarse como una falta de desobediencia, es una tarea imprescindible y no exenta de complejidad, pues no encontramos en el Código pista alguna que nos permita dotar de contenido al concepto de «gravedad» y la doctrina ha sido parca en pronunciamientos, a lo que hemos de unir la heterogeneidad de las resoluciones judiciales que se han ocupado del tema, llevándonos a un casuismo inseguro y a la existencia de criterios delimitadores de índole muy variada que difícilmente son extrapolables a todos los casos y por tanto, no nos permiten extraer una norma general para la interpretación.

Del estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se puede concluir la existencia de tres grandes grupos de criterios interpretativos⁵⁴⁹:

1.) Criterios que se centran en la orden. Se toma en consideración el tipo de orden emitida por la autoridad y su concreto contenido, siempre desde un punto de vista estrictamente formal. Así, en función de la importancia de la misma y de la clase de autoridad (p. ej., el grado jerárquico) de quien la emite, se valora la gravedad o levedad de la infracción. Ejemplo de ello son SSTS de 18 de enero de 1988 (RJ 1988, 298) y de 20 de enero de 1986 (RJ 1986, 156).

2.) Criterios que se centran en la actitud del individuo. Posiblemente sean los más utilizados por la jurisprudencia. Atienden al grado de oposición (si es «manifiesta» y «reiterada» se estará ante una desobediencia grave) y a la persistencia de la rebeldía de quien desobedece. Como muestra las SSTS de 5 de julio de 1989 (RJ 1989, 6089) y 17 de febrero de 1992 (RJ 1992, 1191).

3.) Criterios que se centran en la importancia del bien jurídico que se pretende proteger con la orden. En varias ocasiones el Tribunal Supremo ha optado por hacer

⁵⁴⁸ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho penal...*, op. cit., pp. 633-634.

⁵⁴⁹ Siguiendo a ROBLES PLANAS, R.: «¿Cuándo existe desobediencia...?», op. cit.

dependen la gravedad o levedad de la desobediencia del bien jurídico de referencia (accesorio) que se pretendía salvaguardar mediante la emisión de la orden. Especialmente ilustrativa resulta, en este sentido, la STS de 20 de enero de 1990 (RJ 1990, 465) en la que se dice:

«La gravedad de la desobediencia que requiere el tipo penal del artículo 237 CP –actualmente, el artículo 556– depende de la jerarquía del bien jurídico que la orden de los agentes de la autoridad procuraba guardar. Cuando este bien jurídico tenga una importancia que sea socialmente significativa será de apreciar la gravedad exigida por el delito del art. 237 CP. Por el contrario, en los demás casos de desobediencia será aplicable el artículo 570 CP –actualmente el artículo 634.»

Hay autores⁵⁵⁰ que consideran ésta última línea argumentativa como la más adecuada para la distinción entre delito y falta de desobediencia. Pues afirman, que atender a la clase de bien jurídico (aún mejor: de interés) que la orden o actuación de la autoridad pretenda proteger supone concretar lo injusto de la conducta del sujeto pasivo no sólo en el ataque al principio de autoridad sino, lo que es más importante, en la efectiva lesividad de la conducta de omitir la ejecución de aquella orden. En consecuencia, la graduación de esa lesividad (que debe hacerse forzosamente, dada la existencia de un delito y una falta relativos a ella), ha de tomar en consideración el bien jurídico de referencia, pues sólo así se consigue traspasar la barrera de la infracción meramente formal del principio de autoridad, tantas veces criticada, y otorgar contenido material en términos de afectación para el auténtico (aunque accesorio) bien jurídico en peligro.

A nuestro modo de ver, para que se perpetre el delito es precisa la existencia de una voluntad persistente y reiterada –por parte del sujeto activo– de desatender la orden establecida y en consecuencia cuando no quede constancia de tan rebelde conducta podría estarse en el marco de la falta de desobediencia por cuanto la actitud del obligado presenta una menor gravedad que la obstinada y rotunda negativa a cumplir, propia del delito. De cualquier modo, estamos convencidos de que la gravedad de la desobediencia debe ponderarse siempre atendiendo a las circunstancias relativas al sujeto obligado al cumplimiento, a la actitud y a la intensidad de su rebeldía, y no atendiendo a otros criterios que podrían suponer una interpretación arriesgada y en ocasiones incluso contraria al reo, pues cabe recordar que ante la duda, habrá que considerar que la conducta cuestionada es susceptible de ser castigada como falta, por ser esta la opción menos grave. Por ello, nos adherimos al segundo de los criterios expuestos y que es el más utilizado por la jurisprudencia, pues consideramos altamente arriesgado centrar la debilitación en el grado de afectación del bien jurídico, concepto por sí ampliamente discutido, cuyo contenido es objeto de múltiples discrepancias doctrinales y que de cualquier modo, encuadra estas figuras como ilícitos penales de peligro y no de resultado, lo que a su vez dificulta más el

⁵⁵⁰ ROBLES PLANAS, R.: «¿Cuándo existe...?»... op. cit., y SEGRELLES DE ARENAZA: *Compendio de derecho penal español (Parte especial)*, COBO DEL ROSAL (DIR.) MORILLAS CUEVA, CARMONA SALGADO, GONZÁLEZ RUS, DEL ROSAL BLASCO, SEGRELLES DE ARENAZA, QUINTANAR DÍEZ. Madrid, 2000, pp. 1176.

uso de un criterio delimitador basado exclusivamente en la puesta en peligro de un bien jurídico ampliamente discutido en cuanto a su contenido y delimitación.

Como claramente puede desprenderse en el contexto de una sociedad democrática – ajena al autoritarismo y en la que la autoridad como tal viene a constituirse como garante de la ley en por ende del sistema– la **cláusula de necesidad** en la falta y delito de desobediencia como la **interpretación restrictiva** de la «falta de respeto y consideración debida» (con relación a esta otra conducta prohibida en el artículo 634), pretende superar las dificultades que supone interpretar estas infracciones en sentido formal y, sobretodo, persigue evitar la construcción de las mismas únicamente sobre la base del principio de autoridad. Los **deberes de obediencia y de respeto** que surgen de una orden dictada por la autoridad o sus agentes no descansan en el mero dato de que se trate de una orden emitida por quien tiene «autoridad», sino en que esa orden pretende proteger algo que va mucho más allá: un interés tutelado por el Derecho.

6.5. Breve recorrido jurisprudencial por los supuestos más interesantes de desobediencia: Casuística.-

El delito de desobediencia grave es uno de los tipos penales que más riqueza presenta en el estudio de su casuística, pues el hecho de que su conducta típica consista en no acatar una orden o mandato, supone que exista una gran variedad de supuestos bien distintos dependiendo del tipo de orden a cumplir o incluso de la autoridad o el contexto en el que se desarrolla tal incumplimiento. La mayor parte de los casos de los casos de desobediencia que nos encontramos en la práctica corresponden al incumplimiento de mandatos emitidos por agentes de la autoridad, por ser estos quienes –de manera habitual y cotidiana– tienen un trato directo con los obligados al cumplimiento pero eso no quita que se planteen igualmente otra serie de casos que por su originalidad y problemática merezcan ser analizados pormenorizadamente.

Algunos de los supuestos más polémicos se plantean en los casos en los que el sujeto, tras cometer un delito, intenta evitar su detención mediante la **huida o fuga**. Es preciso, de antemano, aclarar que todos aquellos supuestos en los que la conducta del sujeto activo va dirigida exclusivamente a huir o fugarse tras la comisión de un hecho presuntamente delictivo, quedan fuera del ámbito de aplicación de los delitos de desobediencia. En tales casos la conducta desobediente surge de manera rápida, casi espontánea y con la única finalidad de que no puedan hallarse pruebas del hecho delictivo o para evitar ser relacionado como presunto autor del mismo. En realidad, el sujeto no tiene una firme voluntad de atacar al orden establecido ni de vulnerar el bien jurídico que protege el tipo penal, pues únicamente reacciona de manera natural e instintiva intentando evadirse de una situación perjudicial para él. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, en los casos de huida o elusión de la acción policial de descubrimiento de la participación en hechos punibles⁵⁵¹ viene admitiendo limitadamente el principio del autoencubrimiento impune, como manifestación del más genérico de inexigibilidad de otra conducta, pero constriñéndolo a

⁵⁵¹ SSTs núm. 1461/2000, 27 de septiembre (RJ 2000, 916) y 1161/2002, 17 de junio (RJ 2002, 7364) y, núm. 670/2007, de 17 de julio (RJ 2007, 4819) entre otras.

los casos de mera huida con exclusión de las conductas que en la fuga pongan en peligro o lesionen otros bienes jurídicos⁵⁵². Por lo tanto, la conducta consistente en no dejarse detener o en intentar huir y evadir la detención no puede considerarse constitutiva de desobediencia, pues la huída al delito queda absorbida por éste⁵⁵³. Resulta evidente y por tanto, casi obvio, que en los casos en los que esa intención de huída se materialice con una acción que revista la más mínima violencia contra la autoridad o sus agentes, esto es cuando no sólo se desobedece sino que se emplean las vías de hecho para impedir mediante el empleo de la violencia física la legítima y obligada actuación policial, estaremos ante un delito de resistencia (en la mayoría de los casos), de atentado o incluso –dependiendo de las circunstancias del caso, de la naturaleza de la acción y de la gravedad de la misma– ante una falta de las que recoge el artículo 634 CP.

Veamos con mayor claridad esta cuestión, haciendo uso del ejemplo que nos viene dado por la STS núm. 1222/2006, de 14 de diciembre (RJ 2006, 8190) en cuyos hechos probados se relata que el acusado al ser detenido por agentes de la Policía Nacional por transportar cocaína, da un empujón a uno de los agentes tirándole al suelo y sale huyendo, resultando ser detenido por el otro agente. El Tribunal resuelve entendiendo que la conducta del acusado se incardina, en el tipo de resistencia activa no grave a la autoridad o sus agentes pues en la conducta del sujeto activo se percibe una actitud violenta y –en este caso– activa, propia del delito de desobediencia⁵⁵⁴.

En consecuencia, en los supuestos en los que se sorprende «in fraganti» a una persona delinquiendo y si tras ser requerido por los agentes de la autoridad para que se entregue, lejos de obrar así se da a la fuga, las naturales reacciones de no acatamiento a las órdenes de detención no deben originar la estimación de delito o falta alguna pues, si bien hay una desobediencia en sentido gramatical, no lo hay en sentido jurídico penal, siempre y cuando estemos ante una huída limpia, esto es, una huída instintiva, espontánea que no entrañe violencia⁵⁵⁵.

En conexión con esto –y antes de continuar con el estudio de la casuística– resulta interesante recordar que nuestra Constitución tiene reconocido el derecho de todo imputado a no colaborar en la investigación y descubrimiento de los hechos, por lo que eso podría constituir en sí mismo un freno a la aplicación del delito de desobediencia frente a determinadas conductas llevadas a cabo por quienes tienen constitucionalmente consagrado su **derecho a no contribuir con la justicia en la causas seguidas en su contra.**

⁵⁵² STS núm. STS 2681/1992, de 12 de diciembre (RJ 1992, 10177).

⁵⁵³ Lo asientan entre otras muchas, SSTS de 11 de marzo de 1976 (RJ 1976, 1094), 28 de enero de 1982 (RJ 1982, 155) y 17 de septiembre de 1988 (RJ 1988, 6786).

⁵⁵⁴ Similar ejemplo nos ofertan las SAP Barcelona núm. 165/2001, de 1 de marzo (ARP 2001, 560) y SAP Madrid núm. 69/2008, de 30 de enero (JUR 2008, 98062) en las que se aprecia el delito de desobediencia grave como consecuencia de la violencia ejercida en la huída. Igualmente significativo el caso de la SAP Madrid núm. 893/2007, de 3 de septiembre (JUR 2007, 346628) en la que se condena por una falta de desobediencia del artículo 634 CP, ya que la violencia ejercida en la fuga es de menor entidad.

⁵⁵⁵ Son múltiples las sentencias de Audiencias que encontramos en este sentido, por lo que a modo de muestra citamos las siguientes: SAP Valencia núm. 196/1998, de 17 de julio (ARP 1998, 3313), SAP Cádiz núm. 30/2000, de 6 de marzo (ARP 2000, 1015), SAP Girona núm. 140/2006, de 9 de marzo (ARP 2006, 626) y SAP Castellón núm. 181/2006, de 4 de mayo (JUR 2006, 253818).

Inmediatamente nos surge la siguiente pregunta ¿es constitutiva del delito de desobediencia la conducta del imputado consistente en negarse a someterse a determinados actos de investigación o de prueba? La Fiscalía General de Estado mediante la Instrucción 6/1988 (RCL 1989, 693) se pronunció afirmativamente considerando que la negativa injustificada de una persona a someterse a una intervención corporal ordenada judicialmente constituye, en línea de principio, el núcleo de un delito de desobediencia.

La doctrina no plantea una solución unánime al tema, pues hay quienes⁵⁵⁶ se muestran convencidos de que cualquier medida de intervención corporal practicada mediante el uso de la fuerza vulneraría la interdicción de tratos degradantes proclamada por el artículo 15 de la Constitución española; mientras que tampoco faltan autores⁵⁵⁷ que interpretan que el derecho a no colaborar en la investigación de hechos propios significa que no puede en ningún caso exigirse al imputado la realización de una conducta positiva pero, por el contrario no hay impedimento alguno para imponer al imputado el deber de soportar pasivamente cualquier tipo de intervención corporal, siempre y cuando su comportamiento en tales casos fuera únicamente negativo, esto es, no preste colaboración de ninguna clase. En tales casos, habría un delito de desobediencia.

Merece la pena detenerse, igualmente, en la opinión de quienes⁵⁵⁸ consideran que si el imputado se limita a adoptar una aptitud pasiva, declarando que no desea someterse a intervenciones corporales o evitando simplemente prestar colaboración en su ejecución, no parece que pueda ser sancionado como autor de un delito de desobediencia, pues en tales casos se imitaría a ejercitar su derecho a no contribuir con a su propia incriminación, por lo que su conducta carecería de antijuricidad. Por supuesto, que resulta difícil imaginar un supuesto de intervención corporal que no requiera de la colaboración activa del individuo, por mínima que ésta pueda ser.

A nuestro modo de ver, resulta cuanto menos necesario en este punto, recordar que el artículo 24 de nuestra Constitución –además de la presunción de inocencia– proclama el derecho de todo imputado a no declarar contra sí mismo, y a no declararse culpable. Por ende, todo imputado en un procedimiento penal tiene reconocido el derecho constitucional o no facilitar la investigación aunque ello, en ocasiones, suponga permitirles hacer uso de una estrategia procesal entorpecedora en la investigación de los hechos en el marco del procedimiento de que se trate. A pesar de ello, tal conducta no puede considerarse propia del delito de desobediencia y ello guarda una relación muy directa con los argumentos expuestos para argumentar la antijuricidad de la conducta consisten ten huir tras la comisión del hecho delictivo. La falta de colaboración activa está amparada por el derecho a no colaborar, del cual no cabe derivar consecuencias perjudiciales para el imputado si no se quieren vulnerar sus derechos constitucionales⁵⁵⁹. De igual modo, es preciso traer a

⁵⁵⁶ En tal sentido, HUERTAS MARTÍN, M.I.: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*. J.M. Bosch, Barcelona 1999, p. 402 y ss.

⁵⁵⁷ Así lo afirma ASECIO MELLADO, J.M.: *Prueba prohibida y prueba preconstituída*. Ed. Trivium, Madrid, 1989, p. 151 y ss.

⁵⁵⁸ Como ejemplo, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Ed. Colex, Madrid, 1990, p. 297.

⁵⁵⁹ De la misma opinión resulta ser MIRANDA ESTAMPRES, M. en CRESPO BARQUERO, P. y OTROS:

colación el derecho fundamental a la intimidad que asiste a todo ciudadano y que consagrado en el artículo 18.1 CE actúa como un freno al momento de ordenar la práctica de determinadas pruebas que precisan de la intervención corporal.

Por su parte, la jurisprudencia ha venido manteniendo muy diversas posturas en torno a la problemática tratada, de modo que podemos encontrar resoluciones más proclives a sancionar conductas poco colaboradoras del sujeto imputado, frente a otras en las amparándose en el derecho a no declarar contra sí, mismo, en el derecho a la intimidad o incluso a la integridad física y moral, se argumenta la atipicidad de la conducta.

Por ende, el Tribunal Constitucional en sentencia núm. 37/1989, de 15 de febrero (RTC 1989/37) corroboraba la prohibición de emplear fuerza física para someter a una persona a una intervención corporal acordada judicialmente aun en los casos en los que la adopción de la medida presente todos los requisitos exigibles pero, a su vez, admitía que la negativa a someterse a tales reconocimientos podía dar lugar a sanciones refiriéndose en clara alusión al delito de desobediencia e incluso permitía la posibilidad de considerar la negativa al sometimiento como una fuente de convicción probatoria en unión con otros indicios concurrentes⁵⁶⁰. De igual modo, podemos referirnos a la STC núm. 207/1996, de 16 de diciembre (RTC 1996, 207) en la que se plantea la necesidad de practicar al sujeto una extracción de cabellos para determinar la consumición de cocaína y otras sustancias estupefacientes, así como la posible adicción del acusado en el procedimiento. Tanto en un supuesto como en otro, no llegaron a practicarse las pericias por la negativa de las personas afectadas. En consecuencia, la doctrina constitucional tiene claramente señaladas cuáles son las pruebas que pueden vulnerar esos derechos fundamentales, en otras palabras, el sujeto sólo podrá negarse a la práctica de pruebas que requieran intervención sobre su propio cuerpo tales como extracciones sanguíneas, pruebas radiológicas, exploraciones, extracción de cabello, etc. Las claves de la doctrina constitucional manifestada y que ampara que tales negativas de los sujetos no sea constitutiva de desobediencia encuentra su razón de ser en el respeto a la integridad moral y física del individuo, así como en el derecho a su intimidad y otra serie de argumentos proporcionalmente esgrimidos⁵⁶¹.

Especialmente significativo es el caso en el que el sujeto imputado o acusado se niega a aportar documentos que le son requeridos en el marco de una causa seguida en su contra. En semejantes supuestos la solución es clara: el derecho del imputado o acusado a no declarar contra sí mismo y a no colaborar en la investigación que contra él se desarrolla, ampara su negativa y su falta de cooperación dejando la conducta muy lejos de lo que sería la acción típica del delito de desobediencia⁵⁶². Importante diferencia existe entre estos casos y aquellos otros en los que el sujeto se niega a identificarse, pues en tal caso no se está siguiendo contra él un procedimiento penal y por tanto su posición no es la de un imputado

Código penal. Comentarios..., op. cit., p. 2688.

⁵⁶⁰ En el supuesto enjuiciado en esta resolución se examina la autorización para la realización de un examen ginecológico dirigido a probar la verificación de la interrupción de un embarazo.

⁵⁶¹ Para mayor información ver ARRILLA PLATERO, J.: «Intervención corporal en el proceso penal. Especial referencia a la extracción y análisis de sangre», *Editorial Aranzadi*, Pamplona 2002, BIB 2002, 2198.

⁵⁶² Ejemplo de semejantes supuestos Auto AP de Guipúzcoa núm. 68/1999, 11 de junio (1999, 1338).

ni la de un acusado del cual puedan predicarse los derechos constitucionales que acabamos de enunciar, por lo que la conducta consistente en tal negativa será constitutiva – ponderando su gravedad– de una falta de desobediencia⁵⁶³.

Uno de los supuestos más clásicos y controvertidos de desobediencia viene a producirse como consecuencia de **la negativa del sujeto al sometimiento a pruebas tendentes a la comprobación de los efectos del alcohol y las drogas en la conducción de vehículos**. Tal conducta, fue introducida por el CP de 1995, configurándose como un delito específico de desobediencia grave, regulándose por tanto como una modalidad de desobediencia punible especialmente tipificada. Así, en el 380 del CP de 1995 se leía:

«El conductor que, requerido por el agente de la autoridad, se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de los hechos descritos en el art. anterior, será castigado como autor de un delito de desobediencia grave, previsto en el art. 556 de este Código».

Tal regulación dio lugar a múltiples críticas doctrinales, que apuntaban a una posible contradicción entre la anterior redacción de este artículo 380 CP y ciertos derechos fundamentales reconocidos en la Constitución⁵⁶⁴.

Pero, a pesar de que la polémica suscitada tuvo considerable eco doctrinal, el propio Tribunal Constitucional la dejó debidamente zanjada en sentencias como la núm. 161/1997, de 2 de octubre (RTC 161/1997) y la núm. 234/1997, de 18 de diciembre (RTC 234/1997), en las que se desestiman la numerosas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas en torno al tema.⁵⁶⁵

Tradicionalmente, una de las cuestiones más conflictivas en torno a esta figura delictiva surgía como consecuencia de la necesidad de deslindarla con administrativa

563 Así lo recoge, por ejemplo, SAP de Tarragona núm. 466/2007, de 11 de junio (JUR 2007, 301437).

564 Entre otros, CARMONA SALGADO, C. y MARTÍNEZ RUIZ, J.: «De nuevo sobre la “inconstitucionalidad” del artículo 380 del Código Penal, al hilo de la sentencia del Tribunal Constitucional 161/1997, de 2 de octubre», *La Ley*, 1998, p. 215 y CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C.: «Comentario al artículo 380», en *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo II. Arts. 138 a 385. Trivium, Madrid, 1996.

565 Resulta conveniente recordar que las cuestiones de inconstitucionalidad a las que nos venimos refiriendo versaban exclusivamente sobre la prueba alcoholemia, quedando totalmente al margen el estudio de aquellos supuestos en los que la negativa gira en torno a las pruebas destinadas a la detección del consumo de drogas por el conductor. Tal limitación del objeto de la sentencia fue también defendida por el Fiscal General en sus alegaciones, pero fue denegada por el Tribunal Constitucional (sentencia del Tribunal Constitucional 161/1997, fundamentos jurídicos 1.º y 2.º), que de esta manera declara explícitamente que su enjuiciamiento sobre la constitucionalidad del art. 380 del Código Penal no queda limitado a la mencionada prueba de alcoholemia sino que abarca también las demás destinadas a la comprobación de la ingestión del alcohol y drogas. A tenor de ello, hay quien considera que no puede olvidar la distinta entidad de las pruebas que se prevén reglamentariamente, pues, las pruebas destinadas a la detección del consumo de drogas pueden presentar, según se las configure, un mayor grado de afcción a los derechos fundamentales tales como la intimidad, integridad corporal y libertad) que, probablemente, hubiera debido llevar a que el Tribunal Constitucional diferenciara el enjuiciamiento de las diversas pruebas. En este sentido y para mayor información ver VARONA GÓMEZ, D.: «El delito de negativa a las pruebas de alcoholemia tras las sentencias 161/1997 y 234/1997 del Tribunal Constitucional y la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2.ª) de 9 de Diciembre de 1999», *Diario La Ley* 2000, Ref. 10926/200.1.

contenida en el art. 65.5.2º del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de noviembre, que tipifica como infracción muy grave «incumplir la obligación de todos los conductores de vehículos y bicicletas de someterse a las pruebas que se establezcan para la detección de posibles intoxicaciones de alcohol, estupefacientes, psicotrópicos, estimulantes y otras sustancias análogas y, la de los demás usuarios de la vía cuando se hallen implicados en algún accidente de circulación»⁵⁶⁶. Evidente resulta el hecho de que en la infracción administrativa el número de sujetos obligados es mucho más amplio, puesto que no sólo comprende a los conductores de vehículos, sino también a los de bicicletas y demás usuarios de la vía que, como los peatones, puedan verse involucrados en un accidente. Sin embargo, fuera de estas hipótesis diferenciadoras resulta obligado distinguir entre la infracción penal y la administrativa cuando quien se niega es el conductor de un vehículo a motor o ciclomotor. Para ello, puede acudirse como un posible criterio a tener en cuenta para poder condenar por el mismo y no aplicar la mera sanción administrativa es que la oposición del conductor a la práctica de la prueba sea categórica, contumaz y persistente – como ejemplo la SAP de Alicante de 18 de diciembre de 1999 (ARP 1999, 5174) o la SAP de Barcelona de 22 de abril de 1999 (ARP 1999, 1676) y SAP de Alicante de 3 de julio de 1998 (ARP 1998, 3081). En definitiva, por tanto, tal y como señala la SAP de Madrid de 12 de enero de 1999 (ARP 1999, 2009) la infracción del art. 380 CP al configurarse como un delito de desobediencia exige la concurrencia de los dos requisitos siguientes:

«A) Objetivo, constituido por la negativa abierta a dar cumplimiento a una orden emanada por la autoridad o agente de ésta, dentro del ámbito de su competencia, y revestida por las formalidades legales. Negativa abierta que comprende tanto la patente y categórica al requerimiento, como la presentación de dificultades o trabas injustificadas que en el fondo demuestren una voluntad rebelde; no así las meras omisiones que pueden proceder de error o mala inteligencia. Y, B) Subjetivo, que se deduce de lo anterior, y que no es otro que el incumplimiento del mandato, sea de una manera voluntaria e intencional, sin que lo supla un reiterado o negligente abandono, dado que por el contenido de la orden no hay lugar a confusión o mala inteligencia».

La Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre, por la que se modifica el Código Penal en materia de Seguridad Vial (BOE núm. 288, de 1 de diciembre) ha venido a modificar la regulación de esa conducta, contemplando tal modalidad delictiva en el artículo 383 CP, cuya redacción ha quedado como sigue:

«El conductor que, requerido por un agente de la autoridad, se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia y la presencia de las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas a que se refieren los artículos anteriores, será castigado con las penas de prisión de seis meses a un año y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años.»

⁵⁶⁶ Para un análisis más pormenorizado ver OLMEDO CARDENETE, M.: «Aspectos prácticos de los delitos contra la seguridad...», op. cit.

Como muy bien apunta ROBLEDOS⁵⁶⁷, con la nueva regulación de este tipo delictivo, se rompen formalmente los lazos de unión con el delito de desobediencia del art. 556 del CP, que le servía de referencia. La propia Exposición de Motivos de la LO 15/2007 reconoce que esta conducta pierde su innecesaria calificación como delito de desobediencia y pasa a ser autónomamente castigada pero, la supresión de la remisión al delito del art. 556 CP no le convierte, por ello, en un delito autónomo de Seguridad Vial, al menos exclusivamente. Claro está que a la pena asociada al tipo, y que se corresponde con la desobediencia, se le añade la de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años, pena más acorde con delitos contra la seguridad colectiva pero los elementos objetivos del tipo siguen siendo los mismos y el bien jurídico protegido no ha variado, razón por la que puede continuarse sosteniendo, que la negativa a someterse a las pruebas ante un requerimiento policial constituye, también un tipo especial de desobediencia incluido en los delitos contra la seguridad vial, aunque ahora se castigue con una pena privativa de derechos, junto a una pena privativa de libertad idéntica a la desobediencia.

Por tanto, el debate en torno a cuál es el bien jurídico tutelado por el artículo 383 CP está servido. En la praxis, podemos comprobar como el Tribunal Constitucional parece inclinarse por reconocer el carácter secundario del llamado principio de autoridad como bien jurídico protegido por este tipo, frente al de la seguridad del tráfico, como objeto directo a proteger en la tipificación de este precepto. Como muestra de ello podemos señalar la STC núm. 234/1997, de 18 de diciembre (RTC 1997, 234) –referida al entonces artículo 380, pero perfectamente predicable del actual art. 383– en la que se dice:

«No cabe duda de que la de protección de la seguridad en el tráfico rodado forma parte de las finalidades esenciales del artículo 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, 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 artículo 556 CP. La punición de la desobediencia trata, por una parte, de proteger el «orden público» [...] 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–».

⁵⁶⁷ ROBLEDOS VILLAR, A.: «Los delitos contra la seguridad vial. Modificaciones introducidas por la LO 15/2007, de 15 de noviembre por la que se modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial». Diario La Ley, Nº 6877, 6 Feb. 2008, Año XXIX. Ref. D-32, p. 15 y ss.

En nuestra opinión, estamos ante un delito específico de desobediencia que protege, a su vez, la seguridad vial.

Resulta evidente que un estudio pormenorizado de este tipo penal excedería a todas luces del contenido de este trabajo, en tanto que tal figura delictiva viene configurada como independiente, autónoma y ajena sistemáticamente al propio delito de desobediencia pero, tampoco podemos obviar una merecida referencia, pues su anterior remisión al delito de desobediencia, identidad punitiva que se sigue manteniendo⁵⁶⁸ y su propia naturaleza justifica sobradamente aunque sea un mera referencia en este momento de nuestro análisis.

Por lo tanto, entendemos conveniente concluir el estudio de esta modalidad de desobediencia recordando cuáles son los requisitos jurisprudencialmente⁵⁶⁹ establecidos para la omisión del tipo:

1°.- Negativa a someterse a las pruebas legalmente previstas para la comprobación de las tasas de alcoholemia y la presencia de drogas tóxicas.

2°.- Un requerimiento expreso por parte de un agente de la autoridad, a someterse a las pruebas legalmente previstas de detección del grado de impregnación alcohólica y de estupefacientes.

3°.- Que se haga el requerimiento al particular formalmente, de modo personal y directo, con el apercibimiento de poder incurrir en un delito de desobediencia grave previsto y penado en el artículo 556 del CP.

4°.- Que el requerido no acate la orden, oponiéndose consciente y reiteradamente a su cumplimiento, con ánimo de desprestigio del principio de autoridad.

Dada la gravedad de la pena prevista para el delito de desobediencia, nuestros Tribunales han venido optando por una aplicación rigurosa y restrictiva del antiguo artículo 380 CP (actual 383). Tanto es así, que sería posible la absolución de aquellos conductores que se nieguen a la práctica de alguna de las pruebas tendentes a la comprobación de la influencia del alcohol y/o las drogas en la conducción, pero no a todas ellas. De este modo, el consentimiento del sujeto para la práctica de *alguna* de esas pruebas aunque se niegue a que se practiquen el resto, sería impune. En otras palabras, la negativa al sometimiento a parte de las pruebas no tendría la entidad suficiente como para considerarse una acción propia del delito de desobediencia, siempre y cuando el conductor consienta que se le practique alguna de las pruebas previstas, pues en tal caso el conductor manifiesta su disponibilidad a que se compruebe, de alguna manera, la influencia de dichas sustancias en su conducción y por lo tanto, su conducta no supondría una actitud de total oposición a la

⁵⁶⁸ Véase que en la nueva redacción del precepto la pena prevista coincide plenamente con la establecida para el delito de desobediencia, con la única salvedad de la inclusión de la privación del derecho a la conducción propia del delito de que se trata.

⁵⁶⁹ Sirva de ejemplo la SAP Las Palmas de 4 de julio de 2005 (JUR 2005, 217024).

labor investigadora de la policía⁵⁷⁰.

Esta tesis es mantenida por sentencias como la de la Audiencia Provincial de Girona de 30 de marzo de 1998 (ARP 1998, 1151) o la de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de mayo de 1998 (ARP 1998, 1740) en las que queda absuelto un conductor que tras soplar una primera vez y dar positivo se niega a realizar las sucesivas pruebas de contraste.

No podemos olvidar aquellos supuestos en los que la desobediencia se perpetra como consecuencia de no someterse a una **resolución judicial**. Es preciso aclarar que aquellos supuestos en los que se incumpla una sentencia penal, y en su virtud, se incumpla una condena, se producirá un concurso de normas entre el propio artículo 556 CP –delito de desobediencia– y el artículo 468 –delito de quebrantamiento de condena– que habrá de resolverse a favor del segundo, en aplicación del principio de especialidad pues claro está que el precepto especial se ha de aplicar con preferencia sobre el general. Tal afirmación constituye doctrina asentada en sentencias como la de la AP de Toledo núm. 11/2000, de 29 de mayo (ARP 2000, 644), SAP de Barcelona de 2 de marzo de 2000 (ARP 2000, 1236) y SAP Sevilla núm. 642/2003, de 1 de diciembre (JUR 2004, 66706). Resulta imprescindible reseñar que no toda desatención de un mandato engendra automáticamente una desobediencia⁵⁷¹, pues ésta solo tendrá lugar cuando los poderes públicos no puedan ejecutar por su cuenta y a costa del particular lo que se haya acordado en Derecho. Esto es, en aquellos casos en los que el obligado desatienda la orden pero esta pueda ejecutarse forzosamente, aun con su oposición, no nacerá la desobediencia. Ello es una consecuencia del carácter fragmentario del ordenamiento penal y de su condición de última ratio, pues si se puede conseguir lo mismo, si es posible la ejecución de lo ordenado, acudiendo a otros medios no habrá razón para acudir al Derecho Penal. Tal será el caso, por ejemplo, en el que se condena a un sujeto al pago de una deuda y éste desatiende el requerimiento: en semejante supuesto no procede la desobediencia sino el decreto del embargo de los bienes de éste, y lo mismo ocurre, entre otros muchos, en los supuestos de expropiación forzosa.

Por el contrario, si estaremos ante una conducta constitutiva de desobediencia cuando lo ordenado por la resolución judicial consista en una prestación de carácter personalísimo, pues en tal caso solo podrá hacerse efectiva la misma si el sujeto cumple y si no lo hace se producirá irremediamente la lesión de un buen jurídico –el tutelado por el delito de desobediencia– digno de que entre en juego el Derecho Penal. Muchas de estas obligaciones personalísimas están ya expresamente reguladas por las propias leyes, de modo que la propia LECR identifica con la desobediencia –entre otras– las siguientes conductas:

- La consistente en la negativa reiterada de alguna persona a devolver los autos de un procedimiento, o los entrega sin despachar estando obligado a formular algún dictamen o pretensión (Art. 215 LECR).

- El que sin estar impedido no concurriere al primer llamamiento judicial, excepto las personas mencionadas en el artículo 412, o se resistiere a declarar lo que supiese acerca de

⁵⁷⁰ Ver VARONA GÓMEZ, D.: «El delito de negativa...» op. cit., p. 5 y ss.

⁵⁷¹ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho Penal español...*, op. cit., pp. 833-834.

los hechos sobre que fuere preguntado, a no estar comprendido en las exenciones de los artículos anteriores, incurrirá en la multa de 200 a 5.000 euros, y si persistiere en su resistencia será conducido en el primer caso a la presencia del Juez instructor por los agentes de la autoridad, y perseguido por el delito de obstrucción a la justicia tipificado en el artículo 463.1 del Código Penal, y en el segundo caso será también perseguido por el de desobediencia grave a la autoridad (Art. 420 LECR).

- Constituirá igualmente desobediencia la resistencia del interesado, de su representante, de los individuos de la familia y de los testigos a presenciar el registro (Art. 569 LECR).

- Es obligación general exhibir los objetos y papeles que se sospeche puedan tener relación con la causa por lo que si el que los retenga se negare a su exhibición, será corregido con la preceptiva multa; y cuando insistiera en su negativa, si el objeto o papel fueren de importancia y la índole del delito lo aconsejare, será procesado como autor del de desobediencia a la Autoridad, salvo si mereciera la calificación legal de encubridor o receptor (Art. 575 LECR).

- El testigo que se niegue a declarar incurrirá en una multa que se le impondrá en el acto y si a pesar de esto persiste en su negativa, se procederá contra él como autor del delito de desobediencia grave a la Autoridad (Art. 716 LECR).

Podríamos enumerar una lista mucho más extensa de conductas consistentes en obligaciones personalísimas y por ende, susceptibles de constituir el delito de desobediencia. Así⁵⁷², y a modo de ejemplo, el incumplimiento del deber de comparecer ante una comisión de investigación parlamentaria (arts. 76.2 CE y 4.1 LO 5/1984) o de responder a los requerimientos del Defensor del Pueblo (art. 24.2 LO 3/1981).

Especial atención merece la desobediencia consistente en el **incumplimiento de resoluciones judiciales firmes**. Como tradicionalmente viene apuntando la doctrina «Un buen funcionamiento del Estado supone que las Resoluciones emanadas de sus Órganos y, en particular de los Jurisdiccionales, sean cumplidas»⁵⁷³. Bien es cierto, que en la práctica, el incumplimiento de resoluciones judiciales no es una modalidad muy frecuente de desobediencia, pues cabe esperar que en un Estado de Derecho las sentencias judiciales gocen, por lo general, del respeto de los ciudadanos, inspiren la suficiente fuerza coercitiva y cuenten con los mecanismos necesarios como para garantizar su cumplimiento. A pesar de ello, si hay un ámbito en el que suele darse con mayor frecuencia esta desobediencia es el que relativo al Derecho de Familia, pues son muchas las sentencias de separación o divorcio o los autos en los que se acuerdan medidas provisionales, que en la praxis dan lugar a múltiples conflictos por su incumplimiento. Estamos, sin duda, ante una de las desobediencias con mayor repercusión social, sobre todo cuando versa sobre cuestiones relativas a los hijos –por ejemplo el incumplimiento del régimen de visitas–.

⁵⁷² Siguiendo a QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: Derecho penal..., op. cit., pp. 833 y ss.

⁵⁷³ CORDOBA RODA, J.: «El cumplimiento de las resoluciones judiciales y el delito de desobediencia» *Revista de Actualidad Jurídica*, 1981, p. 9.

No está de más traer a colación –como ya venimos mencionando– para que se perpetre el delito de desobediencia es preciso que exista una *orden o mandato legítimo de la autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, expresa, directa y personal, orden o mandato que ha de ser desoído por el sujeto que lo recibe en abierta contumacia y en franca rebeldía* –utilizando términos empleados por el propio Tribunal Supremo en las antiguas sentencias de 15 de noviembre de 1967 (RJ 1967, 5081) y de 17 de diciembre de 1985 (RJ 1985, 6089), en virtud de ello, si el mero no acatamiento de lo dispuesto en una sentencia constituyera desobediencia grave a la Autoridad Judicial carecerían de razón de ser los mecanismos legales establecidos para la exigencia coactiva y de oficio de su ejecución, aun contra la voluntad del reo si de sentencias penales se trata o a instancia de parte por lo que a sentencias civiles se refiere.

Expresamente hemos de significar, que cuando la conducta consiste en negarse a cumplir obligaciones pecuniarias a favor del cónyuge o los hijos, establecidas en sentencia firme o en convenio regulador, no estaremos ante un delito de desobediencia del art. 556 CP sino ante un delito de los contemplados en el art. 227 CP pues tal situación dará lugar a un concurso de normas penales que en virtud del artículo 8 CP debe resolverse a favor del principio de especialidad. Tradicionalmente, la doctrina ha venido discutiendo sobre la naturaleza del bien jurídico tutelado por estas figuras, discrepando sobre si el mismo es coincidente o no con el que protege el tipo de desobediencia. Alguna aislada sentencia del TS⁵⁷⁴ así lo consideró pero como norma general, las conclusiones alcanzadas en torno al tema nos llevan a pensar que en realidad estos preceptos pretenden tutelar bienes básicos de los beneficiarios y que éstos dispongan de medios suficientes y no sufran especiales perjuicios, aun sin dejar de señalar que el tipo incorpora un claro refuerzo de la imperatividad de los mandatos judiciales. Tal conclusión⁵⁷⁵ es alcanzada porque:

1.) De convenirse que su finalidad fuera proteger el principio de autoridad nos hallaríamos ante una mera redundancia del tipo contemplado en el Art. 556 CP.

2.) En similar punto de vista, la imposibilidad de mandatos judiciales cualificados frente a otros eventualmente no cualificados –ex art. 14 CE– excluye la necesidad de discriminar sus incumplimientos mediante tipos distintos, de tal manera que el aludido artículo 556 CP como tipo general de la desobediencia daría como tal cobertura al eventual incumplimiento de estos mandatos –y sin perjuicio de afrontar en otra sede las hipótesis concursales–.

3.) La Exposición de Motivos de la LO 3/1989, de 21 de junio (RCL 1989, 1352) sobre actualización del CP –que fue la que reintrodujo esta figura penal– indicaba expresamente que el delito de abandono de familia en su modalidad de incumplimiento de prestaciones judicialmente impuestas buscaba la protección real de los miembros

⁵⁷⁴ STS de 4 de marzo de 2001 (RJ 2001, 2113).

⁵⁷⁵ Siguiendo a SALAS DARROCHA, J.T.: «El delito de impago de pensiones» en *Editorial Aranzadi*, 2003 (BIB 2003, 1111)

económicamente más débiles de la unidad familiar frente al incumplimiento de deberes asistenciales por el obligado a prestarla.

4.) Si lo protegido fuere el principio de autoridad, no se colige que su protección quede al albur de los particulares, pues el delito incorpora como requisito de procedibilidad la denuncia de persona legitimada.

5.) Todo incumplimiento de este tipo de prestaciones supone en abstracto un peligro para la seguridad de los favorecidos, que la Ley debe prevenir sin necesidad ni exigencia de que se produzca –lo que nos lleva a reconocer en este tipo una cierta naturaleza de delito de peligro abstracto, al exigir una efectiva situación de peligro para los beneficiarios de la prestación–.

Respecto a estas conductas, concretar que una de sus especialidades se halla en la necesidad de comprobar la capacidad objetiva de llevar a cabo la acción debida (pagar) pues ello constituye un elemento esencial del tipo (y aún más, de la propia conducta omisiva punible), de manera que si no existe esta posibilidad, la conducta es atípica al carecer el sujeto de la capacidad para llevar a cabo la acción ordenada por la norma –SAP de Barcelona núm. 1070/1998, de 21 de diciembre (ARP 1998, 5792)–.

Por otro lado, las conductas llevadas a cabo por quien ostentando la guarda y custodia de sus hijos impide el ejercicio legítimo del régimen de visitas que por resolución judicial se fijó al otro progenitor, o el que incumple el que le fue fijado, tiene la consideración de desobediencia a la autoridad y así se viene aplicando por nuestros tribunales de justicia, penalizando tales conductas bien por la vía de delito, como desobediencia grave a la autoridad o sus agentes del artículo 556 del Código Penal, o bien a través de la falta prevista en el artículo 634 del mismo cuerpo legal⁵⁷⁶.

El CP de 1995 no estableció un precepto específico para castigar la conducta de quien incumple el régimen de visitas, pero la Ley 1/2000, de 7 de enero (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), Ley de Enjuiciamiento Civil, sí introdujo un precepto, concretamente el artículo 776, en el que se establecen unas especialidades en las ejecución de algunas mediadas, por lo que el número 3 del mencionado precepto dice:

«El incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas tanto por parte del progenitor guardador como del no guardador podrá dar lugar a la modificación del régimen de guarda y visitas.»

Llama poderosamente la atención que mientras que se ha establecido un delito autónomo para el impago de pensiones (art. 226 y 227 del CP) cuando en definitiva el hecho no es sino una desobediencia –propriadamente dicha– a la resolución judicial que las estableció, por el contrario en lo que concierne a la otra obligación recíproca, como es el

⁵⁷⁶ Para más detallada información ver DE PABLO MURILLO, B.: «El incumplimiento del régimen de visitas en el ámbito penal», *Aranzadi Penal* núm. 6/2002, BIB 2002, 961.

cumplimiento del derecho de visitas, se siguen penalizando tales conductas como desobediencia sin realizarse ningún matiz en la tipificación que nos permita realizar concreción alguna sobre el bien jurídico. En consecuencia, nos encontramos con que el hecho de que incumplir las obligaciones pecuniarias afecta a un bien jurídico más específico –relativo a la protección de la economía de los miembros más débiles de la familia– mientras que el incumplimiento del régimen de visitas lesionaría el orden legal establecido, o –como venimos manteniendo a lo largo de este trabajo al fijar el bien jurídico tutelado por los delitos de atentado, resistencia y desobediencia– el buen funcionamiento del orden vigente y el mantenimiento de la seguridad ciudadana. No deja de ser curiosa la distinción cuando en realidad ambos deberes jurídicos –tanto el de abonar las pensiones como el de cumplir las visitas– derivan directamente de un mismo núcleo: las obligaciones inherentes a la patria potestad.

Hasta la reforma operada por la Ley 15/2003 de 25 de noviembre, tales conductas relativas al incumplimiento del régimen de visitas, se penaban bien por la vía del delito de desobediencia –art. 556 CP– o, en su caso, como falta de desobediencia –art. 634 CP–. El referido texto legal introdujo una reforma en virtud de la cual se creaba un tipo de falta específica para los casos en los que esta conducta no alcanzara la gravedad propia del delito de desobediencia. Bien es cierto que la conducta descrita en semejante precepto no versa exclusivamente sobre lo relativo al régimen de visitas sino que se refiere, de modo general, al incumplimiento de las obligaciones familiares. Concretamente, se establece:

«El que incumpliere obligaciones familiares establecidas en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación o proceso de alimentos a favor de sus hijos, que no constituya delito, será castigado con la pena de multa de 10 días a dos meses o trabajos en beneficio de la comunidad de uno a 30 días».

A estas alturas de nuestro análisis no nos cabe la menor duda de que para poder acudir a la vía penal es preciso un previo requerimiento para que se cumpla lo estipulado en el convenio regulador o en la sentencia en el caso de oposición en lo referente al régimen de estancias con sus hijos, por lo que si no consta que se hiciera personalmente al denunciado, no se entiende cometido este delito⁵⁷⁷. Pero, al margen de ello, no podemos omitir la existencia de jurisprudencia discordante en torno al tema, de modo que encontramos resoluciones en las que se considera necesario un requerimiento judicial previo para que exista delito, y otra en las que se afirma que no es necesario el requerimiento previo judicial bastando el incumplimiento del régimen de visitas acordado en el procedimiento civil.

Los argumentos⁵⁷⁸ esbozados para mantener el primer criterio son, por ejemplo los mantenidos por la SAP de Ávila de fecha 7 de febrero de 2001 (JUR 2001, 116583) en la que puede leerse:

«El incumplimiento de la obligación de facilitar la realización del derecho

⁵⁷⁷ De la misma opinión es DE PABLO MURILLO, B.: «El incumplimiento...» op. cit.

⁵⁷⁸ *Ibidem*.

de visitas no es *per se* un incumplimiento con relevancia penal. Sólo la orden expresa, terminante y legítima del Juzgado de Primera Instancia competente genera en quien la recibe una obligación de cumplimiento».

De igual modo, la SAP de Madrid de 26 de noviembre de 2002 (JUR 2003, 63813) dice:

«Las sentencias dictadas en toda clase de procedimientos tienen unos cauces para su ejecución si quien resulta obligado a realizar algo en virtud de la misma no lo hace voluntariamente, y en ningún caso ese no hacer voluntariamente lo que resulta obligado en virtud de una sentencia puede constituir una falta de desobediencia si no ha mediado un mandato expreso de la Autoridad Judicial ordenando realizar alguna cosa, en este caso un requerimiento para la entrega de la menor, al menos en alguna ocasión en el curso del procedimiento. Si no se entendiera así, bastaría en toda clase de procedimientos civiles que la persona condenada en virtud de sentencia firme no cumpliera lo que en ella se dice para ser considerada autora de una falta, o bien de un delito de desobediencia, prescindiendo de los diversos procedimientos judiciales existentes para la ejecución de las sentencias, lo que desde luego pugna claramente con el ordenamiento jurídico español».

En contraste con ello, podemos encontrar sentencias –con cuya tesis discrepamos– que señalan que no es preciso un requerimiento expreso para que se entienda cometido el ilícito de desobediencia. Ejemplo de ello la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense de fecha 3 de junio de 2003 (JUR 2003, 185269) en la que se afirma:

«No es preciso que medie en cada caso un requerimiento específico de cumplimiento de la obligación, porque ello sería tanto como aprobar el incumplimiento permanente y privar de eficacia coercitiva a la función jurisdiccional, cuando la progenitora conocía perfectamente su deber de respetar el estatuto de visitas y el daño que su incumplimiento representa no sólo al derecho del otro progenitor sino, y quizá sea lo más grave, al buen orden de hábitos y cuidados de la vida del menor.»

Y por último, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de fecha 24 de febrero de 2003 (JUR 2003, 78489), que manifiesta:

«De la declaración de la acusada se desprende claramente su conocimiento pleno y cierto del auto judicial que le imponía un determinado régimen de visitas a favor del padre de su hija, y en el cual se reiteraba expresamente la obligación de la acusada recurrente de cumplir y no impedir el régimen acordado, *con apercibimiento de poder incurrir en un delito de desobediencia del art. 556 del CP*. Tampoco el hecho de no haberse practicado ningún otro requerimiento o apercibimiento a la acusada, además del contenido en el auto judicial, resulta relevante, habida cuenta de que en los propios fundamentos de esta resolución se expone que la acusada presenta una «gran

oposición» a que el padre se relacione con su hija, y «no quiere que la menor contacte con su padre en ninguna forma», habiéndose constatado su conducta de «impedir a toda costa la comunicación entre ambos.»

7. LA FALTA DE CONSIDERACIÓN Y RESPETO DEBIDO A LA AUTORIDAD DEL ARTÍCULO 634 CP.

El artículo 634 CP además de recoger la falta de desobediencia leve –que ya ha sido objeto de análisis en el presente trabajo– tipifica la conducta consistente en *faltar el respeto o la consideración debida a la autoridad o sus agentes* cuando éstos se encuentren ejerciendo sus funciones. En realidad, este precepto resulta de aplicación en todos aquellos supuestos en los que se cometa una conducta de las descritas en el artículo 620 CP –tales como la falta de amenaza, coacciones, injurias y vejaciones injustas de carácter leve– siempre que el sujeto que soporte la acción sea una autoridad o agente de la misma y en el momento de los hechos se halle en el ejercicio de sus funciones. Podría entenderse que en tales casos estaríamos ante un concurso de normas, que en virtud del principio de especialidad, debe resolverse a favor de la falta del artículo 634 CP. Del mismo modo, como veremos al momento de analizar la casuística propia de esta figura penal, podríamos configurar esta figura delictiva como un tipo residual, pues en la práctica serán muchas las conductas que por no tener la gravedad suficiente o faltarle alguno de los requisitos exigidos en los artículos 550 y 556 del CP, se resuelvan recurriendo a la falta de consideración o respeto debido a la autoridad. Este es el caso de los supuestos de resistencia pasiva leve. Como ya venimos enunciando a lo largo de este trabajo, para que una conducta sea constitutiva del delito de resistencia del artículo 556 CP ha de revestir cierta entidad y en los casos en los que no sea así, la única solución frente a la impunidad –pues no existe una falta de resistencia leve– es criminalizar la conducta como una falta contra el artículo 634 CP en la modalidad que ahora analizamos, por cuanto podría entenderse que el sujeto activo atenta contra la consideración y el respeto debido a toda autoridad –como ejemplo la STS núm. 669/1999 de 5 mayo (RJ 1999, 3391)–. En nuestra opinión y en virtud del respeto debido al principio de legalidad impuesto por el artículo 9 e) de la CE, sería más que deseable, a modo de *lege ferenda*, que se realizara una puntual modificación en el artículo 634 CP, tipificándose expresamente la resistencia pasiva leve.

Se castigan, por tanto, mediante esta falta, las formas más leves de despreciar a la autoridad, entendiéndose como tales 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 autoridades⁵⁷⁹.

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

⁵⁷⁹ Así lo entiende VELASCO NÚÑEZ, E.: «Las faltas contra los intereses generales y el orden público» en Revista *La Ley Penal*, núm. 22, diciembre de 2005.

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. Así ocurre en la STS núm. 1978/2001 de 26 octubre (RJ 2001, 10321) en la que se considera falta un forcejeo protagonizado por el acusado y los agentes de la autoridad en el que aquél llega a golpear levemente la mano derecha de uno de los agentes⁵⁸⁰. Del mismo modo, se alcanza idéntica solución en la STS núm. 364/2002 de 28 febrero (RJ 2002, 3022) en la que un leve forcejeo entre el acusado y los agentes, en palabras del propio tribunal:

« [...] 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.»

Por lo tanto, el límite entre la falta y la impunidad lo pone la propia naturaleza de la conducta y su afectación del bien jurídico pues 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.

Amplia es la casuística que nos presenta la múltiple jurisprudencia existente en torno al tema, pues en la práctica son muy frecuentes este tipo de conductas, que suelen producirse de manera muy habitual en el contexto de detenciones llevadas a cabo por agentes de la autoridad; tal es el caso de SAP de Cantabria núm. 26/2002 de 21 noviembre (ARP 2003, 185) en la que el acusado pronuncia distintas frases contra los agentes, tales como «tú a mi no me detienes» o «te voy a dar una paliza que te voy a matar», la Sala resuelve considerando tal conducta como constitutiva de una falta del artículo 634 CP y lo argumenta del siguiente modo:

« [...] teniendo en cuenta el contenido de la expresión proferida, las circunstancias de la misma y destinatario final (conociendo el carácter de agente de la autoridad que se encontraba de servicio), la conducta resulta, a la postre, encuadrable en la falta prevista en el artículo 634 («faltar al respeto y consideración debida a la autoridad o sus agentes»). La actitud del acusado ante la actuación del guardia civil, profiriendo esas palabras destempladas que «a priori» podrían considerarse amenazantes de carácter leve contra el guardia civil, suponen una falta de respeto a un agente de la autoridad en el ejercicio de

⁵⁸⁰ En tal supuesto, el agente resulta lesionado con un esguince en la muñeca, por lo que entendemos que habría sido deseable la condena al acusado, además de por la falta del artículo 634 CP por la de lesiones del 617.1. ello no supondría la vulneración del *non bis in ídem* pues tal y como venimos asentando a lo largo de este trabajo, el bien jurídico vulnerado por la falta del artículo 634 dicta mucho del que protege la falta de lesiones. A pesar de ello, el Tribunal Supremo obvió condenar por el resultado lesivo.

sus funciones, faltándole al respeto debido en razón a su función y a lo que representa al manifestarle que lo iba a matar. Se trata de un comportamiento desconsiderado que muestra una actitud de menosprecio evidente hacia el principio de autoridad representado por el agente de la Guardia Civil; proferir esa frase demuestra un muy bajo concepto de lo que es el imperio de la Ley y el respeto debido a quienes tratan de conseguir que la Ley se cumpla y remarca el espíritu indicativo extralegal, y matiza el desprecio que la labor del guardia civil le merecía a Alberto [...] Concorre también el [...] ánimo de atentar al principio de autoridad, de faltar al respeto debido a quien lo encarna, toda vez que Alberto –acusado–, conociendo el carácter y dignidad de la función de Juan Carlos –agente–, no vacila en dirigirle expresiones tan directamente ofensivas que forzosa y necesariamente ha de captar el daño que de tal afrenta se infiere, aunque la entidad y gravedad de estos hechos ha de ser ponderada, como ha hecho la Sala, teniendo en cuenta la situación anterior, vivida por el sujeto. Por todo ello, y en definitiva, si bien la expresión, intrínsecamente considerada, supone una amenaza de carácter leve, artículo 620 del Código Penal, al dirigirse contra un agente Guardia Civil y atentando contra el respeto que aquél se merece por lo que representa, cabría tipificarla conforme al artículo 634 mencionado.»

De todo lo expuesto, se desprende que cuando se actúe de manera amenazante frente a una autoridad o agente de la misma, se estará ante un ilícito de los contemplados en este artículo, siendo la conducta –en la mayoría de los casos– constitutiva de una falta de respeto y consideración a la autoridad. Pero, ¿qué ocurrirá cuando la gravedad de la amenaza no sea la propia de una falta? Dicho de otro modo, cuando la conducta llevada a cabo por el sujeto activo revista una gravedad que supere la del ámbito de la falta ¿se condenará por un delito de amenazas de los previstos en el Capítulo II del Título VI del Código? Para responder a la cuestión hemos de retrotraernos al momento en el que analizábamos el delito de atentado, concretamente en su modalidad de intimidación grave. En tal apartado, dejamos constancia de que las conductas propias del delito de amenazas cuando van dirigidas contra un funcionario público, autoridad o agente de la misma –en aplicación del principio de especialidad aplicable a semejante concurso de normas– son propias del delito de atentado en su modalidad de intimidación grave, mientras que cuando tal conducta no revista la exigida gravedad, podrá considerarse que estamos ante una falta del artículo 634 CP.

Al margen de ello, se nos plantea una duda que tiene su origen en lo que podría denominarse una auténtica laguna legislativa, que condiciona la existencia de las faltas del artículo 634 al hecho de que las mismas recaigan sobre autoridades o sus agentes, obviando toda referencia a los funcionarios públicos. En consecuencia, una amenaza grave a un funcionario público puede considerarse un delito de atentado del artículo 550 pero si la misma es leve y no presenta la entidad suficiente como para elevarse a la categoría de delito, veremos como el principio de legalidad nos cierra el paso a toda aplicación del artículo 634 CP pues el mismo expresamente se refiere a la falta de consideración y respeto debido a la autoridad y sus agentes, omitiendo toda mención a los funcionarios públicos. Tal omisión tiene sentido en lo que respecta a la falta de desobediencia pues solo puede

desobedecerse a la autoridad o a sus agentes, pero el artículo 634 CP alberga dos faltas distintas: la desobediencia leve –que como decimos solo cabe frente a autoridades o agentes de la misma– y la falta de respeto y consideración debida, que por expresa omisión sólo puede imputarse cuando se realice contra autoridades o agentes pero que, en nuestro modo de ver y como propuesta de lege ferenda, debería ampliarse, permitiendo que tal acción delictiva fuere cometida también contra funcionarios públicos. Ante tal laguna no queda más opción que acudir, cuando sea preciso, a la falta de amenazas como única vía frente a la impunidad de las amenazas no graves contra funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones.

Hay autores que se muestran bastante críticos con la existencia de este ilícito penal, por cuanto entienden que estamos ante una infracción carente de entidad, que confunde la buena educación con el hecho punible, tachando tal tipificación de *claro resabio del autoritario principio de autoridad*⁵⁸¹. Pero, al margen de estas críticas, no puede negarse que esta falta actúa como una válvula de seguridad⁵⁸², o un cajón de sastre adecuado para resolver con pretendida justicia material hechos muy frecuentes en la práctica, evitando por tanto su indeseada impunidad.

Como no podía ser de otra manera, y a pesar de que la falta se configure como un verdadero tipo residual acto para ser aplicado en aquellos casos en los que atente contra el bien jurídico de manera menos graves –es decir, cuando no resulte de aplicación ninguno de los delitos de los artículos 550 y 556 CP– hay que establecer un límite mínimo en el grado de afectación del bien tutelado, que nos garantice que no estamos contraviniendo el Derecho Penal mínimo. Curiosa e ilustrativa resulta la SAP de Zaragoza núm. 22/2001, de 25 de enero (ARP 2002, 18) en la que se enjuicia a un individuo que había sido apercebido, mientras estaba realizando sus labores como cabezudo en un desfile lúdico, por un agente de la policía local, para que no persiguiera a los niños donde había circulación rodada y éste reaccionó ante tal apercebimiento llamando al agente «tonto» y «payaso» y dándole un latigazo. La Audiencia resuelve absolviendo al acusado, por considerar que no se ha producido lesión alguna al principio de autoridad, pues el comportamiento del cabezudo ha sido el propio del contexto en el que se hallaba y no tiene su origen en menospreciar al agente como tal sino en el espectáculo lúdico festivo que protagonizaba. Resulta especialmente como acota la aplicación de la falta cuando afirma:

« [...] la conducta descrita, «falta de respeto y consideración debida a las autoridades y sus agentes», diferenciada de la desobediencia leve (segunda acción típica del art. 634 CP) y de la perturbación leve del orden público (art. 633 CP), no puede interpretarse sino como aquella otra conducta que perjudique de forma efectiva la concreta función pública desarrollada por las autoridades y sus agentes, sin incluirse, para evitar una indebida aplicación del destipificado desacato, conductas de «falta de respeto» que, sin trascendencia en la función pública, serían objeto de protección penal mediante las figuras de la calumnia o injuria [...] No cabe duda que la expresión proferida puede

⁵⁸¹ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho penal español...*, op. cit., p. 835.

⁵⁸² Op. cit., p. 835.

resultar ofensiva para el Policía Local, pero dado que no consta la trascendencia pública, ni la afección a la función pública, no se infringe el bien jurídico protegido en el art. 634 del Código Penal tal como antes se ha expuesto, y sí, a lo sumo, se atenta contra el honor del funcionario en su condición particular, lo que se protege penalmente mediante el delito o falta de injurias, que no ha sido objeto de acusación, y por el que no se puede condenar al acusado.»

La jurisprudencia se ha esforzado en evidenciar la diferencia entre este ilícito y el antiguo delito de desacato⁵⁸³:

«El art. 634 del Código Penal 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.»

8. ELEMENTOS OBJETIVOS DEL INJUSTO COMUNES A TODAS ESTAS CONDUCTAS TÍPICAS Y RELATIVOS A LOS SUJETOS QUE SOPORTAN LA ACCIÓN.-

8.1. La necesidad de actuar en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas.-

El CP introduce un requisito objetivo 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 (art. 550) y en el del delito de maltrato de obra o resistencia grave a la fuerza armada (art. 552) para que se cometa el tipo habrá de darse 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*.

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 misma⁵⁸⁴.

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

⁵⁸³ Como ejemplo la SAP de Madrid núm. 410/1999, de 15 de noviembre (RJD 44162,1999).

⁵⁸⁴ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C y OTROS: *Manual de Derecho Penal...*, op. cit., pp. 645 y 646.

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.

Hallarse ejerciendo las funciones del cargo, según el consenso doctrinal⁵⁸⁵ y jurisprudencial, significa estar tomando acuerdo o ejerciendo actos comprendidos en el orden de las atribuciones que les corresponde, es decir, encontrarse en el ámbito del ejercicio de la función pública⁵⁸⁶.

Como acertadamente apunta MUÑOZ CONDE⁵⁸⁷, cuando el funcionario –en sentido amplio y omnicomprendivo de autoridad, agente de la misma o funcionario en sentido estricto– 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. Pero 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.

En realidad, la protección penal se extiende *post officium* siempre que las acciones que lesionan el bien jurídicamente protegido se hayan producido *in contemplatione officii*, esto es, por venganza o resentimiento por actos realizados en cumplimiento de la función aun cuando se hubiere cesado en el desempeño de la misma⁵⁸⁸. Tal ampliación de la tutela resulta totalmente lógica, pues su razón estriba en que de lo contrario sería perfectamente inútil dispensar protección penal eficaz porque bastaría con esperar a que el funcionario concluyera su actividad para poder llevar a cabo el acometimiento y satisfacer así el resentimiento nacido como consecuencia de su función⁵⁸⁹.

Por supuesto, cualquier actividad o acción que sin pertenecer exclusivamente al núcleo de competencias de las funciones que estos profesionales tienen establecidas, nazca o derive directamente de éstas, se entiende incluida en el término que analizamos. Tal es el caso, por ejemplo, en el que un agente de la autoridad tenga que acudir a juicio en calidad de testigo de algún asunto sobre el que haya levantado atestado, pues cualquier agresión en semejante contexto sería constitutiva de los delitos que nos ocupan.

Así, sólo quedarán fuera de la tutela penal los casos en los que el funcionario se ampara en el poder que su cargo le confiere para defender intereses particulares, como los supuestos de incompetencia absoluta, que dan lugar a que ni el sujeto si su actuación

⁵⁸⁵ CARBONELL MATEU, J.C. y VIVES ANTÓN, T.S. en VIVES ANTÓN y OTROS: *Comentarios al Código*, op. cit., p. 2077.

⁵⁸⁶ El concepto de «función pública» fue ampliamente desarrollado con motivo del estudio de los sujetos de estos delitos por lo que no procede ahora más que remitirse a lo ya expuesto en torno al tema.

⁵⁸⁷ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial...*, op. cit., p. 878.

⁵⁸⁸ MIRANDA ESTAMPRES, M. en CRESPO BARQUERO y OTROS: *Código Penal. Comentarios...*, op. cit., p. 2670.

⁵⁸⁹ RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.: *Derecho Penal Español...*, op. cit., p. 876.

puedan ser considerados funcionario y función pública, respectivamente⁵⁹⁰. 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.

En realidad, como puede comprobarse, la necesidad de que el sujeto portador del bien jurídico se halle en el ejercicio de sus funciones al momento de sufrir el hecho no plantea grandes problemas ni en cuanto a su definición como requisito objetivo del tipo ni en cuanto a la razón de ser de su existencia. Únicamente, podríamos detenernos en un par de cuestiones que suelen suscitar cierta duda. En primer lugar, hay que recordar que el artículo 5.4 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, prevé de modo preceptivo que sus miembros

«...deberán llevar a cabo sus funciones con total dedicación, debiendo intervenir siempre, en cualquier momento y lugar, se hallaren o no de servicio, en defensa de la ley y de la seguridad ciudadana.»

Por lo tanto, de ello se deduce que estos profesionales se hallan en servicio permanente y en consecuencia siempre que actúen en ejercicio de sus funciones, aunque no se hallaran en ese instante de servicio, estarán amparados por estas figuras penales. Así se ha pronunciado reiteradamente la jurisprudencia en sentencias como la núm. 173/1996, de 27 de Febrero (RJ 1996, 1994) en la que se aclara que:

«Ha de recordarse que los cuerpos de policía dependientes de los Gobiernos Autonómicos y de las Corporaciones Locales integran las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y que los miembros de tales Fuerzas y Cuerpos deberán llevar a 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 (artículos 2 y 4 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad). Dicha proclamación general se sitúa antes y por encima de cualquier normativa sobre policía autonómica local. Con ello se desvanecen las objeciones del recurrente que trata de descalificar al policía interviniente en razón a no hallarse en tales momentos de servicio, dado que, en méritos al mandato inserto en los citados preceptos, siempre lo está».

Como contrapunto a esta argumentación, merece la pena mencionar la posibilidad de exigir responsabilidad civil al Estado –con carácter subsidiario– cuando los funcionarios en el transcurso de su vida privada utilizan las armas de que disponen por razón de su cargo para cometer cualesquiera hechos delictivos. El Tribunal Supremo –en sentencias como la de 29 de marzo de 2000 (RJ 2000, 3482)– ha dejado asentado que dicha responsabilidad subsiste aun cuando la actuación del empleado público nada tiene que ver con su función amparándose precisamente en esa fórmula de disponibilidad permanente que

«...siendo beneficiosa para los ciudadanos entraña riesgos por disposición

⁵⁹⁰ Así lo advierte CUERDA ARNAU, M.L.: *Los delitos de atentado...*, op. cit., p. 93 y ss.

de las armas que conlleva [...] la responsabilidad civil del Estado se funda en el principio de creación del riesgo, riesgo derivado directamente de la forma de organizar el servicio de la seguridad pública, a través de la fórmula de la disponibilidad permanente.»

Antes de continuar con el estudio de este requisito objetivo, resulta preciso advertir que esta extensión de tutela penal no es extrapolable a cualquier funcionario público. Claro está, que en el caso de los médicos –por ejemplo– a pesar de que éste pueda considerarse como posible sujeto de la acción de estos delitos, lo cierto es que cuando en una situación de urgencia atiende a un paciente en peligro y lo haga fuera de su horario laboral y del lugar en el que presta sus servicios⁵⁹¹, habrá de prevalecer su condición profesional sobre la funcional y por tanto, de sufrir alguna agresión ésta deberá resolverse conforme a los tipos comunes⁵⁹².

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 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 (JUR 2001, 161354) 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».

De igual modo⁵⁹³ la SAP de Madrid de 28 de octubre de 2004 (JUR 2004, 88041) en la que se arremete contra dos agentes de policía que iban de paisanos y estaban fuera de servicio pero que previamente se habían identificado a sus agresores como tales. La sala considera que se ha cumplido el requisito exigido puesto que la agresión ha tenido lugar con ocasión de las funciones de los agredidos.

Otra cuestión que suele suscitar cierto debate en torno al estudio de este requisito, es

⁵⁹¹ Mayor duda se plantea en los casos en los que la asistencia se presta en el propio centro sanitario público en el que el profesional presta sus servicios pero se hace fuera del horario laboral establecido. En tal caso, parece que nada impediría, dadas las circunstancias, hablar de un delito de atentado, siempre que la agresión esté motivada por su actuación como médico de la sanidad pública.

⁵⁹² Así lo entiende ROIG TORRES, M.: *El delito de ...*, op. cit., p. 160 y ss.

⁵⁹³ Podríamos citar múltiples sentencias en este sentido, como muestra la SAP de Las Palmas núm. 18/2005, de 28 de enero (JUR 2005, 62976) o SAP de Murcia núm. 17/2005, de 15 de abril (JUR 2005, 240315).

la relativa a aquellos casos en los que el funcionario público, la autoridad o el agente de la misma haya cambiado o variado en las funciones que desempeñaba o incluso haya cesado en ellas, en semejante supuesto cabe preguntarse si en virtud de esta exigencia legal –los profesionales que se hallen en semejantes circunstancias– quedarán al margen de la tutela penal. En realidad, la problemática tiene fácil solución pues basta con entender que la protección penal seguirá vigente siempre que la agresión tenga su origen en la condición del sujeto que la soporta, esto es, siempre que el sujeto activo actúe movido por la condición de funcionario público, autoridad o agente del sujeto al que arremete, y ello en estricta aplicación de la expresión «con ocasión de ellas»⁵⁹⁴.

8.2. El requisito de la no extralimitación.-

Como se ha venido poniendo de manifiesto a lo largo de este trabajo, el bien jurídico protegido por estos delitos –y por tanto la razón de ser de los mismos– viene a ser el ejercicio legítimo de las funciones públicas por parte de los funcionarios, autoridades o agentes de la misma, de modo que lo que se tutelan son las funciones que tales profesionales tienen establecidas y que se pueden resumir en la salvaguarda del orden vigente y el mantenimiento de la seguridad ciudadana. En consecuencia, es sencillo llegar a la conclusión de que esa protección penal sólo será posible siempre que los portadores del bien jurídico actúen conforme a Derecho, esto es, que su comportamiento se ajuste al orden vigente y no traspase los límites de la legalidad, pues en caso de que tales profesionales actúen de manera abusiva y contraria al ordenamiento jurídico no tendría sentido otorgarles tal protección penal. En realidad, la «extralimitación» del funcionario, autoridad o agente, implicará que éste en ese mismo instante pierda su condición de tal, quedando deslegitimado frente al ciudadano cuya conducta, de ser agresiva podrá ser constitutiva de ilícito penal pero no de un delito de atentado, resistencia ni desobediencia, pues es característica de estos tipos el ser constituidos como delitos especiales propios en tanto que su acción sólo puede recaer frente a determinados sujetos. En otras palabras, si el sujeto que soporta la acción pierde –como consecuencia de su extralimitación– la condición de funcionario, autoridad o agente, es porque deberá ser considerado como un particular más y por tanto, el sujeto activo podrá responder ante el Derecho Penal pero obviándose la profesión de la víctima, pues ésta con su propio comportamiento ha desacreditado su posición dejando de ser portador del bien jurídico y por ende careciendo de sentido su protección.

En realidad, esto supone introducir un requisito de «*legitimidad*» en la descripción de estos tipos penales, legitimidad que versa sobre las funciones y el modo de desempeñarlas de los sujetos a los que va destinada la acción típica. La complejidad viene dada por la falta de referencia expresa en el texto de la ley a tal requisito, lo que supondrá que estemos ante un elemento del tipo, en todo caso, negativo pero nunca positivo⁵⁹⁵. No sería correcto simplificar anunciando que se deja de ser funcionario, autoridad o agente de la misma de modo automático por el simple hecho de actuar mal, o de hacerlo de forma contraria a Derecho, puesto que ello no es realmente así sino que en todo caso, y en el supuesto

⁵⁹⁴ En pleno acuerdo con CASARES VILLANUEVA, M.L.: «Atentado, resistencia y...» op. cit., p. 40 y ss.

⁵⁹⁵ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho Penal español...*, op. cit., p. 825 y ss.

concreto, se pierde la condición de portador del bien jurídico digno de tutela. Y es que, el ejercicio del cargo por muy discutible que resulte debe, en principio, ser respetado por el ciudadano aunque sólo sea por el mantenimiento del orden vigente pues resultaría altamente peligroso proponer esta exigencia de legitimidad como un argumento para alentar a la ciudadanía a cuestionar de manera sistemática las labores de quienes tiene la misión de velar por la seguridad ciudadana. Por tanto, trazar los parámetros para determinar cuándo existe extralimitación no es, en absoluto, una tarea sencilla ni baladí, pues frente al riesgo que acabamos de plantear hay que tener presente que en los casos en los que las prácticas de los funcionarios, autoridades o agentes sean autoritarias, el ciudadano queda en una situación muy semejante a la indefensión, siendo altamente peligroso y lesivo obligarle a soportar una situación ilícita.

Así las cosas, resulta imprescindible adentrarse en el concepto de «*extralimitación*» para poder determinar del modo más preciso posible cuándo una conducta es extralimitada y en consecuencia, decidir si tal comportamiento puede ser delictivo. En realidad, la pregunta sería: ¿La conducta del ciudadano podría ser –en algún caso– constitutiva de atentado, resistencia o desobediencia aun cuando el funcionario, autoridad o agente que soporta la acción se haya extralimitado?

Desde este mismo instante podemos aclarar que no todo exceso conlleva las mismas consecuencias, de modo que la jurisprudencia ha venido distinguiendo entre extralimitaciones graves o leves, la primera implica la pérdida del carácter de funcionario público a efectos de tutela penal por lo que no podría cometerse en tales casos el delito de atentado, resistencia ni el de desobediencia, ahora bien: no está de más precisar que el funcionario, autoridad o agente que se extralimita aunque se desacredite y deje de ser digno de protección a efectos de portador del bien jurídico constitutivo de estos delitos, ello no implica que como persona física, como ciudadano quede desprotegido de toda tutela penal, por lo que como cualquier otro sujeto gozará de la tutela que dispensan los tipos penales comunes. En otras palabras, no podrá cometerse contra él un delito de atentado pero probablemente sí un delito de lesiones⁵⁹⁶. Antes de adentrarnos la siempre polémica distinción entre extralimitación grave y leve entendemos que resulta de utilidad, al hilo de nuestro estudio, reseñar parte de la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 55/1990 de 28 de marzo (RTC 1990,55) en la que, con motivo de la declaración de inconstitucionalidad del párrafo tercero del artículo 8.1 de la Ley Orgánica 2/1986 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad se dice:

«De la Constitución se deduce que las fuerzas de policía están al servicio de la comunidad para garantizar el ciudadano el libre y pacífico ejercicio de los derechos que la Constitución y la Ley les reconocen, y este es el sentido del artículo 104.1 CE que puede considerarse directamente heredero del artículo 12 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, configurando a la Policía como un servicio público para la comunidad, especializado en la prevención y lucha contra la criminalidad, el mantenimiento del orden y la

⁵⁹⁶ Puede perfectamente justificarse la conducta del sujeto activo alegándose una legítima defensa pero eso es otra cuestión.

seguridad pública y la protección de los derechos y libertades. El artículo 104.1 CE trata de asegurar la adaptación del sistema policial, de sus funciones y de sus principios básicos al orden constitucional, subrayando, en un plano positivo, y en la misma línea que el artículo 53 CE la función de garantía de libertades y derechos fundamentales que también corresponde a la Policía pero, al mismo tiempo, negativamente destacando que la actuación de la fuerza de la Policía debe respetar también y garantizar las libertades y derechos fundamentales del ciudadano. El artículo 104.1 CE refleja un necesario y no siempre fácil equilibrio en relación con la actuación de las fuerzas de policía, que son un instrumento necesario para asegurar la libertad y seguridad de los ciudadanos, pero que, al mismo tiempo, por la posibilidad de uso legítimo de la fuerza y de medidas de coacción supone, en el caso de extralimitaciones, una puesta en peligro de la libertad y seguridad y aquellos, así como otros derechos y bienes constitucionales de la persona (vida, integridad física, intimidad, inviolabilidad del domicilio, etc.) Un orden constitucional democrático es incompatible con el uso de medios represivos ilegítimos y por ello mismo exige una protección adecuada del ciudadano frente al peligro de eventuales extralimitaciones, lo que incluye también la posibilidad de acudir a la vía judicial para reaccionar frente a los excesos, con trascendencia penal, por parte de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en el uso, en principio legítimo, de la fuerza y los medios de coacción.»

Así las cosas, la frontera entre la extralimitación grave y la leve tendrá que delimitarse en cada caso concreto, por lo que habrá que estar a la interpretación doctrinal y jurisprudencial que se realice en cada supuesto, si bien existirá el problema de la prueba y su complejidad de acreditación en el proceso penal. La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha pronunciado de forma reiterada acerca de los efectos que sobre su antijuricidad produce la extralimitación de los agentes, declarando, al abordar el problema de los abusos cometidos por aquéllos, que cuando los sujetos de la acción del delito se exceden de sus funciones o abusan notoriamente de su cometido, pierden la cualidad que fundamenta la especial protección de la ley, sin que la pérdida de esa tutela legal se produzca cuando se trata de extralimitaciones leves. En definitiva, cuando la autoridad, agente o funcionario público se excede en sus funciones de modo que es tal exceso el que provoca la reacción violenta del sujeto activo del hecho, ese exceso hace perder la condición pública en base a la cual la ley protege a dicho sujeto pasivo en estos delitos, en cuanto tal protección sólo está concebida para el caso de moverse dentro de su actuación normal conforme a derecho, de tal modo que la notoria extralimitación del sujeto pasivo en el ejercicio de sus funciones le priva de la especial protección que le dispensa este artículo y le convierte en mero particular⁵⁹⁷.

Por lo tanto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo considera que quedan excluidos de estos tipos penales los supuestos en los que el agente⁵⁹⁸ rebasa las funciones que le

⁵⁹⁷ Entre otras muchas, SSTS núm. 169/1993, de 3 de febrero (RJ 1993, 651) y núm. 1042/1994, 20 de mayo (RJ 1994, 9343).

⁵⁹⁸ En determinados momentos de este trabajo y cuando la atención de la explicación viene centrada en

vienen encomendadas, produciéndose en tales casos, la extralimitación en sus funciones, lo que despoja de sentido el otorgarles protección, por ser su actuación impropia de la función pública y no respetar los principios que la informan de legitimidad, ecuanimidad y eficiencia⁵⁹⁹. Del mismo modo, el Alto Tribunal viene exigiendo que la extralimitación sea notoria y no se trate de simples extralimitaciones leves. Evidentemente, el concepto de extralimitación notoria es eminentemente circunstancial⁶⁰⁰ y en consecuencia, de difícil precisión.

Especialmente ilustrativa resulta la STS de 2 de marzo de 1982⁶⁰¹ (RJ 1982, 1403) en la que se apunta lo siguiente:

« Debe recordarse, por lo que al caso se refiere que las meras extralimitaciones del Agente, no le privan de su carácter de tal, el cual decae, realizando agresiones ilícitas cuando pierden descompasadamente la dignidad de su función o proceden de forma absolutamente irregular.»

Asimismo y como bien recoge la STS de 14 febrero de 1995 (RJ 1995\757):

«Es cierto que en determinados casos de delitos de atentado o de resistencia a Agentes de la Autoridad esta Sala ha declarado la exculpación del acusado cuando los sujetos pasivos del delito se exceden de sus funciones o abusan notoriamente de su cometido, porque, en tal caso, pierden la cualidad que fundamenta la especial protección que la ley les dispensa y se convierten en meros particulares. Así, cuando la Autoridad o el funcionario público que la representa «se excede en sus funciones de modo que es tal exceso el que provoca la reacción violenta (o de resistencia, añadimos) del sujeto activo del hecho», ese exceso hace perder la condición pública en base a la cual la ley protege a dicho sujeto pasivo en esos delitos.»

Y es que, la propia jurisprudencia de esta Sala ha ido delimitando el alcance del término «notoria extralimitación», estimándose su concurrencia, entre otros supuestos, cuando se insulta, se provoca y se dirige en actitud amenazadora contra la persona a quien se intenta imponer el mandato; o cuando existe una actitud de provocación por parte de la Autoridad; o cuando se emplean coacciones o malos tratos no determinantes de un propio estado de defensa. En definitiva, existirá extralimitación cuando se los agentes lleven a cabo una actitud amenazadora o de provocación, o empleen coacciones o malos tratos no

cuestiones distintas a los propios sujetos de la acción, se está utilizando el término «agente» en un sentido amplio, aun a sabiendas de que los funcionarios públicos y la autoridades también son portadores del bien jurídico pero citarles continuamente supondría incurrir en una reiteración que puede, incluso, resultar molesta para el lector.

⁵⁹⁹ Como ejemplo las SSTS de 14 de mayo de 1981 (RJ 1981, 2228), 4 de noviembre de 1982 (RJ 1982, 7067) y 28 de febrero de 1983 (RJ 1983, 1739).

⁶⁰⁰ Así lo reconoce la doctrina, por ejemplo MIRANDA ESTAMPRES, M. en CRESPO BARQUERO, P. y OTROS: *Código Penal. Comentarios...*, op. cit., p. 2671.

⁶⁰¹ En el mismo sentido SSTS de 12 diciembre 1967 (RJ 1967\5312), 2 junio y 22 diciembre de 1970 (RJ 1970\2722 y RJ 1970\5544) y 6 mayo de 1972 (RJ 1972\2048), entre otras.

determinantes de un propio estado de defensa, o ejerzan una represión para la que los agentes no tengan atribuciones⁶⁰².

En consecuencia resulta lógico que la calificación como notoria de la extralimitación requerirá de una adecuada ponderación de todas las circunstancias concurrentes, especialmente de la acción realizada por el ofensor, a efectos de determinar la existencia o no de proporcionalidad en la actuación del funcionario, autoridad o agente de la misma. En la práctica no resulta nada sencillo encontrar los parámetros concretos para delimitar la gravedad de la extralimitación, por lo que sólo el pormenorizado análisis de las circunstancias concretas de cada caso nos servirá para ello. Como ejemplo de esta tarea y para que nos sirva como mera referencia, la STS núm. 747/1998 de 28 mayo (RJ 1998, 5004) en cuyo fundamento fáctico nos hallamos con el caso de un alcalde que se extralimitó levemente en sus funciones al proferir una frase grosera contra un ciudadano y en consecuencia, el Tribunal argumentó lo siguiente:

«Dícese, en efecto, en el fundamento jurídico primero de la sentencia recurrida que, si bien una notoria extralimitación del sujeto pasivo en el ejercicio de sus funciones le privaría de la especial protección de la ley penal y le convertiría, a estos efectos, en un mero particular, no ocurre lo mismo si se trata de una extralimitación leve cual fue la del alcalde agredido en la ocasión de autos, que consistió en una simple frase despectiva o grosera, lo que se reitera en el fundamento jurídico tercero al considerar la frase en cuestión causa suficiente para apreciar en la conducta del acusado la atenuante de arrebató u obcecación como muy cualificada. No parece descaminado tomar estos razonamientos, dirigido uno a demostrar que el sujeto pasivo de la acción no se extralimitó gravemente en el ejercicio de sus funciones y no perdió, en consecuencia, la especial protección penal significada por el delito de atentado, y orientado el otro a fundar la apreciación de una mera circunstancia atenuante de arrebató u obcecación, son incompatibles con la eventual estimación de la eximente de legítima defensa [...] no se puede considerar que, en el marco de las relaciones existentes entre un alcalde y un vecino de un pueblo pequeño, el hecho de que el primero replicase con una frase grosera y despectiva a los graves insultos que le estaba dirigiendo el segundo, suponga una extralimitación grave en el ejercicio de sus funciones capaz de desposeer a la Autoridad de su condición de persona penalmente protegida de modo especial. Esta privilegiada protección debe desaparecer, en efecto, en caso de notoria y grave extralimitación, pero es éste un concepto que debe ser interpretado de acuerdo con las circunstancias que concurren en cada caso.»

Podríamos citar múltiples sentencias de la llamada jurisprudencia menor en la que se aborda el concepto de extralimitación pero, como nuestra podemos referenciar, entre otras, la SAP de Córdoba núm. 11/2002 de 23 de enero (ARP 2002, 178) en la que refiriéndose a los agentes de la autoridad se dice:

⁶⁰² Como muestra STS núm. 2490/1992, de 13 noviembre (RJ 1992\9655) y STS núm. 1345/1998, de 5 de noviembre (RJ 1998, 8151).

«Cuando al ejercer su función cometen meras extralimitaciones y si le privan o despojan los casos de «notoria extralimitación» o las agresiones ilícitas contra los derechos de los particulares, con uso de la fuerza o violencia innecesarias, sin excusa legítima que las justifique, pues en estos supuestos se desafueran y entonces la fuerza o resistencia empleadas contra los mismos no es ilegítima, ya que la notoria o grave extralimitación autoritaria constituye una violencia injustificada contra el ciudadano permitiendo a éste la reacción inmediata, sin solución de continuidad y proporcionada a su legítima defensa.»

Distinto matiz al que presenta la posición jurisprudencial que hemos expuesto, presentan quienes, como VIVES y CARBONELL,⁶⁰³ se refieren a lo que ellos denominan supuestos de nulidad radical del acto, considerando como tales aquellos en que la extralimitación es de tal envergadura que ni el funcionario actúa como tal, ni puede hablarse de ejercicio de la función pública, por lo que faltaría en tales casos un requisito típico de estos delitos. En los casos de nulidad radical de acto o de extralimitaciones absolutamente nulas, consideran, que no será necesario acudir a las causas de justificación para extraer la conclusión de la impunidad de la conducta.

No existe discusión doctrinal alguna en cuanto a la solución que debe darse cuando la autoridad se extralimita, de modo que el ciudadano responde con una conducta que –de no darse esa circunstancia de la extralimitación– sería a todas luces punible. La doctrina y la jurisprudencia coinciden en que en esos casos el particular no deberá responder por un delito de atentado, resistencia o desobediencia, ahora bien el debate se centrará en el razonamiento utilizado para argumentar esa impunidad. Hay quienes⁶⁰⁴ consideran que al darse esta circunstancia el delito no nace, pues falta un elemento normativo del tipo, en este caso la necesidad de que el funcionario, autoridad o agente de la misma actúe de manera legítima y por tanto conforme a la ley. Frente a ello, la doctrina mayoritaria considera que cuando el funcionario actúa en el marco de sus competencias genéricas, la reacción del particular en tales casos es típica, sin perjuicio de que pueda ser justificada⁶⁰⁵. En este mismo sentido razona el Tribunal Supremo en sentencias como la de 18 de abril de 1988 (RJ 1988, 2803) en la que se dice que

«La acción de la autoridad carente de legitimidad no afectará a la tipicidad de la resistencia».

Por lo tanto, esta resolución opta por entender que lo que procede en tales casos es verificar si se dan las condiciones del derecho de defensa que otorga el orden jurídico al afectado por tales acciones. En realidad, tal argumento equivale a entender que estamos ante un problema de justificación y no de tipicidad.

⁶⁰³ VIVES ANTÓN y OTROS, *Comentarios al ...*, op. cit. p. 2079 y ss.

⁶⁰⁴ CÓRDOBA RODA, J.: *Comentarios al ...*, op. cit., p. 355 y 356.

⁶⁰⁵ Podemos encontrar en esta línea incluso a los autores más clásicos como es el caso de PACHECO, *El Código Penal concordado y comentado*, Tomo I, Madrid 1881, p. 157, e igualmente lo entiende LUZÓN PEÑA, «Aspectos esenciales de la legítima defensa», Barcelona 1978, p. 273.

CUERDA ARNAU⁶⁰⁶ llega a la conclusión de que la tipicidad pertenece al ejercicio no arbitrario de funciones públicas. Por lo tanto, sería atípica la reacción del particular frente a actuaciones de los poderes públicos, que pese a perseguir la fiabilidad pública y entrar en el ámbito de sus competencias genéricas, puedan calificarse de arbitrarias. Según la opinión de esta autora, en estos casos sólo pueden entrar en consideración los tipos comunes, debiendo enjuiciarse con respecto a éstos la posible concurrencia de una causa de justificación. Por el contrario, allí donde hay una actuación no arbitraria que persigue una finalidad pública y que entra dentro del ámbito competencial del funcionario, hay ejercicio de funciones públicas en el sentido exigido en el tipo, sin perjuicio de que pueda ser antijurídica y ello autorice a ejercer un derecho de resistencia con efectos justificantes.

En los supuestos en los que existe una actuación contraria a Derecho, que sin embargo, no es arbitraria o manifiestamente antijurídica hay quienes⁶⁰⁷ consideran que el tratamiento de tales casos no debe diferir del que se otorga a los que acabamos de analizar. Pero frente a ello, parece más acertado entender⁶⁰⁸ que estos supuestos deben ser distinguidos de aquellos, siendo incluso deseable distinguir –dentro de este segundo grupo– según existan o no vías jurídicas de reposición de la situación. Por ello, la cuestión ahora se centra en dilucidar si estamos ante un problema de justificación o de tipicidad. En realidad la esencia del problema radica en determinar cuál es la naturaleza y el alcance que debe darse al derecho que tiene el particular de oponerse ante ese comportamiento extralimitado.

Como ilustrativo ejemplo podemos referirnos a la STS núm. 2350/2001 de 12 de diciembre (RJ 2002, 1289) en la que puede leerse lo siguiente:

«No corresponde a los ciudadanos revisar o depurar la corrección de una actuación policial en el momento en que se produce y serán las correspondientes autoridades gubernativas en el orden disciplinario o jurisdiccionales, en su caso, las llamadas a realizar dicha función de control [...]».

Como muy bien precisa CUERDA ARNAU⁶⁰⁹ no es ése el sentir mayoritario de la jurisprudencia y de hecho en esa misma resolución se matiza posteriormente tan desafortunada forma de expresarse reconociendo que hay supuestos de extralimitación policial que autorizan la consideración de situaciones de legítima defensa, aunque por otro lado, obvia mencionar cuáles son esos supuestos.

En nuestra opinión, *cuando la extralimitación del funcionario, autoridad o agente de la misma sea grave, entendiéndose por tal radicalmente contraria al orden jurídico, viciada no en cuanto a cuestiones formales sino en lo relativo a su contenido que ha de ser claramente vejatorio del orden vigente, la conducta del particular podrá ser valorada –*

⁶⁰⁶ CUERDA ARNAU, M.L.: *Los delitos de atentado...*, op. cit., p. 113.

⁶⁰⁷ CALDERÓN SUSÍN, «La protección penal de...» op. cit., p. 610.

⁶⁰⁸ Siguiendo a CUERDA ARNAU, M.L.: *Los delitos de...*, op. cit., p. 113 y ss.

⁶⁰⁹ *Ibidem*, p. 115.

dependiendo de cada caso concreto– en términos de legítima defensa pues lo que está claro es que la actitud de sujeto sobre el que recae la acción implica que devenga absolutamente imposible la imputación de un delito de atentado, resistencia o desobediencia, y ello como consecuencia de la pérdida de la condición de portador del bien jurídico en la que se coloca quien se extralimita, por tanto, de no ser aplicables los parámetros de la legítima defensa habrá que imputar al particular por un delito común pero nunca por un delito de los que analizamos en este trabajo.

Por el contrario, cuando estemos ante actos antijurídicos pero obligatorios, es decir actos que sin ajustarse plenamente a Derecho, no incurren en la gravedad necesaria como para situarnos en el anterior supuesto, en tales casos, el particular quedará obligado y por tanto llegado el caso, podrá responder por un delito de atentado, resistencia o desobediencia, pues el mecanismo que queda a su alcance es únicamente el de impugnar por la vía correspondiente ese acto dudoso y sólo podría justificarse su conducta –llegado el caso– aplicando el estado de necesidad⁶¹⁰.

9. CONCLUSIONES.-

I.) La naturaleza jurídica en los delitos de atentado, resistencia y desobediencia es una cuestión ampliamente discutida, de modo que hay quienes⁶¹¹, consideran que estamos ante un delito de resultado, pues aunque no sea necesaria la efectiva lesión al servicio público, sí lo es la de la dignidad de la función; mientras que otros autores consideran que estos delitos son de mera actividad y de peligro, como es el caso de CONDE-PUMPIDO FERREIRO⁶¹² que manifiesta que «el atentado constituye un delito de “violencia” y conforma un ilícito de los llamados “formales” o de simple “actividad”, que se “consume” con la realización del acometimiento, el empleo de la fuerza, la intimidación grave o la resistencia activa también grave y, en ocasiones, se perfecciona incluso antes del acometimiento, por entenderse como tal un movimiento o amago de ataque o embestida física material, *sin necesidad de que se produzca el resultado* dañoso pretendido». Por su parte, el TS define en múltiples resoluciones al delito de atentado como un delito de mera actividad, a título de ejemplo la STS núm. 72/2002 de 21 de enero (RJ 2002, 1570). A nuestro modo de ver, ***los delitos de atentado, resistencia y desobediencia, sin proceder distinción alguna entre ellos a estos efectos, son delitos de mera o pura actividad, ya que no es preciso para la consumación de los mismos que la acción –o posible omisión en el caso de la desobediencia– protagonizada por los sujetos activos provoque resultado alguno, entendiendo el concepto de «resultado» desde una perspectiva técnica***, como un efecto separado espacial y temporalmente de la acción. En consecuencia, nos atrevemos a afirmar que ***el injusto de los delitos de atentado, resistencia y desobediencia se agota con la simple acción.***

Estos tipos penales intentan asegurar que las autoridades y los funcionarios públicos puedan desempeñar sus funciones con dignidad, seguridad y efectividad, de tal manera que

⁶¹⁰ Así lo apunta MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal...*, op. cit., p. 842.

⁶¹¹ COBO DEL ROSAL, M. y OTROS: *Derecho Penal...* op. cit., p. 1090.

⁶¹² CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. y OTROS: *Código Penal...*, op. cit., p. 1550.

lo que se protege es una función, un papel constitucionalmente establecido, de cuyo desempeño depende el buen funcionamiento del Estado, la salvaguarda del orden vigente y el mantenimiento de la seguridad ciudadana. En consecuencia, **con la consumación del tipo se lesiona el derecho de estos sujetos sobre los que recae la acción a ejercer sus funciones con la dignidad y seguridad que debe dispensarles un Estado Social y Democrático de Derecho.** No es, por tanto, indispensable que con su comportamiento el sujeto activo impida de forma fehaciente y efectiva que las autoridades puedan ejercer sus funciones, pues no es preciso en absoluto que esa conducta derive en una lesión al funcionamiento del sistema, ni tan siquiera hay que argumentar su injusto en la puesta en peligro del equilibrio del mismo, y ello porque el bien jurídico protegido es más extenso y va mucho más allá del simple buen funcionamiento de los poderes públicos.

II.) En el tipo básico de atentado se establecen cuatro modalidades de conducta típica distintas, las cuales vienen formuladas de manera alternativa y no cumulativa, ya que bastará con que se realice alguna de ellas para que estemos ante la conducta típica del delito de atentado, circunstancia ésta por la cual puede catalogarse este delito como un tipo mixto alternativo. Concretamente, el artículo 550 CP cataloga la conducta típica de atentado en las siguientes modalidades: acometer, emplear fuerza, intimidar gravemente y hacer resistencia activa grave. Como elemento común a todas estas modalidades conductuales se haya la necesidad de que exista violencia, que puede ser física o psíquica.

El hecho de que no exista diferencia alguna en lo que a las consecuencias jurídicas respecta, según el atentado se cometa en una u otra modalidad de conducta típica, ha llevado a que en ocasiones se quite importancia a la delimitación entre tales modalidades.

II.) «*Acometer*» supone –en opinión de la doctrina– agredir mediante el ejercicio de una acción dirigida a la lesión de la vida, la salud o la integridad corporal de la persona atacada,⁶¹³ siendo necesario que esa acción agresiva tenga la suficiente virtualidad ejecutiva respecto a la lesión de dichos bienes⁶¹⁴ –salud e integridad física– y ello a pesar de que no se requiere que tal lesión llegue a tener un resultado sino que en el caso de que éste se produzca estaremos ante el correspondiente concurso ideal de delitos. La jurisprudencia considera que *acometer equivale tanto como agredir, embestir o proceder el culpable con un ataque violento a las autoridades, sus agentes o los funcionarios públicos.*

En consecuencia, puede aludirse a un amplio catálogo de conductas o comportamientos susceptibles de constituir el acometimiento típico del delito de atentado y cuyo requisito común es la necesidad de que se trate de verdaderas agresiones caracterizadas por albergar un evidente contenido violento. La distinción consiste en catalogar esos comportamientos en dos grandes grupos, permitiendo diferenciar entre acometimientos: a) Directos, que estarían constituidos por la acción de abalanzarse, agredir, embestir, golpear a alguien con el propio cuerpo del sujeto activo, etc. ; b) Indirectos, que son aquellos en los que el sujeto activo se vale del uso de instrumentos, medios u objetos

⁶¹³ Entre otros: JAVATO MARTÍN, A.M.: *El delito de atentado...*, op. cit., pp. 364 y 365 y CUERDA ARNAU, M.L.: *Los delitos de...*, op. cit., p. 64 y ss.

⁶¹⁴ CARBONELL MATEU, J.C. y VIVES ANTÓN, TS: *Comentarios al...*, op. cit., pp. 2072 y 2073.

para llevar a cabo tal acometimiento, (por ejemplo: embestir con vehículos, arrojar líquidos, disparar, lanzar piedras, abalanzar perros, etc.)

Determinadas conductas agresivas cuando no revistan una especial entidad y siempre que obedezcan a una finalidad distinta a lo de atentar propiamente dicha, persiguiendo un fin más acorde con el deseo de eludir o resistirse, serán catalogadas como delito de resistencia del artículo 556 CP siempre que la conducta no sea activa y grave, pues de lo contrario será igualmente atentado aunque por la modalidad de resistencia activa grave.

En nuestra opinión, hay dos aspectos que, fundamentalmente, caracterizan al delito de atentado y no deben confundirse: a) No existe duda de que el atentado en su modalidad de acometimiento se consuma aun cuando la agresión no produzca ninguna lesión en el sujeto que la padece. Estamos ante un delito de mera actividad y eso hace que no se requiera una consecuencia espacio-temporal para la perfección; el acometimiento con independencia de que alcance o no al sujeto al que se dirige y aún sin necesidad de que con él el sujeto activo consiga con su conducta impedir de forma fehaciente u efectiva que el funcionario, autoridad o agente ejerza sus funciones, es susceptible de lesionar el bien jurídico pues como en su momento asentamos, estos tipos penales no sólo protegen las funciones de profesionales que tienen encomendada tareas de gran relevancia y significación para el funcionamiento del sistema, sino que además tutelan el derecho de los mismos a desempeñar sus tareas con dignidad y seguridad, las cuales se ven automáticamente afectadas siempre que existe un acometimiento. En otras palabras, con la acción de acometer se lesiona el bien jurídico protegido sin que sea preciso, en absoluto, que con esa conducta se afecte al funcionamiento del sistema de forma efectiva, y por tanto es indiferente, estos efectos, que el sujeto que soporta la acción haya visto frustrada su labor; b) Pero, esto no es óbice para que se exija la perpetración de esa agresión, es decir la existencia de una conducta violenta, activa, sea directa o indirecta, como requisito indispensable para entender consumada la figura delictiva. No parece razonable, teniendo en cuenta la redacción del art. 550 del CP que exige un «acometimiento» ni tampoco la gravedad de la conducta, que se entienda perfeccionado el delito sin que el sujeto activo haya llevado a cabo una acción lo suficientemente inequívoca como para comprobarse su intención de lesionar el bien jurídico tutelado, siendo suficiente que inicie esa acción de acometer, abalanzarse y agredir aun a pesar de que no complete la misma.

III.) Otra de las modalidades de conducta típica del delito de atentado viene dada por el término «**emplear fuerza**». Resulta difícil en la práctica delimitar una conducta consistente en ejercer violencia física que esté alejada del propio acometimiento. En realidad el «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 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, entendiéndolo 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.

IV.) La modalidad conductual consistente en «*intimidar gravemente*» se caracteriza por ejercer su influencia sobre el espíritu o el ánimo del sujeto pasivo de la acción; en definitiva, se trata de entrar en el terreno de la *vis moralis* o *vis compulsiva*, entendida como la facultad de un individuo de incidir y afectar el proceso de motivación de otro. En concreto, la intimidación consiste en el anuncio de un mal.

Para algunos autores la intimidación⁶¹⁵ puede tratarse de un mal de diversa índole, no siendo preciso que el mismo recaiga sobre la persona portadora del bien jurídico –es decir, sobre el sujeto pasivo de la acción constitutiva del delito– sino que este mal puede tener como destinatarios a familiares o a terceras personas e incluso puede recaer sobre cosas materiales. SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAILLO⁶¹⁶ llegan incluso a plantear la posibilidad de que la intimidación sea cometida por el hecho de que el sujeto activo destruya objetos de valor que pueden ser del sujeto pasivo o de terceros, para conseguir así doblegar la voluntad del sujeto pasivo de la acción; estaríamos por tanto ante un supuesto de *vis in rebus*. A nuestro modo de ver, tal caso no debe confundirse con el empleo de fuerza pues en realidad el comportamiento activo no va dirigido contra el agente, de tal manera que él no soporta esa fuerza sino que la misma se ejerce sobre una cosa material con la única finalidad de afectar o influir en su proceso de motivación. Y es que, tanto el acometimiento como el empleo de fuerza o incluso la resistencia activa grave se distinguen de la intimidación grave porque suponen el despliegue de un ataque coactivo inmediato a la autoridad o a sus agentes, mientras que la intimidación se configura como el anuncio de una simple exteriorización de un propósito de causar un inminente mal.

Hay quienes afirman⁶¹⁷ que el mal con el que se amenaza debe ser delictivo y se llega a significar el hecho de que, generalmente, los funcionarios contra los que se atenta suelen ser 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 nuestro juicio,

⁶¹⁵ CERREZO MIR, S.: «Los delitos de atentado...», op. cit., p. 327.

⁶¹⁶ SERRANO GÓMEZ, A. Y SERRANO MAILLO, A.: *Derecho Penal...* op. cit., p. 1009.

⁶¹⁷ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho Penal español...*, op. cit., pp. 823 y 824.

trazar un baremo distinto al momento de valorar la gravedad de la intimidación en función del profesional sobre el que recaiga conlleva una vulneración del principio de igualdad a todas luces contraproducente, sobre todo si tenemos en cuenta que todos los posibles sujetos que soportan la acción lo son en cuanto portadores de un bien jurídico merecedor – sin ningún tipo de distinción– del mismo tratamiento y grado de protección penal.

Asimismo, 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, no siendo 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.

V.) En lo que a la «*resistencia activa grave*» respecta, la doctrina la define como aquella *reacción inmediata y violenta de carácter corporal y de signo pasivo, unida al concepto de oposición*⁶¹⁸. Por lo tanto, podemos entender por tal toda conducta encaminada a impedir o entorpecer la actuación que lleva a cabo la autoridad o funcionario en el ejercicio de sus funciones⁶¹⁹. El CP de 1995 introduce como novedad la exigencia expresa de que la resistencia además de *grave* sea *activa*.

Resistir supone no acatar una pretensión previa de la autoridad o incluso obstaculizar una actuación de la misma⁶²⁰. 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 públicos⁶²¹. TORRES FERNÁNDEZ⁶²² matiza, aclarando que la conducta de resistencia presupone una actividad del funcionario o autoridad dirigida a ejercitar un acto propio de su función, en tanto que por medio de la fuerza el sujeto activo se dirige a impedir o a evitar la actuación del funcionario público. De tal afirmación se desprenden varias cuestiones fundamentales: 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; 2.- **Tal requerimiento por parte de la autoridad debe ser conforme al ordenamiento jurídico**. 3.- La conducta del sujeto activo **no es preciso que consiga impedir el ejercicio de las funciones del sujeto que soporta la acción**.

La exigencia de que la conducta sea *activa*, es una inclusión novedosa en el CP de 1995 que no es del todo imprescindible, pues tal exigencia está ya implícita en la noción de resistencia propia del delito de atentado y así lo ha entendido tradicionalmente la jurisprudencia. Personalmente nos mostramos en el más absoluto escepticismo respecto a

⁶¹⁸ CASARES VILLANUEVA, M.L.: «Atentado, resistencia...» op. cit., p. 158 y ss.

⁶¹⁹ CEREZO MIR, J.: «Los delitos de atentado...», op. cit., p. 329 y ss.

⁶²⁰ LAMARCA PÉREZ, C.: *Derecho Penal...*, op. cit., p. 672.

⁶²¹ SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAILLO, A.: *Derecho Penal...*, op. cit., p. 1009.

⁶²² TORRES FERNÁNDEZ, M.E.: «Los delitos de atentado...», op. cit., p. 8.

la existencia de una resistencia pasiva pues ello en todo caso habrá de estar referido a aquellos casos en los que en la práctica 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 propia desobediencia y que se encuadra en el artículo 556 junto con la resistencia activa menos grave.

El Tribunal Supremo⁶²³, ha definido la resistencia activa como «la oposición violenta o abrupta, fuerza física agresiva que conlleva una cierta carga de iniciativa o acometividad» a diferencia de ello y para permitir el contraste precisaremos que la resistencia pasiva la describe como «inerme, inerte o renuente, terca o tensa, inmovilista u obstaculizadora, o conducta meramente obstativa o pasividad rebelde». Por tanto, cualquier medio será típico siempre que con él se lleve a cabo una acción de oposición: la violencia física, violencia moral, la privación de libertad de un funcionario, etc.

En conclusión, a nuestro entender, la resistencia tendría que ser en todos casos activa, pues lo contrario sería desobedecer por lo que el criterio de la actividad se perfilaría como una característica intrínseca a la propia resistencia; dicho de otro modo, toda resistencia debería exigirse activa, siendo posible que la conducta tenga una mayor o menor intensidad activa, es decir, esa resistencia activa puede tener mayor o menor gravedad, siendo éste último criterio el único que nos serviría como delimitador entre el delito de atentado en su modalidad de resistencia activa grave –artículo 550– y el de resistencia simple –artículo 556–. Nos mostramos por tanto, disconformes con la línea jurisprudencial que considera que sólo es activa la resistencia del artículo 550 mientras que la del 556 se caracteriza por presentar una pasividad a nuestro entender impropia del tipo de resistencia y más acorde con la propia desobediencia.

De todo lo expuesto se desprende que cuando nos encontremos con una resistencia activa pero no **grave**, no habrá delito de atentado sino que estaremos ante un delito de resistencia del artículo 556 CP y exactamente lo mismo ocurriría en el caso de que nos exista un caso de resistencia grave pero no activa, pues no en vano el tipo del artículo 556 se caracteriza por ser eminentemente residual. La gravedad, por tanto, se presenta como un elemento normativo que nos sirve como un verdadero criterio delimitador entre las distintas modalidades típicas de resistencia.

⁶²³ A modo de ejemplo SSTS de 19 de septiembre de 1988 (RJ 1988, 6792), de 11 de mayo de 1999 (RJ 1999, 4974) y Auto de Tribunal Supremo de 10 mayo 2000 (RJ 2000, 7767).

Respecto al término «grave», al que expresamente se refiere el artículo 550 CP, la gravedad tendrá que calibrarse atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso, si bien hay una considerable discrepancia al momento de fijar cuáles deben ser los elementos a tener en cuenta para decidir si una resistencia es o no grave. Puede hablarse de una línea jurisprudencial mayoritaria⁶²⁴ que considera que el comportamiento activo o pasivo del sujeto supone un fiable criterio diferenciador. Vemos por tanto, como los dos requisitos legalmente establecidos por legislador para el delito de atentado en su modalidad de resistencia –que sea activa y grave– se solapan en más de una ocasión al momento de ser interpretados. Asimismo, existe una corriente minoritaria que, sin rechazar del todo el anterior criterio, considera como resistencia no grave los supuestos en los que el comportamiento activo no comporta acometimiento, por lo que cuando lo comporte se estará ante resistencia activa grave⁶²⁵.

Desde nuestra óptica, ninguno de los criterios hasta el momento expuestos son del todo fiables, en todo caso, y a efectos de la distinción, se podría atender a una resistencia que presente un mayor o menor grado de gravedad pero no a una resistencia pasiva, pues en nuestra opinión esto no resulta posible ya que la resistencia, por naturaleza, siempre es activa.

Para una mayor precisión terminológica, entendemos que sería más correcto afirmar que en el artículo 556 del CP –además del delito de desobediencia grave– tienen cabida dos tipos de resistencia claramente diferentes: por una lado la resistencia activa que no revista la nota de gravedad del artículo 550 y por otro, lo que erróneamente se denomina «resistencia pasiva», modalidad delictiva ésta última que requerirá –a nuestro modo de ver– un importante esfuerzo interpretativo si se quiere distinguir con nitidez de la desobediencia.

Por lo tanto, *siempre que estemos ante un supuesto de acometimiento, empleo de fuerza o intimidación que pueda ser catalogado como grave –pues dadas las características de las conductas descritas siempre será activo– y obedezca a la intención del sujeto activo de resistirse y eludir la acción del sujeto pasivo de la acción y se presente como respuesta a un requerimiento previo lícito de este, estaremos– por la especialidad del caso– ante un delito de atentado en su modalidad de resistencia activa grave.*

VI.) Cuando *concurran varias conductas constitutivas del delito de atentado habrá un único delito y lo mismo ocurre cuando los destinatarios sean distintos funcionarios o agentes siempre y cuando las actuaciones sean simultáneas y obedezcan a un mismo hecho.* El hecho de distinguir las distintas modalidades de conducta típica del delito de atentado no tiene, ni mucho menos, una utilidad penológica, pues todas las conductas descritas en el artículo 550 del CP son constitutivas de una idéntica calificación jurídica, tal cual es el delito de atentado, sin que el legislador prevea ningún tipo de variación en cuanto a sus consecuencias jurídicas pero el intento de distinción y nitidez entre las distintas

⁶²⁴ SSTS núm. 2350/2001 de 12 de diciembre (RJ 2002, 1289) y núm. 670/2002, de 3 de abril (RJ 2002, 3600).

⁶²⁵ SSTS núm. 670/1996, de 3 de octubre (RJ 1996, 7826), núm. 303/1997, de 11 de marzo (RJ 1997, 1711) y núm. 966/2000, de 5 de junio (RJ 2000, 6299).

modalidades tiene su origen en la búsqueda de la precisión y seguridad jurídica propia del ordenamiento penal.

Por lo tanto, y como conclusión y resumen de todas las modalidades conductuales contempladas en el artículo 550 CP podemos decir que **acometer** supone agredir mediante el ejercicio de una acción dirigida a la lesión de la vida, la salud o la integridad corporal de la persona atacada, siendo necesario que esa acción agresiva tenga la suficiente virtualidad ejecutiva respecto a la lesión de dichos bienes, si bien esa violencia física ni siquiera es preciso que llegue a provocar la efectiva lesión de los bienes jurídicos personalísimos de los sujetos que la soportan, bastando para la consumación con el intento formal y objetivo de la agresión, es decir con la manifestación de esa voluntad mediante una acción externa inequívoca y objetiva.

Cuando ese acometimiento se lleve a cabo en el marco de un comportamiento dirigido a resistirse a la autoridad o funcionario de que se trate, se considerará igualmente un delito de atentado pero por la modalidad de **resistencia activa grave** siempre que tal acción revista la suficiente gravedad –pues es evidente que si estamos ante un acometimiento la conducta cumple el exigido requisito legal de la actividad–. Para ello habrá que atender al hecho de que el sujeto activo perpetre ese ataque como consecuencia de su deseo e intención de resistirse y no con el simple propósito de atacar o agredir al sujeto pasivo de la acción. En tal caso, la existencia de un requerimiento expreso por parte del sujeto portador del bien jurídico será lo que determine la modalidad conductual aplicable.

Asimismo, 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 grave** pues ésta última se caracteriza por una ausencia total de fuerza física, actuando simplemente sobre la vis moral, es decir intimidar conlleva anunciar un mal pero usar la fuerza ni sobre el cuerpo ni tampoco sobre las cosas, pues insistimos en que es una intimidación psíquica perpetrada mediante la exhibición de un arma o la proliferación de un mal pero nunca mediante una acción física violenta propiamente dicha.

VII.) El artículo 552 del CP recoge el catálogo de agravantes del delito de atentado. La primera agravante específica, prevista en el artículo 552.1 del CP contempla los supuestos en los que la agresión se verifique mediante el uso de armas u otros instrumentos peligrosos. En primer lugar, hemos de precisar que las armas pueden ser de cualquier clase, por cuanto que el legislador no se refiere únicamente a las armas de fuego, pudiendo incluirse –por tanto– igualmente, las armas blancas tales como cuchillos, machetes, navajas, etc. Al momento de analizar el concepto de arma, habrá que atender y valorar la peligrosidad de ésta ex ante y no ex post, aunque ello implica necesariamente disentir de aquellas resoluciones en las que se da a entender que la falta de peligrosidad del medio empleado se infiere de la ausencia de consecuencias lesivas o de levedad de las mismas, pues nos mostramos plenamente convencidos de que **el criterio utilizado ha de ser el de valora la peligrosidad del arma ex ante.**

VIII.) El concepto de «medio peligroso» ha sido desarrollado por la jurisprudencia⁶²⁶ a tenor del delito de robo con intimidación, definiéndolo como todo instrumento con un poder mortífero o vulnerante, que potencia la fuerza que naturalmente secunda la aviesa intención de su portador, de lo que resulta que han de integrarse a ese concepto aquellos medios que objetivamente sean potencialmente peligrosos para la vida e integridad física, aumentando o potenciando la capacidad agresiva del autor. Así, se han declarado medios peligrosos la utilización de armas, de objetos vulnerantes y de automóviles dirigidos contra un agente de la autoridad, y ello porque « el medio utilizado representa un peligro potencial y real para la vida y la integridad física del agente de la autoridad» –STS núm. 950/2000, de 4 de junio (RJ 2000, 5240)–. Y por el contrario, se han excluido de esa calificación el hecho de tirar piedras y objetos a los agentes de la autoridad dada la indeterminación del sujeto pasivo al no «precisar la distancia e intensidad del lanzamiento» –STS núm. 1604/2000, de 21 de octubre (RJ 2000, 8788)–. Por ello, la calificación de un instrumento como arma o medio peligroso depende tanto de su potencial lesivo objetivamente considerado, como de las concretas circunstancias que rodearon su utilización. En realidad, la referencia legal a «arma u otro medio peligroso» ha de ser interpretado de manera restrictiva, apreciándose la peligrosidad del instrumento en cada caso concreto y no de manera genérica, siendo necesaria una significativa concreción y proximidad en la puesta en peligro de la integridad del agredido. Lo contrario, –es decir, una interpretación extensiva del concepto– supondría vaciar el contenido del tipo básico de atentado del artículo 550 CP que, por pura eliminación, solo cabría apreciar cuando el atentado se perpetrara con las propias manos.

IX.) La aplicación 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, pues el artículo 552.1 del CP dice expresamente «cuando la agresión se verifique con armas u otros medios peligrosos». La doctrina⁶²⁷, considera que no existe obstáculo alguno en admitir la equivalencia entre agresión y acometimiento o empleo de fuerza, pues todos ellos son sinónimos de ataque o agresión física. El problema se plantea respecto a la modalidad de atentado por intimidación grave en cuya conducta el sujeto utiliza un arma o medio peligroso para amedrentar al sujeto de la acción. En tal caso, no estamos ante una agresión en sentido estricto por lo que no podrá aplicarse la agravación, siendo la única solución condenar por un delito de atentado del tipo básico del artículo 550 del CP. Además, tal conclusión nos parece perfectamente lógica pues el núcleo de antijuricidad de la intimidación grave consiste precisamente en el uso de medios coercitivos –en este caso armas u otros medios peligrosos– por lo que la aplicación del tipo agravado en atención al uso de esos medios supondría una evidente vulneración del principio *non bis in idem*. La exigencia de que la agresión se *verifique* se interpreta como la necesidad de hacer uso de las armas y que dicho uso se produzca en el curso de una agresión física.

⁶²⁶ A modo de ejemplo STS núm. 2003/2000, de 20 de diciembre (RJ 2000, 10465).

⁶²⁷ Así lo entiende MIRANDA ESTRAMPES, M. en CRESPO BARQUERO, P. y OTROS: *Código Penal. Comentarios...*, op.cit., p. 2675 y ss.

X.) Una de las cuestiones más interesantes que suscita la aplicación de este tipo agravado se plantea cuando el sujeto destinatario de la acción es un miembro de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, pues el artículo 7.2 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado establece 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».

Nos encontramos –por tanto– ante la tesitura de elegir entre dos opciones: a) Imponer la pena correspondiente al tipo básico de atentado contra la autoridad del artículo 551.1 del CP –esto es, prisión de dos a cuatro años y multa de tres a seis meses–, o, b) Imponer la pena del tipo agravado por el empleo de armas en relación con la pena correspondiente al tipo básico de atentado contra funcionarios y agentes de la autoridad del artículo 552.1 del CP –lo que supondría una pena de prisión de tres a cuatro años y medio–. Estaríamos, por tanto, ante un concurso aparente de normas penales sin que pueda decirse que una de ellas sea más específica que otra, por lo que la solución habrá de venir dada por el principio subsidiario de alternatividad reflejado en el artículo 8.4 del CP, aplicando la que establezca una pena más elevada, lo que supondrá decidirse por la segunda opción, es decir por imponer la pena del artículo 552.1 del CP⁶²⁸.

XI.) El segundo apartado del artículo 552 del CP establece la agravación para los casos en que el atentado se cometa por un funcionario público, autoridad o agente de ésta y se haya con prevalimiento de su condición de tal. Es obvio, que en la nueva regulación llevada a cabo por el artículo 552.2 del CP-en contraste con el antiguo artículo 232 del ACP- la exigencia de dependencia o subordinación jerárquica entre ofensor y ofendido no se contempla. Ahora, es indistinta la relación existente entre el sujeto activo y el sujeto destinatario de la acción, de modo que lo que se valora es el aprovechamiento de la condición de funcionario, autoridad o agente de quien comete el delito. Son –por tanto– dos los requisitos que se precisan para poder aplicar la agravante: 1º) Que el sujeto activo sea un funcionario público, una autoridad, o un agente de ésta, y 2º) Que ese sujeto actúe con prevalimiento de su cargo. No es suficiente con la mera condición de autoridad, agente de ésta o funcionario, sino que además es imprescindible que se prevalega del cargo que ejerza para cometer el delito de atentado.

XII.) El artículo 554.1º del CP está referido a un grupo determinado de sujetos, concretamente a la «*Fuerza Armada*» y establece dos modalidades de conducta típica: la resistencia activa grave y el maltrato de obra. Respecto a la primera modalidad, no se plantea controversia alguna, pues coincide plenamente con una de las conductas descritas en el tipo del artículo 550 del CP constitutivas del delito de atentado. No ocurre lo mismo con el llamado «maltrato de obra» en tanto que se trata de término novedoso que viene a sembrar la duda y el desconcierto, pues no coincide con las conductas catalogadas en el mencionado tipo básico de atentado. Estamos ante un precepto perturbador por cuanto las

⁶²⁸ Por tal solución se decanta, por ejemplo, la STS núm. 338/1999, de 8 de marzo (RJ 1999, 1454).

conductas descritas no se corresponden exactamente con las de atentado aunque debe concluirse que *por maltrato de obra*, del mismo modo que el acometimiento, *hay que entender la agresión física*.

Parece que la solución interpretativa pasa por considerar que en el concepto de maltrato de obra están incluidas conductas de acometimiento o empleo de fuerza, si bien resulta más discutible la inclusión de acciones de intimidación grave. Y es que, ***maltrato de obra equivale a la acción y efecto de utilizar una violencia física y consiste en el empleo de la misma sobre otra persona***, comprendiendo toda acción de agredir, golpear, zarandear, empujar, derribar, agarrar, acomete y actos similares, así como la acción de ni tan siquiera mediando contacto físico arrojar sustancias sobre el agente, productos, líquidos, sólidos u oleosos, etc.

Claro está que **los miembros de la Fuerza Armada solo podrán ser sujetos destinatarios de la acción del delito de atentado** –en su modalidad de acometimiento, empleo de fuerza y resistencia activa grave– **y no de los delitos de resistencia ni de desobediencia recogidos en el artículo 556 del CP**, pues el mismo va referido única y exclusivamente a los sujetos contemplados en el artículo 550 entre quienes no se incluyen los miembros de la Fuerza Armada, que han sido incomprensible y desafortunadamente excluidos por el legislador como consecuencia de la especificidad del artículo 554.1º CP.

XIII.) El tipo básico del ***delito de resistencia***, que viene tipificado por el artículo 556 del CP, el cual se configura como un auténtico tipo residual, como una tipificación en negativo. ***Para ser sujeto pasivo de la acción del delito de resistencia o de desobediencia no basta con ser funcionario en sentido estricto sino que es necesario tener carácter de autoridad o agente de la misma y que se hallen en el ejercicio de sus funciones pero no con ocasión de las mismas.***

Para parte de la doctrina la conducta típica del delito de resistencia, «comporta una iniciativa por parte de la autoridad, que adopta una decisión, orden o mandato, frente a la que el sujeto destinatario adopta una actitud de oposición y enfrentamiento»⁶²⁹ mientras que para otros⁶³⁰ toda resistencia ha de ser activa, y señalando dos exigencias: la primera consistente en la existencia de una conducta activa, y la segunda relativa a la necesidad de que exista una pretensión de la autoridad o de sus agentes a la que el sujeto activo tendrá que oponerse mediante una acción.

El nuevo Código Penal permite la existencia de una resistencia activa leve como constitutiva del tipo del art. 556. La redacción de este precepto, como respuesta a toda una corriente jurisprudencial preexistente nos permite aludir a dos modalidades de conducta susceptibles de constituir el delito de resistencia del 556 CP: la resistencia activa no grave y la resistencia pasiva.

Así, nos encontramos con un primer grupo de conductas constitutivas de este delito,

⁶²⁹ COBO DEL ROSAL, M. y OTROS: *Derecho Penal...*, op. cit., p. 1096.

⁶³⁰ CÓRDOBA RODA, J: *Comentarios al ...*, op. cit., p. 2532.

la llamada **resistencia activa menos grave** que en nuestra opinión, y aunque solo sea a efectos de precisión terminológica, sería más conveniente sustituir el término resistencia activa «no grave» por el de resistencia simple y no cualificada, o en todo caso «menos grave» pues no cabe la menor duda de la conducta debe revestir cierta gravedad para poder catalogarse como un delito del art. 556 pues de lo contrario será una falta del artículo 634, por lo que no puede hablarse de un delito de resistencia leve ya que esta no existe como tal. A nuestro juicio **la resistencia activa se transforma en atentado cuando es especialmente grave de manera que entra en la esfera de la agresión física o de la acometividad, configurándose como una conducta hostil y violenta**⁶³¹. Por lo tanto, y como es lógico *para calibrar esa gravedad habrá que estar a cada caso concreto de forma que cuando con su conducta activa el sujeto comporte actitudes verdaderamente agresivas, violentas y con cierta entidad hostil estaremos, sin duda ante un delito de atentado en su modalidad de resistencia activa grave, o puede que incluso en su modalidad de acometimiento, dependiendo de si ese comportamiento del sujeto activo corresponde a un actuación previa del sujeto que soporta la acción* –en cuyo caso será resistencia activa grave– o si no existe esa previa actividad de la autoridad o agente –estando entonces ante un delito de atentado por acometimiento–.

Tradicionalmente, la doctrina y la jurisprudencia consideran resistencia activa menos grave todas aquellas conductas en las que exista un requerimiento previo de la autoridad y que a pesar de presentar cierta actividad no revisten la gravedad suficiente como para poder calificarse de atentado (por ejemplo los casos en los que se da un puntapiés a los agentes, un mordisco, un empujón, o similar).

Por otra parte, el artículo 556 del CP al tipificar la resistencia alberga lo que podríamos denominar una segunda modalidad de resistencia, que es la llamada **resistencia pasiva** y cuya principal dificultad al momento de delimitarla radica en la fina línea divisoria existente entre esta figura y el delito de desobediencia, el cual a su vez se recoge en el mismo precepto. La resistencia, a pesar de ser pasiva, es preciso que suponga un ejercicio aunque sea mínimo de fuerza o violencia, aunque ésta debe ser lo suficientemente ínfima como para ni tan siquiera alcanzar la modalidad de resistencia activa menos grave y por otro lado, debe superar lo que podría llamarse una resistencia leve pues esta por sí misma no existe, si no que cuando la conducta del sujeto activo llega a ese nivel estamos ante una falta del artículo 634 CP. En realidad podemos considerar la existencia de una pirámide de conductas que van ascendiendo su posición a medida que se incrementa el grado de afectación del bien jurídico, de tal manera que en la base de la pirámide y como la conducta menos atentatoria podríamos situar a la falta de desobediencia leve y a la conducta consistente en la falta de respeto o consideración debida, contempladas en el artículo 634, justo encima de éstas y por tanto con un mayor contenido de injusto estaría la resistencia pasiva y junto a ella en el mismo nivel estaría el delito de desobediencia, mientras que en la posición inmediatamente superior se encontraría la resistencia activa simple o menos grave, culminando esta pirámide imaginaria con la resistencia activa grave o atentado.

⁶³¹ Así, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. y OTROS: *Manual de Derecho Penal...*, op. cit., p. 651.

La resistencia, en general, supone la oposición, una reacción que puede ser activa o pasiva, frente al mandato e implica la necesidad de actuación en su sentido más físico. Por el contrario, la desobediencia puede entenderse como una negativa a cumplir el requerimiento formulado; una aptitud que se manifiesta desde una perspectiva más pasiva por parte del sujeto y que, para que pueda ser incardinable en el tipo penal correspondiente debe ponderarse la especial gravedad de la misma⁶³². Por su parte, la resistencia pasiva exige que se eluda la pretensión a través de un comportamiento activo, que se diferencia de la resistencia activa por el hecho de que la fuerza opositora no se dirige directamente contra el funcionario, limitándose a ser un obstáculo material a su actuación, viéndose aquel en la necesidad de contrarrestarla recurriendo, a su vez, al uso de la fuerza⁶³³.

Uno de los supuestos más dudosos y conflictivos al momento de delimitarlos son los casos en los que se produce un *forcejeo*. Todos estos comportamientos tienen un mismo denominador común que no es otro que la finalidad perseguida por el sujeto, siendo ésta la de impedir la actuación de la autoridad o agente. Las conductas que integran estos supuestos no son susceptibles de un tratamiento unitario, de manera que habrá algunas que se subsuman en el tipo de resistencia, junto a otras que por representar una reacción gravemente violenta o abrupta, deban calificarse como atentado. Por lo tanto, las modalidades de forcejeo que impliquen el empleo de una fuerza material contra el sujeto merecerán una u otra calificación dependiendo de la mayor o menor gravedad de la resistencia.

XIV.) Como propuesta de lege ferenda se plantea la posibilidad de articular un nuevo tipo penal –que podría configurarse como un artículo 550 bis- *en virtud del cual se redefiniera un tipo privilegiado de atentado para el que se previera una pena inferior a la del tipo básico del actual artículo 550 CP. En él encontrarían encuadre las conductas consistentes en acometer levemente, abalanzarse o hacer ademán de ello contra los sujetos portadores del bien jurídico. Para ello sería preciso redefinir jurisprudencialmente el contenido del tipo básico del delito de atentado y dejar este nuevo tipo privilegiado como un precepto residual, para todas aquellas conductas que por defecto no puedan considerarse atentado pero cuya gravedad y grado de afectación del bien jurídico justifique la previsión de una punición mucho mayor que la simple falta*. Sería una solución a aquellos supuesto que a pesar de suponer una agresión contra el bien jurídico –perpetrada a través del sujeto que lo porta– no tiene la gravedad suficiente como para encajar dentro de las conductas típicas descritas en el delito del actual artículo 550 pero que tampoco pueden incardinarse en la falta contra el orden público puesto que se grado de afectación de bien jurídico justifica una mayor punición y en consecuencia merecen un reproche penal superior al articulado por la falta. Hasta el momento, como ya hemos señalado a lo largo de este trabajo, la jurisprudencia cuando se enfrenta con semejantes supuestos no tiene más opción que acudir a la falta o en todo caso, utilizar el artículo 556 del CP y más concretamente el tipo de resistencia como un cajón de sastre ante

⁶³² Así lo explica TAMAYO, C.: «La acción en el delito de resistencia y desobediencia», *Cuadernos Jurídicos*, año 3, núm. 16, febrero 1994, p. 71.

⁶³³ Así lo expone CUERDA ARNAU, M.L.: *Los delitos de...*, op. cit., p. 84.

tal laguna legal.

XV.) En lo que concierne al delito de *desobediencia* recogido en el artículo 556 CP precisar que *es condición previa para que se pueda producir un acto de desobediencia, la existencia de una orden o mandato dictada por quien tenga competencia para ello, esto es: por autoridad o agentes de la misma*. La orden o mandato ha de tener carácter particular o personal, ya que la desobediencia a las órdenes de naturaleza abstracta no tiene consecuencias jurídico-penales, pues lo contrario supondría elevar a la categoría de delito la inobservancia de toda disposición dictada por la autoridad, otorgando al delito de desobediencia un alcance desmesurado.

En cuanto al sujeto activo del delito, se da la necesidad de que éste se encuentre legalmente llamado a obedecer, siendo preciso aclarar que el deber de obediencia lo impone la ley y no la autoridad o el agente, ya que éste se limita a actualizarlo.

Respecto al sujeto sobre el que recae la acción, y como ya ocurriera con el delito de resistencia, no es posible que éste sea un funcionario en sentido estricto, en tanto que tal profesional no tiene la potestad de ordenar, siendo necesario por tanto que la persona que soporte la acción tenga carácter de autoridad o agente de la misma y en lo que a la naturaleza del delito concierne, se trata de un delito de mera actividad, en cuanto que el mismo se consuma con la mera realización de la conducta descrita en el tipo, es decir, con la inobservancia de lo ordenado por la autoridad o sus agentes.

Los requisitos –doctrinalmente establecidos– del delito de desobediencia son: 1.) *Que se trate de un mandato o de una orden procedente de la autoridad o de sus agentes, emitida dentro del marco de sus competencias o atribuciones legales*, siendo preciso significar la necesidad de que la orden sea **necesaria**. Ello supone que, en la **concreta situación**, no debe existir un mecanismo **relevantemente menos lesivo para salvaguardar el bien jurídico de referencia o que de existir ese mecanismo no puede acudir a él porque ese bien jurídico o interés quedaría menoscabado de forma irreversible**⁶³⁴; 2.) *Que tal orden sea expresa, terminante y clara, y que se haga conocer a su destinatario por medio de un requerimiento formal, personal y directo*. Tal orden ha de tener naturaleza concreta, y no abstracta, y dirigirse o hallarse especialmente destinada al sujeto que debe obedecerla. No será posible, por tanto, que una orden de carácter abstracto, dé lugar al delito de desobediencia; 3.) *Que el sujeto requerido no cumpla la orden colocándose ante ella en actitud de rebeldía o de manifiesta oposición*. No se trata, por tanto de que el sujeto discuta o se resista más o menos al cumplimiento de la orden, sino es preciso que el mismo se niegue a cumplirla dejando clara su postura de desatender la orden emitida.

La jurisprudencia al momento de fijar los elementos del tipo se ha centrado en: a) El carácter terminante, directo o expreso de la orden dictada por la autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, debiendo imponer al particular una conducta activa o pasiva; b) Su conocimiento, real y positivo, por el obligado; c) La existencia de un requerimiento

⁶³⁴ ROBLES PLANAS, R.: «¿Cuándo existe...?», op. cit.

por parte de la autoridad hecho con las formalidades legales, sin que sea preciso que conlleve el expreso apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia caso de incumplimiento; d) La negativa u oposición voluntaria, obstinada o contumaz a la misma, que revela el propósito de desconocer deliberadamente la decisión de la autoridad; f) En todo caso, debe alcanzar una especial gravedad al objeto de diferenciar el delito de la falta de desobediencia prevista en el artículo 634 CP.

XVI.) Una de las exigencias para poder hablar de desobediencia es que la orden o mandato emane de autoridad competente, debiendo entenderse la orden como **un mandato consistente en una voluntad que se dirige a otro a fin de que realice una determinada conducta**. Las características que ese mandato u orden debe reunir, para ser presupuesto de un posible delito de desobediencia grave, son: a) Que sea expresa, determinante y clara: Como apunta la doctrina mayoritaria⁶³⁵, las órdenes han de ser particulares y concretas, es decir, deben tratarse de mandatos dirigidos a personas determinadas y que obliguen a llevar a cabo acciones concretas y no clases de acciones. Por lo tanto, las disposiciones de carácter general y/o abstracto quedan fuera del ámbito de aplicación del delito que estudiamos; b) Que imponga al particular una conducta activa u omisiva indeclinable, es decir que la misma sea de obligado cumplimiento para éste y para ello es indispensable que tal mandato sea dictado por la autoridad competente en el ejercicio de sus funciones y que tal requerimiento no pueda calificarse como antijurídico. En definitiva, la orden debe ajustarse a la ley pues en un Estado de Derecho.

Nuestra postura personal pasa por entender que *todo ciudadano tiene el deber de obedecer las órdenes o mandatos promulgados por autoridad competente, en el ejercicio de sus funciones y siempre que los mismos no sean manifiestamente antijurídicos*, es otras palabras, siempre que el ciudadano medio no advierta la ilegalidad manifiesta del mismo en cuyo caso estaría exento de obedecer. El deber de obediencia a la autoridad tiene su origen en las especiales funciones que tales sujetos tienen establecidas como son salvaguardar el orden vigente y la seguridad ciudadana y en definitiva el equilibrio del propio sistema, por lo que si el mandato emitido escapa a ese orden constitucionalmente establecido y se aleja del ordenamiento jurídico vigente no hay sentido alguno en obedecer, pues el Derecho Penal no puede obligar a aceptar y obedecer mandatos contrarios a la ley. No debemos olvidar que en un Estado social y democrático de Derecho toda autoridad, jerarquía y fuerza vinculante nace única y exclusivamente de las leyes que rigen el sistema y en consecuencia cualquier orden, mandato, directiva o decisión que no tenga su origen en el Derecho vigente no tendrá poder vinculante pues es esa la única fuente de legitimidad. Ahora bien, a pesar de ello y para mantener el correcto funcionamiento de las instituciones es preciso que el ciudadano reconozca y asuma su posición de subordinado no ya ante la autoridad propiamente dicha sino ante lo que ésta representa y en consecuencia salvo en esos casos excepcionales que acabamos de plantear, no sería conveniente conceder al ciudadano medio la potestad de cuestionar y analizar cada mandato promulgado por autoridad o agente competente, pues si el mismo no presenta una manifiesta antijuridicidad o ilicitud, tendrá que ser obedecido en todo caso por el subordinado. Otra cosa es, que en los casos en los que exista un conflicto de bienes jurídicos y el mandato

⁶³⁵ JUANATEY DORADO, C.: *El delito de desobediencia...*, op. cit., p. 88.

emitido pueda vulnerar un derecho de mayor incidencia que el bien jurídico protegido por el tipo penal de desobediencia, el sujeto tenga justificada su actitud desobediente como consecuencia de la aplicación del artículo 20.5 CP si es que se dan todos los requisitos del estado de necesidad. En semejante situación su conducta sería típica aunque justificada. Asimismo, en los casos en los que la orden o mandato revista algún vicio que le haga anulable, el ciudadano estará igualmente obligado a obedecer pero podrá, en su caso, instar la anulabilidad de tal orden a fin de que la misma sea impugnada y se retrotraigan los efectos que hubiera podido producir pero tal operación nunca procederá de oficio sino que el ciudadano tendrá el deber de obedecer y la facultad de que ese mandato sea revisado y ratificado o, en su caso, impugnado por autoridad competente.

Ello supone que en un Estado social y democrático de Derecho la actuación de la autoridad puede discutirse, de manera que sus órdenes y mandatos podrán valorarse y enjuiciarse para verificar su sujeción y respeto a la ley pero por el bien del organigrama establecido y en virtud del buen funcionamiento de las instituciones nunca podrá ignorarse un mandato, orden, requerimiento o resolución emitida por una autoridad legalmente establecida y en el ejercicio de sus funciones, salvo que el contenido de ese requerimiento sea manifiestamente antijurídico a los ojos de cualquier ciudadano en cuyo caso no estará obligado a obedecer lo que excede del Derecho vigente.

XVII.) Para que sea posible aplicar el tipo penal de la desobediencia, es preciso además que la orden o mandato haya sido comunicada al sujeto obligado por medio de un requerimiento. Así lo viene a aclarar el Tribunal Supremo en sentencias como la de 10 de julio de 1992 (RJ 1992, 6667) en la que se afirma que la base y requisito indispensable y esencial para que pueda ser cometido el delito de desobediencia radica en la existencia de una orden o mandamiento directo, expreso, y terminante dictado por la autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, que sea conocido real y positivamente por quien tiene la obligación de acatarlo y no lo hace.

El **requerimiento** debe ser entendido como una notificación en sentido amplio, ya que tiene por objeto hacer saber al administrado el contenido de una resolución judicial o administrativa, si bien contra el apercibimiento de proceder contra aquél por el delito de desobediencia». ⁶³⁶ La exigencia de **requerimiento formal** exige que el mismo se practique en legal forma, es decir, en la forma prevenida por la Ley de que se trate. Por otro lado, la exigencia de que tal requerimiento se efectúe de manera **personal** no plantea problema interpretativo alguno, pues como es lógico, se está refiriendo a que el requerimiento se haga a la persona que tenga que cumplir la orden o mandato, no siendo válido, por ejemplo, el requerimiento efectuado a través de publicación en un Boletín Oficial ya sea del Estado, o de la Provincia o Comunidad Autónoma de que se trate.

En lo que a la referencia a requerimiento **directo** concierne, tal exigencia era perfectamente prescindible, pues en realidad supone una evidente reiteración, ya que con ello no se exige más que tal requerimiento no se haga a través de otra persona, sino directamente a la persona a la que va dirigido el mandato u orden. En tal contexto, por

⁶³⁶ MESTRE LÓPEZ, J.: *El delito de desobediencia...*, op. cit., pp. 36 y ss.

tanto, con la exigencia de requerimiento personal queda ya incluida la necesidad de que el mismo sea directo.

En los casos en los que se emite la orden de manera verbal, aunque el requerimiento no se haya producido en la forma clásicamente establecida, la jurisprudencia entiende que es perfectamente posible que se produzca el delito de desobediencia, siempre que quede suficientemente acreditado que el sujeto obligado tuvo conocimiento de la orden en cuestión. Ahora bien, en virtud de la seguridad jurídica exigible y teniendo en cuenta que el incumplimiento de esa orden puede dar lugar a un delito, entendemos imprescindible exigir que de las circunstancias concretas del supuesto de que se trate no quede ni la más mínima duda de que el sujeto ha tenido constancia y conocimiento inequívoco de la orden emitida, de manera que tal circunstancia quede suficientemente acreditada pues no resultaría factible imputar un delito de desobediencia si cabe la más remota posibilidad de que el sujeto obligado no haya tenido conocimiento de la orden o mandato que le obligaba.

Desde nuestra óptica, resulta del todo imprescindible que la orden o mandato sean persistentes y reiterados pues así se desprende de la propia descripción de la conducta típica, en la que, como veremos, se exige una voluntad persistente y reiterada de desatender la orden establecida.

Una de las principales dudas estriba en si es preciso que al mandato expreso le acompañe un **apercibimiento** concreto hacia el sujeto que está obligado al cumplimiento, de modo que resulte necesario apercibirle de manera concreta de las consecuencias de su desobediencia. La jurisprudencia mayoritaria considera que resulta necesaria la advertencia clara y expresa de las consecuencias penales que para el sujeto se puedan derivar con su conducta obstaculizadora. A nuestro juicio, es preciso que exista un apercibimiento previo aunque ello no sea un requisito formalmente constituido en la letra de la ley, pero en absoluto es preciso que tal apercibimiento sea reiterado, como tampoco es preciso que lo sea el requerimiento, pues es posible que el sujeto activo deje clara constancia de su conducta desobediente aun en el caso en que se produzca un único requerimiento. Aunque resulte obvio, es imprescindible tener claro que una cosa es el requerimiento –tal cual lo venimos exponiendo– entendido como la comunicación formal al administrado de la orden o mandato a cuyo cumplimiento está obligado, y otra bien distinta es el apercibimiento considerado como advertencia expresa a dicho sujeto de las consecuencias legales que conlleva su actitud desobediente.

XVIII.) Para que se perpetre la desobediencia es precisa la negativa u oposición del sujeto a cumplir lo compelido, pues ello constituye la acción de «desobedecer». El TS⁶³⁷ ha definido la desobediencia como la acción de no cumplir una orden emanada de la autoridad o sus agentes, dictada en el ámbito de su competencia y revestida de las formalidades legales. En palabras del propio Tribunal es precisa una negativa **manifiesta, franca y terminante**, un incumplimiento no que no sea fruto de una negligencia sino que tenga su origen en la **voluntad de no cumplir**.

⁶³⁷ Entre muchas otras, la STS de 19 de noviembre de 1990 (RJ 1990, 10477).

La conducta desobediente no puede estar acompañada por actitud violenta alguna, ni de tipo corporal ni intimidatorio, sino que es indispensable que el comportamiento del sujeto activo no exceda de una actitud pasiva, desobediente, a pesar de que ello pueda suponer cierta acción, pues habrá supuestos en los que la orden consista –precisamente– en no realizar determinado comportamiento y por tanto el hecho de no ejecutarlo, la omisión de la orden, sea que le que dé lugar al delito de desobediencia. Será por esto, que la doctrina ha venido discutiendo sobre si se trata de un delito de omisión o de acción, en función de que el mandato recibido consistiera en hacer o no hacer algo, y respecto a ello ha venido concluyendo⁶³⁸ que ambas formas comitivas serán posibles, en la medida en que ello dependerá exclusivamente del contenido de la orden.

Para que se constituya el ilícito es precisa la existencia de una «**negativa abierta**» por parte del sujeto obligado, esto es: *expresa y terminante*, a cumplir una orden o requerimiento que se ajuste a Derecho.

Las exigencias doctrinales y jurisprudenciales en cuanto a la interpretación del término «negativa abierta» pasan por exigir que la misma sea clara, explícita y directa pero en ningún momento se exige que haya de ser activa, pudiendo, en consecuencia tener cabida una actitud pasiva siempre que la misma sea inequívoca.

Asimismo el tipo penal de desobediencia se perfecciona desde el momento en que el sujeto obligado deja clara constancia de su voluntad y predisposición a desatender el mandato, sin que sea necesaria la reiterada emisión de esa orden o mandato.

Sólo podrá apreciarse desobediencia del art. 556 CP cuando el cumplimiento se deba a prestaciones de carácter personalísimo, de modo que «sólo puedan hacerse efectivas si la persona obligada las cumple, caso de incumplimiento, aparece la lesión de la capacidad prestacional que aquí únicamente puede efectuarse mediante el concurso del obligado; y ello reviste tal gravedad, que se hace necesario acudir al Derecho penal para asegurar el funcionamiento de los servicios públicos»⁶³⁹.

XIX.) Diferenciar el delito de desobediencia grave de la falta de desobediencia del artículo 634 CP no es tarea baladí. La propia jurisprudencia reconoce que «la distinción entre el delito y la falta de desobediencia viene a ser una línea tenue y sutil».⁶⁴⁰ Una vez más para distinguir entre delito y falta de desobediencia hay que acudir al criterio de la gravedad. La jurisprudencia ha determinado la gravedad con parámetros relativistas acudiendo a multitud de circunstancias y, especialmente, a la importancia de la materia sobre la que versa la orden, la jerarquía del funcionario de quien emana, las condiciones del que desobedece, la persistencia en el incumplimiento, el daño producido y el desprestigio

⁶³⁸ Entre otros, PRATS CANUT, J.M. en QUINTERO OLIVARES, G y OTROS: *Comentarios al nuevo...*, op. cit., p. 2467 y VIVES ANTÓN, T.S. y OTROS: *Comentarios al Código...* op. cit., p. 2087.

⁶³⁹ *Ibidem*.

⁶⁴⁰ STS de 23 de enero de 1992 (RJ 1992, 2520).

causado a la autoridad o funcionario con la conducta negativa⁶⁴¹. En esencia, nos encontramos nuevamente ante un criterio eminentemente valorativo y a pesar del recurso jurisprudencial a múltiples baremos para la interpretación de la gravedad, lo cierto es que como norma general, la jurisprudencia se ha centrado en el estudio de la contumacia en la desobediencia como principal modo de deslinde. Tanto es así que, generalmente, **será considerada falta aquel comportamiento que suponga una mera actitud irrespetuosa en la negativa a obedecer, y por el contrario, cuando el sujeto opte por una reiterada y persistente negativa al cumplimiento de la orden se evidenciará una negativa y persistente actitud de desobediencia al mandato a la autoridad, que dará lugar a la consumación del tipo.**

Del estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se puede concluir la existencia de tres grandes grupos de criterios interpretativos⁶⁴²: 1.) Criterios que se centran en la orden. Se toma en consideración el tipo de orden emitida por la autoridad y su concreto contenido, siempre desde un punto de vista estrictamente formal. Así, en función de la importancia de la misma y de la clase de autoridad (p. ej., el grado jerárquico) de quien la emite, se valora la gravedad o levedad de la infracción; 2.) Criterios que se centran en la actitud del individuo. Posiblemente sean los más utilizados por la jurisprudencia. Atienden al grado de oposición (si es «manifiesta» y «reiterada» se estará ante una desobediencia grave) y a la persistencia de la rebeldía de quien desobedece; 3.) Criterios que se centran en la importancia del bien jurídico que se pretende proteger con la orden. En varias ocasiones el Tribunal Supremo ha optado por hacer depender la gravedad o levedad de la desobediencia del bien jurídico de referencia (accesorio) que se pretendía salvaguardar mediante la emisión de la orden.

A nuestro modo de ver, para que se perpetre el delito es precisa la existencia de una voluntad persistente y reiterada –por parte del sujeto activo– de desatender la orden establecida y en consecuencia cuando no quede constancia de tan rebelde conducta podría estarse en el marco de la falta de desobediencia por cuanto la actitud del obligado presenta una menor gravedad que la obstinada y rotunda negativa a cumplir, propia del delito. De cualquier modo, estamos convencidos de que la gravedad de la desobediencia debe ponderarse siempre atendiendo a las circunstancias relativas al sujeto obligado al cumplimiento, a la actitud y a la intensidad de su rebeldía, y no atendiendo a otros criterios que podrían suponer una interpretación arriesgada y en ocasiones incluso contraria al reo, pues cabe recordar que ante la duda, habrá que considerar que la conducta cuestionada es susceptible de ser castigada como falta, por ser esta la opción menos grave. Por ello, nos adherimos al segundo de los criterios expuestos y que es el más utilizado por la jurisprudencia, pues consideramos altamente arriesgado centrar la debilitación en el grado de afectación del bien jurídico, concepto por sí ampliamente discutido, cuyo contenido es objeto de múltiples discrepancias doctrinales y que de cualquier modo, encuadra estas figuras como ilícitos penales de peligro y no de resultado, lo que a su vez dificulta más el uso de un criterio delimitador basado exclusivamente en la puesta en peligro de un bien

⁶⁴¹ Así lo enuncian VIVES ANTÓN, T.S. y CARBONELL MATEU, J.C. en *Comentarios al Código Penal...*, op. cit., p. 1033.

⁶⁴² Siguiendo a ROBLES PLANAS, R.: «¿Cuándo existe desobediencia...», op. cit.

jurídico ampliamente discutido en cuanto a su contenido y delimitación.

Como claramente puede desprenderse en el contexto de una sociedad democrática, ajena al autoritarismo y en la que la autoridad como tal viene a constituirse como garante de la ley en por ende del sistema, la **cláusula de necesidad** en la falta y delito de desobediencia como la **interpretación restrictiva** de la «falta de respeto y consideración debida» (con relación a esta otra conducta prohibida en el artículo 634), pretende superar las dificultades que supone interpretar estas infracciones en sentido formal y, sobretodo, persigue evitar la construcción de las mismas únicamente sobre la base del principio de autoridad. Los **deberes de obediencia y de respeto** que surgen de una orden dictada por la autoridad o sus agentes no descansan en el mero dato de que se trate de una orden emitida por quien tiene «autoridad», sino en que esa orden pretende proteger algo que va mucho más allá: un interés tutelado por el Derecho.

XX.) El delito de desobediencia grave es uno de los tipos penales que más riqueza presenta en el estudio de su casuística. La mayor parte de los casos de los casos de desobediencia que nos encontramos en la práctica corresponden al incumplimiento de mandatos emitidos por agentes de la autoridad pero existen igualmente gran variedad de supuestos, polémicos e interesantes que pasamos a resumir:

- Casos en los que el sujeto, tras cometer un delito, intenta evitar su detención mediante la **huida o fuga**. Todos aquellos supuestos en los que la conducta del sujeto activo va dirigida exclusivamente a huir o fugarse tras la comisión de un hecho presuntamente delictivo, quedan fuera del ámbito de aplicación de los delitos de desobediencia. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, en los casos de huida o elusión de la acción policial de descubrimiento de la participación en hechos punibles⁶⁴³ viene admitiendo limitadamente el principio del autoencubrimiento impune, como manifestación del más genérico de inexigibilidad de otra conducta, pero constriñéndolo a los casos de mera huida con exclusión de las conductas que en la fuga pongan en peligro o lesionen otros bienes jurídicos⁶⁴⁴. Cuando ella huída se acompañe de una actitud que revista la más mínima violencia contra la autoridad o sus agentes, estaremos ante un delito de resistencia (en la mayoría de los casos), de atentado o incluso –dependiendo de las circunstancias del caso, de la naturaleza de la acción y de la gravedad de la misma– ante una falta de las que recoge el artículo 634 CP.

- La Constitución tiene reconocido el derecho de todo imputado a no colaborar en la investigación y descubrimiento de los hechos, por lo que eso podría constituir en sí mismo un freno a la aplicación del delito de desobediencia frente a determinadas conductas llevadas a cabo por quienes tienen constitucionalmente consagrado su **derecho a no contribuir con la justicia en la causas seguidas en su contra**. Inmediatamente nos surge la siguiente pregunta ¿es constitutiva del delito de desobediencia la conducta del imputado consistente en negarse a someterse a determinados actos de investigación o de prueba? La

⁶⁴³ SSTS núm. 1461/2000, 27 de septiembre (RJ 2000, 916) y 1161/2002, 17 de junio (RJ 2002, 7364) y, núm. 670/2007, de 17 de julio (RJ 2007, 4819) entre otras.

⁶⁴⁴ STS núm. STS 2681/1992, de 12 de diciembre (RJ 1992, 10177).

Fiscalía General de Estado mediante la Instrucción 6/1988 (RCL 1989, 693) se pronunció afirmativamente considerando que la negativa injustificada de una persona a someterse a una intervención corporal ordenada judicialmente constituye, en línea de principio, el núcleo de un delito de desobediencia.

La doctrina se halla dividida en torno al tema, de modo que hay quienes⁶⁴⁵ se muestran convencidos de que cualquier medida de intervención corporal practicada mediante el uso de la fuerza vulneraría la interdicción de tratos degradantes proclamada por el artículo 15 de la Constitución española; mientras que tampoco faltan autores⁶⁴⁶ que interpretan que el derecho a no colaborar en la investigación de hechos propios significa que no puede en ningún caso exigirse al imputado la realización de una conducta positiva pero, por el contrario no hay impedimento alguno para imponer al imputado el deber de soportar pasivamente cualquier tipo de intervención corporal, siempre y cuando su comportamiento en tales casos fuera únicamente negativo, esto es, no preste colaboración de ninguna clase. En tales casos, habría un delito de desobediencia. En nuestra opinión la falta de colaboración activa está amparada por el derecho a no colaborar, del cual no cabe derivar consecuencias perjudiciales para el imputado si no se quieren vulnerar sus derechos constitucionales.

Especialmente significativo es el caso en el que el sujeto imputado o acusado se niega a aportar documentos que le son requeridos en el marco de una causa seguida en su contra. En semejantes supuestos la solución es clara: el derecho del imputado o acusado a no declarar contra sí mismo y a no colaborar en la investigación que contra él se desarrolla, ampara su negativa y su falta de cooperación dejando la conducta muy lejos de lo que sería la acción típica del delito de desobediencia⁶⁴⁷. Importante diferencia existe entre estos casos y aquellos otros en los que el sujeto se niega a identificarse, pues en tal caso no se está siguiendo contra él un procedimiento penal y por tanto su posición no es la de un imputado ni la de un acusado del cual puedan predicarse los derechos constitucionales que acabamos de enunciar, por lo que la conducta consistente en tal negativa será constitutiva – ponderando su gravedad– de una falta de desobediencia⁶⁴⁸.

- Uno de los supuestos más clásicos y controvertidos de desobediencia viene a producirse como consecuencia de **la negativa del sujeto al sometimiento a pruebas tendentes a la comprobación de los efectos del alcohol y las drogas en la conducción de vehículos**. La Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre, por la que se modifica el Código Penal en materia de Seguridad Vial (BOE núm. 288, de 1 de diciembre) ha venido a modificar la regulación de esa conducta, contemplando tal modalidad delictiva en el artículo 383 CP con la nueva regulación de este tipo delictivo, se rompen formalmente los lazos de unión con el delito de desobediencia del art. 556 del CP, que le servía de referencia.

⁶⁴⁵ En tal sentido, HUERTAS MARTÍN, M.I.: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*. J.M. Bosch, Barcelona 1999, p. 402 y ss.

⁶⁴⁶ Así lo afirma ASECIO MELLADO, J.M.: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*. Ed. Trivium, Madrid, 1989, p. 151 y ss.

⁶⁴⁷ Ejemplo de semejantes supuestos Auto AP de Guipúzcoa núm. 68/1999, 11 de junio (1999, 1338).

⁶⁴⁸ Así lo recoge, por ejemplo, SAP de Tarragona núm. 466/2007, de 11 de junio (JUR 2007, 301437).

Claro está que a la pena asociada al tipo, y que se corresponde con la desobediencia, se le añade la de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años, pena más acorde con delitos contra la seguridad colectiva pero los elementos objetivos del tipo siguen siendo los mismos y el bien jurídico protegido no ha variado, razón por la que puede continuarse sosteniendo, que la negativa a someterse a las pruebas ante un requerimiento policial constituye, también un tipo especial de desobediencia incluido en los delitos contra la seguridad vial, aunque ahora se castigue con una pena privativa de derechos, junto a una pena privativa de libertad idéntica a la desobediencia. Por lo tanto, y zanjando polémicas en torno la bien jurídico tutelado, en nuestra opinión estamos ante un delito específico de desobediencia que protege, a su vez, la seguridad vial.

- Igualmente, constituye desobediencia la conducta consistente en no someterse a una **resolución judicial**. Es preciso aclarar que aquellos supuestos en los que se incumpla una sentencia penal, y en su virtud, se incumpla una condena, se producirá un concurso de normas entre el propio artículo 556 CP –delito de desobediencia– y el artículo 468 –delito de quebrantamiento de condena– que habrá de resolverse a favor del segundo, en aplicación del principio de especialidad pues claro está que el precepto especial se ha de aplicar con preferencia sobre el general. En realidad, la desobediencia se materializará cuando los poderes públicos no puedan ejecutar por su cuenta y a costa del particular lo que se haya acordado en Derecho.

La conducta constitutiva de desobediencia se cometerá cuando lo ordenado por la resolución judicial consista en una prestación de carácter personalísimo, pues en tal caso solo podrá hacerse efectiva la misma si el sujeto cumple y si no lo hace se producirá irremediablemente la lesión de un bien jurídico –el tutelado por el delito de desobediencia– digno de que entre en juego el Derecho Penal. Muchas de estas obligaciones personalísimas están ya expresamente reguladas por las propias leyes, de modo que la propia LECR identifica con la desobediencia –artículos 215, 420, 569, 575, 716–.

- No podemos olvidar los casos en los que se produce un **incumplimiento de resoluciones judiciales firmes**. En el ámbito del Derecho de Familia es donde se producen las desobediencias con mayor repercusión social, sobre todo cuando se trata de cuestiones relativas a los hijos menores de edad.

La conducta consiste en negarse a cumplir obligaciones pecuniarias a favor del cónyuge o los hijos, establecidas en sentencia firme o en convenio regulador, no será sancionada como una desobediencia del art. 556 CP sino que será catalogada como un delito de los contemplados en el art. 227 CP pues tal situación dará lugar a un concurso de normas penales que en virtud del artículo 8 CP debe resolverse a favor del principio de especialidad.

Por su parte, las conductas llevadas a cabo por quien ostentando la guarda y custodia de sus hijos impide el ejercicio legítimo del régimen de visitas que por resolución judicial se fijó al otro progenitor, o el que incumple el que le fue fijado, tiene la consideración de

desobediencia a la autoridad y así se viene aplicando por nuestros tribunales de justicia, penalizando tales conductas bien por la vía de delito, como desobediencia grave a la autoridad o sus agentes del artículo 556 del Código Penal, o bien a través de la falta prevista en el artículo 634 del mismo cuerpo legal⁶⁴⁹.

XXI.) El artículo 634 CP además de recoger la falta de desobediencia leve tipifica la conducta consistente en *faltar el respeto o la consideración debida a la autoridad o sus agentes* cuando éstos se encuentren ejerciendo sus funciones. En realidad, este precepto resulta de aplicación en todos aquellos supuestos en los que se cometa una conducta de las descritas en el artículo 620 CP –tales como la falta de amenaza, coacciones, injurias y vejaciones injustas de carácter leve– siempre que el sujeto que soporte la acción sea una autoridad o agente de la misma y en el momento de los hechos se halle en el ejercicio de sus funciones. Podría entenderse que en tales casos estaríamos ante un concurso de normas, que en virtud del principio de especialidad, debe resolverse a favor de la falta del artículo 634 CP. Del mismo modo, como veremos al momento de analizar la casuística propia de esta figura penal, podríamos configurar esta figura delictiva como un tipo residual, pues en la práctica serán muchas las conductas que por no tener la gravedad suficiente o faltarle alguno de los requisitos exigidos en los artículos 550 y 556 del CP, se resuelvan recurriendo a la falta de consideración o respeto debido a la autoridad. Este es el caso de los supuestos de resistencia pasiva leve. Como ya venimos enunciando a lo largo de este trabajo, para que una conducta sea constitutiva del delito de resistencia del artículo 556 CP ha de revestir cierta entidad y en los casos en los que no sea así, la única solución frente a la impunidad –pues no existe una falta de resistencia leve– es criminalizar la conducta como una falta contra del artículo 634 CP en la modalidad que ahora analizamos, por cuanto podría entenderse que el sujeto activo atenta contra la consideración y el respeto debido a toda autoridad –como ejemplo la STS núm. 669/1999 de 5 mayo (RJ 1999, 3391)–. En nuestra opinión y en virtud del respeto debido al principio de legalidad impuesto por el artículo 9 e) de la CE, sería más que deseable, a modo de lege ferenda, que se realizara una puntual modificación en el artículo 634 CP, tipificándose expresamente la resistencia pasiva leve.

Se castigan, por tanto, mediante esta falta, las formas más leves de despreciar a la autoridad, entendiéndose como tales 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 autoridades⁶⁵⁰.

Amplia es la casuística que nos presenta la múltiple jurisprudencia existente en torno al tema, pues en la práctica son muy frecuentes este tipo de conductas, de modo que cuando se actúe de manera amenazante frente a una autoridad o agente de la misma, se estará ante un ilícito de los contemplados en este artículo, siendo la conducta –en la mayoría de los casos– constitutiva de una falta de respeto y consideración a la autoridad. La falta de mención a los funcionarios públicos conlleva que una amenaza grave a un funcionario público puede considerarse un delito de atentado del artículo 550 pero si la misma es leve y

⁶⁴⁹ Para más detallada información ver DE PABLO MURILLO, B.: «El incumplimiento...» op. cit.

⁶⁵⁰ Así lo entiende VELASCO NÚÑEZ, E.: «Las faltas contra...» op. cit.

no presenta la entidad suficiente como para elevarse a la categoría de delito, veremos como el principio de legalidad nos cierra el paso a toda aplicación del artículo 634 CP pues el mismo expresamente se refiere a la falta de consideración y respeto debido *a la autoridad y sus agentes*, omitiendo toda mención a los funcionarios públicos. Tal omisión tiene sentido en lo que respecta a la falta de desobediencia pues solo puede desobedecerse a la autoridad o a sus agentes, pero el artículo 634 CP alberga dos faltas distintas: la desobediencia leve – que como decimos solo cabe frente a autoridades o agentes de la misma– y la falta de respeto y consideración debida, que por expresa omisión sólo puede imputarse cuando se realice contra autoridades o agentes pero que, en nuestro modo de ver y como propuesta de lege ferenda, debería ampliarse, permitiendo que tal acción delictiva fuere cometida también contra funcionarios públicos. Ante tal laguna no queda más opción que acudir, cuando sea preciso, a la falta de amenazas como única vía frente a la impunidad de las amenazas no graves contra funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones.

SECCIÓN SEGUNDA: ANÁLISIS SUBJETIVO DE ESTOS TIPOS PENALES.

1. EL ÁNIMO DE OFENDER A LA AUTORIDAD COMO ELEMENTO SUBJETIVO DEL INJUSTO.-

Una vez desarrollados los elementos objetivos de estos tipos penales llega el turno de detenerse en el elemento subjetivo del injusto común a todos ellos, enunciado como *la necesidad o el ánimo de ofender a la autoridad*. Desde que se recogiera el delito de atentado como una infracción autónoma, en el Código Penal de 1822, la jurisprudencia ha venido exigiendo como elemento subjetivo «*el ánimo de ofender o menospreciar el principio de autoridad*», lo que, en definitiva, parece enlazar muy directamente con el objeto de protección de estos delitos.

Hemos de recordar que los elementos subjetivos del injusto son especiales anímicos necesarios para delimitar el injusto, es decir, para determinar si la conducta externa lesiona o pone en peligro el bien jurídico. En coherencia con ello, la apreciación de este requisito subjetivo supondrá que, en la práctica, se exigirá la concurrencia de una intención o finalidad específica en el autor que, de acuerdo con la naturaleza de los elementos subjetivos del injusto, deberá concurrir con independencia, además, del dolo⁶⁵¹.

La dificultad para comprobar ese ánimo del autor ha llevado a la jurisprudencia a presumir su existencia, siempre y cuando quede clara constancia de que el sujeto activo conocía la condición de funcionario, autoridad o agente de la misma del sujeto sobre el que recae la acción. Ello implica una presunción *iuris tantum* que parece suponer cierta confusión entre dos cuestiones a priori diferentes como son los elementos subjetivos del injusto y el juicio de culpabilidad, esto es, el dolo.

⁶⁵¹ Así lo aclara ROIG TORRES, M.: *El delito de...*, op. cit., p. 168.

Lo cierto es que, la jurisprudencia ha venido evolucionando de modo que si bien en algunas resoluciones se sigue requiriendo ese mismo ánimo de desprestigiar a la autoridad como elemento subjetivo del injusto –prueba de ello, entre otras, las SSTS de 5 de junio de 2000 (JR 2000, 6299) y de 21 de julio de 2000 (RJ 2000, 6770)– también podemos encontrar resoluciones en las que se alude al «dolo específico» admitiéndose su concurrencia en forma de dolo directo de primero o segundo grado, implicando ello la existencia de una postura dogmática favorable a un objetivismo puro que rehúsa la inclusión de cualquier componente subjetivo en la antijuricidad⁶⁵².

En nuestra opinión, y tal y como iremos desarrollando a lo largo de este epígrafe, *estos delitos no reclaman, por lo general, un elemento subjetivo del injusto específico y distinto al dolo*. El Código Penal actual no incrimina la comisión culposa o imprudente pues el artículo 12 de dicho texto punitivo establece que las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley, y al no estar expresamente incriminado el atentado culposo, se pierde la vieja discusión acerca de si el delito de atentado culposo encontraba cabida en el ordenamiento penal.⁶⁵³

Afirmamos por tanto, que cuando el ilícito se cometa frente a funcionarios públicos, autoridades o agentes de la misma que al momento de la acción –u omisión, en el caso de la imprudencia– se hallen en el ejercicio de sus funciones, no resulta preciso ese ánimo específico de ofensa, y ello a pesar de que encontremos resoluciones del Tribunal Supremo en un sentido radicalmente distinto. Como hemos referido, entendemos que la exigencia de ese elemento subjetivo del injusto encontraba justificación antes de la entrada en vigor del CP de 1995, pues con ella se pretendía garantizar la impunidad de las conductas culposas pero actualmente, tal justificación pierde toda razón de ser.

En realidad de la definición de los delitos de atentado, resistencia y desobediencia no se desprende ninguna exigencia subjetiva más allá de la necesidad de que concurra el dolo. 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 que soporta la acción, sin que sea necesario ni deseable adentrar el tipo con el análisis del animus del autor, pues ello implicaría una dificultad probatoria a todas luces insalvable.

Así, nos adherimos a la opinión de quienes consideran que el dolo debe extenderse al conocimiento de que el 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 subjetivo⁶⁵⁴.

Por lo tanto, y en coherencia con nuestra posición –consistente en negar la exigencia de un elemento subjetivo del injusto distinto al dolo– cualquier referencia en este punto a

⁶⁵² Íbidem, p. 171 y ss.

⁶⁵³ Ejemplo de ese debate doctrinal ahora superado es lo expuesto por CEREZO MIR, S.: «Los delitos de atentado...» op. cit., p. 338 y ss.

⁶⁵⁴ En esta línea destacamos la opinión de LAMARCA PÉREZ, C. y OTROS: *Derecho penal...*, op. cit., p. 672 y TORRES FERNÁNDEZ, M.E.: «Los delitos de atentado...», op. cit., p. 11.

aspectos subjetivos implicaría adelantar el estudio del dolo, el cual será objeto de pormenorizado análisis en posteriores epígrafes de este trabajo pero, aún a riesgo de incurrir en tal reiteración –y aunque sea a modo de adelanto– hemos de mencionar que el dolo ha de abarcar todos los elementos del tipo, incluidos –por supuesto– los normativos. Al autor ha de representarse la acción con todas sus propiedades y características cualquiera que sea la modalidad delictiva y del mismo modo ha de representársele la condición de funcionario público, autoridad o agente de la misma del sujeto frente al que se dirige la acción. En otras palabras, el dolo implica el conocimiento y voluntad del autor de que está realizando los elementos que integran el tipo penal, por lo que éste cometerá la acción de manera consciente y voluntaria.

En vista de lo expuesto, nos atrevemos a concluir que ***la existencia de un requisito subjetivo del tipo penal, puede reducirse a la necesidad de que el sujeto activo conozca la condición especial del sujeto sobre el que recae la acción, esto es, que le conste debidamente su carácter de portador del bien jurídico*** y por ende la especial protección que le dispensa la ley penal. Estaríamos, por tanto, ante un elemento cognoscitivo que se deduce por la jurisprudencia de los siguientes datos:

- El uniforme: en realidad, el uniforme que lleva el sujeto portador del bien jurídico es considerado como un dato visual que obliga al sujeto activo a conocer la condición de su carácter de funcionario, autoridad o agente, de tal modo que en los casos en los que el agente vista uniforme no podrá invocarse desconocimiento de su carácter de autoridad –SSTS de 21 de mayo de 1985 (RJ 1985, 2519) y de 3 de enero de 1990 (RJ 1990, 265)–.

- Por la identificación del agente en sus distintas modalidades aun cuando no lleve uniforme. Se refiere en estos casos a los supuestos de identificaciones verbales, en los que el agente menciona su condición de tal o incluso exhibe su placa o carnet profesional –SSTS núm. 72/2002, de 21 de enero (RJ 2002, 1570) y núm. 1773/2001, de 8 de octubre (RJ 2001, 8787) ó SAP de Santa Cruz de Tenerife de 7 de septiembre de 1999 (ARP 1996, 2609)–.

- Por el reconocimiento a través de medios indirectos. Se trata de casos en los que aunque el agente no se identifique personalmente, existen determinados medios u objetos visuales que permiten sin lugar a dudas su identificación como tal, por ejemplo las luces o sirenas de los vehículos policiales –STS de 18 de mayo de 1987 (RJ 1987, 3083) ó SAP de Madrid núm. 485/2000, de 21 de septiembre (JUR 2001, 6010)– y lo mismo podría decirse del lugar en el que se encuentra el sujeto, por ejemplo en el caso de estar ocupando un despacho oficial.

- Por ser el agente reconocido e identificado como tal por el propio sujeto activo aun cuando no lleve uniforme ni se identifique –STS de 27 de febrero de 1996 (RJ 1996, 1394)–.

La jurisprudencia no es en absoluto unánime en torno al tema y por ende, la doctrina

tampoco. Existe una corriente doctrinal⁶⁵⁵ significativa que considera preciso diferenciar, a estos efectos, entre dos modalidades delictivas distintas: los casos en los que los hechos se producen durante la ejecución pública, es decir, cuando los funcionarios, autoridades o agentes de la misma se hallan en el ejercicio de sus funciones, y por otro lado, aquellos casos en los que el ilícito se comete cuando los sujetos que soportan la acción no están en ejercicio de sus funciones en cuanto a tiempo y lugar y por tanto la conducta se comete con ocasión de ellas. En el primer caso, se viene exigiendo la presencia de ese ánimo especial del autor, de modo que si no se pretende la ofensa de la autoridad, no se produciría el ilícito. Se admite tanto la existencia del dolo directo de primer grado –casos en los que ese es el efecto buscado directamente por el autor– como el dolo directo de segundo grado –el efecto es aceptado por el autor como una consecuencia necesaria para la actuación que persigue y que en realidad tiene otros fines distintos–.

Analicemos el primer grupo de casos y su tratamiento jurisprudencial: cuando el ilícito se comete mientras el funcionario, autoridad o agente está en el ejercicio de sus funciones, el Tribunal Supremo infiere ese requisito subjetivo, exigiendo que el sujeto actúe en con el designio de desconsiderar a la autoridad⁶⁵⁶. Tal postura obtiene la crítica doctrinal de quienes, como ROIG⁶⁵⁷, consideran que del tipo no se deduce que explícita ni implícitamente que el sujeto activo haya de actuar con el móvil específico de denostar a la autoridad, de manera que nada impide que aquél actúe por motivos exclusivamente privados. Por lo tanto, bastará con que el sujeto conozca la condición especial del sujeto contra el que perpetra la acción y quiera realizar la misma, esto es, que concurren los componentes característicos del dolo genérico sin necesidad de comprobar ninguna finalidad adicional del autor, o dicho de otro modo, sin que se precise ningún elemento subjetivo del injusto.

En esta misma línea hallamos algunas resoluciones jurisprudenciales, como por ejemplo la STS de 28 de mayo de 1998 (RJ 1998, 5004) en la que se entiende que este requisito se halla satisfecho con «*la conciencia y voluntad de acometer a una autoridad o funcionario*» sin que sea necesario el repetido ánimo de desprestigiar a la autoridad.

Nos adentramos ahora en el análisis del segundo grupo de supuestos, esto es, aquellos casos en los que los ilícitos se comenten mientras el funcionario, autoridad o agente de la misma no está ejercitando las funciones de su cargo pero la acción típica se perpetra con motivo de esas atribuciones o como dice la letra de la ley «con ocasión de ellas». En tales casos se considera la necesidad de comprobar la existencia de un ánimo específico en el autor que nos permita afirmar que el atentado se debió a la actividad pública del ofendido. Eso supone asumir que en los casos en los que el empleado público se halla en la esfera privada y el ilícito se comete por motivos particulares, no concurrirá el tipo a pesar de que el sujeto activo sepa que está dirigiendo su acción contra un funcionario público, autoridad o agente de la misma. Esta exigencia del elemento subjetivo del injusto integrado en la intención de atacar a la autoridad o al funcionario por su condición de tal permite excluir de

⁶⁵⁵ Siguiendo a ROIG TORRES, M.: *El delito de...*, op. cit., p. 172 y ss.

⁶⁵⁶ Como ejemplo la STS de 3 de julio de 1985 (RJ 1985, 3873).

⁶⁵⁷ ROIG TORRES, M.: *El delito de...*, op. cit., p. 173 y ss.

estos delitos aquellos comportamientos que no van dirigidos al sujeto que soporta la acción en cuanto portador del bien jurídico sino como particular.

En conclusión, entendemos⁶⁵⁸ que ***en los delitos producidos en el transcurso de la función pública no es necesario otro requisito subjetivo distinto al dolo***, pero cuando esas conductas tienen lugar fuera de ese ámbito, en otras palabras, ***cuando el sujeto destinatario de la acción no se halla al momento de la comisión del tipo en el ejercicio de sus funciones, será necesario apreciar no sólo la existencia de dolo sino también la de un elemento subjetivo que permita identificar las ofensas relacionadas con la actividad pública***. Por ende, la necesidad de que concorra ese elemento subjetivo se justifica por la propia idiosincrasia de los tipos penales que analizamos pues actúa como una garantía de que no se condenará por estos delitos conductas que no consistan en la puesta en peligro del bien jurídico que portan esos profesionales, pues la especial tutela no se les debe dispensar –en ningún caso a título individual– sino sólo en virtud de sus funciones y con ocasión de las mismas.

Claro está que el principal problema que plantea esta exigencia es de índole probatoria pues resultará altamente dificultoso comprobar la intencionalidad del sujeto, sirviéndose la posibilidad de alegar que la acción no fue realizada con motivo de las funciones del sujeto que la soporta como una estrategia de defensa peligrosa. De cualquier modo, habrá que estar a cada caso concreto para establecer el correspondiente juicio de injerencia pero lo que sí hemos de asentar es que, en todo caso, ***el contenido de ese elemento subjetivo debe ceñirse a la existencia de alguna relación*** –por ínfima que sea– ***entre la conducta perpetrada y el conocimiento del sujeto activo de la condición de funcionario***, autoridad o agente de la misma de la persona que la soporta, sin que haya que obsesionarse con buscar una intención manifiesta de vulnerar la función pública o de vilipendiar la dignidad de la misma, basta con que el sujeto activo actúe promovido por venganza, por antipatía o por cualquier otra reacción que halle su origen en las características profesionales de quien porta el bien jurídico.

2. EL DOLO.-

No resulta sencillo abordar el estudio del dolo en estos delitos sin que ello implique establecer la evidente e inevitable relación con el ya estudiado elemento subjetivo del injusto exigido en el tipo, consistente en el «ánimo de ofender a la autoridad». Y es que, tal y como la jurisprudencia se ha encargado de aclarar, en estos tipos penales no existe un elemento subjetivo claramente diferenciado del dolo, sino que en realidad el contenido de ambos conceptos determinan que estamos ante la misma cosa. Así, la STS núm. 2012/2004, de 8 de octubre (RJ 2004, 6303) dice:

«Como ocurre con todos los delitos dolosos a esos elementos objetivos del tipo hay que añadir otro de carácter subjetivo, el dolo, que consiste en actuar en la forma descrita en el tipo con el conocimiento de que concurren esos elementos objetivos, o dicho más brevemente, aunque quizá con menos

⁶⁵⁸ De acuerdo con ROIG TORRES, op. cit. p. 180.

precisión, conocimiento y voluntad de tal concurrencia (quien actúa con ese conocimiento es que tiene voluntad). Pues bien, en este delito, la doctrina de esta sala habla de ánimo de ofender al funcionario o autoridad con menosprecio o daño del principio de autoridad. Hay que aclarar en este punto que tal ánimo de ofender o causar daño al principio de autoridad no es un elemento del delito diferente al dolo: no se trata de un elemento subjetivo del injusto a añadir al dolo (elemento subjetivo genérico para todos los delitos dolosos), como lo son por ejemplo, el conocimiento del hecho delictivo anterior en la receptación o la intención de traficar cuando se trata de posesión de sustancias estupefacientes. En este delito de atentado sólo existe como requisito subjetivo el dolo, sin más.»

En estos delitos es imprescindible la concurrencia del dolo, entendiendo por tal el *dolo genérico* o conocimiento por parte del sujeto activo de la condición de funcionario, autoridad o agente de la misma de la persona frente a la que ejecuta la acción y el *dolo específico* o animus, que coincide plenamente con el elemento subjetivo del injusto y que consiste en la voluntad del sujeto de arremeter contra el principio de autoridad o –dicho en términos más preciso– la intención de que perpetra la acción de acometer contra el bien jurídico que representan esos profesionales. Así, el sujeto⁶⁵⁹ tiene que actuar con la voluntad, más o menos directa, de atentar contra quien reviste esa condición.

Todo ello implica afirmar que para que concurra el atentado han de darse dos elementos propios del dolo: el *intelectivo*, que en tal caso supone tener conocimiento de la cualidad pública del agraviado y del carácter prohibido de la conducta, y el *volitivo*, consistente en querer llevarla a cabo.

Cierto sector doctrinal, niega la existencia del citado elemento subjetivo, pero –a nuestro juicio– no existe duda alguna respecto a la necesidad de concurrencia del mismo. Así, FERRER SAMA⁶⁶⁰ dice que el dolo del atentado requiere el conocimiento por parte del sujeto activo de la cualidad de autoridad, agente o funcionario del sujeto pasivo, así como que peste obra en el ejercicio de sus funciones, elementos éstos que han de ser interpretados según la presunción formulada por el artículo 1º, ya que ninguna referencia se a los mismos en la descripción típica, por lo que no pueden ser tratados según la doctrina reguladora del dolo específico.

En semejante argumentación encontramos a CEREZO MIR cuando al objeto de criticar la postura del Tribunal Supremo consistente en excluir los atentados cometidos por razones particulares, afirma: «Su apreciación –del elemento subjetivo del injusto– reduce excesivamente el ámbito del precepto. Impide el castigo del acometimiento, empleo de fuerza o intimidación dolosa del funcionario, en el ejercicio de sus funciones, con un motivo ajeno al desempeño de su función»⁶⁶¹.

⁶⁵⁹ ROIG TORRES, M.: *El delito de...*, op. cit., p. 174 y ss.

⁶⁶⁰ FERRER SAMA, A.: *Comentarios al Código Penal*, Tomo III, Murcia 1948, p. 211.

⁶⁶¹ CEREZO MIR, J.: «Los delitos de atentado propio, resistencia...», op. cit., p. 224.

Especialmente clarificadora nos parece la opinión vertida por CUERDA ARNAU⁶⁶² – a quien nos sumamos–, cuando considera que si la norma lo que realmente pretende proteger es el ataque a la función del agraviado y no a su condición de tal, el ataque debe tener alguna relación objetiva con aquella. Para ilustrar tal afirmación esta autora utiliza dos ejemplos que no dejan lugar a dudas: a) el concejal agrede al alcalde en el transcurso de una cena oficial porque aquél coqueteaba con su cónyuge, y b) el mismo sujeto resentido por aquél incidente, agrede al regidor cuando éste le amonestaba por el incumplimiento de sus funciones. En el primer caso, esta autora afirma no encontrar razón alguna para aplicar los tipos que estudiamos, mientras que en el segundo apunta a lo innecesario de indagar si el verdadero motivo de la agresión fue o no un postergado ataque de celos, ni menos aún, entrar a considerar si con tal acción se perseguía o no el menosprecio del principio de autoridad. En la medida en que el sujeto activo sabe lo que es agredir, conoce la condición de servidor público de su víctima y es consciente de que el acometimiento tiene lugar en relación con el desempeño de sus funciones, ha de aceptar que la afectación de la dignidad de la función es una consecuencia inherente a su acción, con independencia de cuál fuera su propósito.

Esta es, justamente, la opinión de quien suscribe, la cual entendemos que se encuentra abalada por múltiples resoluciones del TS en las que se alude a que «el elemento subjetivo se presume». Por tanto, no se trata de obviar la existencia de este elemento ni de considerarlo innecesario, sino que se trata más bien, de presumirlo siempre y cuando quede acreditado el hecho de que el sujeto que realiza la acción conocía la especial cualidad del sujeto que la soporta.

Así las cosas, claro queda que el contenido del dolo en estos delitos viene integrado por el conocimiento de los elementos típicos, esto es, la condición de agentes de la autoridad y su actuación en los límites de la función pública y la intención de impedir su ejercicio⁶⁶³. En realidad, la cuestión consiste en asegurarse de que se cumple el elemento subjetivo del tipo, en otras palabras: se trata de cerciorarse de que el sujeto activo conoce la condición de funcionario, autoridad o agente de la misma del sujeto sobre el que realiza la acción, y cuando siendo conocida esa condición se perpetra la acción, se entiende que el dolo queda más que acreditado. Tanto es así, que la doctrina del Tribunal Supremo⁶⁶⁴ viene exigiendo como requisito subjetivo del delito de atentado la presencia de un animus o dolo específico, bien sea en forma directa, si se persigue con su acción la ofensa o menoscabo del principio de autoridad, o bien de segundo grado, o de consecuencias necesarias, cuando aún siendo otra la finalidad del agente, constándole la condición de agente de la autoridad del sujeto pasivo, acepta que aquél principio quede vulnerado a consecuencia de su proceder. Y es que –como bien dice la STS de 13 de noviembre de 1990 (RJ 1990, 8900)– el ánimo de ofensa o menosprecio va implícito en los actos realizados cuando no se acreditan circunstancias concurrentes que permitan inferir otra motivación ajena a las

⁶⁶² CUERDA ARNAU, M.L.: *Los delitos de atentado...*, op. cit., p. 151 y ss.

⁶⁶³ Así lo afirma el TS en sentencia núm. 1672/1999, de 24 de noviembre (RJ 1999, 8719).

⁶⁶⁴ En sentencias como la de 31 de enero y 26 de abril de 1990 (RJ 1990, 543 y RJ 1990, 3338), núm. 431/1994, de 3 de marzo (RJ 1994, 1684), núm. 602/1995, de 27 de abril (RJ 1995, 3382), núm. 231/2001 de 15 de febrero (RJ 2001, 2500), núm. 181/2007, de 7 de marzo (RJ 2007, 1782).

funciones públicas del ofendido. Si el agente de la autoridad actúa en el ámbito de sus atribuciones y dicha condición es conocida por el sujeto activo, la acción violenta contra su persona, evidencia la voluntad de acometer o emplear fuerza, y el ánimo de quebrantar el principio de autoridad, necesario en una sociedad con un buen nivel de convivencia.

Para la jurisprudencia⁶⁶⁵, el «dolo genérico» abarca la calidad del sujeto de la acción y la circunstancia de hallarse en el ejercicio de las funciones de su cargo, mientras que 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. 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 insito en la realización de las conductas típicas. Por tanto, se entiende⁶⁶⁶ que el ánimo de ofensa, menosprecio o falta de respeto va insito en los actos desplegados cuando no constan circunstancias concurrentes que permitan inferir otra motivación ajena a las funciones públicas de ofendido.

Teniendo claro que los delitos de atentado, resistencia y desobediencia sólo se presentan de forma dolosa, podemos distinguir entre las diversas formas de aparición del dolo. El Tribunal Supremo en sentencias como la de 26 de abril de 1990 (RJ 1990, 3338) y la de 3 de abril de 1992 (RJ 1992, 2751) exigen 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 de la función pública, o merced al dolo de segundo grado, también llamado de consecuencias necesarias, cuando aún persiguiendo el autor otras finalidades, le consta la cualidad de autoridad o funcionario del sujeto pasivo y acepta que aquel principio quede vulnerado por causa de su proceder. Por lo tanto, puede distinguirse entre el llamado dolo directo de primer grado o el conocido como dolo de segundo grado o de consecuencias necesarias.

Resulta sencillo encontrar supuestos jurisprudenciales en los que pueda apreciarse la concurrencia del dolo directo, pues un gran número de los delitos de atentado se presentan precisamente con esta forma de culpabilidad. Como ejemplo, podemos citar la STS de 13 de noviembre de 1990 en la que el acusado se dirigió con el tractor que tripulaba hacia donde otra persona con frases tan expresivas como que «iba a quitarle de en medio», sin que llegara a atropellarle y ante tales hechos es cuando el Cabo de la Guardia Civil después de insistir en que desistiera de su actitud violenta, requirió al procesado para que la acompañara al Cuartel, y al negarse aquél, y al adoptar la decisión de detenerle, fue cuando no sólo cogió del suelo una barra de hierro de un modo agresivo contra el Cabo, sino que le golpeó causándole lesiones, e incluso esgrimió una navaja que sacó de su bolsillo. El TS condena en tal caso por delito de atentado considerando la existencia de dolo directo de

⁶⁶⁵ Son múltiples las sentencias a las que podemos referirnos, entre ellas la STS de 25 de octubre de 1996 (RJ 1996, 7421) y STS núm. 948/2000, de 29 de mayo (RJ 2000, 4146).

⁶⁶⁶ SSTS de 14 de febrero 1992 (RJ 1992, 1231), de 21 de diciembre de 1995 (RJ 1995, 9436) y –entre otras– 26 de enero 1996 (RJ 1996, 621).

primer grado pues claro está que el agente de la autoridad actúa en el ámbito de sus atribuciones y dicha condición es conocida por el sujeto activo, quien con su acción violenta contra aquél evidencia su voluntad de acometer o emplear fuerza y el ánimo de quebrantar el principio de autoridad.

De igual modo en la STS núm. 1623/2001, de 18 de septiembre (RJ 2001, 9015) en la que se declara probado que cuando el acusado se hallaba manteniendo una discusión con otros individuos comparecieron miembros de la Guardia Civil y éste al percatarse de su presencia esgrimió un cuchillo dirigiéndose a uno de los agentes a fin de intimidarle y a golpearle en la espalda al tiempo que les profería insultos. Por supuesto, ante tal relato de hecho, el Supremo aprecia la existencia de dolo directo de primer grado.

Especialmente interesantes resultan aquellos casos en los que concurre dolo de segundo grado, o también llamado de consecuencias necesarias. Nos referimos a aquellos casos en los que el sujeto con su acción persigue una finalidad distinta pero sabe y acepta que como consecuencia de su actuación el principio de autoridad resulte vulnerado. Nos referimos, por ejemplo, a aquellos supuestos en los que –por ejemplo– el sujeto huye al mando de un vehículo y como consecuencia de ello embiste contra un agente de la autoridad, provocando un resultado lesivo que si bien no era perseguido por él, se le representó como probable y fue asumido y aceptado. Como muy bien precisa CUERDA ARNAU el hecho de que el resultado no sea querido no debe oscurecer la solución al caso, pues podrá decirse que quien huye no tiene la finalidad del principio de autoridad y añadirse incluso que ni remotamente deseaba la colisión origen del resultado pero si algo queda claro es que atendidas las características públicas de su acción, se puede decir que hay un acto querido de oposición física frente a quien sabe que es un servidor público en el desempeño de su cargo y que, por tanto, el sujeto tenía la intención de actuar como lo hizo. Y es que –siguiendo a esta autora– para alcanzar tal conclusión no es preciso indagar si por la mente del sujeto pasó en algún momento la idea de que su actuación pudiera eventualmente entorpecer el ejercicio de funciones públicas o menoscabar el principio de autoridad, por lo que resulta también inherente tanto el que se desease o no el resultado como el que, a la postre, no se hubiera producido. Así se argumenta en la STS núm. 2012/2004, de 8 de octubre (RJ 2004, 6303) en la que se lee lo siguiente:

«El ánimo de huir no elimina el conocimiento de que se está actuando de modo violento contra unos funcionarios que se encuentran en el ejercicio de los deberes de su cargo. Esa intención final en la conducta de C. (huir) elimina el dolo directo de primer grado, pero no el dolo directo de segundo grado, también llamado dolo de consecuencias necesarias. Es claro que el recurrente sabía que con ese concreto modo violento de comportarse inevitablemente tenía que ejercer actos de acometimiento y fuerza contra quienes estaban actuando como guardias civiles en el cuartel en el que se encontraba detenido el acusado como consecuencia los otros dos hechos por los que también se le condenó.»

Una vez analizadas la distintas formas de dolo directo inmediatamente nos surge la duda de si es posible que estos tipos se cometan con dolo eventual, entendiendo por tal aquél que se produce cuando el sujeto no persigue ese resultado pero el mismo se le

presenta como probable; es decir, la realización del tipo es un riesgo o un peligro derivado del fin perseguido. El principal problema se plantea en estos casos porque nos encontramos aunque una clase de dolo fronteriza con la imprudencia y claro está que no cabe la comisión imprudente de estos tipos, por lo que quizás sería razonable concluir de manera automática, que tampoco tiene cabida en estas figuras delictivas el dolo eventual. Para resolver la incógnita, nada mejor que dedicar una breve pero enriquecedora mirada al Derecho Alemán⁶⁶⁷, pues el mismo entiende suficiente el dolo eventual para satisfacer el aspecto subjetivo, dolo que debe abarcar en especial la circunstancia de que la acción se dirige contra el servidor público ejecutor o contra una persona asimilada a éste, en los términos expresados en el & 113.

La jurisprudencia española ha aceptado –de manera indubitada– la posibilidad de que estos tipos se cometan en la modalidad de dolo eventual. Así, la STS núm. 672/2007, de 19 de julio (RJ 2008, 538) se juzga a un sujeto que portaba droga en su vehículo, fue perseguido por los agentes y alcanzado por ellos, quienes se identificaron y le ordenaron bajar del vehículo pero ante tal requerimiento, el acusado hizo caso omiso y comenzó a dar marcha atrás con su vehículo hasta chocar con una señal de tráfico para a continuación girar hasta ponerse en sentido contrario y salir huyendo, llegando a colisionar con el vehículo de los agentes y provocándole lesiones a varios de ellos. El Tribunal estima la concurrencia de dolo eventual, pues sentencia:

«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.»

Semejante caso del que se ocupa la STS núm. 676/2005, de 16 de mayo (RJ 2005, 6752) el cual no reproducimos por suponer, prácticamente –tanto en su relato de hechos probados como en su fundamentación jurídica–, una reiteración de la anteriormente citada.

En realidad, la principal diferencia entre el dolo directo de segundo grado y el dolo eventual se produce porque en el primero, el resultado es inevitable para la consecución del fin, esto es: el sujeto sabe que se producirá ese otro resultado distinto al que persigue pero se le presenta como imprescindible para sus pretensiones, y por tanto, y aunque no lo pretenda como fin principal, lo asume y acepta. En el caso del dolo eventual, el resultado es probable que se produzca, de modo que al sujeto se le representa como una consecuencia posible de su proceder y a pesar de no pretenderla, igualmente la acepta como probable y asume el riesgo. En el dolo eventual existe un riesgo de que ese daño puede producirse mientras que en el dolo directo de segundo grado, el daño se producirá de manera inevitable y es aceptado como coetáneo al fin principal.

Como hemos podido comprobar los supuestos de huída pueden dar lugar tanto a casos de dolo directo de segundo grado o de consecuencias necesarias como de dolo eventual. La

⁶⁶⁷ Siguiendo a ROIG TORRES, M.: *El delito de...*, op. cit., pp. 177 y 178.

diferencia vendrá marcada por la forma en que se presente al sujeto la posibilidad de lesionar al agente. Cuando el sujeto, para huir, embista al agente estaremos siempre ante un supuesto de dolo directo de segundo grado, pues la embestida ha sido necesaria para la huída, y lo mismo ocurrirá cuando le golpeé con el mismo fin, mientras que cuando el sujeto realice maniobras temerarias, o aumente la velocidad, se presentará el acometimiento al agente como un riesgo o posibilidad, por lo que habrá que hablar de dolo eventual.

2. EL ERROR DE TIPO.-

En nuestro Código Penal el tratamiento del error se encuentra regulado en el artículo 14, el cual establece lo siguiente:

«1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personalidades del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente.

2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación.

3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados.»

Hemos de distinguir entre el llamado «error de tipo» –que es el que corresponde desarrollar en este momento de nuestro estudio– y el «error de prohibición». El primero se puede definir como la falta por parte del autor de la correcta realidad en la que actúa, de tal forma que no pueda saber que su acción realiza el tipo del delito. Puede suponer, por tanto, tanto una representación falsa de los elementos del tipo como la ausencia total de esa representación. En otras palabras, en estos casos el sujeto realiza todos los elementos objetivos de un tipo penal pero sin saberlo, pues obra con desconocimiento de todos o de algunos de esos elementos.

El error de prohibición⁶⁶⁸, por el contrario se refiere a la creencia de estar obrando lícitamente por ignorancia de que la conducta desarrollada está tipificada en el Código Penal o porque el sujeto puede creerse amparado por una causa de justificación o por una eximente que no concurre. En realidad, en este caso el error versa sobre la creencia errónea del sujeto de estar obrando lícitamente, por tanto, el error que comete el autor es relativo a la significación jurídica de su actuar.

Hay que diferenciar, tal cual nos apunta el Código, entre el error invencible y el vencible. El primero se produce cuando no existe imprudencia alguna por parte del autor, por lo que por más que se hubiese esforzado éste, sería imposible haberse librado del desconocimiento. Por el contrario, el error es vencible cuando sí existe imprudencia por parte del autor de modo que le habría sido posible vencer ese error. Como ya apunta el

⁶⁶⁸Que por una cuestión de evidente sistemática no se analizará ahora pero al que se dedicará un epígrafe al momento de analizar el juicio de culpabilidad.

legislador en la redacción del precepto transcrito al principio de este epígrafe, para determinar si un error es vencible o invencible habrá que atender a las circunstancias del hecho y personales del autor.

La significación del error es de evidente importancia pues cuando se estime la existencia de un error invencible el sujeto estará totalmente exento de responsabilidad criminal, al menos en los que a estos delitos respecta y ello sin perjuicio de que pueda imputársele algún otro tipo penal (como pueda ser un delito o una falta del lesiones). En el supuesto de que estemos ante un error vencible la infracción podría ser castigada en su caso como culposa pero los delitos que nos ocupan se caracterizan por exigir la concurrencia de dolo, luego en principio –y sin perjuicio de adentrarnos en el estudio del asunto con mayor rigor– todo parece apuntar a que el error de tipo, sea vencible o invencible, conllevará –en estos casos– la impunidad. Y es que, debido a que definimos el dolo como el conocimiento y la voluntad por parte del sujeto en la realización del tipo penal, será necesario, para que conozca los elementos del tipo, que el sujeto tenga una percepción sensorial de aquellos elementos que puedan calificarse como descriptivos y una comprensión intelectual de los denominados normativos. Cuando desconozca, o conozca deficientemente alguno de los elementos del mencionado tipo penal, faltará uno de los elementos que componen el dolo, por lo que resulta lógico pensar que si el sujeto desconoce una de los elementos contenidos en el tipo, es imposible que pueda quererlo.

Por lo cual, cuando nos enfrentamos a un supuesto de error de tipo la consecuencia será la ausencia de dolo típico. Tal ausencia, puede deberse a una total inobservancia de las normas de cuidado o a la imposibilidad de atender a dicho error. Esto derivaría en la evitabilidad o inevitabilidad del error, que conduciría –de manera irremediable– en el primero de los casos a apreciar un delito imprudente y en el segundo a la impunidad. El problema, se presenta cuando el legislador decide no incluir la punición imprudente –tal y como ocurre con los delitos que son objeto del presente estudio– pues ello nos obliga a admitir la impunidad incluso en los casos en los que el error sea vencible. Es en este punto, por tanto, donde se centra el debate en torno a este asunto.

Como ha precisado la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo⁶⁶⁹ 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 y como límite a la interpretación:

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, en otras palabras: 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 ilicitud es

⁶⁶⁹ Como muestra las SSTS núm. 2081/1994, de 29 de noviembre (RJ 1994, 9151), núm. 567/1994, de 16 de marzo (RJ 1994, 2319) y núm. 1191/1997, de 29 de septiembre (RJ 1997, 7167).

notoriamente evidente.

Asimismo, la STS de 3 diciembre de 1996 (RJ 1996, 9774), citando a su vez a la de 10 de marzo de 1992 (RJ 1992, 1961) dice que

«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 STS de 14 febrero 1992 (RJ 1992, 1227)

«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.»

Uno de los supuestos más habituales en la práctica en los que se discute la existencia del error de tipo es aquél en el que se alega la concurrencia de error sobre la condición de agente de la autoridad, alegando el autor del hecho desconocer tal carácter. En estos casos se alega, en ocasiones, que el agente no llevaba uniforme y por tanto, el sujeto activo desconocía su condición de agente de la autoridad. Como muy bien apunta la STS núm. 181/2007, de 7 de marzo (RJ 2007, 1782):

«El conocimiento por parte del sujeto activo de la cualidad y actividad del sujeto pasivo cuya protección no puede depender del uso del uniforme en el momento en que se ejerce la autoridad, dado que el uniforme sólo permite el rápido reconocimiento por el agente y es indiscutible que habiéndose identificado el agente como tal, y haber tenido conocimiento de ello el acusado se cumplieron todas las exigencias del elemento cognitivo del mismo.»

Y es que, los agentes que actúan sin ir uniformados suelen acreditar su identidad o identificarse sin que la duda del autor del delito sobre su condición de tal sirva para exonerarle de responsabilidad.

En la práctica, se puede afirmar que cuando los Tribunales han estimado que el error es de naturaleza vencible no han atenuado la pena correspondiente por el delito sino que han considerado, en todo caso la existencia de una falta contra el orden público. La solución parece lógica si tenemos en cuenta que estos delitos son dolosos, debiendo quedar impunes los supuestos de imprudencia, por lo que ante la ausencia de dolo se concluirá diciendo que no se cumplen los requisitos del tipo penal del que se trate y o bien, se reconducirá la acción por otro delito común, o no quedará más opción que aplicar una falta

de las recogidas en el artículo 634 CP.

4. CONCLUSIONES.-

I.) Claro está que los elementos subjetivos del injusto son especiales anímicos necesarios para delimitar el injusto, es decir, para determinar si la conducta externa lesiona o pone en peligro el bien jurídico y por ello, « *la necesidad o el ánimo de ofender a la autoridad*» supondrá que, en la práctica, se exigirá la concurrencia de una intención o finalidad específica en el autor que, de acuerdo con la naturaleza de los elementos subjetivos del injusto, deberá concurrir con independencia, además, del dolo.

II.) La dificultad para comprobar ese ánimo del autor ha llevado a la jurisprudencia a presumir su existencia, siempre y cuando quede clara constancia de que el sujeto activo conocía la condición de funcionario, autoridad o agente de la misma del sujeto sobre el que recae la acción. Ello implica una presunción *iuris tantum* que parece suponer cierta confusión entre dos cuestiones a priori diferentes como son los elementos subjetivos del injusto y el juicio de culpabilidad, esto es, el dolo. En nuestra opinión, y tal y como iremos desarrollando a lo largo de este epígrafe, *estos delitos no reclaman, por lo general, un elemento subjetivo del injusto específico y distinto al dolo.*

III.) El Código Penal actual no incrimina la comisión culposa o imprudente pues el artículo 12 de dicho texto punitivo establece que las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley, y al no estar expresamente incriminado el atentado culposo, se pierde la vieja discusión acerca de si el delito de atentado culposo encontraba cabida en el ordenamiento penal.⁶⁷⁰

IV.) Podemos afirmar, por tanto, que cuando el ilícito se cometa frente a funcionarios públicos, autoridades o agentes de la misma que al momento de la acción –u omisión, en el caso de la imprudencia– se hallen en el ejercicio de sus funciones, no resulta preciso ese ánimo específico de ofensa, y ello a pesar de que encontremos resoluciones del Tribunal Supremo en un sentido radicalmente distinto. Como hemos referido, entendemos que la exigencia de ese elemento subjetivo del injusto encontraba justificación antes de la entrada en vigor del CP de 1995, pues con ella se pretendía garantizar la impunidad de las conductas culposas pero actualmente, tal justificación pierde toda razón de ser. En realidad *de la definición de los delitos de atentado, resistencia y desobediencia no se desprende ninguna exigencia subjetiva más allá de la necesidad de que concurra el dolo. 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 que soporta la acción, sin que sea necesario ni deseable adentrar el tipo con el análisis del animus del autor, pues ello implicaría una dificultad probatoria a todas luces insalvable.*

V.) El requisito subjetivo del tipo penal puede, por tanto, reducirse *a la necesidad de que el sujeto activo conozca la condición especial del sujeto sobre el que recae la acción,*

⁶⁷⁰ Ejemplo de ese debate doctrinal ahora superado es lo expuesto por CEREZO MIR, S.: «Los delitos de atentado...» op. cit., p. 338 y ss.

esto es, que le conste debidamente su carácter de portador del bien jurídico y por ende la especial protección que le dispensa la ley penal. Estaríamos, por tanto, ante un elemento cognoscitivo que se deduce por la jurisprudencia de los siguientes datos:

- El uniforme: el uniforme que lleva el sujeto portador del bien jurídico es considerado como un dato visual que obliga al sujeto activo a conocer la condición de su carácter de funcionario, autoridad o agente, de tal modo que en los casos en los que el agente vista uniforme no podrá invocarse desconocimiento de su carácter de autoridad – SSTS de 21 de mayo de 1985 (RJ 1985, 2519) y de 3 de enero de 1990 (RJ 1990, 265)–.

- Por la identificación del agente en sus distintas modalidades aun cuando no lleve uniforme. Se refiere en estos casos a los supuestos de identificaciones verbales, en los que el agente menciona su condición de tal o incluso exhibe su placa o carnet profesional – SSTS núm. 72/2002, de 21 de enero (RJ 2002, 1570) y núm. 1773/2001, de 8 de octubre (RJ 2001, 8787) ó SAP de Santa Cruz de Tenerife de 7 de septiembre de 1999 (ARP 1996, 2609)–.

- Por el reconocimiento a través de medios indirectos. Se trata de casos en los que aunque el agente no se identifique personalmente, existen determinados medios u objetos visuales que permiten sin lugar a dudas su identificación como tal, por ejemplo las luces o sirenas de los vehículos policiales –STS de 18 de mayo de 1987 (RJ 1987, 3083) o SAP de Madrid núm. 485/2000, de 21 de septiembre (JUR 2001, 6010)– y lo mismo podría decirse del lugar en el que se encuentra el sujeto, por ejemplo en el caso de estar ocupando un despacho oficial.

- Por ser el agente reconocido e identificado como tal por el propio sujeto activo aun cuando no lleve uniforme ni se identifique –STS de 27 de febrero de 1996 (RJ 1996, 1394)–.

VI.) A pesar de ello, hemos de aclarar que *en los delitos producidos en el transcurso de la función pública no es necesario otro requisito subjetivo distinto al dolo*, pero cuando esas conductas tienen lugar fuera de ese ámbito, en otras palabras, *cuando el sujeto destinatario de la acción no se halla al momento de la comisión del tipo en el ejercicio de sus funciones, será necesario apreciar no sólo la existencia de dolo sino también la de un elemento subjetivo que permita identificar las ofensas relacionadas con la actividad pública*. Por ende, la necesidad de que concurra ese elemento subjetivo se justifica por la propia idiosincrasia de los tipos penales que analizamos pues actúa como una garantía de que no se condenará por estos delitos conductas que no consistan en la puesta en peligro del bien jurídico que portan esos profesionales, pues la especial tutela no se les debe dispensar –en ningún caso a título individual– sino sólo en virtud de sus funciones y con ocasión de las mismas. Por lo cual, *el contenido de ese elemento subjetivo debe ceñirse a la existencia de alguna relación* –por ínfima que sea– *entre la conducta perpetrada y el conocimiento del sujeto activo de la condición de funcionario*, autoridad o agente de la misma de la persona que la soporta, sin que haya que obsesionarse con buscar una intención manifiesta de vulnerar la función pública o de vilipendiar la dignidad de la misma, basta con que el sujeto activo actúe promovido por venganza, por antipatía o por cualquier otra

reacción que halle su origen en las características profesionales de quien porta el bien jurídico.

VII.) Como ya hemos asentado, en estos delitos no existe un elemento subjetivo claramente diferenciado del dolo, sino que en realidad el contenido de ambos conceptos determinan que estamos ante la misma cosa. Por lo tanto, tales tipos penales exigen la concurrencia del dolo, entendiendo por tal el *dolo genérico* o conocimiento por parte del sujeto activo de la condición de funcionario, autoridad o agente de la misma de la persona frente a la que ejecuta la acción y el *dolo específico* o animus, que coincide plenamente con el elemento subjetivo del injusto y que consiste en la voluntad del sujeto de arremeter contra el principio de autoridad o –dicho en términos más preciso– la intención de que perpetra la acción de acometer contra el bien jurídico que representan esos profesionales. Así, el sujeto⁶⁷¹ tiene que actuar con la voluntad, más o menos directa, de atentar contra quien reviste esa condición. Todo ello implica afirmar que para que concurra el atentado han de darse dos elementos propios del dolo: el *intelectivo*, que en tal caso supone tener conocimiento de la cualidad pública del agraviado y del carácter prohibido de la conducta, y el *volitivo*, consistente en querer llevarla a cabo.

VIII.) El dolo en estos delitos viene integrado *por el conocimiento de los elementos típicos, esto es, la condición de agentes de la autoridad y su actuación en los límites de la función pública y la intención de impedir su ejercicio*⁶⁷². En realidad, la cuestión consiste en asegurarse de que se cumple el elemento subjetivo del tipo, en otras palabras: se trata de cerciorarse de que el sujeto activo conoce la condición de funcionario, autoridad o agente de la misma del sujeto sobre el que realiza la acción, y cuando siendo conocida esa condición se perpetra la acción, se entiende que el dolo queda más que acreditado. Tanto es así, que la doctrina del Tribunal Supremo⁶⁷³ viene exigiendo como requisito subjetivo del delito de atentado la presencia de un animus o dolo específico, bien sea en forma directa, si se persigue con su acción la ofensa o menoscabo del principio de autoridad, o bien de segundo grado, o de consecuencias necesarias, cuando aún siendo otra la finalidad del agente, constándole la condición de agente de la autoridad del sujeto pasivo, acepta que aquél principio quede vulnerado a consecuencia de su proceder. Y es que –como bien dice la STS de 13 de noviembre de 1990 (RJ 1990, 8900)– el ánimo de ofensa o menosprecio va implícito en los actos realizados cuando no se acreditan circunstancias concurrentes que permitan inferir otra motivación ajena a las funciones públicas del ofendido. Si el agente de la autoridad actúa en el ámbito de sus atribuciones y dicha condición es conocida por el sujeto activo, la acción violenta contra su persona, evidencia la voluntad de acometer o emplear fuerza, y el ánimo de quebrantar el principio de autoridad, necesario en una sociedad con un buen nivel de convivencia.

IX.) Resulta claramente sencillo encontrar, en la práctica, supuestos de dolo directo

⁶⁷¹ ROIG TORRES, M.: *El delito de...*, op. cit., p. 174 y ss.

⁶⁷² Así lo afirma el TS en sentencia de 24 de noviembre de 1999 (RJ 199, 8719)

⁶⁷³ En sentencias como la de 31 de enero y 26 de abril de 1990 (RJ 1990, 543 y RJ 1990, 3338), núm. 431/1994, de 3 de marzo (RJ 1994, 1684), núm. 602/1995, de 27 de abril (RJ 1995, 3382), núm. 231/2001 de 15 de febrero (RJ 2001, 2500), núm. 181/2007, de 7 de marzo (RJ 2007, 1782).

de primer grado, mientras que especialmente interesantes resultan los supuestos en los que concurre dolo de segundo grado, o también llamado de consecuencias necesarias. Como muy bien precisa CUERDA ARNAU el hecho de que el resultado no sea querido no debe oscurecer la solución al caso, pues podrá decirse que quien huye no tiene la finalidad del principio de autoridad y añadirse incluso que ni remotamente deseaba la colisión origen del resultado pero si algo queda claro es que atendidas las características públicas de su acción, se puede decir que hay un acto querido de oposición física frente a quien sabe que es un servidor público en el desempeño de su cargo y que, por tanto, el sujeto tenía la intención de actuar como lo hizo.

X.) La jurisprudencia española ha aceptado, de manera indubitada, la posibilidad de que estos tipos se cometan en la modalidad de dolo eventual. En realidad, la principal diferencia entre el dolo directo de segundo grado y el dolo eventual se produce porque en el primero, el resultado es inevitable para la consecución del fin, esto es: el sujeto sabe que se producirá ese otro resultado distinto al que persigue pero se le presenta como imprescindible para sus pretensiones, y por tanto, y aunque no lo pretenda como fin principal, lo asume y acepta. En el caso del dolo eventual, el resultado es probable que se produzca, de modo que al sujeto se le representa como una consecuencia posible de su proceder y a pesar de no pretenderla, igualmente la acepta como probable y asume el riesgo. En el dolo eventual existe un riesgo de que ese daño puede producirse mientras que en el dolo directo de segundo grado, el daño se producirá de manera inevitable y es aceptado como coetáneo al fin principal.

XI.) Resulta imprescindible recordar que el error de tipo supone la falta por parte del autor de la correcta realidad en la que actúa, de tal forma que no pueda saber que su acción realiza el tipo del delito y puede conllevar –por tanto– una representación falsa de los elementos del tipo o la ausencia total de esa representación. El error de prohibición, por el contrario se refiere a la creencia de estar obrando lícitamente por ignorancia de que la conducta desarrollada está tipificada en el Código Penal o porque el sujeto puede creerse amparado por una causa de justificación o por una eximente que no concurre. El CP diferencia entre el error invencible y el vencible. El primero se produce cuando no existe imprudencia alguna por parte del autor, por lo que por más que se hubiese esforzado éste, sería imposible haberse librado del desconocimiento. Por el contrario, el error es vencible cuando sí existe imprudencia por parte del autor de modo que le habría sido posible vencer ese error. Como ya apunta el legislador en la redacción del precepto transcrito al principio de este epígrafe, para determinar si un error es vencible o invencible habrá que atender a las circunstancias del hecho y personales del autor.

La significación del error es de evidente importancia pues cuando se estime la existencia de un error invencible el sujeto estará totalmente exento de responsabilidad criminal, al menos en los que a estos delitos respecta y ello sin perjuicio de que pueda imputársele algún otro tipo penal (como pueda ser un delito o una falta del lesiones). En el supuesto de que estemos ante un error vencible la infracción podría ser castigada en su caso como culposa pero los delitos que nos ocupan se caracterizan por exigir la concurrencia de dolo, luego en principio –y sin perjuicio de adentrarnos en el estudio del asunto con mayor rigor– todo parece apuntar a que el error de tipo, sea vencible o invencible, conllevará –en

estos casos– la impunidad. Y es que, debido a que definimos el dolo como el conocimiento y la voluntad por parte del sujeto en la realización del tipo penal, será necesario, para que conozca los elementos del tipo, que el sujeto tenga una percepción sensorial de aquellos elementos que puedan calificarse como descriptivos y una comprensión intelectual de los denominados normativos. Cuando desconozca, o conozca deficientemente alguno de los elementos del mencionado tipo penal, faltará uno de los elementos que componen el dolo, por lo que resulta lógico pensar que si el sujeto desconoce una de los elementos contenidos en el tipo, es imposible que pueda quererlo.

XII.) Como ha precisado la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo⁶⁷⁴ 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 y como límite a la interpretación:

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, en otras palabras: 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 ilicitud es notoriamente evidente.

XIII.) Uno de los supuestos más habituales en la práctica en los que se discute la existencia del error de tipo es aquél en el que se alega la concurrencia de error sobre la condición de agente de la autoridad, alegando el autor del hecho desconocer tal carácter. En estos casos se alega, en ocasiones, que el agente no llevaba uniforme y por tanto, el sujeto activo desconocía su condición de agente de la autoridad. Como muy bien apunta la STS núm. 181/2007, de 7 de marzo (RJ 2007, 1782) los agentes que actúan sin ir uniformados suelen acreditar su identidad o identificarse sin que la duda del autor del delito sobre su condición de tal sirva para exonerarle de responsabilidad.

XIV.) Por lo tanto, en la práctica, se puede afirmar que cuando los Tribunales han estimado que el error es de naturaleza vencible no han atenuado la pena correspondiente por el delito sino que han considerado, en todo caso la existencia de una falta contra el orden público. La solución parece lógica si tenemos en cuenta que estos delitos son dolosos, debiendo quedar impunes los supuestos de imprudencia, por lo que ante la ausencia de dolo se concluirá diciendo que no se cumplen los requisitos del tipo penal del que se trate y o bien, se reconducirá la acción por otro delito común, o no quedará más opción que aplicar una falta de las recogidas en el artículo 634 CP.

⁶⁷⁴ Como muestra las SSTS de 29 de noviembre 1994 (RJ 1994, 9151), de 16 de marzo 1994 (RJ 1994, 2319) y de 29 de septiembre de 1997 (RJ 1997, 7167).

PARTE III: ASPECTOS VINCULADOS CON LA JUSTIFICACIÓN Y JUICIO DE

CULPABILIDAD.

CAPÍTULO PRIMERO: CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN E INEXIGIBILIDAD.

1. CUESTIONES PREVIAS: EL DERECHO A LA RESISTENCIA.-

Como ya apuntábamos en su momento, uno de los presupuestos para el nacimiento de estos ilícitos se halla en la necesidad de que el funcionario, la autoridad o el agente de la misma actúe conforme a Derecho, pues de no ser así –si su conducta es antijurídica– carecería de sentido dispensar una tutela penal a quien actúa fuera del marco de la legalidad vigente. Pero, como también hemos analizado ya en epígrafes precedentes, hay supuestos en los que el sujeto portador del bien jurídico actúa de manera inadecuada y como consecuencia de ello, se produce un enfrentamiento con el particular que desemboca en la comisión de alguno de los tipos que nos ocupan.

Se trata, por tanto, de analizar si la conducta agresiva llevada a cabo por un sujeto que previamente ha sufrido una extralimitación puede estar penalmente justificada.

Para saber si nace o no el derecho de resistencia del particular habrá que detenerse en la actuación de la autoridad de que se trate. Sin ánimo de reiterar cuestiones ya analizadas en otros apartados de este trabajo, conviene ahora recordar que los funcionarios policiales⁶⁷⁵ tienen reconocido el derecho a recurrir al uso de la fuerza física cuando ello sea preciso para el desempeño de las funciones que le vienen encomendadas. La legitimidad de tal uso en materia de orden y seguridad pública queda supeditada –utilizando la propia terminología de la LOFCSE– a los principios de *congruencia, oportunidad y proporcionalidad* en la actuación, o –como enuncia cierto sector doctrinal⁶⁷⁶– a los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, exigencias que son reconducibles al principio de prohibición del exceso o proporcionalidad en sentido amplio y cuya concurrencia deberá comprobarse mediante un juicio objetivo *ex ante*⁶⁷⁷.

En definitiva, puede decirse que el uso de la fuerza –por parte de los agentes de la autoridad– sólo cabe cuando sea necesario, esto es, cuando habiendo utilizado previamente otros medios no violentos y tras resultar estos ineficaces, sea imprescindible recurrir a ella como medio para alcanzar el objetivo, el cual deriva de las obligaciones impuestas por su

⁶⁷⁵ Nos referiremos con frecuencia en este momento de nuestro estudio a los agentes de la autoridad por ser ellos, como miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, quienes en la práctica suelen presentar –con relativa frecuencia– controversias de estas características.

⁶⁷⁶ Entre quienes pueden citarse a CERESO MIR, «Cumplimiento del deber por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en el ejercicio de sus funciones», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 12, año 1987 (Homenaje a J.A. Sáinz Cantero, Volumen I), p. 57 y ss. y PORTILLA CONTRERAS, G.: «El ejercicio legítimo del cargo como manifestación del cumplimiento del deber», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 12, año 1987 (Homenaje a J.A. Sáinz Cantero, Volumen II), p. 158 y ss.

⁶⁷⁷ CUERDA ARNAU, M.L.: *Los delitos de...*, op. cit., pp. 125 y ss.

cargo. Por lo tanto, cabe decir que cuando el uso de la violencia se ajuste a las exigencias legales no surgirá discusión alguna, pues en este contexto toda conducta violenta del particular será susceptible de incardinarse en los tipos penales que nos ocupan. El problema surgirá, por el contrario, cuando esa actitud violenta del individuo nazca como una respuesta a una violencia injustificada perpetrada por quien, automáticamente, pierde su especial tutela penal.

Como puede comprobarse, acabamos de sentenciar que tal conducta implica una pérdida parcial de la tutela penal, es decir, quienes actúan fuera de la ley no merecen ser tutelados como sujetos portadores de un bien jurídico cuya única razón de ser es –a grandes rasgos– el respeto al orden vigente y la salvaguarda de la seguridad ciudadana pero ello no implica que estos sujetos pierdan toda protección penal, por lo que cualquier conducta violenta cometida en su contra –si bien no podrá ser calificada como atentado, resistencia o desobediencia– podrá ser reconducida por cualesquiera de los tipos penales comunes previstos en el CP pues el agente tendrá idéntica tutela que cualquier otro ciudadano.

Una vez asentada esta premisa, conviene detenerse en el estudio de supuestos que en la práctica suelen dar lugar a controversia.

CUERDA ARNAU⁶⁷⁸ entiende imprescindible diferenciar los casos en los que la reacción del particular se origina a consecuencia de una extralimitación funcional de aquellos otros en que el particular ataca a un funcionario que actuaba en un principio amparado por la eximente séptima, siendo con motivo de tal ataque cuando el agente se excede en el uso de la fuerza. Entiende esta autora, que estas situaciones no son equiparables pues en el segundo caso el exceso del agente no puede alterar la calificación como atentado o resistencia de los actos anteriores a la desmesurada actuación del funcionario ya que el delito previo se perfeccionó en un momento en que éste actuaba legítimamente y esto no puede obviarse ni siquiera por el hecho de que sus actos subsiguientes lo reduzcan a simple particular. Todo ello, por supuesto, sin perjuicio de la responsabilidad en que incurra el funcionario que obró de ese modo y sin perjuicio también de que la reacción del particular, a partir del momento en el que se producen los excesos, pueda estar amparada por una causa de justificación.

En definitiva –siguiendo a esta autora– la cuestión del derecho de resistencia en los términos que ahora nos ocupan debe versar sobre los supuestos en que la reacción del particular se produce a consecuencia de la extralimitación de la autoridad o sus agentes, sin abarcar a los casos en que tal extralimitación trae causa en una conducta que ya es constitutiva de los delitos de atentado y resistencia.

Uno de los supuestos más interesantes en su estudio es el que nos apunta la STS núm. 1598/2001, de 18 de septiembre (RJ 2001, 8352) en la que se enjuicia el recurso interpuesto por un policía local que en el transcurso de una detención para identificación en dependencias policiales causó a la detenida diversas lesiones de las que tardó en curar ciento cincuenta y dos días. A raíz de ello y de camino a las dependencias policiales la mujer tuvo que ser trasladada a un hospital y según consta en los hechos probados de la

⁶⁷⁸ Idem, p. 127 y ss.

propia sentencia:

«[...] una vez en el Hospital Provincial se abalanzó A.M. sobre uno de los agentes agrediéndolo, hechos enjuiciados en otra causa en la que recayó sentencia firme condenatoria por delito de atentado.»

La referida sentencia –como apunta CUERDA⁶⁷⁹– pocos datos aporta acerca de la situación de la acusada y la persona concreta que fue objeto de la agresión, pues la resolución se ocupa únicamente del enjuiciamiento de la conducta del policía agresor. A pesar de ello, se dice que la extralimitación policial se produjo antes de que la acusada se comportara violentamente en el Hospital por lo que la resolución en la que se le condenó sólo pudo basarse en el hecho de que el agente agredido fuera otro distinto a aquel cuya grave extralimitación impedía otorgarle la especial protección que depara el tipo de atentado.

En realidad la cuestión planteada por la sentencia se centra en comprobar si puede condenarse por atentado a un particular que agrede a un funcionario distinto al que se ha extralimitado o, dicho de otro modo, distinto al que ha cometido el exceso. Desde el punto de vista formal, parece que la respuesta es clara y directa pues quien soporta la agresión no ha cometido extralimitación alguna. Pero ¿qué ocurre si ese otro funcionario que no se ha extralimitado acompañaba a quien sí lo hizo y no se opuso a esa conducta contraria al ordenamiento? Apunta CUERDA a la conveniencia de distinguir entre dos situaciones en función de que persista o haya cesado la conducta que constituye una extralimitación. En el primer caso, desde el instante en que uno de los agentes intervinientes incurre en la citada extralimitación y hasta el momento en que cesa la situación antijurídica es difícil admitir que la actuación en su conjunto pueda ser vista como ejercicio de la función pública. Por lo tanto, y según esta autora, el ataque sólo podría reconducirse por los tipos comunes. Por el contrario, en el caso en el que ya ha cesado la situación antijurídica, estaríamos en el marco de la función pública y cualquier funcionario que no haya perdido su condición de tal como consecuencia de su proceder, seguiría siendo objeto de protección penal aunque alguno de los intervinientes se hubiese despojado de ella como consecuencia de sus excesos.

Personalmente, consideramos que la conducta agresiva sólo podrá justificarse o reconducirse por otro tipo penal distinto cuando se cometa contra el funcionario que ha perdido su condición de tal como consecuencia de su mal proceder, sin que resulte conveniente extrapolar los efectos de su comportamiento a quienes no se han excedido en su actuación y puedan resultar agredidos sin haber traspasado el margen de la legalidad. Ahora bien, deberá quedar claro que ese otro funcionario que acompaña a quien se extralimita no ha participado en el exceso, de manera que si su comportamiento es igualmente cuestionable desde el punto de vista de la legalidad podrá perder, de igual modo, su tutela penal y por tanto, la gran variedad de casuística nos compele a valorar cada caso concreto.

Por ejemplo, sería atentado la agresión de quien al llegar al calabozo agrede al agente

⁶⁷⁹ Ibidem, p. 130 y ss.

que le custodia, aunque haya sufrido un trato vejatorio durante su detención por un agente distinto a éste, e igualmente aquel otro comportamiento violento de quien arremete contra la patrulla que le va a practicar la prueba de alcoholemia por mucho que se haya extralimitado el funcionario que detuviera el vehículo.

2.- LA LEGÍTIMA DEFENSA FRENTE AL EXCESO POLICIAL.-

Llega hora el momento de analizar aquellos casos en los que la conducta violenta del particular puede justificarse desde la perspectiva de la legítima defensa. Pero, antes de adentrarnos en ello, hemos de aclarar la causa de la omisión en nuestro estudio al cumplimiento de un deber como causa de justificación, la cual se debe a una sola y poderosa razón: los sujetos activos de estos delitos no son funcionarios públicos y por tanto no pueden ampararse en semejante causa de justificación.

Como bien dice la jurisprudencia⁶⁸⁰, la legítima defensa como causa de justificación se basa en dos principios: la protección individual y la defensa del orden jurídico. Este último aspecto justifica al agredido cuando los órganos del Estado que tienen a su cargo la defensa del orden jurídico no han podido acudir en su ayuda, pero, al mismo tiempo, excluyen la defensa legítima cuando la autoridad tiene al agresor bajo su control, precisamente por la amenaza de agresión de la que el acusado dice haberse defendido. Antes de adentrarnos en el análisis de algunos de los supuestos jurisprudenciales existentes en torno a esta causa, resulta conveniente asentar algunas premisas generales sobre la misma.

La STS núm. 2259/2001, de 23 de noviembre (RJ 2002, 2791) enumera de forma sucinta los elementos que deben concurrir en la legítima defensa haciendo hincapié en la agresión ilegítima, y dice:

«...la legítima defensa, como es sobradamente conocido, constituye una circunstancia que puede eximir o atenuar la responsabilidad criminal de las personas en los delitos contra la vida, la integridad, el honor u otros derechos subjetivos. En cuanto eximente, requiere para su apreciación: existencia de una agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla y falta de provocación suficiente por parte del defensor (art. 20.4º Código Penal). Si no concurre alguno de los dos últimos requisitos, la legítima defensa puede valorarse como circunstancia atenuante (art. 21.1ª Código Penal). Lo que nunca puede faltar para que podamos hablar de legítima defensa -tanto completa como incompleta- es el requisito de la agresión ilegítima. Si ésta no concurre, no puede hablarse, en forma alguna, de legítima defensa. La jurisprudencia sobre esta materia es clara, pacífica y consolidada.»

Por su parte, la STS núm. 1630/1994, de 24 de septiembre (RJ 1994, 7183) afirma que, para la apreciación de la legítima defensa,

⁶⁸⁰Como ejemplo STS núm. 899/1997, de 23 de junio (RJ 1997, 6004).

«tanto en su condición de eximente completa como incompleta, ha de contarse con el elemento básico de la agresión ilegítima, cuya indispensabilidad y presencia son absolutas, factor desencadenante de la reacción del acometido, explicativa de su actuación defensiva e impregnante de la juridicidad de su proceder».

La agresión –por supuesto– ha de ser «objetiva», «injustificada», «actual e inminente».

Clara es la STS núm. 79/2002, de 14 de enero (RJ 2002, 4523) cuando advierte que

«[...] la Jurisprudencia de esta Sala II viene reiteradamente afirmando que entre los requisitos que han de concurrir para que se pueda apreciar la eximente de legítima defensa, ya sea como completa o incompleta, se incluye el denominado “estado jurídico de defensa” o “estado de necesidad defensiva”, o sea, que es menester que concurra, como elemento “sine qua non”, el de que sea necesaria. Ello presupone la existencia de una agresión ilegítima, real y actual que implique un riesgo para la vida o la integridad personal de quien se defiende, por lo que no es de apreciar la eximente cuando la reacción defensiva se produce antes de la inminencia del ataque o de la producción de la situación de riesgo, como tampoco cuando dicha situación hubiese cesado.»

Tal y como destaca la STS núm. 1760/2000 de 16 de noviembre (RJ 2000, 10657), esta eximente se asienta en dos soportes principales que son, según la doctrina y la jurisprudencia, una agresión ilegítima y la necesidad de defenderse por parte de quien sufre aquella. En este sentido cabe señalar:

a) Por agresión debe entenderse toda creación de un riesgo inminentemente para los bienes jurídicos legítimamente defendibles, creación de riesgo que la doctrina de esta Sala viene asociando por regla general a la existencia de un acto físico o de fuerza o acometimiento material ofensivo, –en este sentido SSTS de 19 de abril de 1988 (RJ 1988, 2821) y núm. 189/1998, de 16 de febrero (RJ 1998, 1459). Sin embargo, tal tesis no es del todo completa cuando se ha reconocido también que el acometimiento es sinónimo de agresión, y ésta debe entenderse no sólo cuando se ha realizado un acto de fuerza, sino también cuando se percibe una actitud de inminente ataque o de la que resulte evidente el propósito agresivo inmediato, como pueden ser las actitudes amenazadoras si las circunstancias del hecho que las acompañan son tales que permitan temer un peligro real de acometimiento, de forma que la agresión no se identifica siempre y necesariamente con un acto físico sino también puede prevenir del peligro, riesgo o amenaza, a condición de que todo ello sea inminente. Apunta la STS núm. 697/1993, de 30 de marzo (RJ 1993, 2580) que «constituye agresión ilegítima toda actitud de la que pueda racionalmente deducirse que pueda citar un riesgo inminente para los bienes jurídicos defendibles y que haga precisa una reacción adecuada que mantenga la integridad de dichos bienes».

b) La necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión ilegítima «constituye un juicio de valor sobre la proporcionalidad entre las condiciones, instrumentos y riesgos de la agresión y las propias de los medios y comportamiento

defensivo», juicio de valor que se ha de emitir no tanto en orden a la identidad o semejanza de tales medios materiales como a las circunstancias del caso concreto, pues según la jurisprudencia «el Código en absoluto equipara la racionalidad del medio con la proporcionalidad del medio». Y es que se ha abierto paso a la idea de que, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso, hay que fijarse en el estado anímico del agredido y los medios de que disponga en el momento de ejecutar la acción de defensa, introduciéndose así, junto a aquellos módulos objetivos de la comparación de los medios empleados por agresor y defensor, el elemento subjetivo que supone valorar tales medios como aquellos que sean, desde el punto de vista del agredido razonables en el momento de la agresión, posición ésta que ha adquirido apoyo en la doctrina y en la jurisprudencia, que «no encuentra en el texto legal razón alguna que imponga en este punto de los medios unas exigencias objetivas e igualitarias que restringirían el ámbito de la legítima defensa», no descartándose, ni la valoración de la posible perturbación psicológica que de ordinario produce la agresión, ni la necesidad de acudir al doble patrón objetivo y subjetivo para establecer la proporcionalidad de los medios. Y es cuando la Ley habla de la necesidad de que el medio empleado ha de ser racional «ya está revelando una flexibilidad o graduación que no puede someterse a reglas predeterminadas por lo que no puede exigir a quien actúa bajo la presión de tener que defenderse la reflexión y ponderación que tendría en circunstancias normales de la vida para escoger los medios de defensa».

Concluyendo, y en coherencia con lo expuesto en la STS núm. 470/2005, 14 abril (RJ 2005, 4355), contra el injusto proceder agresivo, la defensa ha de situarse en un plano de adecuación, buscando aquella proporcionalidad que, conjurando el peligro o riesgo inminentes, se mantenga dentro de los límites del imprescindible rechazo de la arbitraria acometida, sin repudiables excesos que sobrepasen la necesaria contraprestación. En la determinación de la racionalidad priman fundamentalmente módulos objetivos, atendiendo no solamente a la ecuación o paridad entre el bien jurídico que se tutela y el afectado por la reacción defensiva, sino también a la proporcionalidad del medio o instrumento utilizado, empleo o uso que del mismo se hubiese realizado, circunstancias del hecho, mayor o menor desvalimiento de la víctima y, en general, sus condiciones personales, posibilidad del auxilio con que pudiera contar etc. sin desdeñar absolutamente aspectos subjetivos relevantes y de especial interés pues dada la perturbación anímica suscitada por la agresión ilegítima, no puede exigirse el acometido la reflexión, serenidad y tranquilidad de espíritu para, tras una suerte de raciocinios y ponderaciones, elegir finalmente aquellos medios de defensa más proporcionados, con exacto cálculo y definida mensuración de hasta donde llega lo estrictamente necesario para repeler la agresión.

Para ilustrar la cuestión, nada mejor que mencionar algunas de las resoluciones jurisprudenciales existentes en torno al tema. En la práctica nos ha resultado realmente complicado encontrar sentencias que aprecien la eximente de legítima defensa, por lo que nos vamos a limitar a mencionar únicamente algunas resoluciones en las que se desestima tal pretensión. Así, la STS núm. 711/2008, de 7 de noviembre (RJ 2008, 6789) en la que agentes de la Guardia Civil son amenazados con un cuchillo por parte de un particular con motivo de una intervención en su domicilio por tráfico de drogas. El acusado alega una supuesta irregularidad en la entrada y registro domiciliarios y por ello pretende que su conducta quede justificada por la legítima defensa. El Supremo desestima tal pretensión

considerando que no ha existido agresión ilegítima alguna.

Por otro lado, la STS núm. 2143/2002, de 18 de diciembre (RJ 2003, 408) en cuyos hechos probados consta que el acusado acuchilló a dos miembros de la Guardia Civil mientras procedían a detenerlo por un presunto delito de asesinato. Alega el recurrente legítima defensa pero el TS desestima tal petición razonando que «resulta inapreciable la tesis de la legítima defensa al no existir agresión ilegítima en la acción del agente».

Por lo tanto, es más que frecuente encontrar resoluciones en las que se desestima la eximente por no existir agresión ilegítima previa. Así –y a título de ejemplo– podemos citar las SAP de Castellón núm. 63/1996, de 8 de marzo (ARP 1996, 854), SAP de Gerona núm. 783/2002, de 5 de noviembre (JUR 2003, 63006) y SAP de Madrid núm. 11/2003 de 9 de enero (ARP 2003, 302).

De especial interés resulta la SAP de Murcia núm. 140/1998, de 30 de diciembre (JUR 1998, 100906) en cuyos hechos probados en la que el recurrente intenta hacer valer la eximente de legítima defensa pues si bien viene a reconocer los hechos objeto de enjuiciamiento –que golpeó al agente de la autoridad– pretende excluir la responsabilidad alegando la existencia de una previa agresión ilegítima por parte del Policía al entrar en la casa golpeando a su esposa. Del relato fáctico de la sentencia no se desprende tal extralimitación policial, pues la misma no queda probada al constar únicamente que la mujer cayó al suelo pero en un intento por evitar que la policía entrara a su casa. La entrada a la vivienda estaba justificada y además, consta que el acusado insultó reiteradamente a los agentes, por lo que no puede apreciarse la eximente al no haber una previa actuación ilegal por parte de los funcionarios policiales.

3.- EL ESTADO DE NECESIDAD.-

No está de más recordar que el estado de necesidad es una eximente de la responsabilidad criminal recogida en el artículo 20.5 del CP que exonera las acciones de salvaguarda propia o ajena efectuadas en el marco de una situación de peligro actual para uno o varios intereses que sólo puede evitarse lesionando otro u otros intereses⁶⁸¹.

Tanto la jurisprudencia⁶⁸² como la doctrina vienen a agrupar los requisitos para aplicarlo –si bien no siempre con idéntico orden o terminología– en torno a los siguientes presupuestos:

- a) Situación de necesidad.
- b) Acción necesaria y proporcionada.
- c) Ausencia de provocación de la situación de necesidad por parte del sujeto auxiliador.
- d) Ausencia de obligación de sacrificio del necesitado por su oficio o cargo.

⁶⁸¹ GIMBERNAT ORDEIG, E.: *El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad*, en Estudios de Derecho penal, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1990, pp. 218-230.

⁶⁸² Como ejemplo, la STS núm. 1352/2000, de 24 de julio (RJ 2000, 7121).

A su vez, la situación de necesidad exige la presencia de un peligro actual real de producción de un mal grave propio o ajeno, esto es, una cierta probabilidad de producción inminente de la lesión de un bien calificable como mal desde criterios normativo-sociales, susceptible de ser evitado mediante el ejercicio de acciones de salvaguarda idóneas – necesidad abstracta de defensa– que implican la lesión de un bien jurídico de otra persona o la infracción de un deber.

La acción de salvaguarda debe ser una idónea que constituya el medio menos lesivo – necesidad concreta– y que, en todo caso, conforme a una ponderación de los diversos intereses concurrentes y no sólo de los bienes, cause un mal menor o igual que el mal que se trata de evitar. El agente debe hacerlo con conocimiento de que concurren los elementos del estado de necesidad⁶⁸³.

Es habitual que los tribunales sólo aprecien la eximente incompleta sobre la base de que no se da la proporcionalidad de males, sino que se ha causado un mal mayor al evitado, aunque no desproporcionadamente mayor. Asimismo se defiende la posibilidad de aplicar la eximente incompleta en caso de que concorra obligación de sacrificio, mientras que se mantienen opiniones diversas tanto en la doctrina como en la jurisprudencia respecto a su admisión en caso de que falte la subsidiariedad de la acción o la situación haya sido provocada, por no estar claro si se trata de requisitos esenciales o no del estado de necesidad.

Interesante resulta el caso enjuiciado por la SAP de Burgos núm. 30/1997, de 28 de febrero (ARP 1997, 460). Los hechos probados relatan que el acusado, pese a tener judicialmente precintado su vehículo, lo utiliza en reiteradas ocasiones alegando que lo hace para trasladar a su padre enfermo al hospital. En realidad –y a juicio de quien suscribe– es en contextos de estas características donde puede tener cabida el estado de necesidad pero en el caso de autos se desestima tal pretensión al no considerarla probada. Concretamente, en la sentencia se dice:

«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 precimiento, 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.

⁶⁸³ GIMBERNAT ORDEIG, E.: *El estado de...*, op. cit.

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.»

Igualmente importante nos parece la SAP de Tarragona núm. 437/2007, de 6 de junio (ARP 2007, 521) en la que la acusada de un delito de desobediencia alega tal eximente afirmando que ha imposibilitado el cumplimiento del régimen de visitas de su hija menor de edad respecto del padre, para evitar que abusara sexualmente de ella. Tampoco en este caso estima la Sala la existencia de la eximente y en su argumentación se lee lo siguiente:

«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 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 impedir el peligro de realización inminente de este último, siempre teniendo en cuenta las circunstancias específicas del caso. En todo caso, el mal que se trata de evitar no ha de ser menor que el causado por el necesitado. Así, la STS núm. 186/2005, de 10 de febrero (RJ 2005, 3163) 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 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.»

4.- CONCLUSIONES.-

I.) Todo individuo tiene reconocido su derecho de resistencia cuando la actuación de la autoridad de que se trate se exceda de los límites legales. Para apreciar su existencia habrá que analizar la conducta de esos funcionarios y para ello recordar que éstos tienen reconocido el derecho a recurrir al uso de la fuerza física pero solo cuando sea preciso e imprescindible y la legitimidad de tal uso en materia de orden y seguridad pública queda supeditada –utilizando la propia terminología de la LOFCSE– a los principios de *congruencia, oportunidad y proporcionalidad* en la actuación, o –como enuncia cierto sector doctrinal⁶⁸⁴– a los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, exigencias que son reconducibles al principio de prohibición del exceso o proporcionalidad en sentido amplio y cuya concurrencia deberá comprobarse mediante un juicio objetivo *ex ante*⁶⁸⁵.

II.) La extralimitación implica una pérdida parcial de la tutela penal, es decir, quienes actúan fuera de la ley no merecen ser tutelados como sujetos portadores de un bien jurídico cuya única razón de ser es –a grandes rasgos– el respeto al orden vigente y la salvaguarda de la seguridad ciudadana pero ello no implica que estos sujetos pierdan toda protección penal, por lo que cualquier conducta violenta cometida en su contra –si bien no podrá ser calificada como atentado, resistencia o desobediencia– podrá ser reconducida por cualesquiera de los tipos penales comunes previstos en el CP pues el agente tendrá idéntica tutela que cualquier otro ciudadano.

III.) La cuestión del derecho de resistencia en los términos que ahora nos ocupan debe versar sobre los supuestos en que la reacción del particular se produce a consecuencia de la extralimitación de la autoridad o sus agentes, sin abarcar a los casos en que tal extralimitación trae causa en una conducta que ya es constitutiva de los delitos de atentado y resistencia.

IV.) En nuestra opinión, la conducta agresiva del particular sólo podrá justificarse o

⁶⁸⁴ Entre quienes pueden citarse a CEREZO MIR, «Cumplimiento del deber por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en el ejercicio de sus funciones», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 12, año 1987 (Homenaje a J.A. Sáinz Cantero, Volumen I), p. 57 y ss. y PORTILLA CONTRERAS, G.: «El ejercicio legítimo del cargo como manifestación del cumplimiento del deber», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 12, año 1987 (Homenaje a J.A. Sáinz Cantero, Volumen II), p. 158 y ss.

⁶⁸⁵ CUERDA ARNAU, M.L.: *Los delitos de...*, op. cit., pp. 125 y ss.

reconducirse por otro tipo penal distinto cuando se cometa contra el funcionario que ha perdido su condición de tal como consecuencia de su mal proceder, sin que resulte conveniente extrapolar los efectos de su comportamiento a quienes no se han excedido en su actuación y puedan resultar agredidos sin haber traspasado el margen de la legalidad. Ahora bien, deberá quedar claro que ese otro funcionario que acompaña a quien se extralimita no ha participado en el exceso, de manera que si su comportamiento es igualmente cuestionable desde el punto de vista de la legalidad podrá perder, de igual modo, su tutela penal y por tanto, la gran variedad de casuística nos compele a valorar cada caso concreto.

V.) Como bien dice la jurisprudencia⁶⁸⁶, la legítima defensa como causa de justificación se basa en dos principios: la protección individual y la defensa del orden jurídico. Este último aspecto justifica al agredido cuando los órganos del Estado que tienen a su cargo la defensa del orden jurídico no han podido acudir en su ayuda, pero, al mismo tiempo, excluyen la defensa legítima cuando la autoridad tiene al agresor bajo su control, precisamente por la amenaza de agresión de la que el acusado dice haberse defendido. Antes de adentrarnos en el análisis de algunos de los supuestos jurisprudenciales existentes en torno a esta causa, resulta conveniente asentar algunas premisas generales sobre la misma.

VI.) La jurisprudencia estudia de manera pormenorizada esta figura –como ejemplo la puede destacarse en cuanto a su claridad la STS núm. 1760/2000 de 16 de noviembre (RJ 2000, 10657)–, y matiza lo siguiente: a) Por agresión debe entenderse toda creación de un riesgo inminentemente para los bienes jurídicos legítimamente defendibles, creación de riesgo que la doctrina de esta Sala viene asociando por regla general a la existencia de un acto físico o de fuerza o acometimiento material ofensivo, –en este sentido SSTS de 19 de abril de 1988 (RJ 1988, 2821) y de 16 de febrero de 1998 (RJ 1998, 1459). Sin embargo, tal tesis no es del todo completa cuando se ha reconocido también que el acometimiento es sinónimo de agresión, y ésta debe entenderse no sólo cuando se ha realizado un acto de fuerza, sino también cuando se percibe una actitud de inminente ataque o de la que resulte evidente el propósito agresivo inmediato, como pueden ser las actitudes amenazadoras si las circunstancias del hecho que las acompañan son tales que permitan temer un peligro real de acometimiento, de forma que la agresión no se identifica siempre y necesariamente con un acto físico sino también puede prevenir del peligro, riesgo o amenaza, a condición de que todo ello sea inminente; b) La necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión ilegítima «constituye un juicio de valor sobre la proporcionalidad entre las condiciones, instrumentos y riesgos de la agresión y las propias de los medios y comportamiento defensivo», juicio de valor que se ha de emitir no tanto en orden a la identidad o semejanza de tales medios materiales como a las circunstancias del caso concreto, pues según la jurisprudencia «el Código en absoluto equipara la racionalidad del medio con la proporcionalidad del medio».

VII.) Resulta arduamente complicado encontrar resoluciones jurisprudenciales que estimen la legítima defensa como eximente completa en estos delitos, ya que en la mayor

⁶⁸⁶Como ejemplo STS núm. 899/1997, de 23 de junio (RJ 1997, 6004).

parte de los casos se entiende que carece de acreditación la necesidad de defensa o el requisito de agresión ilegítima.

VIII.) El estado de necesidad es una eximente de la responsabilidad criminal recogida en el artículo 20.5 del CP que exonera las acciones de salvaguarda propia o ajena efectuadas en el marco de una situación de peligro actual para uno o varios intereses que sólo puede evitarse lesionando otro u otros intereses⁶⁸⁷.

Tanto la jurisprudencia⁶⁸⁸ como la doctrina vienen a agrupar los requisitos para aplicarlo, si bien no siempre con idéntico orden o terminología, en torno a los siguientes presupuestos: a) Situación de necesidad; b) Acción necesaria y proporcionada; c) Ausencia de provocación de la situación de necesidad por parte del sujeto auxiliador; d) Ausencia de obligación de sacrificio del necesitado por su oficio o cargo.

IX.) A su vez, la situación de necesidad exige la presencia de un peligro actual real de producción de un mal grave propio o ajeno, esto es, una cierta probabilidad de producción inminente de la lesión de un bien calificable como mal desde criterios normativo-sociales, susceptible de ser evitado mediante el ejercicio de acciones de salvaguarda idóneas –necesidad abstracta de defensa– que implican la lesión de un bien jurídico de otra persona o la infracción de un deber. La acción de salvaguarda debe ser una idónea que constituya el medio menos lesivo –necesidad concreta– y que, en todo caso, conforme a una ponderación de los diversos intereses concurrentes y no sólo de los bienes, cause un mal menor o igual que el mal que se trata de evitar. El agente debe hacerlo con conocimiento de que concurren los elementos del estado de necesidad⁶⁸⁹.

X.) Podrían ser ejemplos de estado de necesidad –de no ser por la falta de acreditación de las circunstancias necesarias– los contemplados en: la SAP de Burgos núm. 30/1997, de 28 de febrero (ARP 1997, 460) en cuyo hechos probados se relata que el acusado, pese a tener judicialmente precintado su vehículo, lo utiliza en reiteradas ocasiones alegando que lo hace para trasladar a su padre enfermo al hospital. En realidad –y a juicio de quien suscribe– es en contextos de estas características donde puede tener; igualmente podría haberse apreciado en la SAP de Tarragona núm. 437/2007, de 6 de junio (ARP 2007, 521) en la que la acusada de un delito de desobediencia alega tal eximente afirmando que ha imposibilitado el cumplimiento del régimen de visitas de su hija menor de edad respecto del padre, para evitar que abusara sexualmente de ella. Tampoco en este caso estima la Sala la existencia de la eximente por entender que no ha quedado probada tal necesidad.

CAPÍTULO SEGUNDO: JUICIO DE CULPABILIDAD.

⁶⁸⁷ GIMBERNAT ORDEIG, E.: *El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad*, en Estudios de Derecho penal, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1990, pp. 218-230.

⁶⁸⁸ Como ejemplo, la STS núm. 1352/2000, de 24 de julio (RJ 2000, 7121).

⁶⁸⁹ GIMBERNAT ORDEIG, E.: *El estado de...*, op. cit.

1. CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD: INGESTA DE ALCOHOL, DROGAS Y TRASTORNO MENTAL.-

No presentan especiales curiosidades en su estudio las causas de inimputabilidad en estos delitos. Pese a ello –y aunque sólo sea al objeto de que nuestro estudio quede lo más completo posible– hemos de hacer referencia a algunos supuestos prácticos en los que se discute la concurrencia de las mismas.

Como recuerda la doctrina jurisprudencial, para que pueda apreciarse la ingesta de alcohol o de drogas como una causa de inimputabilidad penal es preciso 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 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»⁶⁹⁰.

Y es que, la eximente por intoxicación plena viene prevista –como exención de la responsabilidad penal– en el apartado 2º del artículo 20 del CP y se refiere a quien se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

Por lo tanto, para que los efectos sobre la responsabilidad puedan alcanzar un carácter extintivo se requiere, pues, que se produzca una intoxicación plena o que el sujeto obre bajo un síndrome de abstinencia por su dependencia a las drogas que, en ambos casos, anule su capacidad de comprensión de la ilicitud o de actuar conforme a esa comprensión.

La STS núm. 1157/1999, de 14 de julio (RJ 1999, 6177) señala que podrá apreciarse la eximente completa en supuestos de extraordinaria dependencia psíquica y física del sujeto agente que elimine totalmente sus facultades de inhibición.

Por otra parte –y aunque sólo sea al objeto de tener claros los conceptos– conviene recordar que la eximente incompleta por drogadicción se apreciará cuando el sujeto obre bajo el síndrome de abstinencia por su dependencia a las drogas sin que esté totalmente anulada su capacidad de culpabilidad, pues puede resistirse a la comisión del hecho delictivo, aunque con gravísimas dificultades para ello. Se trata de supuestos en los que su capacidad de comprender la ilicitud del hecho o de actuar conforme a esta comprensión está

⁶⁹⁰ Así se recoge –entre otras muchas– en SAP de Madrid núm. 490/2002, de 21 de octubre (JUR 2003, 11790).

sensiblemente disminuida o alterada, tal y como nos recuerda la STS núm. 729/1998, de 22 de mayo (RJ 1998, 2944). Por ello, se apreciará la eximente incompleta en los supuestos de intoxicación semiplena o síndrome de abstinencia no totalmente inhabilitante. Y también puede venir determinada dicha eximente incompleta bien por la gravedad de los efectos que provoca la adicción a determinadas drogas, cuando es prolongada, o reciente pero muy intensa, bien en aquellos casos en que la drogodependencia se asocia a otras causas deficitarias del psiquismo del agente, como pueden ser leves oligofrenias, psicopatías y trastornos de la personalidad.

Por último, y para completar la distinción, la atenuante por drogadicción del artículo 21.2 del CP se estimará cuando el culpable actúe a causa de su grave adicción a una de estas sustancias que venimos mencionando y a las que expresamente se refiere el artículo 20.2 del Código. Se configura la atenuación por la incidencia de la adicción en la motivación de la conducta criminal en cuanto es realizada «a causa» de aquélla. El beneficio de la atenuación sólo tiene aplicación cuando existe una relación entre el delito cometido y la carencia de drogas que padece el sujeto. Esta adicción grave debe condicionar su conocimiento de la licitud (conciencia) o su capacidad de actuar conforme a ese conocimiento (voluntad). Así nos lo aclara la STS núm. 596/1998, de 5 de mayo (RJ 1998, 4609) la cual declara que lo característico de la drogadicción, a efectos penales, es que incida como un elemento desencadenante del delito, de tal manera que el sujeto activo actúe impulsado por la dependencia de los hábitos de consumo y cometa el hecho, bien para procurarse dinero suficiente para satisfacer sus necesidades de ingestión inmediata o trafique con drogas con objeto de alcanzar posibilidades de consumo a corto plazo y al mismo tiempo conseguir beneficios económicos que le permitan seguir con sus costumbres e inclinaciones.

Son ejemplos de supuestos en los que se aprecia la eximente completa del artículo 20.2 del CP en estos delitos la SAP de Barcelona de 2 de febrero de 1999 (ARP 1999, 742), SAP de Vizcaya núm. 420/2005, de 8 de junio (JUR 2005, 209695) y SAP de Madrid núm. 71/2007, de 7 de febrero (JUR 2007, 154524).

Tampoco la circunstancia eximente contemplada en el artículo 20.1 del CP –esto es «anomalía o alteración psíquica» o «trastorno mental»– presenta particularidades dignas de análisis en lo que a estos ilícitos se refiere, por lo que nos remitimos a la jurisprudencia⁶⁹¹ existente en torno al tema, sin que resulte preciso detenerse en este aspecto.

2. EL MIEDO INSUPERABLE COMO CAUSA DE INEXIGIBILIDAD.-

El artículo 20.6 del CP establece la inexigibilidad de la conducta de *quien obre*

⁶⁹¹ Entre otras muchas, aprecian la eximente completa: SAP de Málaga núm. 9/1999, de 20 de enero (ARP 1999, 188) y SAP de Toledo núm. 50/2002, de 29 de octubre (JUR 2003, 42177).

impulsado por miedo insuperable.

La STS núm. 340/2005 de 8 de marzo (RJ 2005, 2728), parte de la consideración de que la naturaleza de la exención por miedo insuperable no ha sido pacífica en la doctrina. De hecho, se la ha encuadrado indistintamente entre las causas de justificación y entre las de inculpabilidad, incluso entre los supuestos que niegan la existencia de una acción, en razón a la paralización que sufre quien actúa bajo un estado de miedo. Es en la inexigibilidad 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 actual artículo 20.6 del CP 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 ACP. 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 medio⁶⁹².

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.

La STS núm. 1382/2000, de 24 de octubre (RJ 2000, 8283) afirma que la naturaleza jurídica ha sido discutida en la doctrina, la cual ha divagado sobre si se trata de una causa de inimputabilidad, o de inculpabilidad, o de inexigibilidad e incluso de negación de la acción. Tal causa, tiene su razón de ser –tal y como recuerda esta resolución– 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

⁶⁹² Así se recoge en STS núm. 1095/2001, de 16 de julio (RJ 2001, 6498).

servir de amparo a las personas «timoratas, pusilánimes o asustadizas»⁶⁹³. Y es que, como aclara la STS núm. 180/2006, de 16 de febrero (RJ 2006, 2150):

«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.»

Concretamente, en SSTS núm. 1524/1994, de 19 de julio (RJ 1994, 6653) y núm. 92/1998, de 29 de enero (RJ 1998, 385) se establecen como presupuestos del miedo insuperable:

- 1) La presencia de un temor que coloque al sujeto en una situación de miedo 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.

Por lo tanto, se tratará de comprobar si es posible que el sujeto activo de un delito de atentado, resistencia y desobediencia obre impulsado por un miedo insuperable y por tanto su conducta pueda considerarse encuadrable en el artículo 20.6 del CP. Por lo general, como no podía ser de otro modo, los Tribunales se muestran reacios a aplicar tal eximente pues ello supondría una auténtica vía de escape para quienes cometen la conducta típica con total conciencia. Y es que, la conducta consistente en eludir a los poderes públicos, en agredir a los sujetos portadores del bien jurídico o en desacreditar su autoridad, difícilmente puede ampararse en la existencia de miedo insuperable. De hecho, podemos reseñar algunas resoluciones en las que se desestima tal pretensión.

Así, la SAP de Tarragona de 4 de noviembre de 2003 (JUR 2004, 108521) desestima la apreciación de esta causa. Los hechos probados de esta resolución nos cuentan que el acusado, tras haber robado un vehículo y mientras circulaba a gran velocidad, desoye el alto de la Guardia Civil y al ser interceptado por estos se ensalza en un forcejeo con un agente, quien finalmente logra detenerlo. Pretende la defensa, justificar la conducta en la existencia de miedo insuperable pero la Audiencia desestima tal alegación, dictaminando lo siguiente:

⁶⁹³ Ver, entre otras, STS de 29 de enero de 1998 (RJ 1998, 385).

«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 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.

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.»

De similar modo, la SAP de Córdoba núm. 11/1998, de 12 de febrero (ARP 1998, 870) considera inapreciable esta circunstancia en el supuesto que enjuicia y afirma que:

«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.»

3. EL ERROR DE PROHIBICIÓN.-

Esta modalidad de error viene contemplada en el artículo 14.3 del CP y se produce cuando el autor, a pesar de conocer todos los elementos del tipo, realiza la acción con la conciencia de actuar amparado por el Derecho, pues considera que el hecho que realiza no está prohibido por la ley.

Tal consideración surte efectos en sede de juicio de culpabilidad, puesto que es allí donde se sitúa la conciencia de la antijuridicidad. En consecuencia, el error de tipo y el error de prohibición surten efectos distintos –de ahí que hayamos decidido abordar su estudio en distintos apartados de este trabajo–, dado que la conciencia de la antijuridicidad no acompañará al conocimiento y voluntad respecto de los elementos del tipo, que –como ya aclaramos en su momento– son los dos pilares que componen el dolo.

Como consecuencia directa nos encontramos con que el dolo permanece intacto, y que el efecto derivado de la actuación bajo un error de prohibición ha de ser exculpatorio.

Así, cuando el error es invencible, el sujeto no es asequible a la norma y por tanto no le puede ser reprochado ese desconocimiento, mientras que si el error fuera vencible, se podría atenuar la pena en función de esa reprochabilidad disminuida, pero no completamente ausente. Este resultado teórico se refleja en la impunidad para los casos de error invencible, y en la disminución de hasta dos grados la pena del delito cometido para los supuestos de error vencible.

Por lo tanto, sabemos que el error que recae sobre los elementos que son exigidos en el tipo objetivo es el error de tipo, que invariablemente excluye la tipicidad dolosa de la conducta, de modo que cuando el error de tipo es invencible elimina cualquier tipicidad, en tanto que, cuando es vencible, puede dar lugar a tipicidad culposa, en caso de que los extremos de la misma estén dados. El error de prohibición no pertenece para nada a la tipicidad ni se vincula con ella, ni la elimina siquiera, pero puede ocurrir que la conducta no sea reprochable porque el error de prohibición es un puro problema de exclusión de la culpabilidad en su aspecto negativo, así como la justificación era el aspecto negativo de la antijuridicidad.

De esta manera, frente al error de tipo, que elimina siempre la tipicidad dolosa – pero que, cuando es vencible, puede dar lugar a tipicidad culposa– está el error de prohibición, que cuando es invencible elimina la culpabilidad, mientras que si es vencible supone la rebaja de la pena en uno o dos grados, marcando así una notable diferencia con el tratamiento que el Código da al error de tipo, pues como vimos en su momento en caso de error vencible habría que castigar la conducta como imprudente, lo que en estos delitos implicaba la inexorable impunidad.

Por lo tanto, el «error de tipo» es lo contrario de la existencia de dolo, el «error de prohibición» lo es del conocimiento del injusto.

Como ya hemos apuntado al inicio de este epígrafe, la consideración del error afecta o repercute de manera directa en la propia estructura de la teoría jurídica del delito, de manera que catalogar un error como de tipo o hacerlo como de prohibición tendrá importantes y muy distintas repercusiones, pues 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 forma⁶⁹⁴.

Llama la atención, no obstante, que la jurisprudencia no se haya ocupado –en cuanto hemos podido comprobar– de tan trascendente cuestión, de modo que es sólo con motivo del estudio del delito de desobediencia cuando se realizan argumentaciones en torno al error.

Así, el Tribunal Supremo en sentencia núm. 1104/1996, de 30 de enero (RJ 1996, 190) –con relación al delito de desobediencia–, declaró:

«[...] el error de prohibición, en su faceta invencible, exige determinados

⁶⁹⁴ CUERDA ARNAU, M.L.: *Los delitos de atentado y...*, op. cit., p. 167 y ss.

requerimientos: 1º) su estudio y aplicación al caso concreto debe partir del hecho probado declarado en la sentencia de instancia; 2º) 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; 3º) En todo caso debe ser probado por quien lo alegare si se pretende la exculpación; 4º) 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; 5º) Su invocación no es aceptable en aquellas infracciones cuya ilicitud sea notoriamente evidente y de comprensión generalizada.»

Tampoco la doctrina española se ha encargado de profundizar en el estudio de este tema, a excepción de CUERDA ARNAU⁶⁹⁵ quien se detiene en ello ofreciendo argumentaciones que entendemos dignas de mencionar. Considera esta autora que un ejemplo verdaderamente polémico es el que versa sobre los supuestos de la causa de justificación, pues 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 que ello impida que la excepción pueda –en determinados supuestos– abrirse paso a través de otras causas de exculpación⁶⁹⁶. En contraste con ello –continuando con la opinión de CUERDA– menos pacífica es la solución referida al error que versa sobre los presupuestos de la causa de justificación, pues a la tesis partidaria de reconducir cualquier error sobre la causas de justificación al párrafo 3 del artículo 14, se enfrenta la que desde posiciones sistemáticas muy distintas, aboga por otorgar a tal supuesto el tratamiento del error sobre el tipo. Las consecuencias, por tanto, de mantener una u otra tesis en unos tipos penales que no conocen la modalidad imprudente, son evidentes pues optar por la segunda posibilidad conlleva que sólo sean sancionables los resultados imprudentes.

En la casuística jurisprudencial, no será frecuente encontrar sentencias que reconozcan la existencia de un error de prohibición invencible. A pesar de ello, y a título de ejemplo, podemos detenernos en la SAP de Barcelona núm. 685/2007, de 24 de octubre (JUR 2008, 32986) cuyos hechos probados son los siguientes:

La acusada, fue requerida personalmente en virtud de auto judicial dictado en el marco de un procedimiento civil, a fin que cumpliera el régimen de visitas impuesto respecto de su hijo menor de edad, y permitiera al padre del niño realizar esas visitas bajo apercibimiento expreso de incurrir en un delito de desobediencia a la autoridad judicial en caso de no cumplir con ello. No obstante, y a pesar del citado requerimiento la acusada no entregó al menor a su padre ninguno de los dos fines de semana siguientes al mismo.

Invoca su defensa la existencia de un error de prohibición invencible, ya que la acusada actuó «en la creencia de actuar lícitamente». La Sala resuelve estimando tal

⁶⁹⁵ Ibidem.

⁶⁹⁶ Esto es, por ejemplo, el miedo insuperable.

alegación y para ello argumenta lo siguiente:

«Entiende esta Sala que a una persona como la ahora recurrente que se encuentra ante una situación como la descrita y que recibe un consejo facultativo apremiante para que interrumpa temporalmente el régimen de visitas no puede reprochársele que no acuda al Juzgado en solicitud de una modificación del régimen de visitas cuando no consta que posea unos especiales conocimientos jurídicos y cuando su propio abogado le indica que con la presentación de una querrela contra su marido por violencia habitual con solicitud de una orden de protección bastará para suspender el régimen de visitas.»

Igualmente, se estima tal error en la SAP de Girona núm. 887/2002, de 9 de diciembre (JUR 2003, 64344). El acusado alega en su defensa que su negativa a entregar el permiso de conducir, pese a los múltiples requerimientos recibidos, se debió a que seguía instrucciones de la asesoría jurídica que le estaba tramitando la sanción previamente impuesta. La Sala considera:

«Ciertamente es que D. estaba interesado en no hacer entrega del permiso de conducir, eso es evidente, pero de ello no se puede concluir que no lo hizo a sabiendas de la obligación que tenía de hacerlo y de la ilicitud de su negativa, cuando ha resultado acreditado que recibió un asesoramiento defectuoso o equivocado y que, por tanto, la negativa a entregar el permiso no fue debida a una peculiar y subjetiva interpretación por el realizada de los efectos de la interposición de los recursos, sino del error al que fue claramente inducida por quienes suponía profesionales de la materia.»

4. CONCLUSIONES.-

I.) No presentan especial interés en su estudio las causas de inimputabilidad en estos delitos, si bien –a título de ejemplo– podemos citar sentencias en las que se estima la eximente completa del artículo 20.2 del CP en estos delitos, tales como la SAP de Barcelona de 2 de febrero de 1999 (ARP 1999, 742), SAP de Vizcaya núm. 420/2005, de 8 de junio (JUR 2005, 209695) y SAP de Madrid núm. 71/2007, de 7 de febrero (JUR 2007, 154524).

II.) El artículo 20.6 del CP establece la inexigibilidad de la conducta de *quien obre impulsado por miedo insuperable* y tradicionalmente la doctrina ha venido discutiendo sobre si tal exención debía encuadrarse entre las causas de justificación o las de la culpabilidad pero, es en la inexigibilidad donde puede encontrar mejor acomodo pues quien actúa en ese estado, subjetivo, de temor mantiene sus condiciones de imputabilidad, ya que el miedo no requiere una perturbación angustiosa sino un temor a que ocurra algo no deseado. 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. Concretamente, en SSTS núm. 1524/1994, de 19 de julio (RJ 1994, 6653) y núm. 92/1998, de 29 de enero (RJ 1998, 385) se establecen como presupuestos del miedo insuperable: 1) La presencia de un temor que coloque al sujeto en una situación de miedo 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.

III.) El error de prohibición viene contemplado en el artículo 14.3 del CP y se produce cuando el autor, a pesar de conocer todos los elementos del tipo, realiza la acción con la conciencia de actuar amparado por el Derecho, pues considera que el hecho que realiza no está prohibido por la ley. Tal consideración surte efectos en sede de juicio de culpabilidad, puesto que es allí donde se sitúa la conciencia de la antijuridicidad, de modo que el error de tipo cuando es invencible elimina la culpabilidad y cuando es vencible supone la rebaja de la pena en uno o dos grados, marcando así una notable diferencia con el tratamiento que el Código da al error de tipo, pues como vimos en su momento en caso de error vencible habría que castigar la conducta como imprudente, lo que en estos delitos implicaba la inexorable impunidad.

La jurisprudencia no ha profundizado en esta modalidad de error, de modo que sólo en sede del delito de desobediencia podemos encontrar algunas argumentaciones en torno al error, siendo de destacar la STS de 30 de enero de 1996 (RJ 1996, 190) que establece como requisitos del error de prohibición invencible los siguientes: 1º) su estudio y aplicación al caso concreto debe partir del hecho probado declarado en la sentencia de instancia; 2º) 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; 3º) En todo caso debe ser probado por quien lo alegare si se pretende la exculpación; 4º) 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; 5º) Su invocación no es aceptable en aquellas infracciones cuya ilicitud sea notoriamente evidente y de comprensión generalizada.

PARTE IV: FORMAS ESPECIALES DE APARICIÓN DE ESTOS DELITOS.

CAPÍTULO PRIMERO: EL ITER CRIMINIS.

1. FORMAS DE APARICIÓN DE LOS DELITOS DE ATENTADO Y RESISTENCIA.

Como ya hemos referido en páginas previas de este estudio, *los delitos de atentado, resistencia y desobediencia, son delitos de mera o pura actividad, no siendo preciso para su consumación que la acción –o posible omisión en el caso de la desobediencia– llevada a cabo por el sujeto activo, provoque resultado alguno*. Siendo así, y en los casos en los que de la conducta típica se desprenda un resultado dañoso para el sujeto que soporta la acción –como por ejemplo una lesión física o la propia muerte– será apreciable el concurso ideal de delitos. En coherencia con ello, claro está que la acción se consuma con la ejecución de la conducta descrita en los tipos, sin que se precise apreciar resultado alguno como consecuencia de aquélla. No será necesario, por tanto, que el autor logre con su conducta obstaculizar las funciones del sujeto sobre el que recae la acción, quedando de manera automática consumadas las conductas típicas a pesar de que, en la práctica, ni siquiera se logre amedrentar al sujeto que las soporta. Bastará por tanto, con que la acción perpetrada sea objetivamente intimidatoria y quede acreditada su realización; en otras palabras, ejecutar cualquiera de las conductas descritas en los artículos 550 y siguientes del CP –incluidas las del artículo 634 del mismo texto legal– supone vulnerar el objeto de tutela de estos tipos penales y por tanto, el ilícito estará automáticamente consumado sin necesidad de apreciarse resultado concreto alguno.

A tenor de ello, cierto sector doctrinal⁶⁹⁷ cuestiona el momento en el que se entiende producida la ofensa a la autoridad, y más concretamente, cuándo se produce la consumación en la modalidad típica de acometimiento, sobre todo teniendo en cuenta que no se requiere que el sujeto llegue a tocar al funcionario. Cabe recordar, al hilo de esto, que «acometer» –como ya apuntábamos en su momento– significa embestir, es decir «*venir con ímpetu sobre una cosa o persona para apoderarse de ella o hacerle daño*». En consecuencia, no cabe duda que el sujeto que soporta la acción debe estar presente mientras el autor perpetra la acción delictiva.

Lo cierto es que la jurisprudencia del Tribunal Supremo –como ejemplo STS núm. 731/1999, de 6 de mayo (RJ 1999, 4961)– tras reiterar la naturaleza del atentado como delito de mera actividad, añade que se perfecciona incluso *cuando el acto de acometimiento o agresión no alcanzara su objetivo y no se consumara*. Entiende la doctrina jurisprudencial que lo esencial es la embestida o ataque violento, llegando a equipararse y parificarse dicho ataque o acometida con la grave intimidación que puede consistir en un mero acto formal de iniciación del ataque o en un movimiento revelador del propósito agresivo, apreciándose «ante 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»⁶⁹⁸.

Estos planteamientos llevan a ROIG TORRES⁶⁹⁹ a poner de relieve algunas

⁶⁹⁷ ROIG TORRES, M.: *El delito de ...*, op. cit., p. 206 y ss.

⁶⁹⁸ A mayor abundamiento ver STS de 15 de julio de 1988 (RJ 1988, 6588).

⁶⁹⁹ *Ibidem*.

resoluciones judiciales en las que se aprecia tentativa, como es el caso de la SAN de 26 de julio de 1999 (ARP 1999, 2608), en la que los acusados esperaron a la víctima en una iglesia para dispararle pero no pudieron hacerlo por no acudir aquélla al lugar indicado. Tal supuesto fue resuelto por el Tribunal considerando que se habían realizado todos los actos necesarios para el acometimiento, concretamente en la citada resolución puede leerse:

«Los hechos –señala el Tribunal– son constitutivos de un delito de atentado en grado de tentativa [...] habiéndose realizado por los acusados todos los actos necesarios para el acometimiento violento a un General del Ejército, sin que llegara a materializarse porque el militar no acudió aquel día al lugar donde le esperaban».

En semejante línea argumental podemos encontrar la STS núm. 1823/2002, de 14 de mayo (RJ 2002, 6455) en la que se confirma la sentencia impuesta por la Audiencia Nacional por un delito de atentado en grado de tentativa, por el hecho de colocar unos artefactos explosivos que fueron desactivados por la Guardia Civil antes de hacer explosión.

En consecuencia, el debate está servido y pasa por cuestionar si es posible en el delito de atentado las formas de aparición imperfectas. Esto es, teniendo en cuenta que la interpretación del término «acometimiento» goza de cierta amplitud en tanto que basta con la «grave intimidación, que puede consistir en un mero acto formal de iniciación del ataque o en un movimiento revelador del propósito agresivo» –STS de 15 julio 1988 (RJ 1988, 6588)– ¿es correcto hablar de tentativa del delito de atentado?.

Para responder a ello nada mejor que recordar lo establecido por el propio CP, que en su artículo 16 define la tentativa cuando dice:

«Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.»

Bien es cierto que el Código del 95 no aporta novedad alguna en lo que a este punto concreto nos interesa. En realidad, a pesar de lo que acabamos de exponer respecto a carácter formal del delito de atentado, nada impide que se excluya la existencia de la tentativa inacabada en los delitos de simple actividad, aunque eso sí, en el caso concreto que nos ocupa no podremos hablar de tentativa acabada pues tales circunstancias darán lugar a una consumación instantánea. Como muy bien apunta CUERDA ARNAU⁷⁰⁰ la postura doctrinal que niega la existencia de la tentativa inacabada en los delitos de simple actividad viene determinada por la previa asunción de la teoría objetivo-formal, pues al exigir para el comienzo de la tentativa la realización, aunque sea parcial, de la conducta típica, se produce el irremediable solapamiento entre consumación y tentativa. Por otro lado, hay quienes aceptan en tales delitos la existencia de la tentativa inacabada pero aún asumiendo tal premisa, niegan su existencia cuando se trata de delitos que se ejecutan en un

⁷⁰⁰ CUERDA ARNAU, M.L.: *Los delitos de atentado...*, op. cit., p. 172 y ss.

único acto, por lo que la conclusión alcanzada es idéntica a quienes optan por negar la tentativa en los delitos de mera actividad.

En realidad, lo verdaderamente determinante⁷⁰¹ será atender a la estructura del tipo concreto y a la forma concreta de entre las muchas que puede materializarse un mismo tipo. Si así se hace, podrá comprobarse cómo hay conductas que no permiten ser vistas como actos de iniciación del ataque pero que se hallan de tal modo vinculadas al mismo que bien cabe entender que representan un principio de ejecución. Tal es el caso del sujeto que se dirige a su automóvil para coger el arma o instrumento con el que pretende atacar al sujeto portador del bien jurídico pero no llega a perpetrarse el ataque bien porque éste no aparece en el lugar de los hechos, porque el sujeto es detenido antes de poder consumar el delito o por cualquier otra causa ajena a la voluntad de quien delinque. A nuestro juicio, este comportamiento no podría ser considerado como una tentativa inacabada porque el sujeto activo no ha dado principio a la ejecución del delito mediante un hecho exterior –ya que acudir a por el arma o instrumento con el que pretende agredir no es más que proveerse de un objeto pero no supone en modo alguno el inicio del acometimiento–por lo tanto, no ha practicado actos de ejecución y nos parece que atentaría flagrantemente contra el principio de legalidad condenarle por atentado. La solución, a nuestro entender, podría venir dada por condenar por la vía del artículo 553 del CP que castiga los actos preparatorios, pues en realidad entendemos que la conducta llevada a cabo sólo podría tener tal catalogación.

En consecuencia, con este planteamiento dejamos constancia de nuestro escepticismo sobre la posibilidad de apreciar la tentativa en los delitos de atentado y en similar convencimiento encontramos a ROIG TORRES⁷⁰², que afirma que no resulta de recibo que el castigo pueda adelantarse a momentos anteriores al inicio de la actividad y ello teniendo en cuenta que en tales casos ni siquiera ha existido contacto físico entre sujeto activo y sujeto portador del bien jurídico, circunstancia ésta última, que esta autora entiende como una exigencia directa del principio de legalidad. Asimismo, considera que tampoco puede decirse que –en semejantes supuestos– el acometimiento haya comenzado sin que haya resultado lesionado todavía el bien jurídico ya que la actividad de acometer no admite un fraccionamiento en diversas acciones, todas ellas necesarias para la efectiva vulneración del objeto formal. En conclusión, para ROIG acometer significa embestir y tal actuación no empieza hasta que no se realizan los movimientos corporales oportunos con la condiciones de proximidad indicadas y una vez efectuados éstos, el delito queda consumado.

Así las cosas, no encontramos supuestos en los que resulte procedente condenar por un delito de atentado ni de resistencia en grado de tentativa, pues aún en los casos en los que se dispare un arma de fuego sin alcanzar al sujeto al que va dirigido el disparo, o cuando no se consiga perpetrar un golpe lanzado, se habrá consumado el tipo, pues se habrá realizado el comportamiento lesivo con la inmediata afectación del bien jurídico.

Especialmente ilustrativas resultan las palabras de CUELLO CALÓN⁷⁰³ quien

⁷⁰¹ *Ibidem*.

⁷⁰² ROIG TORRES, M.: *El delito de...*, op. cit., p. 207 y ss.

⁷⁰³ CUELLO CALÓN, E.: *El nuevo Código penal español*, Libro II, Bosch, Barcelona 1930, p. 94.

apuntaba que «no cabe tentativa –en el atentado–, pues, desde el momento en que hay un acto de ejecución, por este mero hecho, queda consumado. El intentar resistir con violencia a un agente de la autoridad no es intentar un atentado, es cometerlo; por otra parte, si no hay un principio de ejecución no puede haber ni un ataque ni resistencia, y el hecho, escapa, por tanto, a la represión penal».

De interesante mención nos resulta el conocido ejemplo utilizado por ROXIN⁷⁰⁴ que plantea un supuesto en el que el sujeto activo mata al guardaespaldas –se entiende que éste no es funcionario público– como paso previo para atentar contra el político o persona portadora del bien jurídico a quien protege ese profesional. A nuestro entender, en semejante supuesto no se puede hablar de consumación ni tampoco de tentativa pues aunque el acto de iniciación del ataque existe, éste no va dirigido al sujeto portador del bien jurídico. Como solución, por tanto, entendemos que lo más adecuado sería condenar por la vía del artículo 553 CP, esto es, considerando la existencia de un concurso ideal entre el delito contra la vida que proceda y el mencionado artículo 553 CP.

Igual solución proponemos para aquellos casos en los que el autor es detenido cuando se dispone a realizar el atentado. Imaginamos, por ejemplo, que el sujeto se halla aguardando a su posible víctima apuntando con un arma en espera de poder dispararle, en tal caso habría un delito de atentado pues, como hemos reiterado, el inicio del acometimiento supone la consumación instantánea y con su comportamiento el sujeto activo ha evidenciado su voluntad pues –como ya hemos visto– *la embestida o ataque violento puede equipararse y parificarse con la grave intimidación que puede consistir en un mero acto formal de iniciación del ataque o en un movimiento revelador del propósito agresivo.*

Por lo expuesto, y en lo que concierne al delito de atentado, nos mostramos del todo reticentes a apreciar la existencia de tentativa, considerando que por las propias características del tipo estaremos ante una consumación instantánea o, en caso de no haberse iniciado la acción típica o de no cumplirse el requisito de proximidad entre los sujetos, no habrá otra opción que aplicar el artículo 553 CP que condena de manera expresa la provocación, proposición y conspiración⁷⁰⁵ en los delitos de atentado. Por lo tanto, en el delito de resistencia del artículo 556 no tendrá cabida otra forma de punición que la propia consumación pues el legislador no incluye esta modalidad delictiva –al igual que también

⁷⁰⁴ Ejemplo mencionado por CUERDA ARNAU, M.L.: *Los delitos de atentado...*, op. cit., pp. 173 y 174.

⁷⁰⁵ No está de más recordar que el artículo 17 del CP establece: «1. La conspiración existe cuando dos o más personas se concertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo; 2. La proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a ejecutarlo; 3. La conspiración y proposición para delinquir sólo se castigará en los casos especialmente previstos en la Ley» Por su parte, el artículo 18 del mismo texto legal recoge: «1. La provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la redifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilita la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito. Es apología, a los efectos de este Código, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer el delito; 2. La provocación se castigará exclusivamente en los casos en que la Ley así lo prevea. Si a la provocación hubiese seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción.»

ignora la desobediencia—en el mencionado artículo 553 CP.

Al hilo de lo que acabamos de exponer, no está de más recordar que parte de la doctrina⁷⁰⁶ se ha mostrado restrictiva en relación con la aplicación de los actos preparatorios propios —conspiración y proposición— y aún más si cabe, frente a la provocación, acerca de la cual han existido múltiples críticas pues no deja de ser un acto preparatorio impropio, de difícil reconducción en términos de seguridad jurídica por su constante fricción con el derecho a la libertad de expresión. De cualquier modo, señalar que el delito de atentado es uno de los pocos supuestos que sanciona las tres modalidades de actos preparatorios.

2. FORMAS DE APARICIÓN DEL DELITO DE DESOBEDIENCIA.-

Hemos querido dejar para el final de este epígrafe el estudio de las formas imperfectas en el delito de desobediencia, pues tal figura delictiva presenta ciertas peculiaridades —al menos en cuanto al debate conceptual mantenido— respecto de los delitos de atentado y resistencia. No existe diferencia, en cuanto a que del mismo modo que en las anteriores figuras analizadas, el tipo de desobediencia se caracteriza por ser un delito de mera actividad, pues se consuma con la mera ejecución de la conducta por parte del sujeto activo, es decir, con la verificación de aquello que la orden o mandato prohíbe hacer o con la omisión de lo que la orden impone hacer. Para que el delito quede consumado bastará con que el sujeto desobedezca la orden dada por quien está legitimado para ello, sin que sea necesario que se produzca resultado alguno. Como ya ocurriera en el atentado, si se produce un resultado material como consecuencia de la conducta desobediente, habrá de apreciarse el correspondiente concurso de delitos.

La doctrina ha considerado la posibilidad de apreciar la tentativa inacabada en el delito de desobediencia, entendiéndose que ésta puede producirse cuando el sujeto dé comienzo al incumplimiento de la orden, mediante actos de ejecución activos u omisivos, pero no realice todos los actos que objetivamente debieran producir el delito por causas independientes al autor. Así, JUANATEY DORADO⁷⁰⁷ pone como ejemplo del delito de desobediencia en grado de tentativa, el caso del sujeto que en contra de una resolución judicial que ordena la paralización de una obra, decide continuarla y pide a los obreros que lo hagan pero éstos deciden desobedecer la orden de su promotor y paralizan la obra. En tal caso, la resolución judicial habría sido cumplida a pesar de la conducta del sujeto obligado y, por ende, esta autora considera que podría apreciarse un delito de desobediencia en grado de tentativa. Tal afirmación halla su razón de ser en la postura mantenida por JUANATEY, quien entiende que el delito de desobediencia es un delito de lesión con cuya acción típica se lesiona el bien jurídico tutelado, esto es: el principio de autoridad. A nuestro juicio, en el supuesto que analizamos y como excepción a lo que venimos manteniendo respecto al atentado y a la resistencia, podría tener cabida la forma imperfecta de ejecución, pues

⁷⁰⁶ Por ejemplo PRATS CANUT, J.M. en QUINTERO OLIVARES y OTROS: *Comentarios al nuevo...*, op. cit., pp. 2429 y 2430.

⁷⁰⁷ JUANATEY DORADO, C.: *El delito de desobediencia...*, op. cit., p. 40 y ss.

realmente en casos así el delito no llega a consumarse puesto que la resolución judicial no ha sido incumplida y ello teniendo en cuenta que la descripción del tipo difiere de la del atentado, que se caracterizaba por presentar una consumación instantánea consecuencia de las características del término «acometimiento». En este caso, y aunque el sujeto obligado ordene desobedecer la orden, la misma no ha sido vulnerada, no materializándose la desobediencia, por lo que el delito sólo podrá apreciarse en caso de tentativa.

Como muy bien señala esta autora⁷⁰⁸, en la práctica –dadas las características de la conducta típica– serán escasas las ocasiones en que resulte factible su apreciación. Las dificultades dependerán, en gran medida, del contenido de la orden, en otras palabras: dependerá del carácter activo u omisivo de la conducta del sujeto activo. Así, debe distinguirse:

a) Cuando la orden consiste en un mandato de actuar en un sentido determinado y el sujeto omite la conducta objeto de la orden, habrá una omisión pura. Las dificultades de aceptación de la tentativa inacabada en estos casos se debe más bien a problemas de orden práctico, tales como dificultades probatorias y de política criminal y no de origen dogmático. Como ejemplo –presenta JUANATEY– la conducta de quien desobedece el primer requerimiento de la autoridad para presentar los libros contables, omisión que podría considerarse tentativa inacabada de desobediencia grave, si el sujeto ante el segundo requerimiento cumple con lo ordenado por causa no dependiente de su voluntad y a pesar de que su intención era, en todo caso, incumplir la orden. En caso de negarse esta solución y considerar que no puede hablarse en tal caso de tentativa inacabada, no quedaría otra opción que calificar este supuesto bien como una falta de desobediencia o bien como un hecho impune aún cuando hay una puesta en peligro, cuando menos, del bien jurídico protegido. En semejantes situaciones, desde el punto de vista práctico, lo más frecuente será calificar la conducta de mera falta de desobediencia –sino la impunidad de la misma–, y ello parece encontrar su origen en criterios de política criminal fundados en la gravedad de los actos.

Pero frente a esto, podemos encontrar casos en los que la gravedad de la conducta omisiva, esto es, el intento de desobedecer el primer requerimiento de la autoridad, pueda ser calificado de tentativa inacabada de desobediencia grave, sin que sea necesario que se produzca un segundo requerimiento a la autoridad. Como ejemplo, sirva el caso en el que un juez dirige un requerimiento a un empresario para que ponga a disposición de la autoridad administrativa unos contenedores con determinados residuos, a efectos de analizar una posible toxicidad. El empresario, contrario al análisis, ordena al encargado que proceda a arrojar los residuos pero éste se niega y los entrega a la autoridad administrativa. En tal caso –siguiendo a JUANATEY– y teniendo en cuenta la gravedad de la conducta, habría que considerar la existencia de un delito de desobediencia grave en grado de tentativa.

En definitiva, y a pesar de que dogmáticamente no hay ninguna dificultad para considerar la existencia de la tentativa, en la práctica y dadas las particularidades de la conducta, será el juez quien deba ponderar, atendiendo a la gravedad, la conveniencia de

⁷⁰⁸ *Ibidem*, p. 43 y ss.

aplicar la forma imperfecta de aparición de delito o, en su caso, considerar la existencia de una falta.

b) Por otro lado, en las hipótesis en las que la orden consiste en la prohibición de actuar en un sentido determinado, parece menos problemática la aceptación de la tentativa inacabada. Cuando el sujeto dé comienzo a la ejecución de la conducta expresamente prohibida mediante hechos exteriores activos, pero no realice todos los actos de ejecución que debieran producir el delito por causa no dependiente de su voluntad, estaremos ante un delito de desobediencia intentado. Tal sería el caso –por ejemplo– en el que el sujeto intenta entrar en el que fue su domicilio conyugal en contra de una orden judicial que le prohíbe la entrada.

En definitiva –y en opinión de quien suscribe– la tentativa inacabada podrá apreciarse únicamente en determinados supuesto de desobediencia –por lo que habrá que analizar las características concretas de la conducta desobediente y ponderar la gravedad de la misma–, siendo del todo imposible de considerar en los delitos de atentado o de resistencia, cuya descripción del tipo nos lleva a apreciar la consumación en la mayoría de los casos, quedando como único recurso –en aquellos supuesto en los que no se da inicio a la acción– la condena por preparación, conspiración y provocación (art. 553 CP).

3.) CONCLUSIONES.

I.) Como ya hemos referido en páginas previas de este estudio, *los delitos de atentado, resistencia y desobediencia, son delitos de mera o pura actividad, no siendo preciso para su consumación que la acción –o posible omisión en el caso de la desobediencia– llevada a cabo por el sujeto activo, provoque resultado alguno*, por lo que cuando de la acción se desprenda resultado dañoso alguno, habrá que apreciar la concurrencia del correspondiente concurso de delitos.

II) Para entenderse consumado el tipo, no será preciso que el autor logre con su conducta obstaculizar las funciones del sujeto sobre el que recae la acción, quedando de manera automática consumadas las conductas típicas a pesar de que, en la práctica, ni siquiera se logre amedrentar al sujeto que las soporta. Bastará con que la acción perpetrada sea objetivamente intimidatoria y quede acreditada su realización.

III.) La jurisprudencia se ha encargado de aclarar que el delito de atentado se perfecciona incluso *cuando el acto de acometimiento o agresión no alcanza su objetivo* – STS n{um. 731/1999, de 6 de mayo (RJ 1999, 4961) –. Lo esencial para la doctrina será la embestida o ataque violento, llegando a equipararse y parificarse dicho ataque o acometida con la grave intimidación que puede consistir en un mero acto formal de iniciación del ataque o en un movimiento revelador del propósito agresivo, apreciándose «ante 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»⁷⁰⁹.

⁷⁰⁹ Ver STS de 15 de julio de 1988 y 18 de abril de 2000.

IV.) Existe cierto debate doctrinal respecto a la posibilidad de apreciar la tentativa en el delito de atentado. En realidad, lo importante será atender a la estructura del tipo concreto y a la forma concreta de entre las muchas que puede materializarse un mismo tipo. Si así se hace, podrá comprobarse cómo hay conductas que no permiten ser vistas como actos de iniciación del ataque pero que se hallan de tal modo vinculadas al mismo que bien cabe entender que representan un principio de ejecución. Personalmente, consideramos poco ortodoxo apreciar la existencia de tentativa en los casos en los que el sujeto activo lejos de dar comienzo a la ejecución, lleva a cabo algún acto preparatorio encuadrable en el artículo 553 CP.

V.) Personalmente⁷¹⁰, nos mostramos escépticos en cuanto a la posibilidad de apreciar la tentativa de atentado entendiendo que no resulta de recibo que el castigo pueda adelantarse a momentos anteriores al inicio de la actividad porque en ocasiones ni siquiera habrá existido contacto físico entre sujeto activo y sujeto portador del bien jurídico, circunstancia ésta última, que podría entenderse como una exigencia directa del principio de legalidad.

VI.) Las manifestaciones realizadas respecto al delito de atentado, son perfectamente extrapolables al de resistencia puesto que en ambos tipos será complicado apreciar la tentativa, pues la acción provoca la afectación inmediata del bien jurídico.

V.) Cierta sector doctrinal se muestra restrictivo en relación con la aplicación de los actos preparatorios propios –conspiración y proposición– y aún más si cabe, frente a la provocación, acerca de la cual han existido múltiples críticas pues no deja de ser un acto preparatorio impropio, de difícil reconducción en términos de seguridad jurídica por su constante fricción con el derecho a la libertad de expresión. De cualquier modo, señalar que el delito de atentado es uno de los pocos supuestos que sanciona las tres modalidades de actos preparatorios.

VI.) Al igual que las figuras anteriores, la de desobediencia, se caracteriza por ser un delito de mera actividad, pues se consuma con la mera ejecución de la conducta por parte del sujeto activo, esto es, con la verificación de aquello que la orden o mandato prohíbe hacer o con la omisión de lo que la orden impone hacer. Bastará con que el sujeto desobedezca la orden a la que está obligado para que el delito quede consumado, sin que se precise resultado alguno, debiendo apreciarse los correspondientes concursos cuando éste tenga lugar.

VII.) La doctrina considera factible la existencia de la tentativa inacabada de desobediencia en los casos en los que el sujeto dé comienzo al incumplimiento de la orden, mediante actos de ejecución activos u omisivos, pero no realice todos los actos que objetivamente debieran producir el delito por causas independientes al autor aunque, otra cosa es que, en la práctica sea poco frecuente su aparición. Resulta útil distinguir los supuestos en los que la conducta del sujeto activo es de carácter activo de aquéllos en los que se produce, por su parte, una omisión. En el primero de los casos las dificultades para

⁷¹⁰ Y siguiendo a ROIG TORRES, M.: *El delito de...*, op. cit., p. 207 y ss.

apreciar la tentativa inacabada se deben más bien a problemas de orden práctico, tales como dificultades probatorias y de política criminal y no de origen dogmático. En todo caso, será la discrecionalidad judicial la que habrá de tener la última palabra. En los casos en los que la orden consista en la prohibición de actuar en un determinado sentido, deberá entenderse que cuando el sujeto dé comienzo a la ejecución de la conducta expresamente prohibida mediante hechos exteriores activos, pero no realice todos los actos de ejecución que debieran producir el delito por causa no dependiente de su voluntad, estaremos ante un delito de desobediencia intentado.

CAPÍTULO TERCERO: FORMAS DE PARTICIPACIÓN.

1. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS DE ATENTADO Y RESISTENCIA.

Los delitos de atentado y resistencia son tipos comunes que, aunque no plantean

grandes problemas en sede de autoría, bien es cierto que han dado lugar a la existencia de cierto debate doctrinal en torno a esta materia. Así, ha sido discutida la posibilidad de admitir la autoría mediata de modo que DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO⁷¹¹ son de los pocos autores que expresamente se refieren al tema y se muestran partidarios de admitirla. CUERDA afirma compartir tal consideración aunque apunta que tal vez resulte polémica esta admisión en cuanto a la modalidad de atentado consistente en ofrecer resistencia activa y grave e igualmente en el propio delito de resistencia.

Como muy bien advierte ROIG TORRES⁷¹² la naturaleza del atentado como delito de mera actividad tiene implicaciones en estos momentos de nuestro estudio. Por ello –y siguiendo a esta autora– cada uno de los sujetos que realiza alguna de las acciones típicas responde por su ofensa individual, resultando inviables los supuestos de coautoría.

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. Como advierte CUERDA⁷¹³ «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».

Dicho esto, nada nos resulta más útil que realizar un breve recorrido por algunos supuestos prácticos que presentan cierta riqueza en cuanto al estudio de las formas de participación:

Comencemos analizando la conducta de **quien facilita información sobre un sujeto contra el que posteriormente se atenta**. Lo cierto es que la mayoría de casos de este género suelen plantearse en el ámbito de los delitos de terrorismo y por tanto, no podrá evitarse la concurrencia de ciertos problemas concursales. Tales supuestos conllevarán la apreciación de la figura del cooperador necesario, aunque podemos encontrar algunos supuestos jurisprudenciales en los que se considera que quien actúa de tal modo merece la calificación de cómplice. Tal es el caso de la STS de 7 de mayo de 1997 (RJ 1997, 4026)⁷¹⁴ en cuyos hechos probados se dice que el sujeto facilitó información tal como la descripción física de la víctima, su domicilio y las características de su vehículo. No podemos más que mostrarnos rotundamente disconformes con esta solución pues entendemos que no debe existir duda en que el sujeto, en tal caso, es un verdadero cooperador necesario.

Curiosa resulta la STS núm. 2386/1993, de 27 de octubre (RJ 1993, 7876) en la que

⁷¹¹ DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO: «Atentado, resistencia y desobediencia», *Enciclopedia Jurídica Básica*, Volumen I, Madrid 1995, p. 624.

⁷¹² ROIG TORRES, M.: *El delito...*, op. cit., p. 209 y ss.

⁷¹³ CUERDA ARNAU, M.L.: *Los delitos de atentado...*, op. cit., p. 177.

⁷¹⁴ Siguiendo a CUERDA ARNAU, op. cit., p. 177 y ss.

se condena como coautora a **quien conducía el coche desde el que otra persona, durante la huida** y con conocimiento de aquélla, sacando medio cuerpo por la ventanilla **dispara al vehículo policial** que les perseguía. Concretamente, el Tribunal afirma:

«No ofrece duda que hubo, aunque se produjera de manera muy rápida, un acuerdo de voluntades: huir y hacer frente a los policías perseguidores [...] La recurrente tenía, con toda evidencia, el dominio del hecho y su cooperación a la ejecución de éste fue decisiva, teniendo en cuenta que sin su actuación no se hubiera producido en los términos en que se llevó a cabo».

Resulta censurable⁷¹⁵, 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 cual 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. Así podría desprenderse de la propia afirmación hecha por el Supremo en la referida sentencia, en la que se lee:

«El simple y escueto acuerdo de voluntades, no puede sin más generar una responsabilidad penal sólida e ilimitada respecto de todo lo que acontezca después, aunque algunos de los que tomaron el acuerdo no intervengan para nada en su realización. Es obligado escudriñar, individualizando las conductas una por una, en qué consistió el acuerdo, si hubo o no auténtico reparto de papeles en el desarrollo y ejecución del delito, o por el contrario, si en esta realización de la infracción penal se extravasó por otro u otros de los intervinientes lo convenido».

En realidad, y en opinión de quien suscribe, 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.

Siguiendo con el estudio de estos supuestos, podemos hacer referencia a la STS núm. 370/2007, de 23 de abril (RJ 2007, 2151) de cuyos hechos probados se desprende que los acusados, estando a bordo de un vehículo, fueron interceptados por una patrulla de la Guardia Civil y al percatarse de la presencia de un coche policial, emprendieron la huída hasta llegar a una calle que estaba cerrada por obras, por lo que fueron obstaculizados por el coche de la Guardia Civil que le impedía el paso por la zona por la que habían accedido y en ese momento lo agentes, desde dentro de su vehículo, procedieron a darles la señal de alto, ante lo cual, haciendo caso omiso y de forma muy violenta, empezaron a embestir con

⁷¹⁵ Ibidem, p. 210 y ss.

su coche contra el de los agentes, golpeándole en varias ocasiones hasta que lograron desplazarlo y huyendo posteriormente. El TS condena a todos los acusados como autores de un delito de atentado, y concretamente argumenta su decisión del siguiente modo:

«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».

Distinto matiz presentan los casos en los que se enjuicia la conducta de quien es el **mero conductor del vehículo desde el cual se embiste a los agentes**. La STS 468/2000, de 4 de junio (RJ 2000, 5240) considera que por esa sola circunstancia no merece el sujeto la calificación de autor. Dice la resolución que no es posible fundamentar la condena en la pretendida existencia de un acuerdo de voluntades simultáneo por el hecho de que no conste que el acompañante hubiera realizado alguna actividad por la que se exteriorice un desacuerdo con los hechos realizados por el ejecutor material. Resulta, por tanto, obvio que al acompañante no le es exigible una acción impeditiva que ponga en peligro su vida o su integridad, ya sea ésta la de intentar detener el vehículo, ya sea la de arrojarse en marcha del mismo. Ante tal argumentación, no podemos más que mostrarnos plenamente conformes.

Curiosa resulta la conducta consistente en reforzar la voluntad criminal del autor, sin llegar a generarla. Sería, por ejemplo, el caso de **quienes jalean a los sujetos que comienzan a injuriar a los agentes de la autoridad y terminan por agredirlos** animados por esos terceros que con sus insultos e imprecaciones contribuyen a cuestionar la actuación funcional y la necesidad de reaccionar frente a ella. Admitir la responsabilidad de tales sujetos supondrá aceptar la posibilidad de que las contribuciones de naturaleza psíquica tenga cabida como modalidades de cooperación necesaria. CUERDA admite tal calificación siempre que razonablemente pueda sostenerse que el tipo de contribución que nos ocupa ha incidido en el proceso motivacional del autor de manera que, sin semejante apoyo, no hubiera actuado del modo en que actuó. A nuestro modo de ver carecería de la precisión deseada condenar a estos sujetos como cooperadores necesarios, por lo que entendemos que la única vía de penalización para tales casos será la que nos lleve a considerarlos inductores del delito.

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 16 CP– y cooperación necesaria –artículo 14.3 CP– radica en que ésta puede considerarse casual –en el sentido de la «*condictio 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 facilitado⁷¹⁶.

Así las cosas, será cooperador necesario, por ejemplo, quien aporte el combustible para la perpetración de un atentado a sabiendas de que tal material tendrá ese uso⁷¹⁷, o quien proporcione a miembros de banda terrorista dos vehículos, habiendo colocado en uno de ellos placas de matrícula falsas, a sabiendas de que éste iba a ser empleado para la colocación de un coche-bomba.⁷¹⁸ En contraste, responderá como cómplice quien facilite información sobre un Guardia Civil al que posteriormente atenta contra el mismo⁷¹⁹, quien cobija y protege a los autores del hecho en cuestión⁷²⁰, quien consigue una peluca y se la facilita al autor para que pueda ocultar su aspecto⁷²¹ o quien traslada a los autores materiales al lugar donde se comete el delito⁷²².

⁷¹⁶ Para mayor información ver SSTS de 5 abril 1991 (RJ 1991, 2576), núm. 2491/1992, de 13 noviembre (RJ 1992, 9657) y la núm. 711/1993, de 24 marzo (RJ 1993, 2502).

⁷¹⁷ SAN núm. 34/2003, de 6 de octubre (JUR 2004, 252806) en la que se lee: «De los hechos anteriores es autor por cooperación necesaria Gregorio, sin que concurren circunstancias modificativas genéricas de la responsabilidad criminal. Al haber quedado acreditado que fue Gregorio el que remitió el material explosivo que fue utilizado en el atentado enjuiciado en estos hechos, es evidente que debe atribuírsele su participación por cooperación necesaria, toda vez que sin su intervención no habría sido posible la ejecución de los hechos enjuiciados».

⁷¹⁸ SAN núm. 29/2003, de 19 de junio (JUR 2004, 253035).

⁷¹⁹ STS núm. 628/1997, de 7 de mayo (RJ 1997, 4026) que afirma: «Partiendo de los hechos declarados probados, como es de rigor en este cauce casacional, hay que tomar en consideración que el acusado proporcionó a la dirección de la Organización Terrorista ETA una detallada y precisa información sobre un Teniente de la Guardia Civil, incluyendo su descripción física, domicilio familiar, así como el modelo, color y matrícula del vehículo que utilizaba habitualmente, y consta que dicha información fue concretamente utilizada como base para la preparación de un atentado, que desgraciadamente se consumó con el resultado de la muerte del citado Oficial y graves lesiones a su esposa. Resulta, en consecuencia, indudable que el acusado cooperó a la ejecución del hecho, con actos anteriores, por lo que su conducta debe ser sancionada, al menos, como complicidad».

⁷²⁰ STS núm. 1384/1992, de 15 de junio (RJ 1992, 5490), en la que el Tribunal concluye: «En el caso del recurrente, que tomó parte en la decisión y asumió la función de aguardar en su domicilio la llegada de los autores directos de la muerte, no cabe duda que por lo menos posibilitó y facilitó la comisión del delito, pues proporcionó a los autores un cobijo que, si bien tuvo lugar después del hecho, había sido ya comprometido antes como condición para asegurar la discreta retirada de aquéllos del lugar del hecho.»

⁷²¹ STS de 30 de abril de 1981 (RJ 1981, 1681).

⁷²² Así, la SAN núm. 20/2003, de 19 de mayo (JUR 2004, 2622277) que refiriéndose a un delito de atentado

Como se desprende de lo que venimos exponiendo, la imputación de un delito en calidad de cooperador necesario o de cómplice dependerá de lo que estime el Tribunal en cada caso concreto, siendo de especial significación la *imprescindibilidad* de la participación del sujeto en cuestión, pues si se entiende que su intervención fue lo suficientemente imprescindible se le condenará como cooperador necesario, y en caso de no ser así, tendrá que responder como cómplice. Como dice la jurisprudencia para calibrar esto, hay que atender al grado de participación, entendiendo que el mismo tiene carácter de imprescindible cuando una vez suprimida mentalmente esa participación hubiese sido imposible la ejecución de la acción⁷²³.

Por otra parte, conviene detenerse –aunque sea brevemente– en la inducción como posible forma de participación. Resulta interesante recordar que, tal y como ha señalado la jurisprudencia, la participación propia del artículo 14.2 del CP ha de ser directa y eficaz en cuanto a la persona y al delito. Esto es, ha de recaer sobre persona determinada y ha de referirse a un delito concreto –así lo afirmaban ya las SSTS de 30 de noviembre de 1964 (RJ 1964, 5256), 2 de diciembre de 1974 (RJ 1974, 5072) y 5 de mayo de 1988 (RJ 1988, 3483), por lo 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: 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.

Como ejemplo de inducción en el delito de atentado, sirva la STS núm. 1065/1992, de 12 de mayo (RJ 1992, 3868) en la que el acusado compele a quien posteriormente resulta ser autor del delito, a «dar un susto al concejal». El Tribunal argumenta la condena por inducción del siguiente modo:

«Existe la inducción, equivalente a consejo, mandato, inspiración o persuasión a que se refieren las SS. 22-11-1889, 25-10-1954 (RJ 1954\2427),

dice: «De dicho delito es penalmente responsable, en concepto de cómplice, [...] el acusado B., al haber cooperado con los autores materiales prestándoles su ayuda con actos anteriores y simultáneos a la ejecución del hecho, teniendo pleno conocimiento de los planes delictivos de aquellos. Así, antes de que la acción se llevara a cabo, traslada en su vehículo a los tres autores materiales, primero hasta Berango para que éstos comprobaran que la víctima se encontraba en el interior del bar, y luego hasta Algorta, donde deja a dos de aquellos, y traslada a la mujer miembro del comando de nuevo hasta Berango para que se reúna con ellos al regreso de éstos; igualmente el acusado permaneció a la espera, en tanto el crimen se cometía, para servirles de "lanzadera", conduciendo su coche delante del que los otros utilizan, para facilitarles la huída. Lo que realiza con cabal conocimiento de los fines criminales, como evidencia el hecho de reunirse previamente en un domicilio con los autores materiales, en la mañana del día en que se comete el atentado, permaneciendo con ellos, y luego a la espera, hasta que aquellos se dispersan después de cometer el atentado.»

⁷²³ SSTS núm. 1894/1994, de 26 de octubre (RJ 1994, 8554) y 7 de marzo de 1996 (RJ 1996, 2012).

26-10-1957 (RJ 1957\2697), 1-7-1961 (RJ 1961\2809), 4-11-1969 (RJ 1969\5229), 5-2-1973 (RJ 1973\625), 2-12-1974 (RJ 1974\5072), 25-4-1985 (RJ 1985\2133), 12-4-1986 (RJ 1986\1964), etc.-. En la inducción existe una concurrencia de dos voluntades cuya coincidencia o acuerdo determina la infracción delictiva y en el caso ahora enjuiciado existe una doble inducción, del recurrente a C. y de éste a V., autor material del hecho. La inducción abarcaba el atentado, pues la expresión «dar un "susto"» que utiliza el relato, no se refiere a una broma más o menos pesada, sino a un amedrentamiento al Concejal B. determinante del atentado del art. 236 del Código Penal.

La inducción ha sido directa primero a C. y de éste a V. y eficaz, al aceptar éste y ejecutar lo planeado, si bien adicionando una privación de libertad que no aparece propuesta en la inducción según el factum».

2. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS DE DESOBEDIENCIA.

En sede del delito de desobediencia, como apunta QUINTERO OLIVARES⁷²⁴, la problemática de la participación se encuentra dominada por una «anomalía», pues no debe olvidarse que el delito de desobediencia es, en sí mismo, un delito contra un deber. La pregunta, por tanto sería: ¿Es posible fundamentar la responsabilidad por desobediencia de quien no está obligado a obedecer? La respuesta, para QUINTERO, no puede por menos que ser negativa, pues la única forma de participación que parece técnicamente posible en cuanto a la desobediencia se refiere es la inducción. Para este autor es preciso restringir al máximo la posibilidad de fundamentar la responsabilidad criminal por desobediencia más allá del círculo de sujetos afectados directa y personalmente por la orden, sin por ello desconocer que puede introducirse, aunque con grandes reservas, algún supuesto de inducción.

Como muy bien precisa JUANATEY⁷²⁵ los delitos de desobediencia vienen caracterizados por una conducta que habría que calificar de «personalísima» pues sólo quien personalmente la lleva a cabo puede ser el autor. A pesar de ello, es posible la participación y para argumentarlo esta autora utiliza un ejemplo especialmente clarificador al comparar el delito de desobediencia con el de bigamia. Así las cosas, JUANATEY⁷²⁶ afirma: «Lo que sucede con el delito de desobediencia [...] es muy parecido a lo que ocurre con el delito de bigamia que, en mi opinión, es también un delito de propia mano. Así, por ejemplo si una persona contrae matrimonio por poderes sin estar legítimamente disuelto su anterior vínculo matrimonial, a pesar de que quien realiza materialmente la conducta ante el juez o el sacerdote es el representante legal del bigamo, autor del delito sólo puede serlo éste último, puesto que es él quien contrae el vínculo ,y por tanto, quien realiza la conducta típica descrita en el artículo 471 del Código Penal».

⁷²⁴ QUINTERO OLIVARES, G.: «El delito de desobediencia... », op. cit., p. 72 y ss.

⁷²⁵ JUANATEY DORADO, C.: *El delito de desobediencia...*, op. cit., p. 47 y ss.

⁷²⁶ Ibidem.

Es nuestra opinión, cualquier forma de cooperación con el sujeto que desobedece debe considerarse un modo de participación delictiva. Así, podemos encontrar sentencias⁷²⁷ en las que se condena como cooperador necesario en un delito de desobediencia a quien, por ejemplo, simula un contrato de arrendamiento de una vivienda para propiciar el acceso a la misma de la propietaria, incumpliendo un mandato judicial.

La jurisprudencia, tradicionalmente, ha venido admitiendo la coautoría en el delito de desobediencia, y como ejemplo puede citarse la STS de 21 de abril de 1981 (RJ 1981, 1669) en la que se consideran autores al director y al jefe de explotación de una obra que continúa pese al requerimiento judicial sin interrumpir las obras.

3. CONCLUSIONES.-

I.) Los delitos de atentado y resistencia son tipos comunes que, aunque no plantean grandes problemas en sede de autoría, bien es cierto que han dado lugar a la existencia de cierto debate doctrinal en torno a esta materia. Ha sido discutida la posibilidad de admitir la autoría mediata de modo que son de los pocos autores⁷²⁸ que expresamente se refieren al tema y se muestran partidarios de admitirla.

II.) Personalmente nos mostramos contrarios 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.

III.) Desde la conveniencia de analizar algunos supuestos prácticos concretos podemos afirmar que quien facilita información sobre un sujeto contra el que posteriormente se atenta deberá responder como un cooperador necesario, y la misma consideración debe tener quien conduce el coche desde el que otra persona, durante la huida y con conocimiento de aquélla, sacando medio cuerpo por la ventanilla dispara al vehículo policial que les perseguía. Resulta censurable⁷²⁹, 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 cual sea su posterior intervención material en él, por lo que en opinión de quien suscribe la solución nunca debe pasar por estimar la autoría, pues ello nos parece una interpretación desmedida y atentatoria del principio de legalidad.

IV.) En lo que respecta a la inducción, señalar que ésta ha de recaer sobre persona determinada y ha de referirse a un delito concreto, así lo afirmaban ya las SSTS de 30 de noviembre de 1964 (RJ 1964, 5256), 2 de diciembre de 1974 (RJ 1974, 5072) y 5 de mayo

⁷²⁷ Así la SAP de Cantabria núm. 64/2008, de 25 de marzo (JUR 2008, 130046).

⁷²⁸ DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO: «Atentado, resistencia y desobediencia», *Enciclopedia Jurídica Básica*, Volumen I, Madrid 1995, p. 624.

⁷²⁹ *Ibidem*, p. 210 y ss.

de 1988 (RJ 1988, 3483), por lo 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: 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.

V.) Respecto a la desobediencia, podemos afirmar que tales delitos vienen caracterizados por una conducta que habría que calificar de «personalísima» pues sólo quien personalmente la lleva a cabo puede ser el autor, aunque sea perfectamente factible la participación en los mismos.

CAPÍTULO TERCERO: FORMAS CONCURSALES.

1. CUESTIONES PREVIAS.-

Antes de adentrarnos en esta materia, entendemos de utilidad realizar un breve recorrido a modo de recordatorio por las distintas modalidades concursales que coexisten en nuestro derecho, sus características, sus diferencias y la repercusión que desde el punto

de vista penológico suponen.

Conviene precisar que existe concurso de delitos cuando el hecho o hechos, acciones u omisiones de un sujeto constituyen una pluralidad de delitos que pueden ser objeto de enjuiciamiento conjunto, principalmente porque no ha recaído condena previa sobre ninguno de ellos. La doctrina⁷³⁰ acostumbra a distinguir tres modalidades de concurrencia delictiva, que han encontrado reflejo en el tratamiento penológico previsto en el CP:

1.) Hay concurso real de delitos cuando varios hechos, acciones u omisiones de un sujeto constituyan varios delitos (y puedan ser enjuiciados en la misma causa). Para estos casos en los que cada uno de los hechos es constitutivo de un tipo autónomo, prevé el artículo 73 CP, conforme al principio de acumulación material o aritmética, que se impongan todas las penas correspondientes a las diversas infracciones. No obstante, esa adición tiene que respetar los límites previstos en el artículo 76 CP, esto es, el límite relativo del triple de la más grave y el límite absoluto de duración de la pena que corresponda en función del tipo de delitos de que se trate (principio de acumulación jurídica).

2.) Hay concurso ideal de delitos cuando un hecho de un sujeto constituye dos o más infracciones penales, ya sean iguales –concurso ideal homogéneo o distintas –concurso ideal heterogéneo. La unidad de acción o de hecho que define esta modalidad de concurso se caracteriza por la presencia de una actuación o manifestación de voluntad en el mundo exterior –siendo irrelevante el número de resultados en sentido material– y la identidad, al menos parcial, de la actividad típica ejecutiva, del proceso ejecutivo que está en la base de los tipos correspondientes. Los procesos de ejecución se comportan como círculos secantes, de forma que las diferentes descripciones típicas tienen un ámbito de referencia en el que se superponen. Se regula en el artículo 77 CP, que prevé la imposición de la pena de la infracción más grave en su mitad superior, aplicando el principio de exasperación o absorción agravada, salvo que exceda la suma de las penas resultante de la punición por separado.

El CP nos acuña el concepto de concurso ideal en su artículo 21 cuando afirma:

«Hay concurso ideal cuando con una sola acción u omisión se violan diversas disposiciones legales que no se excluyen entre sí».

Esta norma, alude tan sólo al concurso heterogéneo. No obstante, la existencia del concurso homogéneo debe ser afirmada en virtud de una aplicación analógica «in bonam partem» de los artículos 21 y 75 *ibídem*, ya que de lo contrario la alternativa sería regular el caso según las reglas del concurso real (artículos 22 y 76 *ibídem*), las que resultarían más gravosas para el delincuente. Por lo demás, la expresión «diversas disposiciones legales», no debe llamar a error. Si se toma en cuenta que toda norma protege un bien relevante para el derecho, resulta claro que, en última instancia, la lesión de un precepto entraña siempre

⁷³⁰ Para mayor información ver ESCUCHURI AISA, E.: *Teoría del concurso de leyes y de delitos. Bases para una revisión crítica*, Comares, Granada 2004.

la de un bien, y es esto último lo relevante para el Ordenamiento Jurídico.

3.) Hay concurso medial de delitos cuando el sujeto lleva a cabo varios hechos, pero uno de ellos es medio necesario para cometer el otro. Sobre la relación teleológica que debe darse entre los tipos, coincide la doctrina en exigir que exista a la luz de la configuración concreta de los hechos, sin que sea suficiente ni necesaria una relación medio-fin en abstracto. Se regula en el artículo 77 CP junto al concurso ideal con idénticas consecuencias penológicas por lo que distinguir entre concurso ideal o medial será una cuestión de repercusión exclusivamente técnica o dogmática pero nunca práctica.

Frente a esto, el concurso de leyes se produce cuando la conducta de un sujeto –que puede ser de uno o varios hechos– es subsumible en varios preceptos penales, pero el análisis de la conexión existente entre ellos muestra que basta con la aplicación de uno, el preferente, para colmar el contenido desvalorativo de la conducta, de modo que si junto a la norma preferente se aplicara otra de las concurrentes se infringiría el principio *non bis in idem*. La determinación de si se da un concurso de normas penales o un concurso de delitos y, en su caso, cuál es el precepto preferente y por tanto aplicable es un problema de interpretación de la ley penal. Para resolverlo, tanto la jurisprudencia como la doctrina⁷³¹ han elaborado diversos criterios, que el legislador ha consagrado en el art. 8 CP, siendo, a groso modo, los siguientes:

- Principio de especialidad: el precepto especial se aplicará con preferencia al general (artículo 8.1ª CP). Esta regla coincide con la categoría lógica de inclusión o subordinación: todo aquel hecho que realiza el precepto especial realiza necesariamente el general, pues el precepto más específico tiene los requisitos de la norma general más otro u otros adicionales. Existe especialidad, por ejemplo entre el tipo básico y sus modalidades cualificadas o privilegiadas.

- Principio de subsidiariedad: el precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal (artículo 8.2ª CP). Este criterio implica que la ley subsidiaria sólo entra en juego si no resulta aplicable otra norma. La subsidiariedad puede ser expresa, si el carácter prevalente del tipo principal se indica por el propio legislador, o tácita, si a falta de un pronunciamiento expreso se determina por vía interpretativa. Se acude a esta regla para resolver, por ejemplo, la relación entre los distintos estadios del *iter criminis*, entre las modalidades de participación y las de autoría, y entre los delitos de riesgo o peligro concreto y de lesión.

- Principio de consunción: el precepto penal más amplio o complejo absorberá los que castiguen las infracciones consumidas en aquél (artículo 8.3ª CP). El desvalor del precepto preferente engloba el desvalor del precepto desplazado. Ese esquema no es distinto al que proponen los criterios de especialidad y subsidiariedad, aunque se intentan diferenciar vinculando la regla de la consunción a la comparación de los tipos en la situación concreta y no en abstracto. La doctrina trata en el ámbito de la consunción, por ejemplo, los casos de "hecho acompañante típico" y de hechos anteriores o posteriores impunes; pero también los

⁷³¹ Idem y GARCÍA ALBERO, R.: *Non bis in idem material y concurso de leyes penales*, Cedecs, Barcelona, 1995.

de concurrencia de las fases de realización del delito o las relaciones entre peligro y lesión.

- Principio de alternatividad: el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con una pena menor (artículo 8.4ª CP). Se aplica subsidiariamente cuando son posibles dos calificaciones y aparentemente cada una de ellas contiene todo el desvalor del hecho.

De cualquier modo, en el concurso de normas lo que convergen son las normas a aplicar⁷³², pues todas refieren un solo delito, a diferencia del concurso de delitos, en el que cada una de las normas refiere un delito diferente que ataca a un bien jurídico también distinto, o al mismo bien jurídico que se vulnera varias veces. Si se concluye que el bien jurídico vulnerado no es uno sino varios, se entra en el ámbito del concurso de delitos. La importancia del problema sobre la delimitación de la existencia de una o varias acciones delictivas se diluye y adquiere interés la concreción del bien o los bienes jurídicos afectados⁷³³.

Por lo tanto –y como ya hemos enunciado– en el concurso ideal de delitos hay varias tipicidades mientras que en el concurso de normas sólo hay una tipicidad. No hay unanimidad doctrinal sobre el tipo de concurso que debe aplicarse cuando la conducta enjuiciada produce varios resultados, especialmente cuando del concurso ideal homogéneo se trata. Interesante, a este respecto, resulta la STS núm. 187/1998, de 11 de febrero (RJ 1998, 1980)⁷³⁴ la cual establece:

«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 y dichos resultados constituyen la lesión de otros tantos bienes jurídicos, habrá que concluir que en tal supuesto tanto desde el punto de vista 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 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, es decir, cuando se actúa con “dolo eventual” 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».

⁷³² Siguiendo a CASTELLÓ NICÁS, N.: *El concurso de normas penales*. Comares, Granada 2000, p. 37 y ss.

⁷³³ CUELLO CONTRERAS, J.: «La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: la función de la normativa concursal (II)», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1979, p. 463.

⁷³⁴ Sentencia referida por CASTELLÓ NICÁS, N.: *El concurso...*, op. cit., pp. 41 y 42.

2. FORMAS CONCURSALES EN EL DELITO DE ATENTADO.-

Consecuencia del bien jurídico protegido en estos delitos y de su naturaleza supraindividual es el hecho de que una 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, pues dicho bien jurídico es uno y único, aunque sean varios los agentes contra los que se atente; cuestión distinta es que –con la acción del delito de atentado– resulte además lesionado otro bien jurídico distinto, en cuyo caso y dependiendo de las circunstancias concretas, deberá apreciarse el correspondiente concurso de delitos⁷³⁵ pues como venimos asentando en nuestro estudio, el contenido de injusto de estos tipos penales no incorpora la lesión o puesta en peligro de otros bienes jurídicos, como pueda ser la vida o la integridad física de los sujetos sobre los que recae la acción.

Autores como CUERDA⁷³⁶ se detienen en la solución que debe darse a determinados casos en los que son varios los sujetos que resultan afectados. Así, se pregunta por el tipo de concurso que debe aplicarse en casos en los que –por ejemplo– se arroja un explosivo a un vehículo en el que viajan varios agentes y todos ellos resultan muertos. Advierte, esta autora, cierta complejidad en el tema, pues la solución dependerá de la posición que se mantenga en relación con la polémica expresión «unidad de hecho». Para quienes⁷³⁷ entienden que el término «hecho» remite al momento ejecutivo, al causal y al efectual, las diversas muertes deberán ser tratadas como un supuesto de concurso real por lo que quedará descartada la posibilidad conceptual de admitir un concurso real homogéneo. En contraste, quienes⁷³⁸ 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.

La jurisprudencia, por su parte, se ha hecho eco de la pluralidad de criterios utilizados, siendo de especial mención el repaso que de tal evolución se lleva a cabo en la famosa sentencia del conocido como «caso de la Colza» –STS de 23 de abril de 1992 (RJ 1992, 6783)– la cual se aparta de la unánime opinión doctrinal que rechaza determinar cuándo hay uno o varios hechos a los efectos que aquí interesan a partir de los diversos modos de concebir la acción en la teoría jurídica del delito. Lo cierto es que la jurisprudencia parece inclinarse por entender 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 manera que

⁷³⁵ Por ejemplo, habrá concurso ideal cuando el atentado devenga con resultado de muerte o lesiones y habrá concurso real cuando el sujeto activo, al momento de ser detención por un robo –por ejemplo– atente contra el agente. En el primer caso se aprecia una unidad de acción y en el segundo una evidente pluralidad.

⁷³⁶ CUERDA ARNAU, M.L.: *Los delitos de atentado...*, op. cit., p. 180 y ss.

⁷³⁷ De esta opinión VIVES ANTÓN, T.S.: *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*, Valencia, 1981, pp. 9 y ss y GUINARTE CABADA, «El concurso medial de delitos», *Estudios Penales y Criminológicos*, XIII, Santiago de Compostela, p. 163 y ss.

⁷³⁸ Así lo entienden SANZ MORÁN, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*. Valladolid, 1986, p. 145 y ss y GARCÍA ALBERO, *Non bis in idem material y concurso de leyes penales*, Barcelona, 1995, p. 294 y ss.

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. Por el contrario, si el autor actúa con dolo eventual se estará ante una hipótesis de concurso ideal por entenderse que en tales casos la voluntad afecta directa y fundamentalmente a la acción pero no al resultado.

2.1. Concurso ideal entre el delito de atentado y lesiones.-

Como ya aclaramos en su momento, «acometer» supone ejercer una acción dirigida a menoscabar la integridad del funcionario y no requiere un contacto físico directo, siendo suficiente para la consumación el mero impulso precedido de un ánimo lesivo. Por lo tanto, cuando el autor llegue a golpear al sujeto que soporta la acción del delito de atentado y como consecuencia de ello le provoque una lesión, habrá de apreciarse un concurso ideal entre el delito de atentado y la correspondiente infracción contra la integridad física, esto es, el delito o la falta de lesiones. En el caso de que se produzca una lesión constitutiva del delito de lesiones, estaremos ante un concurso ideal del artículo 77 CP –pues un mismo hecho daría lugar a dos delitos– pero cuando la lesión sólo sea susceptible de ser reconducida por una falta, hay quienes⁷³⁹ consideran que habrá que un concurso real.

En realidad, cuando la agresión no llegue a provocar un resultado o éste no tenga la consideración de delito, entendemos no será posible recurrir al concurso entre atentado y tentativa de lesiones, pues el desvalor constituido por el peligro para la integridad corporal queda consumido con el propio atentado⁷⁴⁰. La jurisprudencia⁷⁴¹ ha asentado tal razonamiento, afirmando que los tipos de lesiones solo se aplican cuando se produce un daño físico efectivo⁷⁴².

Por todo ello, las agresiones producidas durante la perpetración de un delito de atentado no se consideran un desvalor añadido, sino que queda subsumidas en el tipo salvo que se produzca un resultado lesivo. La crítica a esta postura viene como consecuencia de la modalidad de atentado consistente en resistencia activa grave, pues en el marco de la resistencia no está incluido el quebranto físico y por tanto, lo lógico es que si este se produce, se sancione separadamente. Lo mismo ocurre con el atentado por empleo de fuerza, en el que sólo se aplican los tipos de lesiones cuando se haya producido un menoscabo corporal.

En conclusión –y siguiendo a ROIG⁷⁴³– se puede afirmar que el uso de la violencia menor contra un funcionario queda consumido en el atentado, debiéndose apreciar un

⁷³⁹ CASARES VILLANUEVA, M.L.: «Atentado, resistencia...», op. cit., p. 162.

⁷⁴⁰ ROIG TORRES, M.: *El delito de...*, op. cit., p. 214.

⁷⁴¹ Como ejemplo: STS de 14 de julio de 1982 (RJ 1982, 4662), STS núm. 258/1998, de 28 de febrero (RJ 1998, 1749).

⁷⁴² Entre los múltiples ejemplos de sentencias en las que se condena por un concurso ideal entre el delito de atentado y el de lesiones, podemos citar las SSTS núm. 74/2006, de 24 de enero (RJ 2006, 870) y la núm. 497/2006, de 3 de mayo (RJ 2006, 3335).

⁷⁴³ ROIG TORRES, M.: *El delito de...*, op. cit., p. 215.

concurso ideal con el delito o la falta de lesiones sólo en los casos en los que se rebase esa virulencia mínima, produciéndose una lesión. Por supuesto, y como puede suponerse, esa virulencia mínima deberá ponderarse a criterio judicial, pues aunque la norma general sea entender que el atentado subsume las lesiones menos graves, lo cierto es que podemos encontrar resoluciones en las que se aprecia el concurso entre atentado y faltas de lesiones. Ejemplo la STS núm. 468/2000, de 11 de abril (RJ 2000, 2697) en la que se argumenta:

«El hecho de que el acusado haya sido considerado, además, autor de un delito de atentado por haber acometido a los Agentes lesionados no es, en modo alguno, obstáculo para que se le condene por las dos faltas de lesiones asimismo cometidas, que están en una relación de concurso ideal con el atentado. La pretensión de que los delitos o faltas contra las personas que se puedan perpetrar con ocasión de un delito de atentado, sean estimadas consumidas por éste es absolutamente inacogible pues la coincidencia de unas y otras infracciones no dan lugar a un concurso de normas sino a un concurso ideal de delitos, como ya hemos dicho, que debe ser resuelto por las reglas contenidas en el art. 77 CP.»

Podemos encontrar resoluciones en las que se aprecia un concurso ideal entre el delito de atentado y el de desórdenes públicos, como es el caso de la STS núm. 1792/2002, de 25 de octubre (RJ 2002, 9612) en la que se razona:

«De modo incuestionable, los anteriores hechos integran el tipo penal cuestionado de los desórdenes públicos del art. 557 del Código Penal, pues las conductas enjuiciadas no consienten una disección académica que permita analizar separadamente los desórdenes y el atentado, ya que ambas figuras delictivas surgen de unos mismos hechos globalmente considerados; y, desde esta perspectiva, no cabe negar razonablemente –como la parte recurrente pretende– el carácter peligroso de tales comportamientos, que por afectar directamente a dos bienes jurídicos distintos –el principio de autoridad, en el atentado, y la paz pública, en los desórdenes públicos– permiten la doble incriminación de los mismos, como se ha hecho en la sentencia recurrida que acertadamente declara que "la diversa naturaleza de los bienes jurídicos lesionados impone la existencia de un concurso ideal de delitos por identidad parcial de los actos ejecutivos que están en la base de los tipos."»

2.2. Concurso ideal entre el delito de atentado y delito contra la vida.-

La primera gran diferencia que presenta esta modalidad concursal respecto a la que acabamos de estudiar, es que en el caso de las lesiones no existe un *animus necandi*, por lo que el propósito lesivo del autor queda englobado en el acometimiento pero en los casos en los que se el autor actúa con dolo de matar al funcionario sí que existe un *animus específico* que permite no sólo imputar e concurso sino también la apreciación de la tentativa. Por lo tanto, será perfectamente viable apreciar un concurso ideal entre tentativa de homicidio y atentado o entre homicidio intentado doloso, lesiones imprudentes y atentado, llegado el caso de que no se produzca la muerte pero sí daños físicos.

Como ejemplo, puede servirnos la STS núm. 191/1995, de 14 de febrero (RJ 1995, 757) que condena por un concurso ideal entre atentado y tentativa de homicidio, por intentar matar a un policía accionando reiteradas veces el gatillo de un revólver.

Cierta reticencia se advierte –en la práctica– a condenar por tentativa de homicidio en los casos de dolo eventual. Como muestra sirva la STS núm. 950/2000, de 4 de junio (RJ 2000, 5240) en la que se condena únicamente por atentado a un sujeto que durante la huida de la policía embistió con un vehículo a la motocicleta policial poniendo en peligro la vida del agente de la autoridad, quien se arrojó al suelo resultando arrollada la motocicleta que salió despedida como consecuencia del impacto. Evidente resulta, que en tal caso al sujeto se le tuvo que representar la posibilidad de causar la muerte del agente. Crítica ROIG⁷⁴⁴ tal resolución pues a su juicio siempre que se constate que el autor asumió ese resultado lesivo debe apreciarse la tentativa de homicidio pues la solución contraria supone aplicar un tipo privilegiado –a efectos punitivos– como es el atentado respecto a la tentativa de homicidio de un particular.

Como contrapunto, podemos encontrar sentencias que en similares supuestos van incluso más allá del dolo eventual, planteando la existencia de un posible «animus necandi». Así la STS núm. 1454/2002, de 13 de septiembre (RJ 2002, 8444), en la que el sujeto activo embiste al agente con vehículo a elevada velocidad, en ella –refiriéndose al autor del delito– se afirma:

«Se tiene que representar necesariamente en su mente la posibilidad de atropellar al agente con un resultado de muerte [...] y en tal estado conceptual no solamente hay dolo de lesionar, sino posiblemente “animus necandi”».

2.3. Concursos reales entre el delito de atentado y otras figuras penales.-

Exceptuando los casos expresamente analizados, como norma general, podemos entender que rigen las reglas del concurso real de delitos cuando con el atentado coexisten otras figuras delictivas. Esto es, nos referimos a aquellos casos en los que junto a la acción constitutiva del delito de atentado se produce otra segunda acción propia de un tipo penal cuyo bien jurídico tutelado disiente del propio del atentado.

No presenta el estudio de este apartado cuestiones de relevante repercusión en nuestro estudio, por lo que simplemente nos limitaremos a enunciar –a modo de ejemplo– algunos de los supuestos de concursos reales con el delito de atentado más frecuentes en la práctica.

Uno de los supuestos concursales más comunes es el consistente en el concurso real entre el delito de atentado y el de robo, pues como dice la STS de 19 de septiembre de 1988 (RJ 1988, 6794) estamos ante conductas que atacan bienes jurídicos diferentes y que por tanto no pueden ser objeto de valoración única y conjunta, sino que constituyen dos infracciones independientes y como tal deben ser calificadas. Hemos de mencionar la

⁷⁴⁴ ROIG TORRES, M.: *El delito...*, op. cit., p. 216.

posibilidad de encontrarnos con resoluciones en las que se aprecia un concurso ideal entre atentado y robo, como es el caso de la STS núm. 678/2002, de 13 de abril (RJ 2002, 5280) en la que la sustracción del arma al agente se entiende comprendida en la acción propia del delito de atentado. Igualmente relevante resulta la STS de 28 de diciembre de 1988 (RJ 1988, 10304) que argumenta la existencia de un delito medial, también calificado como manifestación de un concurso ideal. Concretamente, en esta resolución se afirma:

«El fin inmediato de la acción (*finis operis*) que actúa como causa y el motivo de la misma (*finis operantes* o *movente*) que la impulsa. Tal distinción viene, en cierto modo, a coincidir con al del dolo directo o de primer grado y el dolo de consecuencias necesarias o de segundo grado. En nuestro caso, el móvil que impulsaba a los procesados era hacerse con armas y dinero (*ánimo de lucro*, por tanto, injertado como tal en el delito de robo), pero el apoderamiento de las armas primero y del dinero después, implicaba necesariamente el atacar e inmovilizar, tal y como lo hicieron al vigilante jurado, cuyo carácter conocían y que por lo mismo había de oponerse a su propósito depredador, es decir que ambas acciones, la del ataque y la del apoderamiento lucrativo están en relación de medio a fin, lo que justifica su coexistencia delictiva en concurso medial o teleológico [...]. Por otra parte, tal conjunción de fines es la que opera con gran frecuencia en los comportamientos delictivos: un ataque o agresión propios del delito de atentado no se da únicamente con el propósito de quebrantar o menospreciar el principio de autoridad, sino subordinado a otras finalidades, delictivas o no, pero que comportan aquel menosprecio [...].»

Podemos encontrar, igualmente, supuestos en los que se aprecia un concurso real entre el delito de atentado y el de quebrantamiento de condena. En esta segunda figura delictiva –a diferencia del atentado– el ataque va dirigido contra la Administración de Justicia. Como ejemplo, sirva la STS de 15 de abril de 1991 (RJ 1991, 2784) en la que se dan –en el ataque a un agente por parte de unos presos que se dan a la fuga– todos los elementos integrantes del delito de atentado, aun cuando esa agresión fuera el medio para el propósito ulterior de la huída, añadiendo que

«[...] cuando concurren varias de las circunstancias agravatorias contempladas en el artículo 335 del CP –actual artículo 469– una de ellas servirá para cualificar la evasión y alguna otra constituirá otro delito, tal como el de atentado, y habrá por tanto un concurso de infracciones».

A tenor de ello, no faltan supuestos en los que el atentado es un medio o instrumento para el quebrantamiento de condena, aludiéndose, por tanto, a la existencia de un concurso medial⁷⁴⁵.

Ilustrativas resultan las SSTS de 14 de febrero de 1989 (RJ 1989, 4754), la de 15 de

⁷⁴⁵ A título de ejemplo la STS núm. 1461/2002, de 12 de septiembre (RJ 2002, 8276) en la que se condena por dos delitos de homicidio intentado, en concurso ideal con un delito de atentado a agentes de la autoridad y todos en concurso medial con dos delitos de quebrantamiento de condena.

abril de 1991 (RJ 1991, 2784), 26 de marzo de 1984 (RJ 1984, 1859) y 12 de noviembre de 1984 (RJ 1984, 5464) en las que refiriéndose a la imposibilidad de apreciar el concurso entre la falta de daños y el quebrantamiento de condena, se dice:

«Es preciso aplicar el principio de la absorción que asume en el delito de quebrantamiento los resultados producidos por la violencia o por otro cualquiera de los subtipos del precepto, a salvo que tales resultados estén penados más gravemente, en cuyo caso, por aplicación del artículo 68 (hoy 8.4.º) desaparece la cualificativa desplazada por el delito de resultado más grave. Y con excepción de que concurren varias modalidades agravatorias, pues entonces una de ellas servirá para calificar la evasión y la otra, si constituye otro delito, tal el de atentado, entrará en concurso con el de quebrantamiento de condena.»

Dada la naturaleza del delito de atentado y la posibilidad de cometerse con armas o explosivos, es frecuente encontrar la aparición del concurso real entre atentado –en este caso verificado con armas o instrumentos peligrosos– y la tenencia ilícita de armas. Como ejemplo⁷⁴⁶ la STS núm. 578/2005, de 5 de mayo (RJ 2005, 4398) en la que se argumenta a favor de la existencia de un concurso real y no de un concurso ideal:

«[...] aun cuando pudiésemos admitir la relación de concurso ideal entre los delitos de atentado, lesiones y daños, debería quedar excluido de la misma el delito de tenencia de explosivos por cuanto se trata de una infracción de naturaleza formal y abstracta, donde el Legislador adelanta la barrera de protección, siendo suficiente para su consumación la mera tenencia del artefacto, con independencia de su aplicación o finalidad ulterior, de donde se desprende que la aplicación parcial del concurso ideal a los delitos mencionados en primer lugar sería irrelevante. Por otra parte, tampoco se infringe el principio «non bis in idem» cuando el delito de atentado resulta agravado por el empleo de medios peligrosos (artículo 552.1.1º CP), precisamente por lo dicho más arriba a propósito del delito de tenencia de explosivos.»

Podríamos continuar relatando toda una serie de supuestos prácticos en los que el delito de atentado concurre con otra figura delictiva claramente diferenciada pero ello, en realidad, no aportaría más riqueza que la de enunciar una casuística tan amplia como irrelevante en estos momentos de nuestro estudio.

3. FORMAS CONCURSALES EN EL DELITO DE RESISTENCIA.-

Tal y como en su momento –al definir la conducta típica del delito de resistencia– señalábamos, la resistencia propia del artículo 556 del CP es toda aquella que no sea activa

⁷⁴⁶ Sírvanos de igual modo la STS núm. 264/2000, de 21 de febrero (RJ 2000, 874) y la STS núm. 2143/2002, de 18 de diciembre (RJ 2002, 408).

y grave, concibiendo acumulativamente ambos requisitos. Por lo tanto, quedaría encuadrada dentro del tipo –al margen de la llamada resistencia pasiva– toda conducta activa que a pesar de constituirse como una acción positiva del sujeto activo no reviste la gravedad suficiente como para considerarse grave, pues la acción no es lo suficientemente significativa como para ser catalogada como propia del delito de atentado. Estaríamos, por ende, ante conductas tales como que presentan un empleo de fuerza de poca índole o que carecen del componente violento necesario para ser consideradas atentado.

De lo anteriormente afirmado, se desprende que no será nada frecuente en la práctica que se produzca un concurso ideal entre el delito de resistencia y algún delito contra la vida, o incluso un delito de lesiones, y ello porque si la entidad de la acción cometida por el sujeto activo tiene la virulencia necesaria como para provocar un resultado tan lesivo para la vida o la integridad física de quien la soporta, no podrá hablarse de resistencia sino de atentado. Pero, a pesar de que hemos de reconocer que tales supuestos no serán probables en la práctica, en absoluto son imposibles. Podemos encontrar casos en los que como consecuencia de acción de resistirse se produzca un resultado lesivo y aún siendo así no proceda aplicar el delito de atentado, siendo imprescindible apreciar el concurso entre resistencia y lesiones. Se trataría de aquellos supuestos en los que el sujeto activo no tiene más intención que la de resistirse ante una actuación de los agentes de la autoridad, faltando el requisito subjetivo necesario para la concurrencia del delito de atentado. A modo de ejemplo hemos de detenernos en la interesante STS 892/2003, de 17 de junio (RJ 2003, 6140) de cuyo relato fáctico se desprenden los siguientes hechos probados:

Agentes de la Ertzaintza procedieron a identificar al acusado, puesto que habían observado que portaba en su boca diversas bolas termoselladas que podrían contener sustancias estupeficientes. Uno de los agarró al acusado del cuello para evitar que se tragara las bolas que portaba en la boca, recuperando una bolsa vacía y un envoltorio conteniendo que contenía heroína. El sujeto, interceptado por la Ertzaintza, se revolvió y dio una patada en los testículos a uno de los agentes así como un golpe en la parte trasera de su pierna provocándole heridas de diversa consideración.

El TS, tras discutir el encuadre de la conducta entre el delito de atentado y el de resistencia, resuelve apreciando un concurso ideal entre éste último y la falta de lesiones⁷⁴⁷. Del mismo modo, encontramos pronunciamientos favorables a considerar como real el concurso entre ambos ilícitos, tal es el caso de la STS núm. 69/1996, de 26 de enero (RJ 1996, 621).

Por lo tanto, y una vez puesta de manifiesto la dificultad –aunque no imposibilidad– de apreciar el delito de resistencia en concurso ideal con otro ilícito penal, claro está que en sede de concursos reales no existe problema alguno pues podemos encontrar supuestos muy variopintos en los que esta figura delictiva aparece en relación con otra. En realidad, tal circunstancias no presenta particularidades dignas de pormenorizado estudio, por lo que basta mencionar algunos supuestos concursales a modo de simple referencia. Así, la STS

⁷⁴⁷ Similar solución se alcanza –entre otras– en la STS núm. 1755/2002, de 22 de octubre (RJ 2002, 9601) o en la STS núm. 1601/2002, de 30 de septiembre (RJ 2002, 8676).

núm. 370/2003, de 15 de marzo (RJ 2003, 2908) en la que se aprecia un concurso real entre los delitos de extorsión, allanamiento de morada y resistencia: STS núm. 1395/2002, de 24 de julio (RJ 2002, 7785) en la que se condena por concurso real entre un delito de resistencia y otro contra la salud pública ó la STS núm. 1031/2002, de 30 de mayo (RJ 2002, 5582) que resuelve condenando por un concurso entre los delitos de coacciones, fraude y exacción ilegal, prevaricación y resistencia.

4. FORMAS CONCURSALES EN EL DELITO DE DESOBEDIENCIA.-

En lo que concierne a la acción propia del delito de desobediencia, no está de más recordar que –tal y como precisamos en su momento– la conducta desobediente no puede estar acompañada por actitud violenta alguna, ni de tipo corporal ni intimidatorio, sino que es indispensable que el comportamiento del sujeto activo no exceda de una actitud pasiva, desobediente, a pesar de que ello pueda suponer cierta acción, pues habrá supuestos en los que la orden consista –precisamente– en no realizar determinado comportamiento y por tanto el hecho de no ejecutarlo, la omisión de la orden, sea que le que dé lugar al delito de desobediencia. En consecuencia, y en opinión de quien suscribe, en puridad de conceptos no es posible apreciar un concurso ideal entre el delito de desobediencia y cualquier otra figura que requiera una acción activa de acometimiento por leve que sea, tal es el caso de las lesiones. Ahora bien, dadas las particularidades propias de la desobediencia, a nuestro juicio, es posible la concurrencia de un concurso ideal entre este delito y algunos otros como pueda ser un delito contra el medio ambiente. Imaginemos, por ejemplo, que el dueño de una fábrica tiene prohibido mediante orden administrativa verter residuos a un río cercano y a pesar de ello, los vierte provocando la correspondiente contaminación de las aguas potables. En tal caso con una sola acción, consiste en realizar lo prohibido, se estaría incurriendo en dos delitos diferentes –o posiblemente en tres, considerando igualmente la existencia de un delito contra la salud pública- uno de ellos el de desobediencia y otro contra el medio ambiente.

Idéntica argumentación, para justificar la existencia de un concurso –en este caso medial– entre el delito de desobediencia y un delito contra la seguridad del tráfico. El mejor ejemplo nos viene dado por la SAP de Barcelona núm. 1166/2004, de 8 de noviembre (JUR 2005, 22471) en la que puede leerse:

«Los hechos que el Juez entiende probados describen un iter claro y definido: al observar los agentes una conducción anómala del automóvil conducido por el acusado cambiaron el sentido de la marcha y le ordenaron detener el vehículo con señales acústicas y luminosas, ordenes que desoyó el acusado-conductor iniciando una desenfundada carrera en la que infringió gravemente las normas del tráfico llegando a poner en concreto peligro la vida o integridad de otros usuarios del tráfico incluido un peatón. Y es precisamente este iter el que debe ser calificado jurídico penalmente de manera correcta lo que no hace el Juez a quo. En efecto, la desobediencia a las ordenes de la autoridad no cristaliza en un acto puntual sino que es contumaz, reiterada y

persistente y por lo tanto grave y constitutiva de delito (artículo 556) y para llevarla a cabo el acusado realiza otro delito el de conducir con temeridad manifiesta llegando a poner en concreto peligro la vida o integridad de otros usuarios del tráfico (artículo 381) de manera que penalmente éste constituye el delito-medio para la realización del delito-fin, esto es para desobedecer gravemente a los agentes de la autoridad por lo que la calificación legal debe ser por imperativo legal el del concurso medial de infracciones regulada en el artículo 77.1 del texto punitivo cuya penalidad se determina en el apartado 2. del mismo precepto legal».

Nada queda que decir respecto a la posibilidad de apreciar un concurso real entre el delito de desobediencia y otras figuras penales, pues como ya ocurriera anteriormente con la resistencia, éste ilícito es susceptible de aparecer con muchos otros sin que esto presente peculiaridad alguna.

5. PROBLEMÁTICA DE CONCURSO DE NORMAS.-

Conviene precisar, en lo que respecta al delito de desobediencia, que esta figura queda desplazada por la de atentado siempre que la negativa omisiva a cumplir la orden dada vaya seguida de una actuación positiva, y ello de acuerdo con lo establecido para los concursos de normas, concretamente por virtud del principio de subsidiariedad. Así lo asienta la jurisprudencia en sentencias como la STS de 15 de octubre de 1979 (RJ 1979, 3595) en la que se condena por atentado al acusado que omitió una orden judicial y después se abalanzó contra los policías que debían llevarla a efecto, acometiéndoles con una maceta, azuzándoles un perro y amenazándoles con un cuchillo. A similar solución se llega en la STS de 3 de julio de 1985 (RJ 1985, 3873) en la que el acusado, después de ser requerido por los agentes, desobedece sus indicaciones negándose a facilitar la documentación requerida y propinando finalmente un puñetazo a uno de ellos.

Algo similar ocurrirá cuando el sujeto activo lleve a cabo conductas susceptibles de considerarse típicas del delito de atentado y de resistencia. En tal caso, habrá que resolver a favor de la infracción más grave, esto es, del atentado. Así lo afirma la STS de 18 de julio de 1983 (RJ 1983, 4194), la cual –referida al CP anterior– establece lo siguiente:

«Que, a propósito del delito de atentado, es preciso subrayar que, en el artículo 231.2º del Código Penal, que castiga el delito de atentado, y en régimen de total equiparación se describen cuatro conductas diferentes, aunque sancionadas con idéntico y superior rigor –acometimiento, empleo de fuerza, grave intimidación, resistencia también grave–, mientras que, en el artículo 237 se definen otros dos comportamientos de menor entidad y, castigados con inferior rigor –resistencia no grave y desobediencia grave–: siendo evidente que, del mismo modo que si, en el curso de una sola dinámica delictiva, incurren, el agente o agentes en dos o más conductas de las tipificadas en el número segundo del artículo 231 citado, por virtud del principio "non bis in idem", sólo se penará una de ellas, en el caso de coexistir alguno de dichos comportamiento con los delitos en el artículo 237. En consideración al

principio mencionado, al de la gravedad consagrado en el artículo 68 y al de la consunción, la acción más grave absorberá a la coetánea menos grave, y sancionándose sólo aquella y no esta, a menos, claro está, que no correspondan (como ya se ha dicho) a una misma dinámica comisiva a episodios o secuencias de ella, sino que se hubieran perpetrado en lugares, tiempo, circunstancias o contra personas claramente distintos y nítidamente diferenciados o singularizados.»

Tras esta afirmación, entendemos conveniente realizar un breve recorrido por aquellos supuestos que, a priori, podrían ser susceptibles de encuadrarse tanto en un delito de los contemplados en los artículos 550 a 556 CP como en algún otro tipo concreto con cuyo presupuesto fáctico coincide. Habrá que atender a cada caso concreto y realizar la oportuna aplicación de los principios que regulan los concursos de normas para decantarse por la aplicación de una u otra figura delictiva.

En primer lugar, hemos de referirnos al artículo 410 y siguientes del CP que tipifican el delito de desobediencia a autoridad, cometido por subordinados o inferiores jerárquicos. Se nos puede plantear la duda de si en estos supuestos sería aplicable el delito de desobediencia del artículo 556 CP pero la solución nos viene dada por el principio de especialidad en virtud del cual prevalece el artículo 140 CP. La misma solución⁷⁴⁸ debe adoptarse en los supuestos de incumplimiento de las órdenes de la autoridad judicial o legislativa para comparecer en un proceso criminal o ante una Comisión de investigación previstos en los artículos 463 y 502.1 CP.

Claro queda el supuesto planteado por el artículo 622 del CP en los casos en los que los padres, tutores o guardadores se apoderan de un menor contraviniendo la resolución adoptada por un Juez o Tribunal. En estos casos, y según el tenor literal del propio precepto, la solución pasa por aplicar la falta pues sólo procederá la desobediencia cuando una vez requerido por el órgano judicial se persista en la actitud.

Por otro lado, y en lo que respecta a las amenazas y coacciones perpetradas contra un funcionario público, autoridad o agente de la misma, puede entenderse que las mismas al igual que cualquier otro acto de *vis psíquica* –siempre que revista la suficiente gravedad– quedan subsumidas en el delito de atentado en su modalidad de intimidación grave, siendo importante precisar que las consecuencias penológicas de ello no presentan significación pues las penas señaladas al atentado no son sustancialmente distintas de las previstas para las amenazas⁷⁴⁹. Lo mismo ocurre con las injurias vertidas contra el funcionario durante el desenvolvimiento de los hechos, de acuerdo con las reglas generales que rigen el concurso de leyes, en tanto el desvalor de las ofensas menores a la autoridad queda consumido en el hecho más grave. Este razonamiento⁷⁵⁰ fue seguido por la jurisprudencia bajo la vigencia del Código penal anterior, cuando se estimaba que las amenazas e injurias constitutivas de

⁷⁴⁸ Siguiendo a LAMARCA PÉREZ, C.: *Derecho Penal*...., op. cit., p. 676.

⁷⁴⁹ PRATS CANUT, J.M en QUINTERO OLIVARES, G y OTROS: *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona 2002, p. 1566.

⁷⁵⁰ Así lo expone ROIG TORRES, M: *El delito de*...., op. cit., p. 211 y ss.

desacato quedaban subsumidas en el delito de atentado, atendiendo tanto a la identidad del bien jurídico protegido en ambos ilícitos, como a las normas generales del concurso de leyes, siempre que estuvieran causadas por un mismo suceso y respondieran a un único propósito ofensivo. La misma solución entendemos que resulta de recibo mantener hoy pese a que las injurias se habrían de sancionar conforme a los tipos comunes, en los que el objeto de tutela no se corresponde con el principio de autoridad, atendiendo para ello al principio de consunción. Como ejemplo la STS núm. 2003/2000, de 20 de diciembre (RJ 2000, 10465) en la que los insultos a un guardia civil seguidos de agresión física fueron calificados como atentado.

Especial atención merece la problemática originada en torno a los delitos de terrorismo. La cuestión es tratada por CUERDA ARNAU⁷⁵¹ quien señala que los supuestos menos confusos se producen cuando la conducta intimidatorio, el mero acometimiento o el empleo de fuerza no es subsumible en alguno de los supuestos agravados del artículo 572 del CP en cuyo caso procede aplicar la figura de atentado que corresponda con la agravación prevista en el artículo 574 por el hecho de haber cometido el delito perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas. La complejidad vendrá dada por los supuestos en los que la conducta produce, pro ejemplo, la muerte o alguna de las graves lesiones referidas en el artículo 572 del CP. Claro está que el principio non bis in idem impide la aplicación de ambos preceptos pues ello supondría la doble agravación de un mismo fundamento. Para esta autora⁷⁵², las posibilidades concursales que derivan de la hipótesis planteada son las siguientes:

a) Aplicar el artículo 571 en concurso con el delito de atentado previsto en el artículo 551.2 y éste, a su vez, en concurso –real o ideal, según la postura que se adopte– con los resultados lesivos producidos calificados con arreglo a los tipos comunes.

b) Aplicar el artículo 572.1 para cada uno de los resultados lesivos en concurso con los delitos previstos en los artículos 551.2 y 346 del CP.

Personalmente, entendemos que la solución más correcta es la primera, y ello en virtud de lo establecido por el principio de alternatividad (artículo 8.4ª del CP) pues la opción elegida contiene todo el desvalor del hecho.

Por último, referirnos a los casos en los que la conducta llevada a cabo por el sujeto activo consiste en dejar de pagar una pensión a la que está obligado, como es el caso del delito contra las relaciones familiares por impago de pensiones recogido en el art. 227 del CP. Es ésta una hipótesis concursal ciertamente controvertida que debemos resolver, a nuestro juicio mediante el principio de la especialidad pues el tipo recogido en el artículo 227 del CP estudiado prevé con mayor concreción todos los aspectos de la conducta típica. Cuestión distinta es que junto al incumplimiento de las obligaciones pecuniarias exista el incumplimiento de otras disposiciones, por ejemplo, en cuanto al régimen de visitas a los hijos, en cuyo caso nos hallaremos ante un concurso real con el delito de desobediencia.

⁷⁵¹ CUERDA ARNAU, M. L.: *Los delitos de atentado...*, op. cit., p. 189 y ss.

⁷⁵² *Idem*, p. 190.

6. CONCLUSIONES.-

I.) Consecuencia del bien jurídico protegido en estos delitos y de su naturaleza supraindividual es el hecho de que una actitud agresiva frente a varios funcionarios, autoridades o agentes de la misma, no dé lugar a tantos delitos como sujetos portadores del bien jurídico resulten agredidos, sino a una sola infracción, pues dicho bien jurídico es uno y único, aunque sean varios los agentes contra los que se atente; cuestión distinta es que – con la acción del delito de atentado– resulte además lesionado otro bien jurídico distinto, en cuyo caso y dependiendo de las circunstancias concretas, deberá apreciarse el correspondiente concurso de delitos.

II.) Como ya aclaramos en su momento, «acometer» supone ejercer una acción dirigida a menoscabar la integridad del funcionario y no requiere un contacto físico directo, siendo suficiente para la consumación el mero impulso precedido de un ánimo lesivo. Por lo tanto, cuando el autor llegue a golpear al sujeto que soporta la acción del delito de atentado y como consecuencia de ello le provoque una lesión, habrá de apreciarse un concurso ideal entre el delito de atentado y la correspondiente infracción contra la integridad física, esto es, el delito o la falta de lesiones. En el caso de que se produzca una lesión constitutiva del delito de lesiones, estaremos ante un concurso ideal del artículo 77 CP –pues un mismo hecho daría lugar a dos delitos– pero cuando la lesión sólo sea susceptible de ser reconducida por una falta, hay quienes⁷⁵³ consideran que habrá que un concurso real.

III.) Se puede afirmar que el uso de la violencia menor contra un funcionario queda consumido en el atentado, debiéndose apreciar un concurso ideal con el delito o la falta de lesiones sólo en los casos en los que se rebase esa virulencia mínima, produciéndose una lesión. Por supuesto, y como puede suponerse, esa virulencia mínima deberá ponderarse a criterio judicial, pues aunque la norma general sea entender que el atentado subsume las lesiones menos graves, lo cierto es que podemos encontrar resoluciones en las que se aprecia el concurso entre atentado y faltas de lesiones.

IV.) Es frecuente encontrar sentencias en las que se condena por un concurso ideal entre atentado y homicidio consumado o en grado de tentativa, en su caso, como ejemplo, la STS núm. 191/1995, de 14 de febrero (RJ 1995, 757). Cierta reticencia se advierte –en la práctica– a condenar por tentativa de homicidio en los casos de dolo eventual –como muestra sirva la STS núm. 950/2000, de 4 de junio (RJ 2000, 5240)–.

V.) Como norma general, rigen las reglas del concurso real de delitos cuando con el atentado coexisten otras figuras delictivas, en aquellos casos en los que junto a la acción constitutiva del delito de atentado se produce otra segunda acción propia de un tipo penal cuyo bien jurídico tutelado disiente del propio del atentado.

VI.) No será nada frecuente en la práctica que se produzca un concurso ideal entre el

⁷⁵³ CASARES VILLANUEVA, M.L.: «Atentado, resistencia...», op. cit., p. 162.

delito de resistencia y algún delito contra la vida, o incluso un delito de lesiones, y ello porque si la entidad de la acción cometida por el sujeto activo tiene la virulencia necesaria como para provocar un resultado tan lesivo para la vida o la integridad física de quien la soporta, no podrá hablarse de resistencia sino de atentado. Pero, a pesar de que hemos de reconocer que tales supuestos no serán probables en la práctica, en absoluto son imposibles. Podemos encontrar casos en los que como consecuencia de acción de resistirse se produzca un resultado lesivo y aún siendo así no proceda aplicar el delito de atentado, siendo imprescindible apreciar el concurso entre resistencia y lesiones. Se trataría de aquellos supuestos en los que el sujeto activo no tiene más intención que la de resistirse ante una actuación de los agentes de la autoridad, faltando el requisito subjetivo necesario para la concurrencia del delito de atentado.

VII.) No presenta importantes particularidades el estudio de las formas concursales en el delito de desobediencia. Dadas las particularidades propias de tipo, a nuestro juicio, es posible la concurrencia de un concurso ideal entre este delito y algunos otros como pueda ser un delito contra el medio ambiente u otra figura similar que pueda dar lugar a ello.

VIII.) En lo que respecta a los concursos de normas, en lo relativo al delito de desobediencia, esta figura queda desplazada por la de atentado siempre que la negativa omisiva a cumplir la orden dada vaya seguida de una actuación positiva, y ello de acuerdo con lo establecido para los concursos de normas, concretamente por virtud del principio de subsidiariedad.

IX.) Cuando el sujeto activo lleve a cabo conductas susceptibles de considerarse típicas del delito de atentado y de resistencia. En tal caso, habrá que resolver a favor de la infracción más grave, esto es, del atentado.

X.) El artículo 410 y siguientes del CP que tipifican el delito de desobediencia a autoridad, cometido por subordinados o inferiores jerárquicos da lugar a la duda de si en estos supuestos sería aplicable el delito de desobediencia del artículo 556 CP pero la solución nos viene dada por el principio de especialidad en virtud del cual prevalece el artículo 140 CP. La misma solución debe adoptarse en los supuestos de incumplimiento de las órdenes de la autoridad judicial o legislativa para comparecer en un proceso criminal o ante una Comisión de investigación previstos en los artículos 463 y 502.1 CP.

XI.) En lo que respecta a las amenazas y coacciones perpetradas contra un funcionario público, autoridad o agente de la misma, puede entenderse que las mismas al igual que cualquier otro acto de *vis psíquica* –siempre que revista la suficiente gravedad– quedan subsumidas en el delito de atentado en su modalidad de intimidación grave, siendo importante precisar que las consecuencias penológicas de ello no presentan significación pues las penas señaladas al atentado no son sustancialmente distintas de las previstas para las amenazas. Lo mismo ocurre con las injurias vertidas contra el funcionario durante el desenvolvimiento de los hechos, de acuerdo con las reglas generales que rigen el concurso de leyes, en tanto el desvalor de las ofensas menores a la autoridad queda consumido en el

hecho más grave. Este razonamiento⁷⁵⁴ fue seguido por la jurisprudencia bajo la vigencia del Código penal anterior, cuando se estimaba que las amenazas e injurias constitutivas de desacato quedaban subsumidas en el delito de atentado, atendiendo tanto a la identidad del bien jurídico protegido en ambos ilícitos, como a las normas generales del concurso de leyes, siempre que estuvieran causadas por un mismo suceso y respondieran a un único propósito ofensivo. La misma solución entendemos que resulta de recibo mantener hoy pese a que las injurias se habrían de sancionar conforme a los tipos comunes, en los que el objeto de tutela no se corresponde con el principio de autoridad, atendiendo para ello al principio de consunción. Como ejemplo la STS núm. 2003/2000, de 20 de diciembre (RJ 2000, 10465) en la que los insultos a un guardia civil seguidos de agresión física fueron calificados como atentado.

XII.) Especial atención merece la problemática originada en torno a los delitos de terrorismo. La cuestión es tratada por CUERDA ARNAU⁷⁵⁵ quien señala que los supuestos menos confusos se producen cuando la conducta intimidatorio, el mero acometimiento o el empleo de fuerza no es subsumible en alguno de los supuestos agravados del artículo 572 del CP en cuyo caso procede aplicar la figura de atentado que corresponda con la agravación prevista en el artículo 574 por el hecho de haber cometido el delito perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas. La complejidad vendrá dada por los supuestos en los que la conducta produce, pro ejemplo, la muerte o alguna de las graves lesiones referidas en el artículo 572 del CP. Claro está que el principio non bis in idem impide la aplicación de ambos preceptos pues ello supondría la doble agravación de un mismo fundamento. Para esta autora⁷⁵⁶, las posibilidades concursales que derivan de la hipótesis planteada son las siguientes:

a) Aplicar el artículo 571 en concurso con el delito de atentado previsto en el artículo 551.2 y éste, a su vez, en concurso –real o ideal, según la postura que se adopte– con los resultados lesivos producidos calificados con arreglo a los tipos comunes.

b) Aplicar el artículo 572.1 para cada uno de los resultados lesivos en concurso con los delitos previstos en los artículos 551.2 y 346 del CP.

Personalmente, entendemos que la solución más correcta es la primera, y ello en virtud de lo establecido por el principio de alternatividad (artículo 8.4ª del CP) pues la opción elegida contiene todo el desvalor del hecho.

XIII.) Los casos en los que la conducta llevada a cabo por el sujeto activo consiste en dejar de pagar una pensión a la que está obligado, como es el caso del delito contra las relaciones familiares por impago de pensiones recogido en el art. 227 del CP. Es ésta una hipótesis concursal ciertamente controvertida que debemos resolver, a nuestro juicio mediante el principio de la especialidad pues el tipo recogido en el artículo 227 del CP estudiado prevé con mayor concreción todos los aspectos de la conducta típica. Cuestión

⁷⁵⁴ Así lo expone ROIG TORRES, M: *El delito de...*, op. cit., p. 211 y ss.

⁷⁵⁵ CUERDA ARNAU, M. L.: *Los delitos de atentado...*, op. cit., p. 189 y ss.

⁷⁵⁶ Idem, p. 190.

distinta es que junto al incumplimiento de las obligaciones pecuniarias exista el incumplimiento de otras disposiciones, por ejemplo, en cuanto al régimen de visitas a los hijos, en cuyo caso nos hallaremos ante un concurso real con el delito de desobediencia.

**PARTE V: CIRCUNSTANCIAS
MODIFICATIVAS, CONSECUENCIAS
JURÍDICAS Y CUESTIONES
PROCESALES.**

CAPÍTULO PRIMERO: CIRCUNSTANCIAS GENÉRICAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD.

1. CAUSAS GENÉRICAS DE ATENUACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD.-

Como ya ocurriera al momento de estudiar algunas de las circunstancias eximentes de responsabilidad penal contempladas en el artículo 20 del texto punitivo, tampoco las atenuantes genéricas recogidas en el artículo 21 presentan, en estos delitos, singularidad alguna. De este modo, y sin distinción con el resto de figuras delictivas contempladas en el Código, la pena podrá atenuarse si se estima que en la conducta del autor del delito concurren alguna de las causas taxativamente contempladas en el referido precepto.

Quizás, sea la atenuante prevista en el artículo 21.3º del CP –que atenúa la pena de quienes obren «por causas o estímulos tan poderoso que hayan producido arrebató, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante»– la más interesante en su estudio, en lo que a estos delitos se refiere. Ello es así porque, en ocasiones, las funciones que han de desempeñar los sujetos portadores del bien jurídico pueden provocar cierta reacción de obcecación en el particular que se ve apresado, o que de algún modo está siendo objeto de una represión o sanción aunque ello sea perfectamente conforme a ley. Esto es lo que viene a decir el Tribunal Supremo al analizar la mencionada atenuante, pues en sentencia núm. 1989/2001, de 22 de octubre (RJ 2001, 9068) se puede leer:

«Es doctrina de esta Sala sobre la circunstancia atenuante invocada el que el arrebató es una reacción momentánea que los seres humanos experimentan ante estímulos poderosos que producen una honda perturbación del espíritu, que ofusca la inteligencia y determinan a la voluntad a obrar irreflexivamente y es elemento objetivo insoslayable para la apreciación de esta circunstancia el que el estímulo que desencadena la reacción rápida e instantánea (arrebató) debe tener cierta entidad de tal manera que justifique o explique la reacción del acto y merezcan una disminución de la imputabilidad con los efectos consiguientes sobre la pena. Se trata, pues, de una atenuante pasional, en la que son decisivos los factores subjetivos típicamente emocionales y que en el arrebató supone la pérdida momentánea del dominio sobre sí mismo.»

Por cuando su claridad expositiva, hemos de referirnos a la SAP de Ciudad Real núm. 103/2001, de 14 de junio (JUR 2002, 62902) en la que se extractan los presupuestos de esta circunstancia atenuante en los siguientes:

1.) La existencia de determinados estímulos potencialmente capaces de producir anomalías psíquicas en el sujeto activo de la dinámica delictiva.

2.) Que tales anomalías tengan un estado consistente en un estado de furor o cólera, de ofuscación o de turbación permanente, capaces de disminuir el intelecto o la voluntad de la persona.

3.) Que las causas determinantes de los estímulos no han de ser repudiados por la norma socio-cultural que rige la convivencia social, es decir, que los móviles determinantes no ofrezcan carácter abyecto.

4.) Que el origen estimulante proceda de la víctima o sujeto pasivo del delito y no del propio autor.

5.) Una relación de causalidad entre los estímulos y las anomalías psíquicas.

6.) Una razonable conexión temporal entre la presencia de los estímulos y el surgimiento de la emoción o la pasión.

Es ejemplo de apreciación de esta atenuante la SAP de Cantabria núm. 11/2003, de 6 de febrero (JUR 2003, 156936) en cuyos hechos probados se relata que el acusado acometió violentamente a los agentes de la autoridad que iban a provocarle un lanzamiento. La Sala estima la existencia de la atenuante simple puesto que queda probado que el sujeto al momento de la comisión de los hechos se hallaba en una situación de arrebató digna de atenuar su pena, y concretamente afirma:

«Todos los testigos coincidieron en decir que, el día de autos, el acusado se mostraba sobremanera agresivo, histérico, rabioso, salido de tono. Por su parte, los servicios médicos diagnosticaron, una hora después de sucedidos los hechos, que el acusado presentaba un cuadro de agitación psicomotriz severa, que no respondía a las órdenes verbales, que tenía una superventilación adecuada, etc.»

Igualmente, nos puede servir de ejemplo la SAP de Asturias núm. 110/2002, de 21 de mayo (JUR 2002, 190033) en la que se atenúa la pena de quien agrede a un agente de la autoridad cuando éste se disponía a intervenir en una pelea que el acusado protagonizaba con otro individuo. La Sala estima tal atenuación puesto que entiende que ello sucedió «muy rápidamente, estando el acusado arrebatado por estar peleando con otro individuo» por lo que según la sentencia todo indica que el individuo «no supo parar y contener a tiempo su agresividad».

Merece ser destacado el supuesto enjuiciado en la SAP de Cantabria núm. 26/2002, de 21 de noviembre (ARP 2003, 185) en el que se estima la atenuante muy cualificada de arrebató u obcecación en el delito de atentado –consistente en agarrar a un agente policial de la cabeza y clavarle las uñas en el cuero cabelludo– cometido por una madre afectada al enterarse de la detención de su hijo. Con motivo del enjuiciamiento de este caso, pone de manifiesto –de manera muy esclarecedora– cuál es la naturaleza de esta atenuante. Así, se dice en la citada resolución:

«De entre las dos posibles ubicaciones dogmáticas de la atenuante (la de considerar que supone una disminución de la imputabilidad o capacidad de culpabilidad por lo que supone de perturbación intensa de la capacidad de autocontrol de la persona, o la de considerar que, por el contrario, supone una menor reprochabilidad personal de la conducta típica y antijurídica, es decir, una menor gravedad de la culpabilidad, máxime cuando en el trastorno mental transitorio ya no se exige un fondo patológico), lo cierto es que es la primera la mantenida por la opinión doctrinal mayoritaria y también por la jurisprudencia -SSTS de 9-10-1998 (RJ 1998\8053), 24-09-1999 (RJ 1999\6849), 4-05-2000 (RJ 2000\4885) o ATS de 28-12-1999 (RJ 1999\9861)-, y así el propio Tribunal Supremo, realizando una valoración de los motivos, ha exigido que los motivos no fueran contrarios a las exigencias de la ética social o del Derecho, que los estímulos no sean repudiados por la norma socio-cultural que rige la convivencia social, [...] y frecuentemente el Tribunal Supremo alude también a un criterio generalizador, como la reacción que se hubiera producido en la mayor parte de los seres humanos normales (incluso la STS de 1-09-1998 [RJ 1998\6457] fundamenta este criterio en la relación de causalidad que debe existir entre los estímulos y la reacción pasional, refiriéndose en definitiva con este criterio, a la teoría de la causalidad adecuada); exige también el Tribunal Supremo en jurisprudencia constante que la reacción sea inmediata o que no haya transcurrido excesivo tiempo -«razonable cercanía temporal»- entre la causa o el estímulo (del que se predica su carácter exógeno, externo) y la reacción emotiva o pasional (de la que se predica que ha de ser súbita, fulgurante y rápida) -SSTS de 7-10-1992, 1-07-1998 (RJ 1998\5564) o 24-09-1999 (RJ 1999\6849)-. En definitiva, el estímulo, la causa ha de ser tan importante que permita explicar -que no justificar- la reacción concreta que se produjo. Como indicaba gráficamente la sentencia del TS de 7-10-1992 (RJ 1992\7817), podríamos también afirmar que Ramona se encontraba, cuando realizó las conductas típicas, antijurídicas y culpables mencionadas, «ofuscada por la pasión que en ese momento le afectaba, ya sea de modo fugaz», teniendo esa reacción súbita, fulgurante que puede parecer comprensible según circunstancias ético-socialmente aceptables.»

2. CAUSAS GENÉRICAS DE AGRAVACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD.-

Si al estudiar las causas genéricas de atenuación hemos podido comprobar la falta de particularidad de las mismas en estos tipos penales, con mayor motivo ocurre lo mismo en las causas de agravación. Tras el estudio pormenorizado de la jurisprudencia en torno al tema a la que hemos podido acceder, claro queda que la agravante más frecuente es la de reincidencia lo cual podría ser cuestión digna de un análisis criminológico en cuanto al elevado índice de reiteración en la conducta que presentan estos ilícitos pero que desde el punto de vista dogmático carece del interés propio de este trabajo. Las agravantes de alevosía o de ensañamiento -por ejemplo- cuando concurren lo serán en las figuras delictivas que frecuentemente aparecerán en concurso con estos delitos -como es el caso del delito de atentado en concurso con el de lesiones o incluso con el de homicidio- pero difícilmente,

dada su propia idiosincrasia, podrán predicarse de los delitos que centran nuestro estudio.

3. CONCLUSIONES.-

I.) Las atenuantes genéricas contempladas en el Código Penal no presentan originalidad alguna en el estudio de estos delitos, bastando destacar que la atenuante de mayor riqueza en su análisis es la contemplada en el artículo 21.3º del CP –obrar el sujeto por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido conocida como de arrebato, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante–. Respecto a ella, decir que la jurisprudencia⁷⁵⁷ se ha encargado de fijar sus presupuestos, siendo estos los siguientes: 1.) La existencia de determinados estímulos potencialmente capaces de producir anomalías psíquicas en el sujeto activo de la dinámica delictiva; 2.) Que tales anomalías tengan un estado consistente en un estado de furor o cólera, de ofuscación o de turbación permanente, capaces de disminuir el intelecto o la voluntad de la persona; 3.) Que las causas determinantes de los estímulos no han de ser repudiados por la norma socio-cultural que rige la convivencia social, es decir, que los móviles determinantes no ofrezcan carácter abyecto; 4.) Que el origen estimulante proceda de la víctima o sujeto pasivo del delito y no del propio autor; 5.) Una relación de causalidad entre los estímulos y las anomalías psíquicas; 6.) Una razonable conexión temporal entre la presencia de los estímulos y el surgimiento de la emoción o la pasión.

II.) Respecto a las agravantes genéricas, tras un estudio pormenorizado de la jurisprudencia en torno al tema a la que hemos podido acceder, claro queda que la agravante más frecuente es la de reincidencia lo cual podría ser cuestión digna de un análisis criminológico en cuanto al elevado índice de reiteración en la conducta que presentan estos ilícitos pero que desde el punto de vista dogmático carece del interés propio de este trabajo. Las agravantes de alevosía o de ensañamiento –por ejemplo– cuando concurren lo serán en las figuras delictivas que frecuentemente aparecerán en concurso con estos delitos –como es el caso del delito de atentado en concurso con el de lesiones o incluso con el de homicidio– pero difícilmente, dada su propia idiosincrasia, podrán predicarse de los delitos que centran nuestro estudio.

CAPÍTULO SEGUNDO: CONSECUENCIAS JURÍDICAS Y CONSIDERACIONES CRÍTICAS EN TORNO A LA REGULACIÓN DE ESTOS ILÍCITOS. CUESTIONES PROCESALES.

⁷⁵⁷ Como ejemplo sirva por todas la SAP de Ciudad Real núm. 103/2001, de 14 de junio (JUR 2002, 62902).

1. PENALIDAD. CONSIDERACIONES CRÍTICAS EN TORNO A LA REGULACIÓN DE ESTOS ILÍCITOS-

Respecto al catálogo de penas establecidas por estos preceptos, recordar que el artículo 551 en su apartado 1º castiga el tipo básico de atentado con 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. Por otro lado, el apartado 2º de ese mismo precepto 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 alguno de los sujetos específicamente reseñados. 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.

Para ROIG el régimen jurídico articulado para este delito es a todas luces desmedido, pues llama la atención sobre la posibilidad de condenar el mero acometimiento a una autoridad de las mencionadas en el artículo 551.2º con una pena que pueda ser de hasta seis años de prisión –o incluso de nueve– no pudiendo en ningún caso bajarse de cuatro. En realidad, –y aun discrepando en parte con las conclusiones alcanzadas por ROIG– lo cierto es que ese posible exceso de punición podría ser el causante de que los tribunales se vean en un gran número de casos tentados a condenar por una simple falta del artículo 634 del CP, pues en la práctica cierto es que son muchas las conductas que –en sede judicial– finalmente terminan recibiendo ese tratamiento.

Claro tenemos que la solución al problema no pasa, de ningún modo, por despenalizar conductas ni mucho menos por rebajar la pena prevista en abstracto para el delito de atentado. Por el contrario, entendemos que la cuestión debe centrarse, en todo caso, en redefinir conductas, de manera que la amplitud con la que está redactada el tipo básico del delito de atentado intente ser paliada articulándose una interpretación al precepto que permita diferenciar de manera clara y precisa el catálogo de conductas contempladas en el Código y que ello sea el presupuesto de una individualización de pena conforme –entre otras cosas– a la modalidad de conducta. Entendemos pues, que no resulta razonable equiparar la pena de quien –por ejemplo– propina varios puñetazos a un agente de la autoridad consiguiendo derribarle con aquel cuya conducta consiste en abalanzarse contra el agente haciendo además de golpearle. En puridad de conceptos y según la estricta letra de la ley, ambas conductas son un delito de atentado al que le correspondería una pena de prisión de dos a cuatro años, con independencia de la que pudiera corresponder en el primer caso –si como consecuencia de los golpes se ha producido un resultado lesivo y se aplica la forma concursal–. La solución a ello habrá de buscarse –a nuestro juicio– por dos vías distintas:

a) Una interpretación estricta del precepto en virtud del cual sean unos concretos y elaborados criterios jurisprudenciales los que delimiten la modalidad de atentado cometida, pues si bien a priori puede parecer que –a efectos prácticos– una vez calificada la conducta como delito de atentado del artículo 550 es indistinto si éste se ha cometido mediante acometimiento, empleo de fuerza, o alguna de las otras modalidades previstas, lo cierto es

que una aplicación escrupulosa y concienciada de la ley penal exige la mayor precisión posible, por lo que determinar la modalidad de conducta puede tener efectos realmente significativos. Se trataría por tanto de encuadrar de manera inequívoca y argumentada cada conducta constitutiva de atentado en una de las modalidades descritas en el tipo, pues ello repercutirá en la imposición de la pena.

b) 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– golpeándole⁷⁵⁸. 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 tal efecto o por el razonamiento contenido en cualquiera de los fundamentos jurídicos de la sentencia⁷⁵⁹.

Por tanto, al momento de aplicar la pena en el delito de atentado habrá que atender a 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, entendiéndose 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.

Llegados a estas alturas de nuestro estudio y tras haber realizado un minucioso recorrido por la jurisprudencia relativa a estos delitos, a la que hemos podido acceder, hay que poner de manifiesto una realidad que nos resulta del todo alarmante. Un gran número de casos de agresión a agentes de la autoridad⁷⁶⁰, una vez tratados en sede judicial, terminan siendo reconducidos por la falta de respeto o consideración debida a autoridad del artículo 634 del CP, por lo que con una multa de diez a sesenta días se puede resolver una

⁷⁵⁸ Y ello con total independencia de que se produzca o no un resultado lesivo determinado, pues como ya asentamos en su momento estamos ante delitos de mera actividad, que se consuman de manera instantánea y que lesionan el bien jurídico sin necesidad de buscar un resultado específico, pues el hecho de que el sujeto que soporta la acción sufra lesiones físicas, por ejemplo, habrá de resolverse aplicando el correspondiente concurso sin que ello –en puridad conceptual– deba ser argumento para la determinación de la pena del atentado.

⁷⁵⁹ Como ejemplo la STS núm. 271/2000, de 21 de febrero (RJ 2000, 1788).

⁷⁶⁰ Nos detenemos en los casos en los que los sujetos de la acción son los agentes de la autoridad porque en la praxis son, con diferencia, los que más se producen debido a las características de las funciones que le vienen encomendadas y a la continua exposición a ser víctimas de estos delitos que, por su quehacer diario, existe sobre ellos.

conducta que, en ocasiones, atenta contra un bien jurídico directamente relacionado con algo tan trascendental para la vida en sociedad como es la seguridad ciudadana y la salvaguarda del orden vigente. Tal es el caso, por ejemplo, de las llamadas agresiones de bagatela en su momento desarrolladas en este trabajo, en virtud de las cual se atenta contra el sujeto portador del bien jurídico pero la entidad de ese acometimiento no justifica su inclusión como delito de atentado pues se trata de casos –por ejemplo– en los que se propina un manotazo, o un leve empujón sin llegar a producirse un acometimiento con entidad suficiente como para poder hablarse de atentado. Tales supuestos, están condenados en la práctica a verse resueltos mediante la aplicación de la falta del artículo 634 del CP, lo que nos parece –a todas luces– del todo desacertado. A la escasa entidad de la pena prevista se añade el problema de la falta de referencia a los funcionarios públicos en la falta del artículo 634 del CP por lo que no podría condenarse por una falta de las recogidas en este precepto cuando el sujeto que la soporta no sea autoridad o funcionario público. La opción jurisprudencial de condenar por resistencia o por desobediencia grave mediante la utilización del artículo 556 del CP como tipo residual se nos presenta como una solución accidentada, como un intento de solucionar un vacío legal que entendemos que habría de resolverse por vías distintas. Por lo tanto, entendemos que la solución podría venir dada mediante la articulación de una reforma del Código en este sentido, de manera que se contemplara la existencia de esas agresiones, o de esos acometimientos leves contra funcionarios públicos, autoridades o agentes de la misma de modo que se introduzca una nueva tipificación que de cabida a esas conductas que sin tener la entidad suficiente como para considerarse delito de atentado de los previstos en el artículo 550, no encajan en los presupuestos de la resistencia ni de la desobediencia y que superan con creces el injusto propio de la falta del artículo 634 del CP. ***Se trataría, por tanto, de regular mediante la creación de un nuevo precepto –que podría insertarse como un artículo 550 bis– en virtud del cual se redefiniera un nuevo el tipo de atentado, más leve que el contemplado en el ahora tipo básico y para el que se previera una pena inferior a la prevista en aquél. En él encontrarían encuadre las conductas consistentes en acometer levemente, abalanzarse o hacer ademán de ello contra los sujetos portadores del bien jurídico. Para ello sería preciso redefinir jurisprudencialmente el contenido del tipo básico del delito de atentado y dejar este nuevo tipo privilegiado como un precepto residual, para todas aquellas conductas que por defecto no puedan considerarse atentado pero cuya gravedad y grado de afectación del bien jurídico justifique la previsión de una punición mucho mayor que la simple falta.*** Sería una solución a aquellos supuesto que a pesar de suponer una agresión contra el bien jurídico –perpetrada a través del sujeto que lo porta– no tiene la gravedad suficiente como para encajar dentro de las conductas típicas descritas en el delito del actual artículo 550 pero que tampoco pueden incardinarse en la falta contra el orden público puesto que se grado de afectación de bien jurídico justifica una mayor punición y en consecuencia merecen un reproche penal superior al articulado por la falta. Hasta el momento, como ya hemos señalado a lo largo de este trabajo, la jurisprudencia cuando se enfrenta con semejantes supuestos no tiene más opción que acudir a la falta o en todo caso, utilizar el artículo 556 del CP y más concretamente el tipo de resistencia como un cajón de sastre ante tal laguna legal.

El resto de conductas que ni siquiera constituyen un acometimiento, sino simplemente una increpación de la autoridad o sus agentes, sí que podría reconducirse por la falta y ello

en contra de las conclusiones alcanzadas por ROIG quien aboga por la supresión de la misma. Esta autora entiende que debería optarse por la despenalización de las conductas previstas en la falta pues 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. En nuestra opinión, tal supresión no está en absoluto justificada. Faltar al respeto a la autoridad o a sus agentes implica un contenido de injusto que nada tiene que ver con una consideración personal a quien desempeña tales cargos, sino con el respeto a las funciones que le vienen encomendadas por ley y que se hallan revestidas de tal importancia que está sobradamente justificada la penalización de la conducta de quien con su comportamiento niega el respeto debido a tal autoridad poniendo en peligro la salvaguarda del orden pues ni que decir tiene que una conducta increpatoria contra una autoridad o agente de la misma conlleva una efectiva e inmediata afectación del bien jurídico que puede incluso tener varios grados de intensidad en su afectación pues basta detenerse en aquellos casos en los que la falta se comete en público, provocando con ello una mayor situación de descrédito para los agentes y propiciando un mayor riesgo y una mayor puesta en peligro de las funciones que le son encomendadas, y por tanto, del mantenimiento de la seguridad ciudadana, del orden vigente y de todos aquellos matices que representan. Y es que, como venimos reiterando a lo largo de nuestro estudio, es característica de estas modalidades delictivas su consumación instantánea sin que haya que preocuparse de buscar un resultado lesivo en la acción entendido desde la perspectiva espacio-temporal, pues el bien jurídico tutela por estos delitos es tal que se afecta –aunque en distinto grado y por ello con distintas consecuencias jurídicas– de modo automático e instantáneo desde el momento en que se agrede –sea física o verbalmente– se acomete, se atenta o se increpa a quien es portador de ese bien jurídico tutelado.

Por su parte, el delito de resistencia y el de desobediencia grave tiene prevista una pena de prisión de seis meses a un año. El hecho de que la pena prevista para ambos tipos penales coincida puede encontrar su base en que en ambos tipos penales se parte de una actitud de rebeldía más o menos homogénea por parte del rebelde del sujeto activo, quien lo que principalmente hace con su conducta es negar la autoridad que representan quienes soportan la acción –u omisión, en su caso– sin que su intención sea acometerles de un modo directo sino que simplemente estriba en eludir –con mayor o menor grado de actividad y de ilicitud– el cumplimiento del orden vigente.

Ante de concluir con el análisis de la penalidad en estos ilícitos, conviene detenerse en el artículo 562 del CP, que –como disposición común a los Capítulos que le preceden, entre los que se incluye el Capítulo II que es el que desarrolla los delitos que estudiamos– preceptúa lo siguiente:

«En el caso de hallarse constituido en autoridad el que cometa cualquiera de los delitos expresados en los capítulos anteriores de este Título, la pena de inhabilitación que estuviese prevista en cada caso se sustituirá por la inhabilitación absoluta por tiempo de diez a quince años, salvo que dicha circunstancia esté específicamente contemplada en el tipo penal de que se trate.»

La interpretación de tal precepto constituye un mar de dudas, de manera que la doctrina dicta mucho de alcanzar la unanimidad en torno a la pretensión del legislador al incluir tal regulación. La fórmula «salvo que tal circunstancia esté específicamente contemplada en el tipo penal de que se trate» presenta no pocas discrepancias en cuanto a su interpretación de modo que hay quien entiende que se refiere a la pena de inhabilitación absoluta de diez a quince años, por lo que estaríamos ante un precepto del todo inútil y superfluo, mientras que otros consideran que tal afirmación supone una alusión a la cualidad de la autoridad del sujeto activo⁷⁶¹. Siguiendo a CUERDA ARNAU⁷⁶², las diversas interpretaciones doctrinales evidencian la confusión que existe acerca del presupuesto y del efecto jurídico de la norma analizada. Esta autora sugiere la inconsecuencia de cualquier interpretación que conduzca a aplicar el artículo 562 a una conducta previamente agravada por la concurrencia de la circunstancia específica del artículo 552.2. En cambio, considera que no impedirá aplicarlo a los casos en que no exista prevalimiento de su condición por quien estuviese constituido en autoridad. Y es que – como precisa esta autora– esta última consecuencia no tendría operatividad alguna en los delitos que nos ocupan si se opta por entender que el efecto jurídico perseguido es sencillamente la sustitución de penas principales de inhabilitación por la prevista en el precepto, ya que ninguno de los tipos de atentado o resistencia está conminado con penas de esta naturaleza.

Como último apunte en el estudio de la penalidad, referirse a lo que se ha venido consagrando como una vieja polémica doctrinal en materia de prescripción, y que radica en la posibilidad de aplicar, en el caso de concurso de delitos, un único plazo prescriptivo, relativo al delito más grave, o si por el contrario cada ilícito debe quedar sometido a sus propios plazos. La jurisprudencia⁷⁶³ ha venido mostrando el consenso en torno a ello, considerando que en los supuestos de concurso ideal entre el delito de atentado y la infracción que corresponda por el resultado producido, rige el plazo de prescripción que tenga señalado el delito de mayor gravedad, y ello porque es el criterio que mejor se ajusta al conjunto de razones que fundamentan materialmente el instituto de la prescripción⁷⁶⁴.

2. LA RESPONSABILIDAD CIVIL. EL ESTADO COMO POSIBLE PERJUDICADO EN ESTOS DELITOS.-

El fundamento de toda responsabilidad civil descansa en la existencia de un daño o perjuicio, y más concretamente, si se trata de la responsabilidad civil derivada de un delito, en el daño causado por un ilícito penal. Por tanto, en el proceso penal, la responsabilidad

⁷⁶¹ Para ver interpretaciones en uno y otro sentido: GARCÍA ALBERO, en QUINTERO OLIVARES, Comentarios al nuevo Código Penal, Pamplona 2001, p. 2271 y JORGE BARREIRO, A. en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. y OTROS: *Comentarios al Código Penal*. Civitas, Madrid 1997, p. 1363,

⁷⁶² CUERDA ARNAU, M.L.: *Los delitos de atentado...*, op. cit., p. 193 y 194.

⁷⁶³ SSTS núm. 1549/1999, de 11 de octubre (RJ 1999, 7030) y de 6 de noviembre de 1991 (RJ 1991, 7953).

⁷⁶⁴ A pesar de que la jurisprudencia haya asentado esta doctrina, no quiere decir que exista unanimidad en torno a tal interpretación pues hay quienes se muestran radicalmente contrarios a ella, como por ejemplo: OLAIZOLA NOGALES, «La prescripción del delito en supuestos de concurso de delitos», *Actualidad penal*, núm. 37, semana del 12 al 18 de octubre de 1998, p. 759 y ss. y GILI PASCUAL, *La prescripción en materia penal*, Elcano, Navarra, 2001, p. 105 y ss.

civil puede definirse como la obligación que tiene el autor del delito o falta de reparar económicamente los daños y perjuicios causados o derivados de su infracción. El perjudicado por el delito podrá optar por exigir la responsabilidad civil derivada del mismo por la vía penal, pudiendo ser cuantificada en la sentencia que ponga fin al proceso, o en la vía civil, en cuyo caso será necesario el ejercicio de nuevas acciones ante los Tribunales civiles.

Tradicionalmente, se ha venido discutiendo, sobre si los delitos de mera actividad, pueden generar responsabilidad civil. Incluso quienes⁷⁶⁵ aceptan esta posibilidad, reconocen que los delitos de atentado, resistencia y desobediencia son un ejemplo de infracciones de las que no resulta responsabilidad. De hecho, solo podrá hablarse de responsabilidad civil cuando el delito en cuestión concurra con un resultado lesivo.

En realidad, en torno a la responsabilidad civil no existe gran debate pues la posible discusión se centra únicamente en 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 salarios satisfechos a quien por razón del delito estuvo imposibilitado para prestar sus servicios.

La jurisprudencia se muestra dividida en dos posiciones distintas⁷⁶⁶:

- La primera de ellas es aquella que se muestra favorable a reconocer al Estado la condición de tercero perjudicado en los casos en los que la acción ha recaído sobre un funcionario público y declaran que la indemnización comprende todos los gastos materiales que se hayan ocasionado, entre los que incluyen los que resultan de tener que satisfacer servicios no realizados por quien estuvo incapacitado para hacerlo a causa del resultado lesivo, pago sin contraprestación que integraría el perjuicio referido por el artículo 113 del CP⁷⁶⁷.

- Por el contrario, nos encontramos con una corriente jurisprudencial que entiende 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, a lo que añade la fórmula según la cual «terceros con solamente aquellos que han sido directamente perjudicados por el hecho de 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» por lo que –sigue diciendo la sentencia– «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 que un tercero (compañías aseguradoras,

⁷⁶⁵ALASTUEY DOBÓN, en GRACIA MARTÍN: *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Valencia 1998, p. 404.

⁷⁶⁶Que pasamos a exponer siguiendo a CUERDA ARNAU, M.L.: *Los delitos de atentado...*, op. cit., p. 195 y ss.

⁷⁶⁷Apoyan esta línea las SSTs de 20 de septiembre de 1982 (RJ 1982, 4948), 13 de diciembre de 1983 (RJ 1983, 6522), 2 de marzo de 1988 (RJ 1988, 9358), 12 de junio de 1989 (RJ 1989, 5094, y –entre otras– 10 de mayo de 1990 (RJ 1990, 3894).

empresarios, empleadores, etc.) se ve afectado por las consecuencias indemnizatorias de un delito que incide sólo directamente en la personas que están ligadas con esas entidades por lazos contractuales»⁷⁶⁸.

En cierto modo, y como dice CUERDA⁷⁶⁹, hay que reconocer que ambas tesis tienen algo de verdad. A nuestro modo de ver –y de acuerdo con las manifestaciones de esta autora– establecer un paralelismo entre el Estado y las compañías aseguradoras resulta del todo desafortunado y ello por varios motivos: para el asegurador, el pago sólo supone el cumplimiento de una obligación nacida de un contrato suscrito para atender tal eventualidad, y además el ataque al sujeto sobre el que recae la acción tiene su origen en su condición de servidor público, lo que impide establecer comparación alguna con el caso de las aseguradoras.

Respecto al tema de si deben incluirse en la responsabilidad civil los salarios devengados de quienes se ven apartados de sus funciones circunstancialmente como consecuencia de estos delitos, entendemos que la obligación de satisfacer tales salarios nace como consecuencia la relación funcional entre el Estado y el profesional por lo que no nace, de ningún modo, como consecuencia del hecho delictivo y por tanto, no ha de relacionarse con él.

En conclusión, no cabe ninguna duda de que el Estado, las Comunidades Autónomas o incluso los Entes Locales –dependiendo con qué ente público mantenga el sujeto de la acción su relación funcional– han de tener la consideración de perjudicados por los delitos de atentado, resistencia y desobediencia.

Una cuestión de importante trascendencia es la relativa a la posibilidad de considerar perjudicados por el delito a los sujetos sobre los que recae la acción, lo que implicaría facultarles para que se personen –en las causas penales que se sigan para el enjuiciamiento de estos delitos– como Acusación Particular. La jurisprudencia no es unánime, si bien la norma general es considerar que no lo son. Así, por ejemplo, lo entiende la SAP de Barcelona núm. 843/2003, de 20 de octubre (JUR 2003, 276666), en la cual se puede leer:

«El delito de desobediencia grave por el que se pronuncia condena contra el acusado lesiona un bien jurídico de carácter colectivo y supraindividual cristalizado en el deber que incumbe a todo ciudadano de acatar y cumplir las ordenes legítimas emanadas de la autoridad a efectos de que se garantice el normal y pacífico desarrollo de la vida social y pública. Ello comporta que el único titular del bien jurídico protegido sea el Estado quien ostenta el monopolio y el deber de garantizar el orden público, castigando bajo pena las alteraciones graves del mismo como lo es la desobediencia grave (artc 556) que se inserta, precisamente, en el marco de los delitos contra el orden público [...] De tal realidad, jurídicamente incontestable, deriva que es el Estado, a través del Ministerio Fiscal [...] el único legitimado para ejercitar la

⁷⁶⁸ Son ejemplo de esta corriente jurisprudencial las SSTS núm. 910/1999, de 9 de junio (RJ 1999, 3882) y núm. 770/1999, de 13 de mayo (RJ 1999, 3812).

⁷⁶⁹ CUERDA ARNAU, M.L.: *Los delitos de atentado...*, op. cit., p. 195 y ss.

acción penal y no un particular que ni es titular del bien jurídico protegido ni resulta penalmente perjudicado ("ofendido") por la comisión del mismo. »

Por el contrario, podemos encontrar resoluciones en las que se permite al sujeto que soporta la acción personarse como Acusación Particular. Tal es el caso de la SAP de Madrid núm. 333/2004, de 12 de julio (JUR 2004, 266932) en la que –refiriéndose al delito de resistencia– se afirma lo siguiente:

« [...] el referido ilícito es un delito público, por lo que su persecución puede efectuarse tanto por el Ministerio Fiscal, como por un particular, como ocurre en el caso que nos ocupa, sin que para ello sea preciso que el referido particular ostente la representación de los agentes de la policía contra los que se produjo la resistencia de los acusados, como pretende el recurrente.»

Es decir, el Tribunal considera la posibilidad de que los agentes ejerzan la acusación particular en la causa y la admite, si bien matiza que como estamos ante un delito público, éste podrá perseguirse de oficio sin que dicha acusación sea imprescindible. Personalmente, es ésta la línea jurisprudencial a la que nos adherimos, pues entendemos que debe admitirse la posibilidad de que los sujetos sobre los que recae la acción de estos delitos puedan personarse como Acusación particular sin que ello tenga nada que ver con el hecho de que el bien jurídico tutelado en estos tipos vaya mucho más allá de la protección individual de tales sujetos. Tanto es así que, la propia jurisprudencia⁷⁷⁰ se ha encargado de fijar el concepto de perjudicado, de cuyo análisis se desprende la facultad de tales funcionarios de ejercer su derecho a acusar privadamente. Así, se dice que perjudicado en el sentido de ofendido por el delito constituye un concepto normativo y solo ostentan aquella condición aquellos que o bien son los titulares del bien jurídico lesionado (por ejemplo el dueño de la cosa hurtada o la persona lesionada) o ***aquellos sobre los, que no siendo los titulares del bien jurídico protegido, ha recaído directamente el mal o menoscabo causado por el sea este evaluable o no patrimonialmente.*** Por lo tanto, es en esta segunda posibilidad donde quedan subsumidos los sujetos de la acción de los delitos de atentado, resistencia y desobediencia. Además, como ya vimos al momento de analizar el bien jurídico tutelado en estos delitos, si bien queda claro que el sujeto pasivo de los mismos es el Estado o ente público de que se trate, también ha de recordarse que estamos ante un bien jurídico dotado de considerables especialidades, pues aunque sea supraindividual, lo cierto es que la acción constitutiva de estos ilícitos afecta a la dignidad –aunque entendida desde un punto de vista funcional– del personal sobre el que recae.

Pos supuesto, y dependiendo de las circunstancias concretas del caso en cuestión, la Acusación Particular podrán ejercerla los sujetos de la acción en su propio nombre o podrá, en su caso, ser ejercida por instituciones o corporaciones que les representen. Tal puede ser el caso, por ejemplo de un atentado cometido contra un Policía Local en el que el propio Ayuntamiento para el que presta sus servicios decide personarse como Acusador Particular, o de un notario –por ejemplo– pues no habría dificultad alguna en permitir que una

⁷⁷⁰ Véase sino, a título de ejemplo, la anteriormente mencionada SAP de Barcelona núm. 843/2003, de 20 de octubre (JUR 2003, 276666).

presentación de su Colegio Profesional pudiese personarse en la causa.

Esto es así porque, a nuestro modo de ver, impedirles el ejercicio de la acusación particular a esos sujetos portadores del bien jurídico sería claramente atentatorio contra el principio de igualdad pues imaginemos el caso en el que se produce una agresión contra un particular y como consecuencia de ello el sujeto fallece, ¿habría que impedir el ejercicio de la acusación particular si el sujeto es un funcionario público y el acometimiento se produjo en el ejercicio de sus funciones? Esto es, en condiciones normales, si la víctima es un particular, se le reconocería a sus familiares la posibilidad de personarse en la causa y – aunque sea por pura lógica– del mismo modo habrá de permitirse si el fallecido es un funcionario público pues el hecho de que estemos ante un delito de atentado en concurso – en este caso– con un delito contra la vida no implica limitar esa facultad procesal.

Avala nuestra postura, no sólo alguna resolución jurisprudencial sino también la Circular de la Dirección General de la Guardia Civil número 20, de 20 de noviembre de 1997, en la que se prevé la posibilidad de los miembros del Instituto Armado de solicitar Abogado para el ejercicio de la Acusación Particular en el caso de que hayan sido objeto de alguno de los delitos que nos ocupan. Y es que –como se recuerda en esta Circular, que citamos por entender explícita al tema que nos ocupa– a tenor de la competencias asignadas a la Dirección General de la Guardia Civil, en materia de asistencia letrada, queda arbitrado un sistema para poder contratar abogados particulares para ejercer la acusación particular en determinados procedimientos judiciales mediante la modalidad del contrato menor, al amparo de los artículos 57 y 202 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, en relación con su artículo 197.3; si bien las limitaciones presupuestarias obligan a que las autorizaciones de asistencia letrada en estos casos se deban conceder con carácter restrictivo y excepcional. Por lo tanto, y como excepción a la norma general, –que consiste en arbitrar la asistencia letrada a los miembros del Instituto Benemérito cuando su posición en el procedimiento sea la de imputado– se hace referencia a la posibilidad de conceder tal asistencia técnica –aunque con carácter restrictivo dados los límites presupuestarios– para que tales agentes puedan ejercer la acusación particular cuya finalidad será la de personarse en las actuaciones lo antes posible para tener conocimiento de todas las diligencias que se practiquen y proponer las pruebas necesarias para defender los intereses de los perjudicados, evitando, en su caso –tal y como reconoce la citada Circular– que los posibles delitos de atentado, desobediencia y resistencia sean degradados a simples faltas y según lo establecido en el artículo 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, los perjudicados que no hubieren renunciado a su derecho podrán mostrarse parte en la causa si lo hicieran antes del trámite de calificación. Bien es cierto, que nos estamos refiriendo a una normativa muy específica y concreta, que de hecho se articuló únicamente para el Cuerpo de la Guardia Civil pero no podrá negarse que tal regulación es un indicio más que evidente de que la personación de los agentes de la autoridad como Acusación Particular en causas seguidas por estos delitos es –como muestra la Circular– más que posible.

3. CUESTIONES RELATIVAS A LA PRUEBA EN ESTOS DELITOS.-

Los delitos de atentado, resistencia y desobediencia –así como la falta contemplada en el artículo 634 CP–, presentan una particularidad en materia probatoria, pues salvo que exista un resultado lesivo –y entren en concurso otras figuras delictivas– el principal medio de prueba es la declaración de quienes soportan la acción. Como ocurre con otros muchos tipos penales, en este caso, las características de la acción hacen que no sea factible acreditar la consumación del tipo penal por otra vía distinta a una testifical de quien soportó la acción o en todo caso, de quien la presencié –siendo muy frecuente en estos casos que si existe un testigo presencial éste sea un compañero de profesión de quien lo sufrido esa acción–.

La duda que se puede suscitar en torno a esta cuestión, pasa por preguntarse si la declaración del sujeto sobre el que supuestamente ha recaído la acción es prueba de cargo suficiente como para fundamentar la condena, en otras palabras: si con la testifical de funcionario público, autoridad o agente de la misma se puede enervar la presunción de inocencia obedeciendo a las exigencias constitucionales impuestas. La respuesta a esta duda ha de ser afirmativa, pues de hecho en la mayor parte de las resoluciones condenatorias que existen por estos delitos –y siempre que no hay resultado lesivo sobre bienes jurídicos personalísimos de la víctima– se basan en la testifical del sujeto de la acción como única prueba de cargo⁷⁷¹. En este sentido, hemos de recordar que las declaraciones de las víctimas o perjudicados por el delito, tienen valor de prueba testifical, y por tanto pueden constituir prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia –tal y como recoge la STC núm. 64/1994, de 28 de febrero (RTC 1994, 64)– sin que sea necesario –como ocurre con otras declaraciones– que sean corroboradas por otras pruebas para tener plena eficacia probatoria⁷⁷². Y ello es así porque, claro está que en el proceso penal actual rige el sistema de libre valoración de prueba –artículo 741 LECRIM– y no un sistema tasado de prueba.

Por lo tanto, la declaración –incluso de un solo testigo, incluida la víctima– es susceptible de desvirtuar la presunción de inocencia es doctrina reiterada tanto por nuestro Tribunal Supremo como por el Constitucional, siempre que la declaración haya sido practicada normalmente en el juicio ordinario con las necesarias garantías procesales, pudiendo constituir así prueba de cargo en la que basarse la convicción del juzgador para la determinación de los hechos del caso. Y si el juzgador otorga mayor valor a una testifical sobre otra es parte de la propia valoración judicial de la prueba y no afecta al derecho de presunción de inocencia.

4. CONCLUSIONES.-

⁷⁷¹ A modo de ejemplo: ATS núm. 1107/2001, de 30 de mayo (RJ 2001, 4386); SAP de Guipúzcoa núm. 112/2005, de 24 de mayo (JUR 2005, 200248); SAP de Alicante núm. 461/2005, de 16 de junio (JUR 2005, 194898); SAP de Madrid núm. 803/2002, de 26 de noviembre (JUR 2003, 72871); SAP de Valladolid núm. 221/2003, de 14 de abril (JUR 2003, 103424) y –entre otras muchas– SAP de Madrid núm. 508/2004, de 22 de noviembre (JUR 2005, 247290).

⁷⁷² Como muestra: SSTS núm. 1632/1999, de 14 de enero de 2000 (RJ 2000, 714); núm. 1979/2001, de 25 de octubre (RJ 2001, 9385); núm. 2528/2002, de 2 de enero (RJ 2002, 303); núm. 51/2002, de 26 de enero (RJ 2002, 1851); núm. 577/2002, de 3 de abril (RJ 2002, 6759) y núm. 1807/2002, de 4 de noviembre (RJ 2002, 9743).

I.) El artículo 551 en su apartado 1° castiga el tipo básico de atentado con 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. Por otro lado, el apartado 2° de ese mismo precepto 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 alguno de los sujetos específicamente reseñados. 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. En la práctica gran parte de las conductas son reconducidas como una falta del artículo 634 CP lo cual podría solucionarse llevando a cabo una redefinición de conductas que permitiese distinguir de manera inequívoca las distintas modalidades delictivas y que esa distinción sentara la base para una individualización de penas conforme a los matices de aquellas. Desde luego que al momento de aplicar la pena en el delito de atentado habrá que atender a 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, entendiéndose 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.

II.) Para evitar que la mayor parte de las agresiones contra funcionarios, autoridades o agentes de ésta terminen en una simple condena por una falta contra el orden público, aún a riesgo de equivocarnos, nos atrevemos a plantear como una posible solución una reforma del CP en virtud de la cual se crease un tipo específico para los casos de agresiones, o acometimientos leves. *Se trataría de regular mediante la creación de un nuevo ilícito, que podría insertarse como un artículo 550 bis en virtud del cual se redefiniera un nuevo el tipo de atentado, más leve que el contemplado en el ahora tipo básico y para el que se previera una pena inferior a la prevista en este precepto. En él encontrarían encuadre las conductas consistentes en acometer levemente, abalanzarse o hacer ademán de ello contra los sujetos portadores del bien jurídico. Para ello sería preciso redefinir jurisprudencialmente el contenido del tipo básico del delito de atentado y dejar este nuevo tipo privilegiado como un precepto residual, para todas aquellas conductas que por defecto no puedan considerarse atentado pero cuya gravedad y grado de afectación del bien jurídico justifique la previsión de una punición mucho mayor que la simple falta.*

III.) Por su parte, el delito de resistencia y el de desobediencia grave tienen prevista una pena de prisión de seis meses a un año. El hecho de que la pena prevista para ambos tipos penales coincida puede encontrar su base en que en ambos tipos penales se parte de una actitud de rebeldía más o menos homogénea por parte del rebelde del sujeto activo, quien lo que principalmente hace con su conducta es negar la autoridad que representan quienes soportan la acción –u omisión, en su caso– sin que su intención sea acometerles de un modo directo sino que simplemente estriba en eludir –con mayor o menor grado de actividad y de ilicitud– el cumplimiento del orden vigente.

IV.) La interpretación del artículo 562 CP nos sumerge en un mar de dudas, de

modo que la doctrina no alcanza unanimidad en torno a su interpretación pues la fórmula «salvo que tal circunstancia esté específicamente contemplada en el tipo penal de que se trate» presenta no pocas discrepancias en cuanto a su interpretación de modo que hay quien entiende que se refiere a la pena de inhabilitación absoluta de diez a quince años, por lo que estaríamos ante un precepto del todo inútil y superfluo, mientras que otros consideran que tal afirmación supone una alusión a la cualidad de la autoridad del sujeto activo.

V.) Existe una vieja polémica doctrinal en torno a la prescripción, de manera que se discute sobre la posibilidad de aplicar, en el caso de concurso de delitos, un único plazo prescriptivo, relativo al delito más grave, o considerar que cada ilícito debe quedar sometido a sus propios plazos. La jurisprudencia⁷⁷³ ha venido mostrando el consenso en torno a ello, considerando que en los supuestos de concurso ideal entre el delito de atentado y la infracción que corresponda por el resultado producido, rige el plazo de prescripción que tenga señalado el delito de mayor gravedad, y ello porque es el criterio que mejor se ajusta al conjunto de razones que fundamentan materialmente el instituto de la prescripción.

VI.) en torno a la responsabilidad civil no existe gran debate pues la posible discusión se centra únicamente en 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 salarios satisfechos a quien por razón del delito estuvo imposibilitado para prestar sus servicios. La jurisprudencia se muestra dividida en dos posiciones distintas⁷⁷⁴: La primera de ellas es aquella que se muestra favorable a reconocer al Estado la condición de tercero perjudicado en los casos en los que la acción ha recaído sobre un funcionario público y declaran que la indemnización comprende todos los gastos materiales que se hayan ocasionado, entre los que incluyen los que resultan de tener que satisfacer servicios no realizados por quien estuvo incapacitado para hacerlo a causa del resultado lesivo, pago sin contraprestación que integraría el perjuicio referido por el artículo 113 del CP⁷⁷⁵; y por el contrario, la segunda entiende 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, a lo que añade la fórmula según la cual «terceros con solamente aquellos que han sido directamente perjudicados por el hecho de 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» por lo que –sigue diciendo la sentencia– «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 que un tercero (compañías aseguradoras, empresarios, empleadores, etc.) se ve afectado por las consecuencias indemnizatorias de un delito que incide sólo directamente en la personas que están ligadas con esas entidades por

⁷⁷³ SSTS núm. 1549/1999, de 11 de octubre (RJ 1999, 7030) y de 6 de noviembre de 1991 (RJ 1991, 7953).

⁷⁷⁴ Que pasamos a exponer siguiendo a CUERDA ARNAU, M.L.: *Los delitos de atentado...*, op. cit., p. 195 y ss.

⁷⁷⁵ Apoyan esta línea las SSTS de 20 de septiembre de 1982 (RJ 1982, 4948), 13 de diciembre de 1983 (RJ 1983, 6522), 2 de marzo de 1988 (RJ 1988, 9358), 12 de junio de 1989 (RJ 1989, 5094, y –entre otras– 10 de mayo de 1990 (RJ 1990, 3894).

lazos contractuales»⁷⁷⁶.

A nuestro modo de ver –y de acuerdo con las manifestaciones de esta autora– establecer un paralelismo entre el Estado y las compañías aseguradoras resulta del todo desafortunado y ello por varios motivos: para el asegurador, el pago sólo supone el cumplimiento de una obligación nacida de un contrato suscrito para atender tal eventualidad, y además el ataque al sujeto sobre el que recae la acción tiene su origen en su condición de servidor público, lo que impide establecer comparación alguna con el caso de las aseguradoras.

En conclusión, no cabe ninguna duda de que el Estado, las Comunidades Autónomas o incluso los Entes Locales –dependiendo con qué ente público mantenga el sujeto de la acción su relación funcional– han de tener la consideración de perjudicados por los delitos de atentado, resistencia y desobediencia.

VII.) Cuestión de importante trascendencia es la relativa a la posibilidad de considerar perjudicados por el delito a los sujetos sobre los que recae la acción, lo que implicaría facultarles para que se personen –en las causas penales que se sigan para el enjuiciamiento de estos delitos– como Acusación Particular. La jurisprudencia no es unánime, si bien la norma general es considerar que no lo son.

Se dice que perjudicado en el sentido de ofendido por el delito constituye un concepto normativo y solo ostentan aquella condición aquellos que o bien son los titulares del bien jurídico lesionado (por ejemplo el dueño de la cosa hurtada o la persona lesionada) o ***aquellos sobre los, que no siendo los titulares del bien jurídico protegido, ha recaído directamente el mal o menoscabo causado por el sea este evaluable o no patrimonialmente.*** Por lo tanto, es en esta segunda posibilidad donde quedan subsumidos los sujetos de la acción de los delitos de atentado, resistencia y desobediencia. Además, como ya vimos al momento de analizar el bien jurídico tutelado en estos delitos, si bien queda claro que el sujeto pasivo de los mismos es el Estado o ente público de que se trate, también ha de recordarse que estamos ante un bien jurídico dotado de considerables especialidades, pues aunque sea supraindividual, lo cierto es que la acción constitutiva de estos ilícitos afecta a la dignidad –aunque entendida desde un punto de vista funcional– del personal sobre el que recae.

Pos supuesto, y dependiendo de las circunstancias concretas del caso en cuestión, la Acusación Particular podrán ejercerla los sujetos de la acción en su propio nombre o podrá, en su caso, ser ejercida por instituciones o corporaciones que les representen. Tal puede ser el caso, por ejemplo de un atentado cometido contra un Policía Local en el que el propio Ayuntamiento para el que presta sus servicios decide personarse como Acusador Particular, o de un notario –por ejemplo– pues no habría dificultad alguna en permitir que una presentación de su Colegio Profesional pudiese personarse en la causa.

⁷⁷⁶ Son ejemplo de esta corriente jurisprudencial las SSTS de 9 de junio de 1999 (RJ 1999, 3882) y núm. 770/1999, de 13 de mayo (RJ 1999, 3812).

Esto es así porque, a nuestro modo de ver, impedirles el ejercicio de la acusación particular a esos sujetos portadores del bien jurídico sería claramente atentatorio contra el principio de igualdad pues imaginemos el caso en el que se produce una agresión contra un particular y como consecuencia de ello el sujeto fallece, ¿habría que impedir el ejercicio de la acusación particular si el sujeto es un funcionario público y el acometimiento se produjo en el ejercicio de sus funciones? Esto es, en condiciones normales, si la víctima es un particular, se le reconocería a sus familiares la posibilidad de personarse en la causa y – aunque sea por pura lógica– del mismo modo habrá de permitirse si el fallecido es un funcionario público pues el hecho de que estemos ante un delito de atentado en concurso – en este caso– con un delito contra la vida no implica limitar esa facultad procesal.

VIII.) Los delitos de atentado, resistencia y desobediencia –así como la falta contemplada en el artículo 634 CP–, presentan una particularidad en materia probatoria, pues salvo que exista un resultado lesivo –y entren en concurso otras figuras delictivas– el principal medio de prueba es la declaración de quienes soportan la acción. Las declaraciones de las víctimas o perjudicados por el delito, tienen valor de prueba testifical, y por tanto pueden constituir prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia –tal y como recoge la STC núm. 64/1994, de 28 de febrero (RTC 1994, 64)– sin que sea necesario –como ocurre con otras declaraciones– que sean corroboradas por otras pruebas para tener plena eficacia probatoria⁷⁷⁷. Y ello es así porque, claro está que en el proceso penal actual rige el sistema de libre valoración de prueba –artículo 741 LECRIM– y no un sistema tasado de prueba.

ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO

- **ÁLVAREZ GARCÍA, J.:** *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*, Madrid 1987.

⁷⁷⁷ Como muestra: SSTS núm. 1632/1999, de 14 de enero de 2000 (RJ 2000, 714); núm. 1979/2001, de 25 de octubre (RJ 2001, 9385); núm. 2528/2002, de 2 de enero (RJ 2002, 303); núm. 51/2002, de 26 de enero (RJ 2002, 1851; núm. 577/2002, de 3 de abril (RJ 2002, 6759) y núm. 1807/2002, de 4 de noviembre (RJ 2002, 9743).

- **ÁLVAREZ VIZCAYA, M.:** *Libertad de expresión y principio de autoridad: el delito de desacato.* Ed. Bosch, Barcelona 1993.
- **CALDERÓN SUSÍN, E.:** “La protección penal de determinada fuerza armada”, en *Comentarios a la legislación penal*, tomo X, editorial Edersa, Madrid 1989. Dirigidos por COBO DEL ROSAL y coordinados por BAJO FERNÁNDEZ.
- **CARBONELL MATEU, J.C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.:** *Derecho penal. Parte especial.* Tirant lo blanch, 3ª edición, Valencia 1999.
- **CARBONELL MATEU, J. C.:** “El abuso de la violencia por la autoridad pública o su agente”, *La Ley* 1983.
- **CARRETERO SÁNCHEZ, A.:** “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”, *La Ley*, Año XXVII, núm. 6481, mayo 2006.
- **CASARES VILLANUEVA, M. L.:** “Atentado, resistencia y desobediencia a la autoridad”. *Revista del Poder Judicial* núm. 40. Año 1995.
- **CASTELLÓ NICÁS, N.:** *El concurso de normas penales.* Comares, Granada 2000.
- **CEREZO MIR, S.:** «Cumplimiento del deber por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en el ejercicio de sus funciones», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 12, año 1987 (Homenaje a J.A. Sáinz Cantero, Volumen I).
- **COBO DEL ROSAL, M. Y OTROS:** *Derecho Penal. Parte Especial.* Dykinson, Madrid 2004. (Edición antigua: COBO DEL ROSAL, M. y OTROS: *Curso de Derecho Penal Español. Parte especial II.* Marcial Pons, Madrid 1997).

- **COBO DEL ROSAL, M.:** “Examen crítico del párrafo 3º del artículo 119 del Código penal español” en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 212, 1962.
- **CONDE-PUMPIDO FERREIRO y OTROS:** *Código Penal comentado*. Tomo II. Bosch, Barcelona 2004. (Edición antigua: CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Código Penal. Doctrina y jurisprudencia. Tomo III, Ed. Trivium, Madrid 1997).
- **CORCOY BIDASOLO, M.:** *Manual Práctico de Derecho Penal. Parte Especial*. Tirant lo blanch, Valencia 2004, 2ª edición.
- **CÓRDOBA RODA, J.:** *Comentarios al Código Penal*. Tomo II. Marcial Pons, Madrid 2004.
- **CRESPO BARQUERO, P. Y OTROS:** *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia*. Tomo II, Comares, Granada, 2002.
- **CUELLO CALÓN, E.:** *El nuevo Código penal español*, Libro II, Bosch, Barcelona 1930.
- **CUELLO CONTRERAS, J.:** «La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: la función de la normativa concursal (II)», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1979.
- **CUERDA ARNAU, M. L.:** *Los Delitos de atentado y resistencia*. Tirant lo blanch, Valencia 2003.
- **CHOCLÁN MONTALVO, J. A.:** “La unidad y pluralidad de hechos en la teoría del concurso de delitos” *Poder Judicial* núm. 49, pgs. 271-296. Consejo General del Poder Judicial, Enero-Marzo 1998.

- **DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO:** «Atentado, resistencia y desobediencia», *Enciclopedia Jurídica Básica*, Volumen I, Madrid 1995.
- **DE VIZMANOS, T. M. y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C.:** *Comentarios al Código penal*. Tomo II, Madrid 1853.
- **ESCUCHURI AISA, E.:** *Teoría del concurso de leyes y de delitos. Bases para una revisión crítica*, Comares, Granada 2004.
- **GARCÍA ALBERO, R.:** *Non bis in idem material y concurso de leyes penales*, Cedecs, Barcelona, 1995.
- **GARCÍA GIL, F.:** *Código Penal y su jurisprudencia*. Edijus, 1996.
- **GRACIA MARTÍN Y OTROS:** *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Valencia 1998.
- **GIMBERNAT ORDEIG, E:** *Código Penal con concordancias y jurisprudencia*. Tecnos, Madrid 2003.
- *El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad*, en *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1990.
- **GRANADOS CALERO, F.:** “Ocio nocturno y seguridad ciudadana”, *Poder Judicial*, núm. 37, año 1995, I.
- **GILI PASCUAL,** *La prescripción en materia penal*, Elcano, Navarra, 2001.
- **GUINARTE CABADA,** «El concurso medial de delitos», *Estudios Penales y Criminológicos*, XIII, Santiago de Compostela.
- **IZU BELLOSO,** “Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978” *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 58, 1988.

- **JAVATO MARTÍN, A. M.:** *El delito de atentado. Modelos legislativos. Estudio histórico-dogmático y de Derecho comparado.* Comares, Granada, 2005.
- **JIMÉNEZ DÍAZ, M. J.:** *Los delitos de desacato en el Código Penal Español,* Edersa, Madrid 1992.
- **JUANATEY DORADO, C.:** *El delito de desobediencia.* Tirant lo blanch. Valencia, 1997.
- **LAMARCA PÉREZ, C. Y OTROS:** *Derecho Penal. Parte Especial.* Cóllex (Segunda edición), Madrid 2004.
- **LÓPEZ-FONT MÁRQUEZ, J. F.:** “La noción de autoridad en la legislación y en la jurisprudencia” en *Revista de la Administración Pública*, núm. 92, 1980.
- **LLABRÉS FUSTER, A. y TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C.:** *La responsabilidad penal del miembro del Jurado.* Editorial Cedecs, Barcelona 1998.
- **MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.:** “Notas para la historia de la noción de orden público”, *Revista española de Derecho Administrativo* núm. 36 enero-marzo 1983.
- **MESTRE LÓPEZ, J.:** *El delito de desobediencia a la autoridad y sus agentes (Estudio del Artículo 237 del Código Penal).* Librería Bosch, Barcelona 1986.
- **MORILLAS CUEVA, L.:** “La obediencia debida. Aspectos legales y político criminales”. *Cuadernos Civitas*, pág. 224. 1984. ISBN: 84-7398-314-9.
- **MUÑOZ CONDE, F.:** *Derecho Penal. Parte Especial.* Tirant lo blanch. Valencia 2004.

- (Edición antigua MUÑOZ CONDE, F: *Derecho Penal. Parte Especial*. Tirant lo blanch. Valencia 2002 y edición de 1990 con igual título y editorial).
- *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal: Especial consideración de la prevaricación y del concepto de funcionario público a efectos penales*. Instituto Andaluz de Administración Pública, Encuentros. Serie Derecho Penal. Sevilla 1997.

 - **OLMEDO CARDENETE, M:** “La exigente de cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, art. 20.7º C.P.” en *Comentarios al Código Penal*. Dirigidos por Manuel Cobo del Rosal, 1999.

 - **OLAIZOLA NOGALES,** «La prescripción del delito en supuestos de concurso de delitos», *Actualidad penal*, núm. 37, semana del 12 al 18 de octubre de 1998.

 - **PORTILLA CONTRERAS, G.:** «El ejercicio legítimo del cargo como manifestación del cumplimiento del deber» », *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 12, año 1987 (Homenaje a J.A. Sáinz Cantero, Volumen II).

 - **QUERALT JIMÉNEZ, J. J.:**
 - *Derecho Penal Español. Parte Especial*. Atelier, Barcelona 2002.
 - “El concepto penal de funcionario público” en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 27, 1985.
 - *La obediencia debida en el código penal: análisis de una causa de justificación: (art. 8, 12ª CP)*, Barcelona Librería Bosch, 1986.

 - **QUINTERO OLIVARES, G. Y OTROS:** *Comentarios al Nuevo Código Penal*. Tercera Edición, Aranzadi, Pamplona 2004. (También edición de 1999).

 - **QUINTERO OLIVARES, G.:** “El delito de desobediencia y de desobediencia justificada” en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 12, 1980.

- **RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.:** *Derecho penal español. Parte especial*, 9ª edición, Madrid 1989.
- **RODRÍGUEZ MOURULLO, G. y OTROS:** *Comentarios al Código Penal*. Cívitas, Madrid 1997.
- **ROIG TORRES, M.:** *El Delito de Atentado*. Aranzadi, Navarra 2004.
- **ROSO CAÑADILLAS, R.:** “Resistencia, desobediencia y atentado. Actuación del agente de la autoridad frente a estas conductas”, en *Poder Judicial* núm. 35, 1994.
- **SANZ MORÁN,** *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*. Valladolid, 1986.
- **SERRANO GÓMEZ, A. Y SERRANO MAILLO, A.:** *Derecho penal. Parte Especial*. Dykinson, Madrid 2005, 10ª edición.
- **SILVA SÁNCHEZ, J.M. y OTROS:** *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*. Atelier, Barcelona 2006.
- **SOTO NIETO, F.:** “Aproximación y diferencias entre los delitos de atentado y resistencia”, *La Ley*, Año XXIV, núm. 5812, 27 de junio de 2003, ref. D-153.
 - “Atentado por acometimiento”, *La Ley*, año XXVII, núm. 6545, 8 de septiembre de 2006.
- **SUÁREZ MIRA RODRÍGUEZ, C. Y OTROS:** *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Cívitas (Segunda edición) Madrid 2004.
- **TAMAYO, C.** “La acción en el delito de resistencia y desobediencia” *Cuadernos Jurídicos*, año 3 núm. 16, febrero 1994.

- **TERUEL CARRALERO, D:** “El delito de desobediencia a las órdenes particulares del Gobierno (artículo 238 del Código penal)” *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1968.
- **TORRES FERNÁNDEZ, M.E.:** “Los delitos de atentado en el Código Penal de 1995”, en *RECPC* 01-08 (1999) (www.recpc.com)
- *Los delitos de desórdenes públicos en el Código penal español*. Marcial Pons, Madrid 2001.
- **VALLINA VELARDE,** “Sobre el concepto de funcionario de hecho” *Revista de Administración Pública* núm. 29, mayo-agosto 1959.
- **VIVES ANTÓN, T.S.:** *Derecho Penal. Parte Especial*. Tirant lo blanch, Valencia 2004.
- *Comentarios al Código Penal de 1995*, Vol. II, Tirant lo blanch, Valencia 1996.
- “Consideraciones político-criminales en torno a la obediencia debida” en *Estudios Penales y Criminológicos*, tomo V, Universidad de Santiago de Compostela ,1983.
- *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*, Valencia, 1981.

ÍNDICE JURISPRUDENCIAL

A continuación se ofrece un listado de las más importantes resoluciones jurisprudenciales dictadas sobre la materia en los últimos años y que, por diversas razones en cada caso, se han estimado interesantes para el desarrollo de este trabajo y han sido recogidas en el mismo. Con la finalidad de que esta selección pueda ser de mayor utilidad, procedemos a citar todas las resoluciones referenciadas a lo largo de este estudio,

distinguiendo en función del epígrafe en el que se han analizado, ordenándolas según el órgano judicial que las dictó y por riguroso orden cronológico. Es posible que una misma resolución sea citada doblemente en distintos epígrafes, pues existen pronunciamientos que por su especial riqueza han sido objeto de análisis en diversos pasajes de este trabajo.

BIEN JURÍDICO

ORDEN PÚBLICO

Tribunal Constitucional:

- STC núm. 33/1982, de 8 de junio (RTC 1982, 33).
- STC núm. 69/1989, de 20 de abril (RTC 1989, 69).
- STC núm. 104/1989, de 8 de junio (RTC 1989,104).
- STC núm. 116/1993, de 29 de marzo (RTC 1993, 116).
- STC núm. 305/1993, de 25 de octubre (RTC 1993, 305).
- STC (Pleno) núm. 117/1984, de 15 de diciembre (RTC 1994, 117).
- STC núm. 66/1995 de 8 de mayo, (RTC 1995, 66).
- STC núm. 161/1997, de 2 de octubre (RTC 1997, 161).
- STC núm. 175/1999, de 30 de septiembre (RTC 1999,175).
- STC núm. 148/2000, de 1 de junio (RTC 2000, 148).
- STC 604/2001, de 15 de febrero (RTC 2001, 604).
- STC núm. 235/2001, de 13 de septiembre (RTC 2001,235).
- STC núm. 88/2003, de 19 de mayo (RTC 2003, 88).
- STC núm. 25/2004, de 26 de febrero (RTC 2004, 25).

Tribunal Supremo:

- STS 31 de octubre de 1974 (RJ 1974, 4083).
- STS núm. 2083/1994, de 29 de noviembre (RJ 1994, 9152).
- STS núm. 1672/2000, de 30 de octubre (RJ 2000, 9162).

PRINCIPIO DE AUTORIDAD

Tribunal Supremo:

- STS de 22 de diciembre de 1970 (RJ 1970, 5544).

- STS de 20 noviembre de 1975.
- STS de 8 de mayo de 1979 (RJ 1979, 1973).
- STS de 6 de octubre de 1982 (RJ 1982, 5606).
- STS de 21 de mayo de 1983 (RJ 1983,2749)
- STS de 20 de enero de 1986 (RJ 1986, 154).
- STS de 27 de septiembre de 1986 (RJD 1986/5840).
- STS de 23 de enero de 1987 (RJD 1987, 501).
- STS de 23 de enero de 1989 (RJ 1989, 72)
- STS de 5 de julio de 1989 (RJ 1989, 6089).
- STS de 1 de abril de 1991 (RJ 1991, 1670).
- STS núm. 1312/1993, de 4 de junio (RJ 1993,4820).
- STS núm. 1305/1995, de 21 de diciembre (RJ 1995, 9436).
- STS de 11 de marzo de 2000 (RJ 2000, 1100).
- STS núm. 950/2000, de 4 de junio (RJ 2000, 5240).
- STS núm. 966/2000, de 5 de junio (RJ 2000, 6299).
- STS núm. 231/2001, de 15 de febrero (RJ 2001, 2500).
- STS núm. 392/2001, de 16 de marzo (RJ 2001, 1898).
- STS núm. 1183/2001, de 13 de junio (RJ 2001, 6251).
- STS núm. 2404/2001, de 22 de diciembre (RJ 2001, 56039).
- STS núm. 72/2002, de 21 de enero (RJ 2002, 1570).
- STS núm. 361/2002, de 4 de marzo (RJ 2002, 3589).
- STS núm. 611/2002, de 11 de marzo (RJD 2002, 23349).
- STS núm. 370/2003, de 15 de marzo (RJ 2003, 2908).
- STS núm. 607/2006, de 4 de mayo (RJ 2006, 3567).

Audiencias Provinciales:

- SAP de Cuenca de 6 de octubre de 1999 (RJD 1999, 37139).
- SAP de Ciudad Real núm. 75/1999, de 19 de noviembre (ARP 1999,5503).
- SAP de Lugo núm. 8/2001, de 22 de enero (JUR 2001, 145484).
- SAP de Valladolid de 9 de marzo de 2001 (RJD 2001, 5495).
- SAP de Barcelona de 23 de octubre de 2001 (ARP 2001, 805).

- SAP de Toledo núm. 71/2001, de 15 de noviembre (ARP 2001, 826).
- SAP de Albacete núm. 22/2002, de 22 de marzo (JUR 2002,130079).
- SAP de Sevilla de 24 de mayo de 2002 (JUR 2002, 48701).
- SAP de Burgos de 17 de junio de 2002 (JUR 2002, 225388).
- SAP. de León núm. 105/2002 de 31 de julio (JUR 2002, 262578).
- SAP de Alicante núm. 6/2003, de 10 de enero (JUR 2003, 44549).
- SAP de Burgos de 28 de febrero de 2003 (JUR 2003, 10969).
- SAP de Asturias núm. 82/2003 de 20 de marzo (JUR 2003,16588).
- SAP de Guadalajara núm. 37/2003, de 14 de abril (JUR 2003, 43137).
- SAP de Toledo núm. 39/2004, de 15 de julio (RJ 2004, 275326).
- SAP de La Rioja núm. 228/2004, de 23 de agosto (JUR 2004, 243202).
- SAP de Las Palmas núm. 2/2005, 10 de enero (JUR 2005, 86805).
- SAP de Baleares núm. 49/2005, de 21 de abril (ARP 2005, 218).

SUJETOS

SUJETO ACTIVO

Tribunal Supremo:

- STS núm. 1733/1993, de 5 de julio (RJ 1993, 5871).

Audiencias Provinciales:

- SAP de de Zaragoza núm. 50/2001, de 8 de febrero (JUR 2001, 124134).

DISTINCIÓN ENTRE SUJETO PÁSIVO DEL DELITO Y SUJETO DE LA ACCIÓN

Tribunal Supremo:

- STS núm. 1183/2001, de 13 junio (RJ 2001, 6251).
- STS núm. 72/2002, de 21 de enero (RJ 2002, 1570).

CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO

Tribunal Constitucional:

- STC núm. 143/1985, de 4 de octubre (RTC 1985, 143)

Tribunal Supremo:

- STS de 12 de junio de 1990 (RJ 1990, 5276).
- STS núm. 1053/1992, de 8 de mayo (RJ 1992, 3770).
- STS núm. 2499/1992, de 18 de noviembre (RJ 1992, 9604).
- STS de 5 de febrero de 1993 (RJ 1993, 875).
- STS núm. 1108/1996, de 30 de diciembre (RJ 1996, 9786).
- STS núm. 682/1998, de 19 de mayo (RJ 1998, 828).
- STS núm. 1292/2000, de 10 de julio (RJ 2000, 6210).
- STS núm. 1952/2000 de 19 de diciembre (RJ 2000, 10190).
- STS núm. 307/2001, de 27 de febrero (RJ 2001, 483).
- STS núm. 68/2003, de 27 de enero (RJ 2003, 1033).
- STS núm. 333/2003, de 28 de febrero (RJ 2003, 2727)

CONCEPTO DE AUTORIDAD

Tribunal Supremo:

- STS de 15 de octubre de 1966 (RJ 1966, 4326).
- STS de 26 de octubre de 1979 (RJ 1979, 3756).
- STS de 15 de febrero de 1986 (RJ 1986, 610).
- STS de 25 de junio de 1986 (RJ 1986, 3192).
- STS de 8 de octubre de 1990 (RJ 1990, 7916).

AGENTES DE LA AUTORIDAD

Tribunal Supremo:

- STS de 29 de octubre de 1979 (RJ 1979, 3763).
- STS de 25 de octubre de 1991 (RJ 1991, 7382)
- STS de 18 de noviembre de 1992 (RJ 1992, 9605).
- STS núm. 191/1995, de 14 de febrero (RJ 1995, 757).
- STS núm. 413/1995, de 23 marzo (RJ 1995, 2260).

- STS núm. 624/1995, de 9 de mayo (RJ 1995, 3573).
- STS núm. 891/1995, de 10 de julio (RJ 1995, 5429).
- STS núm. 951/1995, de 2 de octubre (RJ 1995, 6961).
- STS núm. 173/1996, de 27 de febrero (RJ 1996, 1394).
- STS núm. 670/1996, de 3 de octubre (RJ 1996, 7826).
- STS núm. 742/1996, de 17 de octubre (RJ 1996, 7815).
- STS núm. 52/1997, de 20 de enero (RJ 1997, 187).
- STS núm. 230/1997, de 19 de febrero (RJ 1997, 1133).
- STS núm. 628/1997, de 7 de mayo (RJ 1997, 4026).
- STS núm. 737/1997, de 13 de mayo (RJ 1997, 4041).
- STS núm. 1277/1997, de 23 de octubre (RJ 1997, 7306).

PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD PRIVADA

Tribunal Constitucional:

- STC Pleno núm. 154/2005, de 9 de junio (RTC 154, 2005).
- STC 61/1990, de 29 de marzo (RTC 1990, 61).

Tribunal Supremo:

- STS 10 de diciembre de 1983 (RJ 1983, 6509).
- STS 8 de noviembre de 1984 (RJ 1984, 5456).
- STS de 18 de diciembre de 1990 (RJ 1990, 9563).
- STS de 25 de octubre de 1991 (RJ 1991, 7382).
- STS núm. 1051/1992, de 6 de mayo (RJ 1992, 4313).
- STS núm. 2500/1992, de 18 de noviembre (RJ 1992, 9605).
- STS núm. 2178/1993, de 8 de octubre (RJ 1993, 2178).
- STS núm. 2785/1993, de 13 de diciembre (RJ 1993, 9436).
- STS núm. 307/2000, de 22 de febrero (RJ 2000, 307).

PROFESIONALES DE LA SANIDAD PÚBLICA:

Tribunal Supremo:

- STS de 7 de abril de 1981 (RJ 1981, 1605).

- STS de 15 de febrero de 1986 (RJ 1986, 1292).
- STS de 26 de febrero de 1991 (RJ 1991,1547).
- STS núm. 1183/1993, de 20 de mayo (RJ 1993, 4189).
- STS núm. 2361/2001, de 4 de diciembre (RJ 2002, 817).
- STS núm. 1030/2007, de 4 de diciembre (LA LEY 19387, 2007).

Audiencias Provinciales:

- SAP de Cádiz de 9 de noviembre de 2000 (LA LEY 2000, 48341).
- SAP de Cuenca de 2 de mayo de 2005 (LA LEY 97246, 2005).
- SAP de Cuenca de 19 de mayo de 2005 (LA LEY 113247, 2005).
- SAP de Córdoba núm. 99/2006, de 12 de abril (LA LEY 43856, 2006)
- SAP de Granada núm. 367/2007, de 15 de junio (LA LEY 211746, 2007).
- SAP de Barcelona núm. 3957/2008, de 23 de mayo (LA LEY 70471, 2008).

OTROS POSIBLES SUJETOS DE LA ACCIÓN:

Celadores Guarda- Muelles:

- SAP de Cádiz de 9 de julio de 1999 (ARP 1999, 3377).
- SAP de Cádiz núm. 67/2000, de 17 de mayo (JUR 2000, 212717).
- SAP de Cádiz núm. 131/2000, de 28 de septiembre (ARP 2000, 3037).
- SAP de Cádiz núm. 14/2001, de 23 de enero (JUR 2001, 115136).
- SAP de Cádiz núm. 176/2001, de 22 de noviembre (JUR 2002, 54620).
- SAP de Cádiz núm. 13/2002, de 25 de enero (ARP 2002, 175).
- SAP de Cádiz núm. 26/2002, de 18 de abril (JUR 2002, 166421).
- SAP de Cádiz núm. 160/2002, de 31 de julio (JUR 2002, 247990).
- SAP de Sevilla núm. 107/2003, de 27 de febrero (JUR 2003, 85688).

Autoridades Portuarias:

- STS de 21 de abril de 1981 (RJ 1981, 1669).

Agentes Judiciales:

- SAP de Málaga núm. 123/1995, de 31 de marzo (ARP 1995, 1276).

Personal penitenciario:

Tribunal Supremo:

- STS núm. 239/1998, de 24 de febrero (RJ 1998, 960).
- STS núm. 121/2002, de 1 de febrero (RJ 2002, 3642).

Audiencias Provinciales:

- SAP de La Coruña núm. 4/2002, de 16 de enero (ARP 2002, 86825).
- SAP de Cádiz núm. 217/2002, de 13 de junio (ARP 2002, 251404).
- SAP de Madrid núm. 354/2002, de 31 de julio (ARP 2002, 279693).

Alcaldes:

- STS de 1 de junio de 1989 (RJ 1989, 5009).
- STS de de 7 de diciembre de 1989 (RJ 1989, 9440).
- STS núm. 2490/1992, de 13 de noviembre (RJ 1992, 9655).
- STS núm. 602/1995, de 27 de abril (RJ 1995, 3382).
- STS núm. 633/1995, de 10 de mayo (RJ 1995, 3574).
- STS núm. 175/2001, de 12 de febrero (RJ 2001, 280).

Concejales:

- STS núm. 1065/1992, de 12 de mayo (RJ 1992, 3868).

Secretarios de Ayuntamientos:

- STS de 6 de junio de 1979 (RJ 1979, 2335).
- STS núm. 2040/1992, de 5 de octubre (RJ 1992, 7739).

Miembros de Colegios Profesionales:

Tribunal Constitucional:

- STC núm. núm. 76/1983, de 5 de agosto (RTC 1983,76).
- STC núm. 23/1984, de 20 de febrero (RTC 1984, 23).

- STC núm. núm. 123/1987, de 15 de julio (RTC 1987,123).
- STC núm. 20/1988, de 18 de febrero (RTC 1988,20).

Tribunal Supremo:

- STS núm. 1310/2002, de 9 de julio (RJ 2002, 5974).

Decanos de Facultades:

- STS de 16 de enero de 1976 (RJ 1976, 107).
- STS de 21 de marzo de 1983 (RJ 1983, 2157).

Recaudadores de la Seguridad Social:

- SAP de Badajoz núm. 97/1998, de 14 de septiembre (APR 1998, 3112).
- SAP de Zaragoza núm. 24/2004, de 2 de febrero (JUR 2004, 81475).

Personal de Correos:

- STS de 8 de noviembre de 1984 (RJ 1984, 5444).

Inspectores de trabajo:

- STS de 26 de octubre de 1979 (RJ 1979,3756).

Inspectores médicos:

- STS de 26 de abril de 1990 (RJ 1990/3338).

Presidente de empresa pública:

- STS núm. 1590/2005, de 22 de diciembre (RJ 2005, 1415).

Administrador de Lotería:

- STS núm.1544/20044, de 23 de diciembre (RJ 2005, 498).

Farmacéutico:

- STS 576/2002, de 23 de diciembre (RJ 2002, 8273).

Miembros de una cámara agraria

- STS núm. 1183/1993, de 20 de mayo (RJ 1993, 4189).

Director de Parque Natural:

- STS núm. 876/2006, de 6 de noviembre (RJ 2007, 586).

Otros sujetos:

- STS de 15 de febrero de 1986 (RJ 1986, 610).

Fuerza Armada:

- STS de 25 de junio de 1991 (RJ 1992, 404).

Particulares que acuden en auxilio de sujetos de la acción:

- STC núm. 154/2005 de 9 de junio (RTC 154, 2005).

CONDUCTA TÍPICA

DELITOS DE MERA ACTIVIDAD:

Tribunal Supremo:

- STS de 8 de marzo 1982 (RJ 1982, 1520).
- STS de 14 de julio de 1982 (RJ 1982, 4662).
- STS de 16 de noviembre de 1987 (RJ 1987, 8522).
- STS núm. 1873/1992, de 16 de septiembre (RJ 1992, 7166).
- STS núm. 660/2001, de 18 de abril (RJ 2001, 2987).
- STS núm. 72/2002, de 21 de enero (RJ 2002, 1570).

Audiencias Provinciales:

- SAP de Burgos de 13 de junio de 2002 (JUR 2002, 225035).
- SAP de Madrid núm. 305/2002, de 12 de julio (JUR 2002, 278858).
- SAP de Madrid núm. 3/2003, de 13 de enero (JUR 2003, 191069).

- SAP de Barcelona núm. 556/2004, de 4 de mayo (RJ 2004, 181470).

LESIÓN DEL BIEN JURÍDICO:

- STS de 15 de octubre de 1979 (RJ 1979, 3672).
- STS de 28 de enero de 1983 (RJ 1983, 64).
- STS de 31 de enero de 1992 (RJ 1992, 674).
- STS núm. 1183/2001, de 13 de junio (RJ 2001, 6251).

CONDUCTA TÍPICA DEL DELITO DE ATENTADO:

Acometer:

Tribunal Supremo:

- 26 de junio de 1979 (RJ 1979, 2795).
- STS 7 de octubre de 1980 (RJ 1980, 3669).
- STS de 16 de junio de 1981 (RJ 1981, 2663).
- STS de 4 de junio de 1983 (RJ 1983, 3086).
- STS de 30 de abril de 1987 (RJ 1987, 3047).
- STS de 11 de octubre de 1984 (RJ 1984, 4826).
- STS de 16 de noviembre de 1987 (RJ 1987, 8522).
- STS de 10 de mayo de 1988 (RJ 1988, 3519).
- STS de 13 de febrero de 1989 (RJ 1989, 1547).
- STS de 27 de noviembre de 1991 (RJ 1991, 8572).
- STS núm. 1033/1992, de 11 de mayo (RJ 1992, 3856).
- STS núm. 2681/1992, de 12 de diciembre (RJ 1992, 10177).
- STS núm. 1279/1993, de 2 de junio (RJ 1993, 4702).
- STS núm. 1281/1993, de 4 de junio (RJ 1993, 4806).
- STS núm. 612/1993, de 25 de octubre (RJ 1993, 7870).
- STS núm. 756/1994, de 12 junio (RJ 1995, 4560).
- STS núm. 920/1996 de 25 de noviembre (RJ 1996, 8734).
- STS núm. 303/1997, de 11 de marzo (RJ 1997, 1711).
- STS núm. 338/1999, de 8 de marzo (RJ 1999, 1454).
- STS núm. 581/1999, de 21 de abril (RJ 1999, 3202).

- STS núm. 1453/1999, de 19 de noviembre (RJ 1999, 7577).
- STS núm. 966/2000, de 5 de junio (RJ 2000, 6299).
- STS núm. 1604/2000, de 21 de octubre (RJ 2000, 8788).
- STS núm. 2003/2000, de 20 de diciembre (RJ 2000, 10465).
- STS núm. 740/2001, de 4 de mayo (RJ 2001, 2108).
- STS núm. 1454/2002, de 13 de septiembre (RJ 2002, 8444).
- STS núm. 1807/2002, de 4 de noviembre (RJ 2002, 9743).
- STS núm. 819/2003, de 6 de junio (RJ 2003, 5608).
- STS núm. 743/2004, de 9 de junio (RJ 2005, 2293).
- STS núm. 146/2006, de 10 de febrero (RJ 2006, 3100).
- STS núm. 589/2006, de 1 de junio (RJ 2006, 3584).
- STS núm. 614/2006, de 2 de junio (RJ 2006, 3776).
- STS núm. 1006/2006, de 12 de julio (RJ 2005, 6651).
- STS núm. 1033/2006, de 15 de septiembre (RJ 2005, 7174).

Audiencias Provinciales:

- SAP de Cantabria núm. 122/1999, de 13 de octubre (ARP 1999, 4423).
- SAP de Albacete núm. 35/2001, de 21 de mayo (JUR 2001, 214181).
- SAP de Girona núm. 534/2001, de 5 de octubre (JUR 2001, 323299).
- SAP de Almería núm. 111/2003, 5 junio (JUR 2003, 218575).
- SAP de Sevilla núm. 9/2004, de 9 de enero (JUR 2004, 68866).
- SAP de Madrid núm. 60/2004, de 6 de febrero (JUR 2004, 239467)
- SAP de Sevilla núm. 92/2004, de 11 de febrero (JUR 2004, 103905).
- SAP de Zaragoza núm. 168/2004, de 26 de mayo (JUR 2004, 180516).
- SAP de Asturias núm. 187/2004, 15 de julio (JUR 2004, 253359).
- SAP de Ávila núm. 189/2004, de 8 de noviembre (JUR 2005, 82952)
- SAP de Barcelona núm. 164/2005 de 16 de marzo (JUR 2005, 125505).
- SAP de Cádiz núm.147/2005, de 21 de abril (JUR 2005, 143339)
- SAP de Tarragona de 20 de junio de 2005 (JUR 2005, 176126).
- SAP de Madrid núm. 842/2005, de 23 de septiembre (JUR 2005, 242687).

Emplear fuerza:

Tribunal Supremo:

- STS de 15 de octubre de 1979 (RJ 1979, 3672).
- STS de 10 de diciembre de 1979 (RJ 1979, 4579).
- STS de 3 de mayo de 1988 (RJ 1988, 3450).
- STS de 10 de mayo de 1988 (RJ 1988, 3519).
- STS de 21 de febrero de 1989 (RJ 1989, 1632).
- STS de 1 de febrero de 1991 (RJ 1991, 692).
- STS de 27 de enero de 1992 (RJ 1992, 573).
- STS de 13 de febrero de 1992 (RJ 1992, 1226).
- STS de 2 de junio de 1993 (RJ 1993, 4702).
- STS de 8 de noviembre de 1994 (RJ 1994, 9993).
- STS núm. 891/1995, de 10 de julio (RJ 1995, 5429).
- STS núm. 695/1996, de 15 de octubre (RJ 1996, 7813).
- STS núm. 230/1997, de 19 de febrero (RJ 1997, 1133).
- STS núm. 456/1999, 23 de marzo (RJ 1999, 2410).
- STS núm. 1672/2000, de 30 de octubre (RJ 2000, 9162).
- STS núm. 1872/2000, de 5 de diciembre (RJ 2000, 10645).
- STS núm. 660/2001 de 18 de abril (RJ 2001, 2987).
- STS núm. 1183/2001, de 13 de junio (RJ 2001,6251).
- STS núm. 262/2003, de 19 de febrero (RJ 2003, 2503).
- STS núm. 470/2004, de 6 de abril (RJ 2004, 2499).

Audiencias Provinciales:

- SAP de Málaga núm. 9/1999, de 20 de enero (ARP 1999, 188).
- SAP de Sevilla núm. 11/2000, de 13 de enero (ARP 2000, 1257)
- SAP de Cádiz de 8 de junio de 2000 (RJ 2000, 211367).
- SAP de Barcelona de 25 de julio de 2000 (ARP 2000, 2173).
- SAP de Madrid núm. 187/2001, de 27 de abril (JUR 2001, 211367).
- SAP de Pontevedra núm. 80/2001, de 13 de noviembre (RJ 2002, 53606)
- SAP de Barcelona de 19 de noviembre de 2001 (JUR 2002, 42239).

- SAP de Albacete núm. 13/2002, de 28 de febrero (RJ 2002, 104152).
- SAP de Sevilla núm. 536/2002, de 10 de diciembre (JUR 2003, 147502)
- SAP de Cádiz de 5 de abril de 2003 (JUR 2004, 99063).
- SAP de Huelva núm. 219/2003, de 22 de diciembre (2004, 64904).
- SAP de Zaragoza núm. 6/2004, de 12 de enero (JUR 2004, 60985).
- SAP de Málaga núm. 429/2004, de 9 de julio (2005, 59128).

Resistencia activa grave:

- STS de 3 de diciembre de 1982 (RJ 1982, 7374).
- STS de 20 de enero de 1986 (RJ 1986, 156).
- STS de 28 de mayo de 1986 (RJ 1986, 2890).
- STS de 19 de septiembre de 1988 (RJ 1988, 6792).
- STS de 7 de mayo de 1990 (RJ 1990, 3864).
- STS de 20 de diciembre de 1990 (RJ 1990, 9675).
- STS de 28 de octubre de 1991 (RJ 1991, 7412).
- STS de 3 de abril de 1992 (RJ 1992, 2751).
- STS núm. 1305/1995, de 21 de diciembre (RJ 1995, 9436).
- STS núm. 670/1996, de 3 de octubre (RJ 1996, 7826).
- STS núm. 303/1997, de 11 de marzo (RJ 1997, 1711)
- STS núm. 753/1998, de 30 de mayo (RJ 1998, 9195).
- STS núm. 581/1999, de 21 de abril (RJ 1999, 3202).
- STS núm. 747/1999, de 11 de mayo (RJ 1999, 4974)
- STS núm. 432/2000, de 18 de marzo (RJ 2000, 1129).
- ATS de 10 mayo 2000 (RJ 2000, 7767).
- STS núm. 966/2000, de 5 de junio (RJ 2000, 6299)
- STS núm. 1773/2001, de 8 de octubre (RJ 2001, 8787).
- STS núm. 1828/2001, de 16 de octubre (RJ 2001, 9232)
- STS núm. 2350/2001 de 12 de diciembre (RJ 2002, 1289).
- STS núm. 2404/2001, 22 de diciembre (RJ 2002, 1813).
- STS núm. 670/2002, de 3 de abril (RJ 2002, 3600).

USO DE ARMAS U OTRO MEDIO PELIGROSO

Tribunal Supremo:

- STS de 23 de enero de 1991 (RJ 1991, 248).
- STS de 13 de noviembre de 1991 (RJ 1991, 8062).
- STS de 31 de octubre de 1994 (RJ 1994, 8341).
- STS de 11 de junio de 1997 (RJ 1997, 4677).
- STS núm. 258/1998, de 28 de febrero (RJ 1998, 1749).
- STS núm. 338/1999, de 8 de marzo (RJ 1999, 1454).
- STS de 31 de diciembre de 2001 (RJ 2001, 824).
- STS núm. 950/2000, de 4 de junio (RJ 2000, 5240).
- STS núm. 1872/2000, de 5 de diciembre (RJ 2000, 10645).
- STS núm. 2003/2000, de 20 de diciembre (RJ 2000, 10465).
- STS núm. 87/2001, de 29 de enero (RJ 2001, 261).
- STS núm. 1828/2001, de 16 de octubre (RJ 2001, 9232).
- STS núm. 210/2004, de 23 de febrero (RJ 2004, 1429).

Audiencias Provinciales:

- SAP de Málaga núm. 118/2002, de 11 de octubre (JUR 2003, 105053).
- SAP de Málaga núm. 123/2003, de 28 de mayo (JUR 2004, 46176).
- SAP de Zaragoza núm. 343/2003, de 30 de octubre (JUR 2003, 252470).
- SAP de Huelva núm. 69/2004, de 26 de mayo (JUR 2005, 52988).
- SAP de Sevilla núm. 597/2004, de 5 de noviembre (JUR 2005, 69398).
- SAP de Burgos núm. 143/2004, de 13 de septiembre (JUR 2005, 19671).
- SAP de Valladolid núm. 410/2005, de 14 de diciembre (JUR 2006, 24550).
- SAP de las Palmas núm. 123/2007, de 4 de mayo (JUR 2007, 170500).
- SAP de Alicante núm. 525/2007, de 27 de septiembre (JUR 2008, 129479).
- SAP de Barcelona núm. 131/2008, de 15 de enero (ARP 2008, 562)
- SAP de Madrid núm. 924/2008, de 19 de septiembre (JUR 2008, 381987)

PREVALIMIENTO DE LA CONDICIÓN DE FUNCIONARIO, AUTORIDAD O AGENTE DE LA MISMA:

Tribunal Supremo:

- STS de 19 de mayo de 1992 (RJ 1992, 4177).

Audiencias Provinciales:

- SAP de Barcelona de 25 de enero 1994 (RJ 1994, 152).
- SAP de Tarragona núm. 1252/1995, de 6 de junio (RJ 1995, 758).

CONDUCTA TÍPICA DEL DELITO DE RESISTENCIA (ART. 556 CP)

- STS de 3 de abril de 1981 (RJ 1981, 1515).
- STS de 20 de enero de 1986 (RJ 1986, 156).
- STS de 17 de julio de 1986 (RJ 1986, 4330).
- STS núm. 951/1995, de 2 de octubre de (RJ 1995, 6961).
- STS núm. 1204/1998, de 20 de octubre (RJ 1998, 6881).
- STS núm. 853/2000, de 12 de mayo (RJ 2000, 2681).
- STS núm. 1773/2001, de 8 de octubre (RJ 2001, 8787).
- STS núm. 361/2002, de 4 de marzo (RJ 2002, 3589).
- STS núm. 670/2002, de 3 de abril (RJ 2002, 3600).
- STS núm. 370/2003, de 15 de marzo (RJ 2003, 2908).
- STS núm. 607/2006, de 4 de mayo (RJ 2006, 3567).

CONDUCTA TÍPICA DEL DELITO DE DESOBEDIENCIA

Tribunal Constitucional:

- STC de 19 de septiembre de 1988 (RTC 1998, 160).
- STC núm. 207/1996, de 16 de diciembre (RTC 1996, 207).

Tribunal Supremo:

- STS de 4 de noviembre de 1960 (RJ 3535, 1960).
- STS de 29 de abril de 1983 (RJ 1983, 2319).
- STS de 10 noviembre de 1989 (RJ 1989, 8605).
- STS de 19 de noviembre de 1990 (RJ 1990, 10477).
- STS de 17 de febrero de 1992 (RJ 1992, 1191).
- STS de 10 de julio de 1992 (RJ 1992, 6667).
- STS de 7 de junio de 1994 (RJ 1994, 4541).

- STS núm. 1203/1997, de 11 de octubre (RJ 1997, 7218)
- STS núm. 1037/2000, de 13 de junio (RJ 2000, 6597)
- STS núm. 263/2001, de 24 de febrero (RJ 2001, 2317).
- STS núm. 485/2002, de 14 de junio (BDB 13684, 2002).
- STS núm. 1219/2004, de 10 diciembre (RJ 2004, 7917).

Audiencias Provinciales:

- SAP Barcelona núm. 65/1996, de 29 febrero (ARP 1996, 82).
- SAP Zaragoza núm. 249/1997, de 23 junio (ARP 1997, 826).
- SAP Sevilla núm. 433/1997, de 24 julio (ARP 1997, 1457).
- SAP de Girona núm. 83/1998, de 12 de marzo (ARP 1999,3038).
- SAP de Lleida núm. 472/1998, de 22 de octubre (ARP 1998, 5037).
- SAP de Madrid núm. 80/1999, de 12 de enero (ARP 1999, 2009).
- SAP de Cantabria núm. 67/1999, de 13 mayo (ARP 1999, 1949).
- SAP Granada núm. 206/2000, de 22 marzo (ARP 2000, 2207).
- SAP de Badajoz núm. 108/2004, de 3 de noviembre (JUR 2004, 306417).

DIFERENCIAS ENTRE EL DELITO DE DESOBEDIENCIA Y LA FALTA DEL ART. 634:

- STS de 18 de enero de 1988 (RJ 1988, 298).
- STS de 20 de enero de 1986 (RJ 1986, 156).
- STS de 5 de julio de 1989 (RJ 1989, 6089).
- STS de 20 de enero de 1990 (RJ 1990, 465).
- STS de 23 de enero de 1992 (RJ 1992, 2520).
- STS de 17 de febrero de 1992 (RJ 1992, 1191).

DESOBEDIENCIA: CASUÍSTICA DE INTERÉS:

Tribunal Constitucional:

- STC núm. 37/1989, de 15 de febrero (RTC 1989/37).
- STC núm. 207/1996, de 16 de diciembre (RTC 1996, 207).
- STC núm. 161/1997, de 2 de octubre (RTC 161/1997).

- STC núm. 234/1997, de 18 de diciembre (RTC 1997, 234).

Tribunal Supremo:

- STS de 15 de noviembre de 1967 (RJ 1967, 5081).
- STS de 11 de marzo de 1976 (RJ 1976, 1094).
- STS de 28 de enero de 1982 (RJ 1982, 155).
- STS de 17 de diciembre de 1985 (RJ 1985, 6089).
- STS de 17 de septiembre de 1988 (RJ 1988, 6786).
- STS núm. STS 2681/1992, de 12 de diciembre (RJ 1992, 10177).
- STS núm. 1461/2000, 27 de septiembre (RJ 2000, 916).
- STS de 4 de marzo de 2001 (RJ 2001, 2113).
- STS núm. 1161/2002, 17 de junio (RJ 2002, 7364).
- STS núm. 1222/2006, de 14 de diciembre (RJ 2006, 8190).
- STS núm. 670/2007, de 17 de julio (RJ 2007, 4819) entre otras.

Audiencias Provinciales:

- SAP de Girona de 30 de marzo de 1998 (ARP 1998, 1151).
- SAP de Barcelona de 22 de mayo de 1998 (ARP 1998, 1740).
- SAP de Alicante de 3 de julio de 1998 (ARP 1998, 3081).
- SAP Valencia núm. 196/1998, de 17 de julio (ARP 1998, 3313).
- SAP de Barcelona núm. 1070/1998, de 21 de diciembre (ARP 1998, 5792).
- SAP de Madrid de 12 de enero de 1999 (ARP 1999, 2009).
- SAP de Barcelona de 22 de abril de 1999 (ARP 1999, 1676).
- AP de Guipúzcoa núm. 68/1999, 11 de junio (RJ 1999, 1338).
- SAP de Alicante de 18 de diciembre de 1999 (ARP 1999, 5174).
- SAP de Barcelona de 2 de marzo de 2000 (ARP 2000, 1236).
- SAP Cádiz núm. 30/2000, de 6 de marzo (ARP 2000, 1015).
- SAP de Toledo núm. 11/2000, de 29 de mayo (ARP 2000, 644).
- SAP de Ávila de fecha 7 de febrero de 2001 (JUR 2001, 116583).
- SAP Barcelona núm. 165/2001, de 1 de marzo (ARP 2001, 560).
- SAP de Madrid de 26 de noviembre de 2002 (JUR 2003, 63813).

- SAP de Toledo de 24 de febrero de 2003 (JUR 2003, 78489).
- SAP de Ourense de 3 de junio de 2003 (JUR 2003, 185269).
- SAP Sevilla núm. 642/2003, de 1 de diciembre (JUR 2004, 66706).
- SAP Las Palmas de 4 de julio de 2005 (JUR 2005, 217024).
- SAP Girona núm. 140/2006, de 9 de marzo (ARP 2006, 626).
- SAP Castellón núm. 181/2006, de 4 de mayo (JUR 2006, 253818).
- SAP de Tarragona núm. 466/2007, de 11 de junio (JUR 2007, 301437).
- SAP Madrid núm. 893/2007, de 3 de septiembre (JUR 2007, 346628).
- SAP de Madrid núm. 69/2008, de 30 de enero (JUR 2008, 98062).

FALTA DE CONSIDERACIÓN Y RESPETO DEBIDO A LA AUTORIDAD (ART. 634 CP):

- STS núm. 669/1999, de 5 mayo (RJ 1999, 3391).
- STS núm. 1978/2001, de 26 octubre (RJ 2001, 10321).
- STS núm. 364/2002, de 28 febrero (RJ 2002, 3022).

Audiencias Provinciales:

- SAP de Zaragoza núm. 22/2001, de 25 de enero (ARP 2002, 18).
- SAP de Cantabria núm. 26/2002 de 21 noviembre (ARP 2003, 185).

ELEMENTOS OBJETIVOS DEL INJUSTO COMUNES A TODAS ESTAS CONDUCTAS TÍPICAS Y RELATIVOS A LOS SUJETOS QUE SOPORTAN LA ACCIÓN:

Actuar en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas:

Tribunal Supremo:

- STS núm. 173/1996, de 27 de Febrero (RJ 1996, 1994).
- STS de 29 de marzo de 2000 (RJ 2000, 3482).

Audiencias Provinciales:

- SAP de Madrid núm. 410/1999, de 15 de noviembre (RJD 44162,1999).
- SAP de Cádiz núm. 140/2001, de 27 de marzo (JUR 2001, 161354).
- SAP de Madrid de 28 de octubre de 2004 (JUR 2004, 88041).
- SAP de Las Palmas núm. 18/2005, de 28 de enero (JUR 2005, 62976).
- SAP de Murcia núm. 17/2005, de 15 de abril (JUR 2005, 240315).

El requisito de la no extralimitación:

Tribunal Constitucional:

- STC núm. 55/1990 de 28 de marzo (RTC 1990,55).

Tribunal Supremo:

- STS de 12 diciembre 1967 (RJ 1967\5312).
- STS de 2 junio de 1970 (RJ 1970, 2722).
- STS de 22 diciembre de 1970 (RJ 1970\5544).
- STS de 6 mayo de 1972 (RJ 1972\2048).
- STS de 14 de mayo de 1981 (RJ 1981, 2228).
- STS de 2 de marzo de 1982 (RJ 1982, 1403).
- STS de 4 de noviembre de 1982 (RJ 1982, 7067).
- STS de 28 de febrero de 1983 (RJ 1983, 1739).
- STS de 18 de abril de 1988 (RJ 1988, 2803).
- STS núm. 2490/1992, de 13 de noviembre (RJ 1992, 9655).
- STS núm. 169/1993, de 3 de febrero (RJ 1993, 651).
- STS núm. 1042/1994, 20 de mayo (RJ 1994, 9343).
- STS núm. 191/1995, de 14 febrero (RJ 1995\757).
- STS núm. 747/1998, de 28 mayo (RJ 1998, 5004).
- STS núm. 1345/1998, de 5 de noviembre (RJ 1998, 8151).
- STS núm. 2350/2001 de 12 de diciembre (RJ 2002, 1289).

Audiencias Provinciales:

- SAP de Córdoba núm. 11/2002 de 23 de enero (ARP 2002, 178).

ANÁLISIS SUBJETIVO DE LOS TIPOS

ÁNIMO DE OFENDER A LA AUTORIDAD:

Tribunal Supremo:

- STS de 21 de mayo de 1985 (RJ 1985, 2519).
- STS de 3 de julio de 1985 (RJ 1985, 3873).
- STS de 18 de mayo de 1987 (RJ 1987, 3083).
- STS de 3 de enero de 1990 (RJ 1990, 265).
- STS de 27 de febrero de 1996 (RJ 1996, 1394).
- STS de 28 de mayo de 1998 (RJ 1998, 5004).
- STS de 5 de junio de 2000 (JR 2000, 6299).
- STS de 21 de julio de 2000 (RJ 2000, 6770).
- STS núm. 1773/2001, de 8 de octubre (RJ 2001, 8787).
- STS núm. 72/2002, de 21 de enero (RJ 2002, 1570).

Audiencias Provinciales:

- SAP de Santa Cruz de Tenerife de 7 de septiembre de 1999 (ARP 1996, 2609).
- SAP de Madrid núm. 485/2000, de 21 de septiembre (JUR 2001, 6010)

DOLO

Tribunal Supremo:

- STS de 31 de enero de 1990 (RJ 1990, 543).
- STS de 26 de abril de 1990 (RJ 1990, 3338).
- STS de 13 de noviembre de 1990 (RJ 1990, 8900).
- STS de 14 de febrero 1992 (RJ 1992, 1231).
- STS de 3 de abril de 1992 (RJ 1992, 2751).
- STS núm. 431/1994, de 3 de marzo (RJ 1994, 1684).
- STS núm. 602/1995, de 27 de abril (RJ 1995, 3382).
- STS de 21 de diciembre de 1995 (RJ 1995, 9436).
- STS de 26 de enero 1996 (RJ 1996, 621).

- STS de 25 de octubre de 1996 (RJ 1996, 7421).
- STS núm. 1672/1999, de 24 de noviembre (RJ 199, 8719).
- STS núm. 948/2000, de 29 de mayo (RJ 2000, 4146).
- STS núm. 231/2001 de 15 de febrero (RJ 2001, 2500).
- STS núm. 1623/2001, de 18 de septiembre (RJ 2001, 9015).
- STS núm. 2012/2004, de 8 de octubre (RJ 2004, 6303).
- STS núm. 676/2005, de 16 de mayo (RJ 2005, 6752).
- STS núm. 181/2007, de 7 de marzo (RJ 2007, 1782).
- STS núm. 672/2007, de 19 de julio (RJ 2008, 538).

ERROR DE TIPO

- STS de 14 febrero 1992 (RJ 1992, 1227).
- STS de 10 de marzo de 1992 (RJ 1992, 1961).
- STS núm. 567/1994, de 16 de marzo (RJ 1994, 2319).
- STS núm. 2081/1994, de 29 de noviembre (RJ 1994, 9151).
- STS núm. 958/1996, de 3 diciembre de (RJ 1996, 9774).
- STS núm. 1191/1997, de 29 de septiembre (RJ 1997, 7167).
- STS núm. 181/2007, de 7 de marzo (RJ 2007, 1782).

CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

DERECHO A LA RESISTENCIA:

- STS núm. 1598/2001, de 18 de septiembre (RJ 2001, 8352).

LEGÍTIMA DEFENSA FRENTE AL EXCESO POLICIAL:

- STS de 19 de abril de 1988 (RJ 1988, 2821).
- STS núm. 697/1993, de 30 de marzo (RJ 1993, 2580).
- STS núm. 1630/1994, de 24 de septiembre (RJ 1994, 7183).
- STS núm. 899/1997, de 23 de junio (RJ 1997, 6004).
- STS núm. 189/1998, de 16 de febrero (RJ 1998, 1459).
- STS núm. 1760/2000 de 16 de noviembre (RJ 2000, 10657).
- STS núm. 2259/2001, de 23 de noviembre (RJ 2002, 2791).

- STS núm. 79/2002, de 14 de enero (RJ 2002, 4523).
- STS núm. 2143/2002, de 18 de diciembre (RJ 2003, 408)
- STS núm. 470/2005, 14 abril (RJ 2005, 4355).
- STS núm. 711/2008, de 7 de noviembre (RJ 2008, 6789).

Audiencias Provinciales:

- SAP de Castellón núm. 63/1996, de 8 de marzo (ARP 1996, 854).
- SAP de Murcia núm. 140/1998, de 30 de diciembre (JUR 1998, 100906).
- SAP de Gerona núm. 783/2002, de 5 de noviembre (JUR 2003, 63006).
- SAP de Madrid núm. 11/2003 de 9 de enero (ARP 2003, 302)

ESTADO DE NECESIDAD:

Tribunal Supremo:

- STS núm. 1352/2000, de 24 de julio (RJ 2000, 7121).
- STS núm. 186/2005, de 10 de febrero (RJ 2005, 3163).

Audiencias Provinciales:

- SAP de Burgos núm. 30/1997, de 28 de febrero (ARP 1997, 460).
- SAP de Tarragona núm. 437/2007, de 6 de junio (ARP 2007, 521).

JUICIO DE CULPABILIDAD

CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD:

Tribunal Supremo:

- STS núm. 596/1998, de 5 de mayo (RJ 1998, 4609).
- STS núm. 729/1998, de 22 de mayo (RJ 1998, 2944).
- STS núm. 1157/1999, de 14 de julio (RJ 1999, 6177).

Audiencias Provinciales:

- SAP de Málaga núm. 9/1999, de 20 de enero (ARP 1999, 188).
- .SAP de Barcelona de 2 de febrero de 1999 (ARP 1999, 742).
- SAP de Madrid núm. 490/2002, de 21 de octubre (JUR 2003, 11790).
- SAP de Toledo núm. 50/2002, de 29 de octubre (JUR 2003, 42177).
- SAP de Vizcaya núm. 420/2005, de 8 de junio (JUR 2005, 209695).
- SAP de Madrid núm. 71/2007, de 7 de febrero (JUR 2007, 154524).

MIEDO INSUPERABLE:

Tribunal Supremo:

- STS núm. 1524/1994, de 19 de julio (RJ 1994, 6653).
- STS núm. 92/1998, de 29 de enero (RJ 1998, 385).
- STS núm. 1382/2000, de 24 de octubre (RJ 2000, 8283).
- STS núm. 1095/2001, de 16 de julio (RJ 2001, 6498).
- STS núm. 340/2005 de 8 de marzo (RJ 2005, 2728).
- STS núm. 180/2006, de 16 de febrero (RJ 2006, 2150).

Audiencias Provinciales:

- SAP de Córdoba núm. 11/1998, de 12 de febrero (ARP 1998, 870).
- SAP de Tarragona de 4 de noviembre de 2003 (JUR 2004, 108521).

ERROR DE PROHIBICIÓN:

Tribunal Supremo:

- STS núm. 1104/1996, de 30 de enero (RJ 1996, 190).

Audiencias Provinciales:

- SAP de Girona núm. 887/2002, de 9 de diciembre (JUR 2003, 64344)
- SAP de Barcelona núm. 685/2007, de 24 de octubre (JUR 2008, 32986).

ITER CRIMINIS

FORMAS DE APARICIÓN DE LOS DELITOS DE ATENTADO Y RESISTENCIA:

Tribunal Supremo:

- STS de 15 julio 1988 (RJ 1988, 6588).
- STS núm. 731/1999, de 6 de mayo (RJ 1999, 4961).
- STS núm. 1823/2002, de 14 de mayo (RJ 2002, 6455).

Audiencia Nacional:

- SAN de 26 de julio de 1999 (ARP 1999, 2608).

FORMAS DE PARTICIPACIÓN EN ESTOS DELITOS:

Autoría y participación en los delitos de atentado y resistencia:

Tribunal Supremo:

- STS de 30 de noviembre de 1964 (RJ 1964, 5256).
- STS de 2 de diciembre de 1974 (RJ 1974, 5072).
- STS de 30 de abril de 1981 (RJ 1981, 1681).
- STS de 8 de febrero de 1984 (RJ 1984, 732).
- STS de 8 de noviembre de 1986 (RJ 1986, 6822).
- STS de 5 de mayo de 1988 (RJ 1988, 3483)
- STS de 5 abril 1991 (RJ 1991, 2576).
- STS núm. 1065/1992, de 12 de mayo (RJ 1992, 3868).
- STS núm. 1384/1992, de 15 de junio (RJ 1992, 5490).
- STS núm. 2491/1992, de 13 noviembre (RJ 1992, 9657).
- STS núm. 711/1993, de 24 marzo (RJ 1993, 2502).
- STS núm. 2386/1993, de 27 de octubre (RJ 1993, 7876).
- STS núm. 1894/1994, de 26 de octubre (RJ 1994, 8554).
- STS de 7 de marzo de 1996 (RJ 1996, 2012).
- STS núm. 628/1997, de 7 de mayo (RJ 1997, 4026).
- STS núm. 950/2000, de 4 de junio (RJ 2000, 5240).
- STS núm. 370/2007, de 23 de abril (RJ 2007, 2151).

Audiencia Nacional:

- SAN núm. 20/2003, de 19 de mayo (JUR 2004, 2622277).
- SAN núm. 29/2003, de 19 de junio (JUR 2004, 253035).
- SAN núm. 34/2003, de 6 de octubre (JUR 2004, 252806).

Autoría y participación en los delitos de desobediencia:

- STS de 21 de abril de 1981 (RJ 1981, 1669).

FORMAS CONCURSALES:

Cuestiones Previas:

- STS núm. 187/1998, de 11 de febrero (RJ 1998, 1980).

FORMAS CONCURSALES EN EL DELITO DE ATENTADO:

- STS de 23 de abril de 1992 (RJ 1992, 6783).

Concurso ideal entre delito de atentado y lesiones:

- STS de 14 de julio de 1982 (RJ 1982, 1749).
- STS núm. 191/1995, de 14 de febrero (RJ 1995, 757).
- STS núm. 258/1998, de 28 de febrero (RJ 1998, 1749).
- STS núm. 468/2000, de 11 de abril (RJ 2000, 2697).
- STS núm. 950/2000, de 4 de junio (RJ 2000, 5240).
- STS núm. 1454/2002, de 13 de septiembre (RJ 2002, 8444).
- STS núm. 1792/2002, de 25 de octubre (RJ 2002, 9612).
- STS núm. 74/2006, de 24 de enero (RJ 2006, 870).
- STS núm. 497/2006, de 3 de mayo (RJ 2006, 3335).

Concursos reales entre atentado y otras figuras:

- STS de 26 de marzo de 1984 (RJ 1984, 1859).
- STS de 12 de noviembre de 1984 (RJ 1984, 5464).
- STS de 19 de septiembre de 1988 (RJ 1988, 6794).

- STS de 28 de diciembre de 1988 (RJ 1988, 10304).
- STS de 14 de febrero de 1989 (RJ 1989, 4754).
- STS de 15 de abril de 1991 (RJ 1991, 2784).
- STS núm. 264/2000, de 21 de febrero (RJ 2000, 874).
- STS núm. 678/2002, de 13 de abril (RJ 2002, 5280).
- STS núm. 1461/2002, de 12 de septiembre (RJ 2002, 8276)
- STS núm. 2143/2002, de 18 de diciembre (RJ 2002, 408).
- STS núm. 578/2005, de 5 de mayo (RJ 2005, 4398).

FORMAS CONCURSALES EN EL DELITO DE RESISTENCIA:

- STS núm. 69/1996, de 26 de enero (RJ 1996, 621).
- STS núm. 1031/2002, de 30 de mayo (RJ 2002, 5582).
- STS núm. 1395/2002, de 24 de julio (RJ 2002, 7785).
- STS núm. 1601/2002, de 30 de septiembre (RJ 2002, 8676).
- STS núm. 1755/2002, de 22 de octubre (RJ 2002, 9601).
- STS núm. 370/2003, de 15 de marzo (RJ 2003, 2908).
- STS núm. 892/2003, de 17 de junio (RJ 2003, 6140).

FORMAS CONCURSALES EN EL DELITO DE DESOBEDIENCIA:

- SAP de Barcelona núm. 1166/2004, de 8 de noviembre (JUR 2005, 22471).

PROBLEMÁTICA DEL CONCURSO DE NORMAS:

- STS de 15 de octubre de 1979 (RJ 1979, 3595).
- STS de 18 de julio de 1983 (RJ 1983, 4194).
- STS de 3 de julio de 1985 (RJ 1985, 3873).
- STS núm. 2003/2000, de 20 de diciembre (RJ 2000, 10465).

**CIRCUNSTANCIAS GENÉRICAS MODIFICATIVAS DE LA
RESPONSABILIDAD:**

CAUSAS GENÉRICAS DE ATENUACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD:

Tribunal Supremo:

- STS núm. 1989/2001, de 22 de octubre (RJ 2001, 9068).

Audiencias Provinciales:

- SAP de Ciudad Real núm. 103/2001, de 14 de junio (JUR 2002, 62902).
- SAP de Asturias núm. 110/2002, de 21 de mayo (JUR 2002, 190033).
- SAP de Cantabria núm. 26/2002, de 21 de noviembre (ARP 2003, 185).
- SAP de Cantabria núm. 11/2003, de 6 de febrero (JUR 2003, 156936).

CONSECUENCIAS JURÍDICAS Y CONSIDERACIONES CRÍTICAS.

CUESTIONES PROCESALES

PENALIDAD. CONSIDERACIONES CRÍTICAS:

- STS núm. 271/2000, de 21 de febrero (RJ 2000, 1788).

RESPONSABILIDAD CIVIL. EL ESTADO COMO POSIBLE PERJUDICADO:

Tribunal Supremo:

- STS de 20 de septiembre de 1982 (RJ 1982, 4948).
- STS de 13 de diciembre de 1983 (RJ 1983, 6522).
- STS de 2 de marzo de 1988 (RJ 1988, 9358).
- STS de 12 de junio de 1989 (RJ 1989, 5094).
- STS de 10 de mayo de 1990 (RJ 1990, 3894).
- STS núm. 770/1999, de 13 de mayo (RJ 1999, 3812).
- STS núm. 910/1999, de 9 de junio (RJ 1999, 3882).

Audiencias Provinciales:

- SAP de Barcelona núm. 843/2003, de 20 de octubre (JUR 2003, 276666).
- SAP de Madrid núm. 333/2004, de 12 de julio (JUR 2004, 266932).

CUESTIONES RELATIVAS A LA PRUEBA:

Tribunal Constitucional:

- STC núm. 64/1994, de 28 de febrero (RTC 1994, 64).

Tribunal Supremo:

- STS núm. 1632/1999, de 14 de enero de 2000 (RJ 2000, 714).
- ATS núm. 1107/2001, de 30 de mayo (RJ 2001, 4386).
- STS núm. 1979/2001, de 25 de octubre (RJ 2001, 9385).
- STS núm. 2528/2002, de 2 de enero (RJ 2002, 303).
- STS núm. 51/2002, de 26 de enero (RJ 2002, 1851).
- STS núm. 577/2002, de 3 de abril (RJ 2002, 6759).
- STS núm. 1807/2002, de 4 de noviembre (RJ 2002, 9743).

Audiencias Provinciales:

- SAP de Madrid núm. 803/2002, de 26 de noviembre (JUR 2003, 72871).
- SAP de Valladolid núm. 221/2003, de 14 de abril (JUR 2003, 103424).
- SAP de Madrid núm. 508/2004, de 22 de noviembre (JUR 2005, 247290).
- SAP de Guipúzcoa núm. 112/2005, de 24 de mayo (JUR 2005, 200248).
- SAP de Alicante núm. 461/2005, de 16 de junio (JUR 2005, 194898).