



**XII CONGRESO NACIONAL
DE
DERECHO SANITARIO**

22

LOS ILÍCITOS PENALES

D. José M^a. Luzón Cuesta
Ex Teniente Fiscal del Tribunal Supremo.
Profesor en Derecho Penal



XII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO SANITARIO

Madrid, 20 y 21 de octubre de 2005

Mesa Redonda sobre

“LOS PROFESIONALES SANITARIOS ANTE EL PROBLEMA DE LAS AGRESIONES”

Ponencia sobre:

LOS ILÍCITOS PENALES

José María Luzón Cuesta

Teniente Fiscal del Tribunal Supremo
(jubilado)

Con mi agradecimiento al Comité Organizador, que me dispensa el honor de participar en el Congreso, y, muy especialmente, a mi amigo y compañero José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez, que me ha facilitado valiosa información.

Resumen.

1. Introducción: manifestaciones de un clima social proclive a las malas formas, a la intolerancia y agresividad.
2. La respuesta penal: principio de intervención mínima; tutela penal cuando han fracasado las medidas preventivas y otras sancionatorias con las que cuenta el Estado de Derecho.
3. La denuncia. Necesidad. No debe existir el temor de denunciar.
4. Consideración de funcionario público. Concepto. Incluye a los profesionales sanitarios que prestan servicios en centros públicos.
5. Tipos penales.- 5.1. Desórdenes públicos.- 5.2. Delitos contra el honor: calumnia e injuria y peculiaridades cuando el ofendido es funcionario público; falta de injurias.- 5.3. Delitos contra la libertad: coacciones y amenazas; faltas.- 5.4. Atentados: acometimiento y grave intimidación; concurrencia (concurso ideal) con otros delitos.
6. Causas de exención y circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Examen de algunas de mayor interés en relación con los anteriores tipos.- 6.1. Causas de exención de responsabilidad: artículo 20.- 6.1.1. Anomalía o alteración psíquica.- 6.1.2. Intoxicación plena.- 6.2. Circunstancias atenuantes: artículo 21.- 6.2.1. Eximentes incompletas.- 6.2.2. Drogadicción.- 6.2.3. Estados emotivos.- 6.3. Circunstancias agravantes: artículo 22.- 6.3.1. Alevosía.- 6.3.2. Reincidencia.
7. Pena y responsabilidad civil.- 7.1. Competencia del Juzgado de Instrucción.-
7.2. Competencia del Juzgado de lo Penal.- 7.2.1. Principio general.- 7.2.2. Excepciones.-
7.3. Competencia de la Audiencia Provincial.- 7.4. Pena de alejamiento.-
7.5. Responsabilidad civil.- 7.6. Responsabilidad civil subsidiaria.

Texto de la ponencia:

LOS ILÍCITOS PENALES

Sumario. 1. Introducción.- 2. La respuesta penal.- 3. La denuncia.- 4. Consideración de funcionario público.- 5. Tipos penales: 5.1. Desórdenes públicos; 5.2. Delitos contra el honor; 5.3. Delitos contra la libertad; 5.4. Atentados.- 6. Causas de exención y circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.- 6.1. Causas de exención de responsabilidad: artículo 20.- 6.1.1. Anomalía o alteración psíquica.- 6.1.2. Intoxicación plena.- 6.2. Circunstancias atenuantes: artículo 21.- 6.2.1. Eximentes incompletas.- 6.2.2. Drogadicción.- 6.2.3. Estados emotivos.- 6.3. Circunstancias agravantes: artículo 22.- 6.3.1. Alevosía.- 6.3.2. Reincidencia.- 7. Pena y responsabilidad civil- 7.1. Competencia del Juzgado de Instrucción.- 7.2. Competencia del Juzgado de lo Penal.- 7.3. Competencia de la Audiencia Provincial.- 7.4. Pena de alejamiento.- 7.5. Responsabilidad civil.- 7.6. Responsabilidad civil subsidiaria.

1. INTRODUCCIÓN

En una sociedad en que, desde lo que era la antigua escuela, se ha ido relajando la disciplina y deteriorando el principio de autoridad, imponiéndose las malas formas, la mala educación, la pérdida, más de una vez, del respeto debido a la vocacional, casi sacerdotal, figura del maestro, que, en ocasiones, frente a comportamientos intolerables, que rompen la armónica convivencia necesaria en las aulas, no se sienten suficientemente respaldados, ni desde dentro ni desde fuera; en una sociedad en la que se cuestiona la norma del artículo 154 del Código civil, según la cual los padres, en el ejercicio de la patria potestad, podrán “corregir razonable y moderadamente a sus hijos”, lo que, en modo alguno supone una autorización para maltratar; en una sociedad en que la impaciencia, las prisas, la intolerancia, los malos modos, la agresividad a

flor de piel, se muestran a diario en la vía pública y con ocasión de la circulación, pretendiendo justificarse con el estrés que la vida moderna parece producir; en una sociedad en que todos conocen sus derechos pero no siempre sus obligaciones ni los derechos de los demás; en fin, en una sociedad en que, afortunadamente, todavía con carácter minoritario, se observan estas anomalías, no puede sorprender que, en una prestación fundamental como es la de la sanidad, especialmente en la pública, en que los profesionales, muchas veces incomprendidos, con los medios de que disponen, se afanan en realizarla adecuadamente, se manifiesten, por parte del paciente o de sus familiares, insatisfechos con la prestación o con la, generalmente inevitable, dilación, comportamientos que, de impertinentes, pasan a irrespetuosos y agresivos, verbal o físicamente. Y es natural que estas situaciones, que fundamentalmente se producen, cada vez con más frecuencia, en centros de salud y hospitales, especialmente en la atención primaria y urgencias, causen, no sólo personal intranquilidad e incluso alarma, sino que perjudiquen el funcionamiento del servicio; y es también natural el que los afectados por tales comportamientos reclamen medidas de seguridad en los centros, respaldo y protección por las direcciones de los mismos, y una adecuada respuesta por los Jueces y Tribunales.

2. LA RESPUESTA PENAL

Hemos de partir de la doble idea de que sólo deben protegerse penalmente los bienes jurídicos, tipificando como delito o falta su lesión efectiva o potencial, a través de una acción u omisión dolosa o culposa; y de que, conforme al principio de intervención mínima, tal tutela penal sólo debe producirse cuando se revelen ineficaces los demás medios de prevención y sanción con los que cuenta un Estado de Derecho y únicamente frente a los ataques más intensos, más intolerables.

En cuanto a la efectividad de las medidas de represión penal, la tipificación de conductas en el Código penal tiene, en principio, un valor de prevención general, siendo una llamada de atención a la colectividad, con la amenaza de una pena en el caso de que se lesionen los bienes jurídicos protegidos por la norma penal, así como una llamada de atención a una persona en particular, a la que se aplica la pena, que es la que se denomina prevención especial, que se materializa en un castigo. Ahora bien, aparte de esa función del Derecho penal, a quienes tienen a su cargo el cuidado de la comunidad corresponde una labor preventiva, vigilante, que evite el que tenga que intervenir el Derecho penal, como último remedio.

3. LA DENUNCIA

Aunque la mayoría de los delitos son perseguibles de oficio, es decir, que no requieren para su persecución denuncia o querrela, para que se inicie el proceso es necesario que la "notitia criminis" llegue a conocimiento del Juez, normalmente a virtud de denuncia del ofendido, bien directamente o, en el ámbito que estamos considerando, tratándose de la sanidad pública, a través de la dirección del centro.

No obstante, en ocasiones, el sujeto pasivo de la agresión se muestra reacio a denunciar, bien en atención a la timidez del hecho, lo que creo que, en todo caso, debe comunicar a la dirección del centro; bien por temor a que sean entonces conocidos sus datos personales e incluso su domicilio y a sufrir posibles represalias; bien por pensar en las molestias que la denuncia pueda ocasionarle y en la lentitud en la tramitación de la causa.

Pese a todo ello, entiendo conveniente que se produzca la denuncia, que, por otra parte, tratándose de delitos perseguibles de oficio, es una obligación. Así, el domicilio particular no es necesario que figure en la misma, pudiendo ser sustituido, a efectos de notificaciones, por el del

centro de trabajo, y sin perjuicio de que, en determinados casos, sea de aplicación la Ley O. 19/1994, de 23-12, de Protección a Testigos y Peritos en Causas Criminales; las posibles represalias se castigan en el Código penal (art. 464) con pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a veinticuatro meses, y creo que sería prudente que la atención al enfermo se encomendara a otro facultativo, sin perjuicio de que, en los delitos a que se refiere el art. 57 del Código, pueda cautelarmente el Juez, conforme al art. 544 bis de la L.E.Cr., acordar una medida de alejamiento, cuyo quebrantamiento daría lugar a un nuevo delito, el del artículo 468 del Código; en cuanto a las molestias, inevitable es que el agredido acuda a declarar en el juicio oral, que, siempre que el proceso se inicie a virtud de atestado policial y concurren los demás requisitos que prevé el art. 795 de la L.E.Cr., se tramitará por el procedimiento para enjuiciamiento rápido; por otra parte, puede resultar para el perjudicado más sencilla la denuncia si la canaliza, en el caso de centros, a través del director del establecimiento.

Por último, aunque el Ministerio Fiscal ejerza la acusación y correlativa defensa de la víctima, podría, en los casos más graves y evidenciando la solidaridad, personarse como acusación el Colegio de Médicos, o el órgano público del que dependa el agredido.

4. CONSIDERACIÓN DE FUNCIONARIO PÚBLICO

Antes de examinar los tipos penales, en cuanto la condición de funcionario público, en el caso de que la agresión haya tenido lugar en el ámbito de la sanidad pública, habrá de ser, en algunos supuestos, tenida en cuenta, hemos de partir del concepto que ofrece el art. 24.2 del Código penal y de su precedente interpretación. Según tal precepto, "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".

Conforme a una reiterada jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, “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 (actual 24) del Código penal, que sólo hace depender tal cualidad del hecho concreto y real que una persona se halle participando más o menos permanente o temporalmente habiendo sido designado para ello en el ejercicio de funciones públicas” (STS 8-5-1992), habiéndose así comprendido “los llamados funcionarios de hecho que desempeñan una función pública, aunque no reúnan todas las calificaciones o legitimaciones requeridas” (STS 30-9-1992), así como interinos y sustitutos (SSTS 9-10-1991 y 1183/1993, de 20-5). En definitiva, “el concepto penal de funcionario público no exige las notas de incorporación ni permanencia, sino fundamentalmente ‘la participación en la función pública’ (STS 4-12-2002), a la que debe accederse por cualquiera de las tres vías de designación que recoge el precepto” (STS 1590/2003, de 22-4).

Por eso, de acuerdo con tal concepto y matizaciones señaladas, es lógico que la Sala Segunda haya, en concreto, considerado como funcionarios públicos, a efectos penales, desde hace años, a médicos y enfermeras de la Seguridad Social (SSTS 15-11-1973, 15-6-1979 y 7-4-1981), así como a los funcionarios del INSALUD (STS 20-12-1988).

Así, pues, no pueden sorprendernos las noticias que se publican, por ejemplo, de que haya sido condenado como atentado, en consideración a la condición de funcionario público del agredido (según se recoge en “Diario Médico” de 14-3-2005), la agresión a un médico del Servicio Andaluz de la Salud, o que igual criterio siga (según el mismo diario, de 5-9-2005), un Juzgado de lo Penal de Ibiza, en relación con un médico del SNS. Y, por eso, resulta razonable

que, en la Jornada anual de letrados de los Servicios autonómicos de la salud, celebrada este año en Toledo, organizada por el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM) a la que acudieron cincuenta letrados, una de sus conclusiones (según informe del ya citado Diario, de 21-6-2005) fuera la de que “Las denuncias o querellas derivadas de las agresiones a médicos deberían canalizarse como delito de atentado contra una autoridad o funcionario público”, aclarando el Letrado Jefe de la Asesoría Jurídica del SESCAM y coordinador de tales jornadas, que “se trata de concienciar a los Tribunales de que el simple acometimiento físico o intimidatorio grave contra el personal sanitario se tipifique como un delito de atentado con independencia de la gravedad de las lesiones”.

Creo que tal concienciación existe, pero, aún partiendo de la reconocida condición de funcionarios públicos, habrá en cada caso que acudir, en estricta aplicación del principio de legalidad que rige en el Derecho penal, a la descripción que, en abstracto, establece el Código penal, al considerar una conducta como constitutiva de delito o falta, para, en concreto, ver en qué norma se subsume la que es objeto de la denuncia o querrella. Y, a priori, conviene aclarar las ideas sobre los tipos penales que en nuestro Código se establecen, partiendo del examen de los que prevén las conductas de menor intensidad agresiva, en que será casi o totalmente intrascendente la señalada cualidad de funcionario público del ofendido, hasta llegar al tipo del atentado, establecido en atención a tal cualidad, y sin que nos detengamos en el estudio de los tipos de homicidio o lesiones que pueden concurrir con éste.

5. TIPOS PENALES

5.1. DESÓRDENES PÚBLICOS

Conforme al art. 558 del Código penal, “Serán castigados con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses, los que perturben gravemente el orden”, entre otros lugares, en un “establecimiento público”. Se trata de un delito que, según la Sala Segunda, “puede ser realizado por una persona individualmente considerada y la figura penal no exige la producción de posteriores resultados” (STS 10-12-1990). Podrá así incurrirse en tal conducta, tanto por el enfermo como por otra persona o grupo de personas, por ejm., varios familiares o acompañantes del que requiere o ha recibido asistencia en cualquier hospital u otro centro de salud, que, sin duda, tienen el carácter de establecimiento público, y ello aunque no realizaran una agresión personal. Ahora bien, al exigirse que la indicada perturbación del orden sea grave, habrá de valorarse en cada caso la entidad de la conducta, verbal o física, y su influencia en la marcha de la actividad realizada en el establecimiento, que puede incluso haber llegado a tener que interrumpirse, así como en la tranquilidad y sosiego de los que allí se encuentren, no considerándose delito si la perturbación tiene el carácter de leve, en cuyo caso no tendrá entrada el Derecho penal, conforme al antes señalado principio de intervención mínima, en cuanto, aunque hay una falta, la del art. 633, de perturbación leve del orden, en la misma no se recoge, entre los lugares protegidos, el “establecimiento público”. Y he de llamar la atención sobre la relatividad de los adjetivos “grave” y “leve”, que igualmente se utilizan en otros tipos que a continuación examinaremos.

5.2. DELITOS CONTRA EL HONOR

Como tales castiga nuestro Código la calumnia y la injuria.

La primera, conforme al art. 205, consiste en “la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”, castigándose (art. 206) “con

las penas de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a 24 meses”, quedando exento de toda pena (art. 207) el acusado de calumnia “probando el hecho criminal que hubiere imputado”.

Es injuria, según el art. 208, “la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación”. Pues bien, nuevamente incluye el Código la exigencia de gravedad, al disponer, a continuación, que “Solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves”, estableciéndose seguidamente, si bien limitada a un determinado supuesto, una norma interpretativa (la llamada “interpretación auténtica”, que vincula a los Tribunales, al formar parte de la norma), al disponer que “Las injurias que consistan en la imputación de hechos no se considerarán graves, salvo cuando se hayan llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”. En cuanto a la pena, dispone el art. 209 que “Las injurias graves hechas con publicidad se castigarán con la pena de multa de seis a catorce meses y, en otro caso, con la de tres a siete meses”.

La condición de funcionario público del ofendido es tenida en cuenta por el legislador, respecto a la injuria, al disponer, en el art. 210, que “El acusado de injuria quedará exento de responsabilidad probando la verdad de las imputaciones cuando éstas se dirijan contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos o referidos a la comisión de faltas penales o de infracciones administrativas”; y, respecto a uno y otro delito, cuando en el art. 215.1, después de establecer que “Nadie será penado por calumnia o injuria sino en virtud de querrela de la persona ofendida por el delito o de su representante legal”, lo que supone que estos delitos se consideren “privados”, con la consiguiente posibilidad de perdón, añade, a virtud de una afortunada reforma legislativa, introducida por Ley O. 15/2003, de 25-11, recordando el antiguo delito de desacato, que “Se procederá de oficio cuando la ofensa se dirija

contra funcionario público, autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos”. En el caso de que las injurias tengan carácter leve, la conducta es castigada, sin peculiaridad respecto a los funcionarios públicos, como falta, en el art. 620.2, con pena de multa de diez a veinte días, exigiendo para su persecución “denuncia de la persona agraviada o de su representante legal”.

En cuanto a la siempre, como ya he apuntado, espinosa valoración de la gravedad, el casuismo que proporciona la Sala Segunda es muy ilustrativo. Por referirse como sujeto pasivo a un médico, recordaré una sentencia (STS 27-3-1990) en que se consideraron como graves las siguientes afirmaciones: “Dice ser médico, pero en el Colegio de Médicos no han visto su título”, “de unas mentiras sobre los cursos que dice realizar y no realiza tenemos constancia”, “la mitad de los diplomas que tiene son falsos” y “de todas estas trampas saca buen provecho”.

5.3 . DELITOS CONTRA LA LIBERTAD

Sin entrar en el examen del delito de detención ilegal, máximo atentado contra la libertad de la voluntad, que viene a ser considerada como una modalidad de la coacción (STS 1122/1998, de 29-9, entre otras), pero que, aunque posible, y prevista en el art. 165 del Código, como un supuesto agravado, la de ser la víctima “ funcionario público en el ejercicio de sus funciones”, sería de excepcionalísima realización en el ámbito que estamos examinando, me referiré brevemente a las coacciones y amenazas.

Las coacciones se regulan en el art. 172 del Código, incurriendo en el tipo básico de tal delito “El que, sin estar legítimamente autorizado, impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto”, que “será castigado

con la pena de prisión de seis meses a tres años o con multa de doce a 24 meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados”.

Señalaré únicamente que, aunque inicialmente la jurisprudencia estableció un criterio restrictivo, limitando la violencia a la fuerza física efectuada sobre el sujeto pasivo, desde hace ya mucho tiempo viene manteniendo un concepto amplio, comprendiendo tanto la violencia material, vis física, como la intimidatoria o moral, vis compulsiva, dirigida contra el sujeto pasivo, bien de modo directo, o indirecto a través de terceras personas, o de la vis in rebus, que fueren la voluntad de aquél (STS 1397/1997, de 17-11, entre otras).

Supuestos que cabe concebir podrían ser los de exigencia con violencia, por ejm., de un certificado, de un determinado tratamiento, análisis u otras pruebas, recetas o de una baja temporal, caso este último que dio lugar al asesinato en Salamanca de una doctora, en marzo de 2001, al denegar la continuación de una baja laboral.

Respecto a las amenazas, por tales podemos entender, siguiendo la ya clásica definición de Bernaldo de Quirós (1873-1959), “el anuncio de un mal dependiente en su realización de la voluntad del que lo hace, bien sea con ánimo de lograr un determinado objeto, bien sin propósito alguno y únicamente como expresión de rencor o ira”. Y, a la vista de nuestro Código, tal concepto habrá de delimitarse, prescindiendo de otros tipos que no afectan al ámbito que estamos considerando, en el doble sentido personal y real que recogen los arts. 169 y 171. En el primero es castigado “El que amenazare a otro con causarle a él, a su familia o a otras personas con las que esté íntimamente vinculado un mal que constituya delitos de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, tortura y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico”. En cuanto a las penas, en el n.º. 1º de tal artículo se sanciona con la de prisión de uno a cinco años “si se hubiere hecho la amenaza exigiendo una

cantidad o imponiendo cualquier otra condición, aunque no sea ilícita, y el culpable hubiere conseguido su propósito”, pena que se atenuará “de no conseguirlo” y que se impondrán en su mitad superior “si las amenazas se hicieren por escrito, por teléfono o por cualquier medio de comunicación o de reproducción, o en nombre de entidades o grupos reales o supuestos”; y en el nº. 2º se establece la pena de prisión de seis meses a dos años, “cuando la amenaza no haya sido condicional”. Si se trata de “Las amenazas de un mal que no constituya delito”, más atenuada es la pena de prisión y alternativa de multa, que prevé el art. 171,1 “atendidas la gravedad y circunstancias del hecho, cuando la amenaza fuere condicional y la condición no consistiere en una conducta debida. Si el culpable hubiere conseguido su propósito se le impondrá la pena en su mitad superior”

Aunque no lo mencione el Código, el anuncio típico ha de hacerse de un mal futuro (SSTS 18-9-1986 y 23-11-1989), más o menos remoto, con posibilidad de ejecución, dependiente, como inicialmente he apuntado, de la voluntad del sujeto activo y susceptible de causar intimidación, al revestir carácter de seriedad.

En cuanto a la distinción entre amenazas y coacciones, “Doctrinalmente ha sido tradicional acoger como diferenciador un criterio temporal de tal modo que para entender que el delito es de amenazas es preciso que exista un aplazamiento temporal del mal augurado, mientras que en las coacciones el mal se presenta como inminente y actual” (STS 427/2000, de 18-3).

En el límite inferior respecto a coacciones y amenazas, en el antes citado art. 620.2, se castiga como falta, con pena de multa de diez a veinte días, si fueran de carácter leve. La diferencia es fundamentalmente cuantitativa, sin descuidar el perfil cualitativo de la amenaza y exigiéndose, en todo caso, la vis en las coacciones (SSTS 832/1998, de 17-6, y 1489/2001, de 23-7, respecto a las primeras, y 1181/1997, de 3-10, sobre las segundas).

Examinados los delitos contra el honor (calumnia e injuria) y contra la libertad (coacciones y amenazas), y aunque así resulta de lo expuesto, hemos de poner de relieve que, salvo las dos normas que hemos visto, en cuanto a la "exceptio veritatis" en la injuria y a la persecución de oficio en calumnia e injuria, no existe otra especialidad en tales delitos por el hecho de ser el ofendido un funcionario público, en cuanto el Código de 1995 prescindió de la que contenía el art. 245 del Código anterior, en que se imponía la pena de arresto mayor (un mes y un día a seis meses) "a los que injuriaren, insultaren o amenazaren de hecho o de palabra a los funcionarios públicos o a los agentes de la autoridad, en su presencia o en escrito que les dirigieren".

5.4. ATENTADOS

Los supuestos paradigmáticos de protección penal al funcionario público respecto a las agresiones que puedan sufrir en relación con el ejercicio de sus funciones, es el del atentado, que el Código penal considera delito contra el orden público y define en el art. 550, al expresar que "Son reos de atentado los que acometan a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, o empleen fuerza contra ellos, los intimiden gravemente o les hagan resistencia activa también grave, cuando se hallen ejecutando las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas".

En cuanto a los actos típicos de tal delito, el acometimiento "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 a brazo partido o se les arrojan piedras u otros objetos contundentes" (STS 30-4-1987), "pudiendo y debiendo subsumirse en ese concepto los disparos realizados con arma de fuego" (STS 28-9-1989); en definitiva, "acometer 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” (STS 10-5-1988). “El acometimiento se parifica con la grave intimidación, que “puede consistir en un mero acto formal de iniciación del ataque o en un movimiento revelador del propósito agresivo” (STS 15-7-1988), apreciándose por la jurisprudencia “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, provocando una coacción anímica intensa” (SSTS 18-10-1990 y 660/2001, de 18-4), como puede ser el caso del encañonamiento (STS 29-11-1989). Respecto a tal intimidación grave, puede suscitar dudas de diferenciación en relación, no con las amenazas, referidas a un mal futuro, a diferencia de la inmediatez del atentado, pero sí con las coacciones.

La pena prevista para el atentado a funcionarios públicos es de prisión de uno a tres años (art. 551.1), que se agrava si la agresión se verifica con armas u otro medio peligroso (art. 552.1ª), entendiéndose la Sala Segunda que el término “agresión” equivale al acometimiento, “como una de las modalidades (quizá la más caracterizada y grave) de atentado”, de modo que “si el arma no es utilizada para la verificación de una agresión o acometimiento, sino para objetivo distinto, cual pudiera ser la intimidación del sujeto pasivo, no entrará en juego la circunstancia que nos ocupa; intimidar con armas no puede parangonarse a agredir con armas” (STS 9-10-1992).

Pero, sin duda, el aspecto más interesante que conviene destacar, es el de la producción de lesiones de cualquier gravedad, o incluso la muerte, aunque sólo sea intentada, del funcionario, supuestos en que se castigará tanto el atentado como ese otro delito o falta, conforme a las reglas que contiene el Código en su art. 77, que la doctrina y jurisprudencia denomina “concurso ideal”, para “el caso de que un solo hecho constituya dos o más infracciones”, conforme al cual “se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las

infracciones”, ya que, en tal caso, “se sancionarán las infracciones por separado”. Y es necesario precisar que, si bien cuando se realice una sola actividad agresiva frente a varios funcionarios públicos (por ejm., contra varios médicos y enfermeras), se aprecia un único delito de atentado, ello no impide, si se producen los mencionados homicidios o lesiones, que “sean castigados aparte como infracciones penales, en concurso ideal con el atentado, tantas como personas resulten afectadas” (STS 650/1993, de 22-3; en igual sentido SSTS 1437/2000, de 25-9 y 72/2002, de 21-1).

Lógicamente, como al principio ya he anticipado, no nos detendremos en el examen del delito de homicidio ni de los delitos o faltas de lesiones, como tampoco antes hemos estudiado la detención ilegal, que igualmente se castigaría en concurso ideal con el atentado (STS 1939/1994, de 8-11), si bien en aquél caso por la razón en su momento expuesta y en estos otros por cuanto su singularidad consiste en el examinado concurso con el atentado. Recordaremos, solamente, que el homicidio se castiga, conforme al art. 138, con pena de prisión de diez a quince años y, de concurrir alevosía, precio, recompensa o promesa, o ensañamiento, como asesinato, según el art. 139, con pena de quince a veinte años de prisión, y que de las lesiones realiza el Código una pormenorizada regulación en los arts. 147 y siguientes, castigándose como falta en el art. 617, en el que también es sancionado “El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión”, debiendo precisar que, así como la falta de lesiones se castigaría, según hemos visto, en concurso ideal con el atentado, tales malos tratos darían lugar a sólo la aplicación de este último, conforme a lo previsto en el art. 8 del Código.

6. CAUSAS DE EXENCIÓN Y CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL

En el caso de que no concurra causa alguna de exención de la responsabilidad criminal, para medir la pena, fijada en abstracto en atención a la gravedad objetiva de cada uno de los delitos que hemos examinado y que, en principio, considero proporcionada, el juzgador ha de atender, aparte de al grado de ejecución del delito (consumación o tentativa) y al de participación (como autor o cómplice), a la personalidad del delincuente y a la concurrencia de determinados elementos accidentales, que suponen una disminución de la imputabilidad, o un aumento o disminución de la culpabilidad o de la llamada antijuridicidad, es decir, de la falta de justificación de la conducta que ha violado la norma protectora, a través del Derecho penal, de un determinado bien jurídico. Surge así la problemática de las circunstancias atenuantes o agravantes, pudiendo, por consiguiente, considerar aquéllas como elementos accidentales del delito, en cuanto no condicionan su existencia, que, por revelar una menor imputabilidad, culpabilidad o antijuridicidad, determinan una moderación de la pena señalada al delito; y éstas como elementos accidentales del delito, en cuanto no condicionan su existencia, unas veces, y como esenciales, en cuanto cualificativos de determinados delitos, otras, que, por revelar una mayor culpabilidad o antijuridicidad, son tenidos en cuenta al graduar o fijar la pena correspondiente.

Como es natural, no es este el momento de entrar en el examen pormenorizado, ni de las causas que determinan la exención de responsabilidad criminal, contenidas en los siete supuestos del art. 20 del Código penal, ni de las referidas circunstancias, que se enumeran con carácter genérico en los arts. 21 (seis atenuantes), 22 (ocho agravantes) y 23 (la mixta de parentesco), aparte de, específicamente, respecto a concretos delitos. No obstante, dado su mayor interés en relación con los delitos que hemos examinado, haremos breve referencia a dos causas de exención de responsabilidad criminal, tres circunstancias atenuantes y dos agravantes,

recordando que, según reiteradamente ha declarado la Sala Segunda, la apreciación de cualquiera de ellas requiere que resulte tan probada como el hecho mismo.

6.1. CAUSAS DE EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD: ARTÍCULO 20

6.1.1. Anomalía o alteración psíquica

Como primera y más típica causa de inimputabilidad o incapacidad penal, el n.º 1º declara: “El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.- El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión”.

Es de destacar que el Código actual abandona la fórmula psiquiátrica del Código derogado, que, siguiendo la incorporada al de 1932, propuesta por el Dr. Sanchís Banús, se refería al “enajenado y el que se halla en situación de trastorno mental transitorio”, adoptando una fórmula psiquiátrico-psicológica, en que se alude a la causa (“anomalía o alteración psíquica”) y a los efectos (que el sujeto “no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión”). Tal doble requisito (que ya estaba previsto en el Código de 1928), ya era exigido, pese a la fórmula anterior, por la Sala Segunda, al declarar que “para la apreciación de una circunstancia eximente o modificativa de la responsabilidad criminal basada en el estado mental del acusado no basta una clasificación clínica, por lo que debe evitarse el incurrir en la hipervaloración del diagnóstico, en cuanto que es menester poner en relación la alteración mental con el acto delictivo de que se trata, ya que la enfermedad es condición necesaria pero no suficiente para establecer una relación causal entre la enfermedad mental y el acto delictivo” (STS 51/1993, de 20-1).

Junto a la anomalía psíquica, cuyo concepto corresponde al campo de la psiquiatría, y que puede identificarse con la referencia al “enajenado” del Código anterior, se incluye la “alteración psíquica”, equivalente a la situación de trastorno mental transitorio, o intervalo de inimputabilidad en el normalmente constituido o no aquejado de anomalía psíquica permanente, y en que la excepción para su aplicación “cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito” (consagración de la doctrina de la “actio libera in causa”) ha sido ampliada a los casos en que “hubiera previsto o debido prever su comisión”, lo que incluye los casos de dolo eventual o imprudencia.

6.1.2. Intoxicación plena

En el n.º 2º se comprende “El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que 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”.

Como puede observarse, en esta formulación, que no recogía el Código anterior, que sólo se refería, entre las atenuantes, a la embriaguez, “no habitual, siempre que no se haya producido con propósito de delinquir”, se contemplan dos situaciones diferentes, con distinta regulación, cuales son las de la intoxicación plena por alcohol o drogas y la del alcohólico o drogodependiente, que se encuentre bajo el síndrome de abstinencia, estados éstos, que tenían cabida en el n.º 1º, como alteración o anomalía psíquica, respectivamente, y sobre la cual pueden reproducirse las anteriores consideraciones.

6.2. CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES: ARTÍCULO 21

6.2.1. Eximentes incompletas

Como 1ª atenuante se formula la de “Las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos”, que frecuentemente ha sido aplicada en relación con las dos causas de exención examinadas, vista la entidad de la causa y de los efectos, en supuestos en que no está anulada, sino disminuida, la capacidad de culpabilidad del sujeto.

6.2.2. Drogodependencia

La 2ª atenuante es “La de actuar el culpable a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el número 2º del artículo anterior”.

Quizás innecesaria, como lo es la eximente a la que se remite, en cuanto a la atenuación pretendida podría llegarse, por aplicación de la 1ª o de la 6ª (atenuante analógica), en relación con el nº. 1º del art 20, o bien con el nº. 2º de dicho artículo, de cuya expresa formulación podría haberse prescindido, al poder incluirse en aquél. No obstante, la Sala Segunda considera que esta específica atenuante “sería aplicable a los supuestos en que el sujeto comete el delito por su grave adicción a las drogas y cuando su imputabilidad esté disminuida de forma no muy intensa, siendo además exigible que exista una relación entre el delito cometido y la ausencia de droga que padece el agente, de forma que la finalidad de aquél sea aliviar el síndrome padecido a causa de la drogodependencia” (STS 97/2004, de 27-1, con cita de otras). Pensemos, por ejm., en el supuesto en que, bajo ese síndrome, comparezca el sujeto en un centro médico, con una violenta, agresiva, pretensión de determinada asistencia.

6.2.3. Estados emotivos

La 3ª atenuante, de posible invocación en el ámbito que estamos considerando, es “La de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebatos, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante”.

Se trata de una atenuante “equidistante, por encima del trastorno mental transitorio y por abajo del acaloramiento o aturdimiento que de ordinario acompañan a los denominados delitos de sangre” (STS 2-4-1990), insistiéndose, en el límite inferior, en que “no puede confundirse con el acaloramiento o leve aturdimiento que acompaña al agente en la dinámica comisiva de ciertas infracciones” (STS 2253/1993, de 13-10, y lo mismo en STS 59/2002, de 25-1). Como regla general, “El estímulo ha de ser tan importante, que permita explicar (que no justificar) la reacción concreta que se produjo. Si esta reacción es algo absolutamente discordante, por exceso notorio, respecto del hecho motivador, no cabe aplicar la atenuación ahora examinada” (STS 27-2-1992). No obstante, aun admitiendo que “no se ha establecido para privilegiar reacciones coléricas, cuando los estímulos son insuficientes”, se reconoce que “no puede desdeñarse la importancia que tienen ciertos estímulos en sujetos con personalidades psicopáticas, los llamados hipertímicos-excitados” (STS 1988/1993, de 17-9; lo mismo en STS 59/2002, de 25-1). Por otra parte, tales estímulos es necesario que procedan del comportamiento precedente de la víctima (STS 476/1993, de 8-3, y 1744/1994, de 10-10) y no se trate de actos que deban ser acatados. A diferencia de los estímulos, las causas pueden no obedecer a la actividad de otra persona (STS 21-10-1991), exigiéndose que “no sean repudiables desde el punto de vista socio-cultural” (STS 554/1994, de 14-3).

Diferentes son los estados de arrebatos y obcecación, “manifestación emocional fulgurante y rápida”, el primero, y “modalidad pasional, de aparición más lenta, pero de mayor duración”, el segundo (STS 3-5-1988), “traducido el arrebatos en una especie de conmoción psíquica de furor y

la obcecación en un estado de ceguedad u ofuscación, con fuerte carga emocional el primero y acentuado substrato pasional la segunda” (STS 2-7-1988). En cuanto al “tercer elemento que puede denominarse de cierre o agotamiento (u otro estado pasional de semejante entidad), totalmente superfluo, dada la amplitud de términos en que antes se ha definido el legislador” (STS 2-4-1990).

6.3. CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES: ARTÍCULO 22

6.3.1. Alevosía

Prevista como 1ª, acompañada de su definición, al expresar: “Ejecutar el hecho con alevosía.- Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido”

Sin entrar en un estudio pormenorizado, conviene resaltar como elemento esencial “el aprovechamiento de la indefensión en que se encuentra la víctima” (STS 968/2004, de 29-7), que la jurisprudencia considera, tanto en “la denominada con anticuado adjetivo ‘proditoria’, que incluye la traición ..., equiparable a la asechanza, insidia, emboscada, celada o lazo”, como en “la súbita o inopinada, en la que la agravante consiste en el ataque imprevisto, fulgurante y repentino”, o en la consistente en el “aprovechamiento de una especial situación de desvalimiento” (STS 4-6-1992, con cita de varias). Cualquiera de estas modalidades puede darse en las agresiones que estamos considerando, si bien ha de tenerse en cuenta que su concurrencia será apreciable, en el caso del homicidio, como elemento típico del asesinato, previsto en el art. 139, y en el caso de lesiones, tratándose del tipo básico de art. 147.1, como agravante específica,

a tenor del art. 148, sin perjuicio de que, como genérica, pueda estimarse en los supuestos más graves de los arts. 149 y 150.

6.3.2. Reincidencia

Formulada y precisado su alcance como 8ª, al establecer: “Ser reincidente.- Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza.- A los efectos de este número no se computarán los antecedentes cancelados o que debieran serlo”.

Baste en relación con esta circunstancia precisar que la expresión “condenado ejecutoriamente”, supone que al cometer el nuevo delito la sentencia anterior sea ejecutoria, es decir, firme, conforme al art. 141 de la L.E.Cr., aunque no haya cumplido la pena, determinándose por la certificación del Registro General de Penados; y que, para determinar la “misma naturaleza”, puede ser un criterio orientador el de la homogeneidad o heterogeneidad de los delitos, conforme a la jurisprudencia elaborada en torno al principio acusatorio. Por otra parte, es interesante destacar que si la mera existencia de “antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación”, se tiene en cuenta, conforme al art. 503.1.1º de la L.E.Cr., al acordar la prisión provisional, especialmente parece que deberán considerarse cuando sean determinantes de la reincidencia.

7. PENA Y RESPONSABILIDAD CIVIL

Consecuencias jurídicas del delito son, tanto la pena como la responsabilidad civil subsidiaria. Respecto a la pena, que, en abstracto, ya he dicho, considero proporcionada a las infracciones penales examinadas, sólo voy a referirme a dos aspectos, que quiero destacar, cuales

son el de su incidencia en el procedimiento a seguir y órgano jurisdiccional competente, y el de la pena complementaria de alejamiento, de gran interés respecto a la materia estudiada.

7.1. COMPETENCIA DEL JUZGADO DE INSTRUCCIÓN

Será competente, conforme al art. 14.1º de la L.E.Cr., “Para el conocimiento y fallo de los juicios de falta”, con algunas posibilidades de atribuirlo, respecto a determinadas faltas, al Juez de Paz del lugar en que se hubieren cometido. Por otra parte, al Juez de Instrucción se atribuye, en el n.º. 2º de dicho artículo, “la instrucción de las causas”, sin consideración a la pena prevista.

7.2. COMPETENCIA DEL JUZGADO DE LO PENAL

7.2.1. Principio general

Conforme al n.º. 3º del mismo artículo, será competente, “Para el conocimiento y fallo de las causas por delitos a los que la Ley señale pena privativa de libertad de duración no superior a cinco años o pena de multa cualquiera que sea su cuantía, o cualesquiera otras de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, siempre que la duración de éstas no exceda de diez años, así como faltas, sean o no incidentales, imputables a los autores de esos delitos o a otras personas, cuando la comisión de la falta o su prueba estuviesen relacionadas con aquéllos, el Juez de lo Penal de la circunscripción donde el delito fue cometido o el Juez Central de lo Penal en el ámbito que le es propio”.

7.2.2. Excepciones

Dos contempla el citado n.º. 3º: “la competencia del Juez de Instrucción de guardia del lugar de comisión del delito para dictar sentencia de conformidad, en los términos establecidos en el artículo 801”, y la del Tribunal de Jurado, si el delito fuere de los atribuidos al mismo.

En cualquier caso, cabe contra la sentencia dictada recurso de apelación y, en el supuesto del Jurado, apelación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia y recurso de casación.

7.3. COMPETENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

Residualmente, según el nº. 3º del referido art. 14, salvo que corresponda al Tribunal del Jurado, es competente “Para el conocimiento y fallo de las causas en los demás casos, la Audiencia Provincial de la circunscripción donde el delito se haya cometido o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional”.

7.4. PENA DE ALEJAMIENTO

Estableciéndose en el art. 39 del Código penal, entre las penas privativas de derechos, “La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos”; “La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o Tribunal”; y “La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal”, describiéndose el contenido de tales penas en el art. 48, interesante es destacar que, conforme al art. 57, “Los jueces o tribunales, en los delitos de homicidio, ..., lesiones, ..., contra la libertad, ..., el honor, ..., atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el artículo 48, por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave.- ...” (ha de tenerse en cuenta que, según el art. 13, son delitos graves las infracciones que la Ley castiga con pena grave y menos graves los que castiga con pena menos grave, las cuales se enumeran en el art. 33.

7.5. RESPONSABILIDAD CIVIL

A la misma se refieren el art. 109 y siguientes del Código penal, que, después de declarar, en el primero que “La ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las Leyes, los daños y perjuicios por el causados”, añade que “El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil”, efectuando una detallada regulación de la materia, que se completa con la que realiza la L.E.Cr. Me limitaré a destacar que, aparte de esa posibilidad de reserva del ejercicio de la correspondiente acción (y salvo en el caso de los delitos privados) el art. 108 de la L.E.Cr. dispone que “La acción civil ha de entablarse conjuntamente con la penal por el Ministerio Fiscal, haya o no acusador particular; pero si el ofendido renunciare expresamente su derecho de restitución, reparación o indemnización, el Ministerio Fiscal se limitará a pedir el castigo de los culpables”; y, por otra parte, ha de recordarse que, según el art. 118 del Código penal, “La exención de la responsabilidad criminal declarada en los números 1º, 2º, 3º, 5º y 6º del artículo 20, no comprende la de la responsabilidad civil, que se hará efectiva conforme a las reglas” que a continuación detalla, disponiendo el art. 119 que “En todos los supuestos del artículo anterior, el Juez o Tribunal que dicte sentencia absolutoria por estimar la concurrencia de alguna de las causas de exención citadas, procederá a fijar las responsabilidades civiles, salvo que se haya hecho expresa reserva de las acciones para reclamarlas en la vía que corresponda”.

7.6. RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA

Regulada en los arts. 120 y 121 del Código penal, la Sala Segunda ha ido ensanchando lo que podría ser una interpretación restrictiva, reconociendo, en Pleno no jurisdiccional de 28-5-2000 (del que se hace eco la STS 954/2000, de 28-6), ante las dudas surgidas, que el

art. 121 “no altera la jurisprudencia de esta sala relativa a la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por delitos cometidos en establecimientos sometidos a su control, cuando concurren infracciones reglamentarias en los términos del art. 120.3º del Código penal”; y declarando reiteradamente, ya desde hace años (SSTS 20-10-1989 y 231-1990), respecto a delitos cometidos en el ámbito de un establecimiento penitenciario, por un recluso contra otro, la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, con base en los arts. 3, 14 y 45 de la Ley .O. General Penitencia. Creo que en la mayoría de los casos las agresiones a sanitarios en Centros Públicos se evitarían, sin que llegara a intervenir el Derecho penal, si se cumplieran unas elementales medidas de protección respecto a los que en los mismos prestan su trabajo que en modo alguno puede considerarse que gocen de las adecuadas frente a lo que merece la consideración de un riesgo laboral, como de enfermedad laboral habrá de calificarse la padecida a causa de tales agresiones y sus secuelas. En definitiva, el derecho a la protección frente a los riesgos laborales, que pormenoriza el art. 14 de la Ley 31/1995, de 8-11, de Prevención de Riesgos Laborales, entiendo que es trasvasable a los que prestan sus servicios en los indicados centros y la falta de adecuada prevención debe originar la correspondiente responsabilidad civil subsidiaria.

Madrid, 21 de octubre de 2005