

# Los sujetos pasivos de la acción en los delitos de atentado, resistencia y desobediencia y el artículo 24 del Código Penal \*

**María del Mar Carrasco Andrino**

*Universidad de Alicante*

**Francisco Javier Álvarez García**

*Universidad Carlos III*

---

CARRASCO ANDRINO, María del Mar y ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. Los sujetos pasivos de la acción en los delitos de atentado, resistencia y desobediencia y el artículo 24 del Código Penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2018, núm. 20-18, pp. 1-69. Disponible en internet:

<http://criminet.ugr.es/recpc/20/recpc20-18.pdf>  
ISSN 1695-0194 [RECPC 20-18 (2018), 14 nov]

**RESUMEN:** Se aborda en este trabajo la determinación de los sujetos pasivos en los delitos de atentado, resistencia y desobediencia, en una comprensión conjunta dadas las evidentes vinculaciones entre todos estos injustos que se traduce en una participación común en la selección de los elementos personales. Ello se efectúa mediante una acabada exposición histórica de la cuestión tanto penal como constitucional o administrativa, que sitúa el problema en el contexto más apropiado.

**PALABRAS CLAVE:** Funcionario público, autoridad, agentes de la autoridad, personal docente,

personal sanitario, bomberos, seguridad privada, fuerzas armadas, guardia civil, personas que acudan en auxilio de las autoridades.

**ABSTRACT:** This paper addresses the determination of victims of crimes of attack, resisting and disobedience on public servant, considered as a whole, given the obvious links between all these offences, which results in a common participation in the selection of personal elements. This is done through a comprehensive historical presentation of the criminal, constitutional or administrative matter, which places the problem in the most appropriate context.

**KEYWORDS:** Public servant, authority, enforcement officers, teaching staff, health personnel, firefighter, private security, military forces, civil guard, people who come to aid of the authority.

Fecha de publicación: 14 noviembre 2018

*SUMARIO: 1. Concreción de los sujetos pasivos. 2. Concepto de autoridad y funcionario público. 3. Concepto de “agente de autoridad”. 4. Reconducción de los distintos sujetos aludidos en el artículo 550.1 CP al concepto de funcionario público. 5. La consideración de los funcionarios docentes o sanitarios. 6. Los sujetos recogidos en el artículo 550.3 CP. 7. Los sujetos recogidos en el artículo 554 CP. 8. El hallarse en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas. 9. El personal de seguridad privada. Bibliografía..*

---

\* Esta investigación ha sido posible gracias a la financiación proporcionada por el Proyecto de Investigación DER2016-77228-P, concedido por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, en cuya financiación participan el Fondo Social Europeo y la Agencia Estatal de Investigación.

## 1. Concreción de los sujetos pasivos<sup>1</sup>

Estos tipos penales<sup>2</sup> han venido designando históricamente, aunque con las correspondientes vicisitudes que ahora se expondrán, como posibles sujetos pasivos de estos delitos a la autoridad, los agentes de la misma, y los funcionarios públicos cuando se hallaren, todos ellos, en el ejercicio de sus funciones, los 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, Magistrado del Tribunal Constitucional, Juez, Magistrado, del Ministerio Fiscal, de las Fuerzas Armadas, quienes acudan en auxilio de la autoridad o sus agentes, bomberos, personal sanitario, equipos de socorro y personal de seguridad privada.

Se trata de un universo de sujetos cuya inclusión en el tipo obedece a muy distintos criterios, desde funcionarios públicos, algunos constituidos en autoridad, otros asimilados a ellos, unos terceros que son meros ejecutores de instrucciones superiores y otros que logran protección penal por desempeñar unas determinadas funciones, a meros particulares cuya implicación típica obedece a que están involucrados en una determinada situación bien como actores principales de la misma bien por ayudar o auxiliar a estos últimos; y, en fin, otros sujetos que aun siendo particulares realizan funciones que habiendo estado reservadas a los funcionarios se han abierto a su participación, y en virtud de ello se les confiere una protección asimilada a la de los funcionarios.

<sup>1</sup> En realidad, y como con razón señala BENÍTEZ ORTUZAR [“Delitos contra el orden público (II). De los atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, y de la resistencia y desobediencia”, en L. MORILLAS CUEVAS (coord.) *Sistema de Derecho Penal español. Parte Especial*, Madrid, 2011, pág. 1151.], debe distinguirse entre sujetos pasivos del delito y de la acción, pues si construimos el objeto jurídico en referencia a un bien supra-individual resultará imposible identificar ambos. Aclarado lo anterior indicar que en este capítulo prestaremos atención, exclusivamente, a los sujetos pasivos de la acción.

<sup>2</sup> De alguno de ellos –atentado– se ha llegado a manifestar por uno de nuestros más importantes comentaristas que era el injusto más cometido: en este sentido decía GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA (*El Código Penal de 1870. Concordado y Comentado*, T.III, Burgos, 1874, pág. 447) que el de atentado “es uno de los delitos que con más frecuencia se comete entre nosotros. Después de los de lesiones y de hurto es el que más abunda”. ¿Las causas de lo anterior? Pues señalaba el ex Ministro que era el apremio en materia de contribuciones y la embriaguez, y también el referido a los embargos cuando se hace entrega al depositario de los objetos embargados, y simplemente los casos de embriaguez

¿En qué estructuras típicas se contempla la actuación de los sujetos acabados de referenciar? ¿Cómo ha evolucionado la incorporación de sujetos pasivos en los delitos de atentado, resistencia y desobediencia a lo largo de la codificación? Pues bien, prescindiendo ahora de la legislación anterior al Código Penal de 1848, que poco aclararía a efectos hermenéuticos sobre el actual tipo penal<sup>3</sup>, debe decirse que en este último Código, que “de alguna manera” continuó vigente hasta el de 1995, no se contemplaban los delitos de atentado, resistencia y desobediencia con la estructura que pasó a los códigos posteriores y que en buena medida se ha mantenido hasta hoy<sup>4</sup>. En efecto, estas figuras fueron construidas en el sentido al que nos referimos por el Real Decreto de 7 de junio de 1850, por el que se reformaron distintas disposiciones del Código Penal de 1848 e incorporando, en lo que ahora interesa, un nuevo texto en los artículos 189 y ss. en los que se recogía el que los autores denominaron atentado impropio<sup>5</sup> (artículo 189.1: “*Los que, sin alzarse públicamente, emplean fuerza o intimidación para alguno de los objetos señalados en los delitos de rebelión y sedición*”), al lado del atentado propio (artículo 189.2: “*Los que acometen o resisten con violencia, o emplean fuerza o intimidación contra la autoridad o sus agentes cuando aquélla o estos ejercieren las funciones de su cargo, y también cuando no las ejercieren, siempre que sean conocidos o se anuncien como tales*”)<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Obviamente en la legislación histórica española se previeron penas duras para los que atacaran (matando o hiriendo) a los Adelantados, Corregidores, Alcaldes, Merinos, etc.; así, en el Ordenamiento de Alcalá (Leyes 10 a 14, Título 20), en la Novísima Recopilación (Libro XII, Título X, Leyes 4, 5 y 6), y en el artículo 321 CP1822. Véase también en este sentido, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E *La prevaricación del funcionario público*, Madrid, 1980, págs. 151 y ss.

<sup>4</sup> El tipo de atentado se recogía en el Capítulo III (“De la resistencia, soltura de presos y otros desórdenes públicos”) del Título III (“Delitos contra la seguridad interior del Estado y el orden público”) del Libro II del CP1848, y tenía la siguiente redacción (artículo 189): “*Los que con violencia acometieren o resistieren a la Autoridad pública o a sus agentes en el acto de ejercer su oficio, serán castigados...*”. El resto de los preceptos de este Capítulo tenían las características propias de los delitos de desórdenes públicos (véase JAVATO MARTÍN, AM *El delito de atentado. Modelos legislativos. Estudio histórico-dogmático y de derecho comparado*, Granada, 2005, pág. 294), aunque además incluía delitos de quebrantamiento y evasión de presos, contra las Cortes y desacatos; es decir: se trataba de un Capítulo en el que se habían introducido, sin mayores distinciones, todo lo que podía considerarse globalmente como actos constitutivos de “oposición a la autoridad” no constitutivos de rebelión o sedición o lesa majestad; y por supuesto no se contemplaba un tipo genérico de desobediencia.

<sup>5</sup> Véase, por todos, CUELLO CALÓN, E *Derecho Penal. Tomo II (Parte Especial)*, I, 2ª ed., Barcelona, 1941, pág. 132.

Se trata éste de un tipo de fácil manipulación política y que podía ser utilizado sin mayores problemas para reprimir el ejercicio de derechos básicos, especialmente en el mundo laboral. En este sentido, CUELLO CALÓN (ob. cit., pág. 133, nota 3), se refiere a que este delito fue apreciado por el Tribunal Supremo en delincuencia “de tipo social”: “Cometen este delito en relación con los números 2º y 4º del artículo 245 del Código penal, y no la infracción del art. 21 de la ley de huelgas y paros, los obreros del campo que cesan su trabajo y se dedican a coaccionar a los que practican la recolección de la cosecha declarada servicio público nacional y a cometer actos de odio y venganza contra la clase social de propietarios y contra obreros que no secundaron el movimiento...”. Esta apreciación ya se había hecho realidad en numerosas sentencias dictadas en relación a sucesos acaecidos durante la Segunda República española, especialmente en el año 1934 durante el período de la CEDA; en este sentido se pueden invocar –entre otras muchas– las siguientes: 2 de septiembre de 1939, 27 de julio de 1934 y 22 de septiembre de 1934.

<sup>6</sup> Diferencia esencial, en lo que se refiere a los sujetos, entre atentado impropio y propio, es que en aquél no hay especialidad en cuanto a los sujetos en el tipo básico; sin embargo, en el atentado propio los sujetos pasivos únicamente pueden ser “la autoridad o sus agentes”.

Unas notas sobre estos tipos: primera, los delitos de rebelión, sedición y atentado se diferenciaban con claridad en atención a medios y objetivos (rebelión<sup>7</sup> frente a la sedición) y exclusivamente en los medios (el de atentado respecto de los de rebelión y sedición, porque en aquél la conducta no consistía en “alzarse”<sup>8</sup>); en cierta

<sup>7</sup> Ésta exigía “alzamiento público y abierta hostilidad” (la sedición sólo alzamiento) y unos objetivos en todo diferentes a los contemplados en la sedición (artículos 167 y ss. y 174 y ss.). Este delito continuó a lo largo de toda nuestra codificación, con las matizaciones que se harán a lo largo del texto, hasta, incluso, el CP1973.

<sup>8</sup> RODRÍGUEZ DEVESA (*Derecho Penal Español. Parte Especial*, Madrid, 1973, pág. 740), precisamente, apuntaba que “La utilidad de este tipo resulta de la ausencia de una ‘sedición sin alzamiento’ paralela a la rebelión del artículo 271, 1.º...” ¿Por qué este tipo penal de atentado impropio? Desde luego algunos acontecimientos históricos recomendaron su inclusión; en efecto, no debe olvidarse que las masas campesinas estaban siendo empobrecidas aceleradamente, primero con la desamortización de Mendizabal y más tarde lo serían aún más con la publicación, en el llamado “bienio progresista”, de una de las leyes más injustas dictadas en la Historia de la legislación española, nos referimos a la Ley Madoz (1855) que dispuso la venta de los bienes de propios y comunes [para disminuir la deuda pública originada en el Estado en provecho de “otros”, decisiones de este tipo ya se habían adoptado tanto por los Austrias (véase, por ejemplo, CEPEDA ADÁN, J “Desamortización de tierras de las Órdenes Militares en el reinado de Carlos I”, *Hispania*, vol. 40, 1980, *passim*) como por los primeros Borbones –verbigracia, los “Decretos desamortizadores” de Carlos IV de 19 de septiembre de 1798- y aun en las Cortes de Cádiz, Decreto de 4 de enero de 1813, y se han vuelto a producir a finales del siglo XX y principios del XXI], formando enormes propiedades improductivas [contradiendo los consejos de CAMPOMANES, OLAVIDE y JOVELLANOS –véase GARCÍA SANZ, A “La reforma agraria de la Ilustración: proyectos y resultados. El precedente del arbitrista agrarista castellano”, en A. GARCÍA SANZ y J. SANZ FERNÁNDEZ (Coordinadores), *Reformas y políticas agrarias en la historia de España (De la Ilustración al primer franquismo)*, Madrid, 1996, págs. 177 y ss.] y arrojando así a la miseria a los campesinos más pobres que hasta ese momento sobrevivían gracias al buen uso de las tierras comunales (sobre las desamortizaciones, con carácter general, véase TOMÁS Y VALIENTE, F *El marco político de la desamortización en España*, Barcelona, 1971, *passim*; un resumen claro del ambiente político de alrededor de la Ley lo ofrece SAIZ, MD “Opinión pública y desamortización. La Ley General de desamortización de Madoz de 1 de mayo de 1855”, en *Agricultura y Sociedad*, núm. 28, 1983, *passim*). De hecho, la Guardia Civil, su fundación (1844), responde a la necesidad expuesta por los terratenientes de proteger sus tierras tras la desamortización de 1836 (a lo acabado de referir debe unirse lo que constituía la tradicional y secular miseria de los campesinos que, en expresión de CAMPOMANES –*Cartas político-económicas escritas por el Conde de Campomanes, primero de este título, al Conde de Lerena*, Madrid, 1878, Carta III, pág. 143-, vivían sin poder trabajar la mayor parte del año y veían cómo sus mujeres e hijos morían de hambre –las leyes agrarias de Carlos III algo abundaron en esa situación-, siendo proclives, por lo tanto, a revueltas y levantamientos –por ejemplo los producidos, andando el tiempo, entre los años 30 y 50 del siglo XIX en ciudades del suroeste de Andalucía-, como, por otra parte, atestiguó la historia del anarquismo agrario andaluz, y también las sublevaciones producidas por toda España en distintos momentos como las abundantes de 1836 o los muy graves movimientos campesinos de 1857 en Sevilla que concluyeron con numerosas ejecuciones). Por lo dicho, y desde el punto de vista de las élites, la inclusión del delito de atentado impropio constituía una previsión razonable en aquellos tiempos cuando, además y casi constantemente en términos históricos, se sucedían pronunciamientos, insurrecciones, etc., pero que no siempre se expresaban con violencia o con un claro alzamiento. Este tipo venía, así, a cubrir una laguna evidenciada por la realidad de los hechos, aunque posiblemente hubiera sido mejorable su encaje en relación a los delitos de rebelión y sedición mediante una más acertada tipificación de esta última. En todo caso hubiese sido preferible que los legisladores de 1995 hubiesen pensado mejor todas estas tipicidades (y en estos días de políticas independentistas se ponen más de manifiesto las necesidades de una correcta previsión legislativa, pero desgraciadamente nuestro Legislador se caracteriza, como bien demostró con la destipificación y “retipificación” del delito de piratería, por su falta de conocimientos y escasa capacidad de análisis de la realidad... además de su sordera).

En todo caso no debe olvidarse que el Código Penal de 1848 es de 19 de marzo, y, posteriormente a su promulgación, llegaron a España, aunque muy débiles, los ecos de las revoluciones europeas de 1848; en concreto, no fue hasta el 26 de marzo cuando las primeras barricadas se elevan en Madrid y posteriormente, durante el mes de mayo, hubo levantamientos en distintas provincias. Todos ellos fueron sofocados con contundencia por el General Narváez, del partido moderado, que fue quien finalmente realizó las reformas al Código Penal de 7 de junio de 1850 (del 48 al 50, por otra parte, se vivió el final de la 2ª Guerra Carlista y las Cortes estuvieron disueltas).

Sobre este delito de atentado impropio véanse GARCÍA RIVAS, N La rebelión militar en Derecho Penal. La conducta punible en el delito de rebelión, Cuenca, 1990, págs. 200 y s.; SANDOVAL, JC El delito de rebelión. Bien

forma el atentado del artículo 189.1 actuaba a modo de cláusula de recogida de los delitos de rebelión y sedición. Segunda, en todos estos tipos se subrayaba la diferencia entre las personas que tenían la consideración de “autoridad” y las que no, fueran estas últimas, o no, empleados públicos o particulares. Tercera, claramente el objeto jurídico era el principio de autoridad, lo que se evidencia en el hecho de que no era preciso que la autoridad o el agente de la misma estuvieran ejerciendo las funciones de su cargo, sino que bastaba con que el sujeto activo conociera la condición del sujeto pasivo. Cuarta, en los tipos de rebelión, sedición y atentado se distinguía únicamente entre autoridad y agente de la misma (sólo en un supuesto se aludía a los “empleados públicos” como categoría que aunaba a la autoridad y a los agentes de la misma –artículo 482, I)<sup>9</sup>. Quinta, el ostentar la dignidad de “autoridad” implicaba una mayor sanción si se trataba del sujeto activo del delito (tanto en rebelión como en sedición o atentado). Sexta, asimismo se diferenciaba entre autoridad y agente de la misma como sujetos pasivos a efectos de la imposición de la pena.

El texto refundido de 1850 no modificó la redacción de los preceptos relativos a estos delitos.

En el CP1870 los delitos de atentado, resistencia y desobediencia se incluyen en el Título III (“Delitos contra el orden público”), Capítulo IV (“De los atentados contra la Autoridad y sus agentes, resistencia y desobediencia”), artículos 263 y ss.

jurídico y conducta típica, Valencia, 2013, págs. 456 y ss., CORDOBA, RODA, J Comentarios al Código Penal. Tomo III (artículos 120-340 bis c), Barcelona, 1978, págs. 488 y ss.

<sup>9</sup> Esto tenía su lógica, ya que no es hasta Bravo Murillo en 1852 cuando se dicta el primer estatuto general de la función pública (debe tenerse en cuenta que la doctrina liberal rechazaba la burocracia permanente, y que no es hasta la obra de Oliván en 1842 -según afirma GARCIA DE ENTERRÍA en *La Administración española*, Madrid, 1964, págs. 23 y ss.- cuando se lleva a cabo en España -en donde el Estado había desaparecido durante la Guerra de la Independencia- la primera obra sistemática en la materia); antes de aquel Estatuto únicamente se conocían obras parciales referidas a concretos ramos de la Administración, como el Estatuto de López Ballesteros concerniente a la Real Hacienda (véase, por todos, PARADA VÁZQUEZ, R. “Evolución histórica de la función pública”, en PARADA VÁZQUEZ, R y FUENTETAJA PASTOR, J *Derecho de la Función Pública*, 2013, págs. 79 y ss. y 83 y ss.; CARRASCO CANALS, C *La burocracia en la España del siglo XIX*, Madrid, 1975, págs. 235 y ss., y la monumental obra de NIETO GARCÍA, A *La burocracia. I. El pensamiento burocrático*, Madrid, 1976, págs. 80 y ss. y 143 y ss.). En realidad (y más allá del Estatuto de O’Donell de 1866, que tuvo una aplicación breve en el tiempo, aunque introdujo principios muy avanzados, como el de la estabilidad en el empleo por más que con ciertos límites) no se dispuso de una nueva regulación, aunque según los autores no fue la necesaria, hasta la Ley de Bases de los Funcionarios del Estado de 22 de julio de 1918 (por más que hasta ese momento se realizaron reformas que afectaron a los funcionarios de algunos ministerios, en todo caso la Ley de 1918, y al decir de GARCÍA DE ENTERRÍA en ob. cit. pág. 116, no supuso más que el viejo Decreto de Bravo Murillo apenas retocado). Teniendo en cuenta todo esto, no es de extrañar que el sistema se edificara alrededor de “la autoridad”, siendo considerados los demás empleados públicos como agentes de la misma; de ahí que sólo muy excepcionalmente se empleara en el Código Penal una denominación distinta a la de “agente” (en el Estatuto de O’Donell se utilizaron como sinónimos las denominaciones “empleado público” y “funcionario público”). La relación entre autoridad y “su” agente es parecida a la que existía con la técnica de los “comisarios regios”, éstos no tenían voluntad sino que ejecutaban la del Rey; por ello precisamente, y según veremos más adelante, los autores caracterizaban a los “agentes de la autoridad” como unos funcionarios “meramente ejecutores” de las instrucciones de la “autoridad”. Esta idea estaba ínsita en el Estatuto de López Ballesteros de 1827, en el que se distinguía con claridad entre una capa de funcionarios (autoridades) cuyo nombramiento correspondía al Rey y expresaba, por tanto, su voluntad, y los subalternos que no eran nombrados por el Rey sino por las autoridades de las que dependían.

Respecto de la redacción dada a estos preceptos en el CP1848 –y además de dedicar un Capítulo exclusivamente a estos delitos, diferenciándolos claramente de los desórdenes públicos- debe decirse que: a) No hay diferencia, más allá de un tiempo verbal, en lo referente al atentado impropio; b) En lo que afecta al delito de atentado en sentido propio, sí se producen cambios en la redacción, pero no en lo que se refiere a los sujetos que continúan siendo la autoridad y sus agentes; c) Si el sujeto activo del delito de atentado fuera autoridad, la pena se verá considerablemente agravada por aplicación de una Disposición Común (artículo 278); d) Sí constituyó novedad la inclusión, en el Capítulo de Disposiciones Comunes (artículos 277 y ss. CP1870) que afectaban a los delitos que se estudian, de una definición de “autoridad” (artículo 277, I)<sup>10</sup>:

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

El que sólo se incluyera una definición de “autoridad” y no de “agente de la autoridad” se debe, como hicimos notar más atrás, a que se consideraba obvio que este último no era más que mero ejecutor de aquélla, y que la “autoridad” era la que ostentaba el papel central en el sistema. En puridad sólo en el CP1928, artículo 213, II, se ha contenido una definición de “agente de la autoridad”.

En el CP1928 se incluía, además de la definición de agente de la autoridad a la que acabamos de aludir, la de “autoridad” (artículo 213, I) en los mismos términos que en el CP1870. En el tipo de atentado propio, artículo 318 (el de atentado impropio desapareció, como atentado, en el CP1928 y pasó a ser una modalidad de la rebelión o la sedición<sup>11</sup>) los sujetos se incrementaron por referencia a los “funcionarios públicos”, lo que no es de extrañar a la vista de que esa era la denominación genérica que en la Ley de 1918 se otorgaba al “personal técnico y auxiliar” que

<sup>10</sup> No consideramos que pudiera entenderse que lo dispuesto en el artículo 193 del CP1848 (introducido por el Real Decreto de 7 de junio de 1850) incorporara al Ordenamiento penal un concepto de autoridad: *“Para todos los efectos de las disposiciones penales respecto de los que acometen atentado o desacato contra la autoridad o funcionarios públicos, se entiende que ejercen aquella constantemente los Ministros de la Corona y las autoridades de funciones permanentes o llamadas a ejercerlas en todo caso y circunstancias.- Entiéndese también ofendida la autoridad en ejercicio de sus funciones cuando tuvieren lugar el atentado o desacato con ocasión de ellas o por razón de su cargo”.*

<sup>11</sup> El artículo 301, incluso en el Capítulo III (Disposiciones comunes) del Título III, disponía: “Los que sin alzarse públicamente emplearen fuerza o intimidación o por cualquier otro medio cometieren alguno de los delitos comprendidos en los dos capítulos anteriores [rebelión y sedición], serán castigados...”. Esta ubicación de lo que hasta ese momento se consideraba como “atentado impropio” parecía más adecuada para guardar la naturaleza de los delitos de atentado. En todo caso algún autor ha justificado la eliminación de este tipo de atentado impropio como especie de “atentado” habida cuenta de su escasa utilización hasta el CP1928 (ALTÉS SALAFRANCA “Concepto del delito de atentado”, en Revista General de Derecho, núm. 235, 1964, pág. 268); en concreto, hasta este Código sólo se invocan las SSTs de 20 de noviembre de 1876 y 17 de diciembre de 1889.

estaba a cargo de la Administración civil del Estado<sup>12</sup>. El CP1932 supuso, como es sabido, una vuelta al CP1870 con toda una serie de excepciones que se relacionan en el Preámbulo de la Ley de aprobación, pero por lo que a los delitos de atentado, resistencia y desobediencia se refiere (artículos 258 y ss.) implicó un verdadero retorno al último Código citado, con lo que otra vez se integró el delito de atentado impropio y de nuevo se dejó al intérprete sin una definición de “agente de la autoridad”, aunque introdujo el concepto de “autoridad” –en su artículo 270- en los mismos términos en que hoy se contempla, por más que con efectos exclusivamente referidos a los delitos de atentados, desacatos y desórdenes públicos: “...se reputará Autoridad al que por sí solo o como individuo de alguna Corporación o Tribunal tuviere mando o ejerciere jurisdicción propia”; de esta forma añadió el referente “mando” a la definición de “autoridad” junto a la idea del “ejercicio de la jurisdicción”.

El CP1944 incluyó la definición de autoridad que ha pasado a los códigos posteriores –tomándolo del CP1932- pero ya no con las limitaciones de alcance de este último Código sino que incorporó la cláusula definitoria a la Parte General<sup>13</sup>, e incorporó una de funcionario que es la que rige en el CP vigente:

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

En lo que importa a los delitos de atentado se integraron 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”), donde se mantuvo la tipicidad del CP1870, aunque se añadieron no pocos casos particulares de atentados en atención a la calidad de los sujetos pasivos (ministros, autoridad o funcionario en el desempeño de misión de especial trascendencia, cónyuge del Jefe del Estado<sup>14</sup>, etc.), con lo que al final se inundó de ca-

<sup>12</sup> En este Código, desconcertante en muchos sentidos, se incluía un tipo atenuado de atentado, toda una oda a la proporcionalidad, que poseía el siguiente tenor: “Cuando la agresión tuviere lugar tan sólo poniendo manos en la Autoridad o sin la concurrencia de las demás circunstancias señaladas en los números anteriores, será castigada con la pena de seis meses a dos años de prisión y multa de 1.000 a 3.000 pesetas”. Esta escalada de las penas en atención a la menor entidad permanece, con otra redacción, en el CP1944 (no así, paradójicamente, en el de 1932, código que se elaboró demasiado apresuradamente) en su artículo 235, aunque con un claro acogimiento del Derecho Penal de autor: “En los casos de los artículos anteriores, los Tribunales, atendiendo a la menor gravedad y circunstancia del hecho y al móvil y condiciones del culpable, podrán rebajar en uno o dos grados las penas señaladas”. Estos tipos atenuados, que permanecieron en el Código Penal hasta 1995, no se acogen en el CP elaborado en esta última fecha, donde únicamente se atiende, por el contrario, a la creación de tipos agravados. Conclusión: si atendemos a las penas resultan más progresistas los códigos de las dictaduras que las de los periodos democráticos.

<sup>13</sup> “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”.

<sup>14</sup> Esta previsión fue alabada por algún autor, desde posiciones claramente autoritarias, como ALTÉS SALAFRANCA (“Concepto del delito de atentado”, ob. cit., pág. 272) al decir: “La dignidad y personalidad sagrada de la suprema Magistratura de la nación, la tradición jurídica de la *lesa majestatis*, impone comprender bajo un

suismo la regulación, técnica ésta a la que también se acudió para construir no pocos casos de tipos agravados<sup>15</sup>.

Los códigos penales de 1963 y 1973 no incluyeron cambios especialmente reseñables en la descripción de estas conductas, más allá de alguna mejora en la redacción o el incremento de penas, lo que se había hecho especialmente necesario no sólo por el mero paso del tiempo sino por el radical cambio de coyuntura económica producida en España a finales de los años 50 (Plan de Estabilización).

Con posterioridad a 1973 se engendraron, como es lógico en momentos de radical cambio político y más allá de alteración en la cuantía de las penas, distintas reformas; en concreto las llevadas a cabo por las Leyes Orgánicas: 14/1985, de 9 de diciembre (que incorpora, en un auténtico canto al casuismo, un artículo 235 bis al CP, referido a los malos tratos, resistencia y desobediencia a fuerza armada), y 3/1989, de 21 de junio (centrada, por lo que ahora interesa, en el artículo 233, I CP, referido al atentado contra un Ministro). Mas no fue hasta el CP1995 cuando se produjeron las modificaciones más importantes en estos tipos, en concreto: 1<sup>a</sup>) Se suprime el delito de atentado impropio; 2<sup>a</sup>) Se prescinde en el elenco de los sujetos pasivos expresamente nominados (y en algún supuesto en todo caso) de algunos de los que habían sido incorporados a los delitos de atentados en la reforma del CP de 1944 (artículos 233 y 234), en concreto: del cónyuge, ascendiente o descendiente del Jefe del Estado (debe tenerse en cuenta, no obstante, que en los “Delitos contra la Corona”, artículos 485 y ss., figuran diversos tipos referidos a privar de la vida, de la salud o de la libertad personal a los ascendientes, descendientes o cónyuge del Rey, pero no una infracción equivalente a la del viejo artículo 234 CP1973, consistente en el mero atentar o acometer a los referidos sujetos<sup>16 17</sup>), y también de los

mismo enunciado de ‘delito contra el Jefe del Estado’ la protección penal de su consorte, ascendientes y descendientes cuando la agresión tenga motivación en aquella suprema jerarquía del familiar”.

<sup>15</sup> RODRIGUEZ DEVESA (*Derecho Penal Español*, ob. cit., pág. 740) señalaba que el Legislador, en la previsión típica, había cometido un error monumental al olvidarse de señalar una pena al atentado impropio. De esta forma, “Prohibida la analogía en materia de penas, está fuera de toda duda la imposibilidad de castigar estos delitos”; esta idea ya había sido expuesta por ALTÉS SALAFRANCA (“Concepto del delito de atentado”, ob. cit., pág. 267). En todo caso, si el empleo de los medios a los que se refería el tipo (la fuerza o la intimidación) se hubieran dirigido contra funcionarios cabría la posibilidad de aplicar la pena correspondiente al atentado propio.

<sup>16</sup> El Dictador había, así, equiparado su figura y la protección que correspondía a la misma, a la que hasta entonces se había reservado exclusivamente para el Rey y sus parientes, aunque superándola en ciertos aspectos. En efecto, los tipos especiales referidos al heredero de la Corona (un “cuasi Rey”), al consorte y al regente estaban contruidos en el CP1870 (artículos 157 y ss.) contemplando la causación de la muerte, lesiones graves, ejercicio de la violencia o intimidación graves con el resultado de cambiar su voluntad, privación de la libertad personal, injurias, amenazas y allanamiento de morada; sin embargo, Franco en el CP1944 (art. 234) extendió esa protección: a) los ascendientes y descendientes; b) en cuanto a la conducta castigada se refería exclusivamente al acometimiento y la amenaza. Obviamente este último Código contemplaba también (en los artículos 142 y ss.) los injustos paralelos (efectuando en la redacción las modificaciones inevitables derivadas del cambio de régimen político) a los “delitos contra la Corona” recogidos en los citados artículos 157 y ss. CP1870.

<sup>17</sup> Debe señalarse, no obstante, que en el CP1995 se amplían considerablemente, en relación al CP1870, los sujetos pasivos protegidos en los “Delitos contra la Corona” (artículos 485 y ss.), ya que se incluyen, también –con lo que se pone de manifiesto la influencia del “Código franquista” en la redacción del “Código de la democracia”– los ascendientes y descendientes.

Ministros (aunque, obviamente, la protección de éstos se sigue produciendo con el tipo genérico referido a la autoridad, por más que no con una pena tan sumamente agravada como era la prevista en el artículo 233 CP1944 –reclusión mayor); 3ª) Se reduce el casuismo o, mejor dicho, la dispersión de casos, agrupándose y clasificándose más acertadamente en los nuevos artículos 551.2, 554 y 555 CP1995 los sujetos pasivos que estaban desperdigados en los diferentes tipos agravados que contenían los viejos artículos 233, 234, 235 bis y 236 CP1973); 4ª) Se suprime el tipo atenuado del artículo 235 CP1973.

Con posterioridad al CP1995 se han producido toda una serie de modificaciones que se comentarán en lo que continúa más abajo.

## 2. Concepto de autoridad y funcionario público.

Por lo que se refiere a los abstractos conceptos de “autoridad” y “funcionario público” a los efectos del tipo, señalar que se trata de elementos normativos cuya definición se recoge en el artículo 24 CP que introduce un concepto autónomo de los mismos a efectos penales (en lo que la Jurisprudencia coincide abrumadoramente, véanse por todas, SSTS 447/2016, de 25 de mayo; 358/2016, de 26 de abril<sup>18</sup> y 186/2012, de 14 de marzo). Pues bien, en relación a los dichos conceptos nos adherimos, *in toto*, a lo magistralmente precisado por ROCA AGAPITO<sup>19</sup>, en el sentido siguiente: en lo que importa al funcionario acogemos un concepto material y no meramente formal, exigiendo, coherentemente con el dictado del artículo 24 CP, la efectiva participación del sujeto en funciones públicas (último aspecto éste del que se hablará más abajo<sup>20</sup>), pero sumando a ello –tal y como requiere el precepto acabado de citar- la habilitación de un título determinado aunque ello no signifique una incorporación definitiva y permanente del sujeto a la función pública<sup>21</sup>, es decir, disposición inmediata de la Ley, elección o nombramiento de la

<sup>18</sup> Pronunciamiento que remite a la STS 421/2014, de 16 de mayo, en donde, con cita de la STS 1590/2003, de 22 de abril, se afirma que el concepto penal de funcionario público: “...es un concepto de Derecho Penal independiente de las categorías y definiciones que nos ofrece el Derecho administrativo, en el que lo verdaderamente relevante es proteger de modo eficaz la función pública, así como también los intereses de la Administración en sus diferentes facetas y modos de operar”.

<sup>19</sup> “Concepto de autoridad y de funcionario público a efectos penales”, en ÁLVAREZ GARCÍA, FJ (dir.) *Tratado de Derecho Penal Español. Parte Especial. III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, Valencia, 2013, págs. 55 y ss. (también “Concepto de autoridad y de funcionario público a efectos penales”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 31, 2013); del mismo autor, *El delito de malversación de caudales públicos*, Barcelona, 1999, págs. 79 y ss.

<sup>20</sup> Véase ROCA AGAPITO, L ob. últ. cit., págs. 64 y ss., 75 y ss., y bibliografía allí indicada. Debe tenerse en cuenta, en todo caso, la enorme complejidad que ha ido tomando el llamado “sector público español”, lo que dificulta la precisión de lo que deba entenderse por “ejercicio de funciones públicas”.

<sup>21</sup> Muy aclaradora en este sentido, reflejando lo que es el sentir absolutamente mayoritario de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, es la STS 358/2016, de 26 de abril, al decir, reiterando Jurisprudencia anterior: “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 ( SSTS de 4 de diciembre de 2001 y 11 de octubre de 1993 ), resultando suficiente un contrato laboral o incluso

autoridad competente<sup>22</sup>. El expresado es, también, el concepto utilizado mayoritariamente por la Jurisprudencia, y en este sentido valga por todas la STS 83/2017, de 14 de febrero (y en el mismo sentido, entre otras muchas, SSTS 149/2015, de 11 de marzo y 166/2014, de 28 de febrero), para la cual:

“Como dice la STS 1608/2005 de 12-12 el concepto de funcionario público es propio del orden penal y no vicario del derecho administrativo, ello tiene por consecuencia que dicho concepto es más amplio en el orden penal, de suerte que abarca e incluye a todo aquél que ‘...por disposición inmediata de la Ley, o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas...’, art. 24.2º y 2, el factor que colorea la definición de funcionario es precisamente, la participación en funciones públicas. Por ello se deriva que a los efectos penales, tan funcionario es el titular, o de ‘carrera’ como el interino o contratado temporalmente, ya que lo relevante es que dicha persona esté al servicio de entes públicos, con sometimiento de su actividad al control del derecho administrativo, aunque carezca de las notas de incorporación definitivas ni por tanto de permanencia (SSTS 1292/2000, de 10-7; 4.12.2002, 1344/2004, de 23.12). Se trata, en definitiva, como señalan tanto la doctrina como la jurisprudencia (SSTS 22.1.2003 y 19.12.2000) de un concepto nutrido de ideas funcionales de raíz jurídico-política, acorde con un planteamiento político-criminal que exige, por la lógica de la protección de determinados bienes jurídicos, atribuir la condición de funcionario en atención a la funciones y fines propios del derecho penal y que, sólo eventualmente coincide con los criterios del derecho administrativo”.

En cuanto a la definición de autoridad presente en el artículo 24 CP, y siguiendo siempre a ROCA AGAPITO<sup>23</sup>, consideramos que se trata, al igual que el de funcionario, de un concepto autónomo operativo exclusivamente “a los efectos penales”, tal y como reza el precepto citado<sup>24</sup>. Se caracteriza en el texto penal a la autoridad como aquel sujeto que “por sí sólo o como miembros de alguna corpora-

el acuerdo entre el interesado y la persona investida de facultades para el nombramiento (STS de 27 de enero de 2003).”

<sup>22</sup> ROCA AGAPITO, L. ob. cit., págs. 76 y ss.

<sup>23</sup> *Id.*, *id.*, págs. 79 y ss. Véase también con carácter general, LÓPEZ-FONT MÁRQUEZ, JF *La configuración jurídica del principio de autoridad*, Madrid, 1993, *passim*.

<sup>24</sup> La resolución de referencia en este sentido es la STS 1065/1992, de 12 de mayo. En todo caso, y sobre este concepto de autoridad, hay que decir con MORELL OCAÑA (“Prólogo” a LÓPEZ-FONT MÁRQUEZ, ob. últ. cit., págs. 20 y s) que “Una vez más EL Derecho Penal—como señalara PARADA— realiza el papel de garantía de las previsiones establecidas en otros ámbitos del ordenamiento. Aunque, como en este caso, para erigirse en garantizador haya debido ir precisando a quién dispensa su protección; y de ese modo, construir la noción jurídica que, en líneas generales, está por perfilar en otras dimensiones, a fin de que logre su plena funcionalidad”.

ción, tribunal u órgano colegiado<sup>25</sup>”: a) tiene “mando”, es decir: que posee originariamente la capacidad de determinar conductas ajenas (ÁLVAREZ GARCÍA<sup>26</sup>), lo que no es más que un derivado de la potestad ordenatoria de la que está investido el actor<sup>27</sup> (se trata, por tanto, de bastante más que de la mera capacidad de reclamar obediencia tal y como afirman algunos autores<sup>28</sup>, sino más bien del reconocimiento de todo un poder de acción), y que se extiende –o puede hacerlo– más allá del ámbito interno de la Administración Pública. En todo caso, y a pesar de que no se mencione expresamente aunque se deduce del contexto –y de los tipos de la Parte Especial a los que sirve como instrumento hermenéutico–, se exige que la persona esté al servicio de la Administración Pública con sometimiento de su actividad al Derecho Administrativo (de otra forma entendido se estaría atribuyendo la caracterización de “autoridad” a los que en el ámbito privado tuvieren la aludida capacidad de mando); b) ejerce “jurisdicción propia”, concepto amplio –según la Doctrina más cualificada<sup>29</sup>– que abarca la capacidad de resolución atribuida por el Derecho tanto en asuntos judiciales como administrativos<sup>30</sup>. Por lo tanto, no constituye ejercicio

<sup>25</sup> Obviamente se refiere a atribuciones de potestades *intuitu personae*, como integrante de una corporación o de un órgano colegiado, que también puede ser un Tribunal de Justicia.

<sup>26</sup> El delito de desobediencia de los funcionarios públicos, Barcelona, 1988, págs. 50 y ss.

<sup>27</sup> Las potestades no se generan en relación jurídica ninguna, antes bien, como ya se ha indicado, aquéllas preexisten a éstas y su atribución corresponde a la Ley. Es decir, únicamente pueden ser ejercitadas aquellas potestades que previamente hayan sido atribuidas por la Ley y dentro de los límites y con los fines determinados por ésta (atribución que puede realizarse a la Administración Pública como persona jurídica o, más concretamente, a los distintos órganos que la componen, los cuales se encargarían de actuarla).

<sup>28</sup> Véase, entre otros, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M “Autoridad y funcionario públicos a efectos penales”, en Diego-Manuel LUZÓN PEÑA (Director) *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, 1995, pág. 180.

<sup>29</sup> Por todos, MUÑOZ CONDE, F *Derecho Penal. Parte Especial*, 21 ed., Valencia, 2017, pág. 840; también, DEL TORO MARZAL, A en CÓRDOBA RODA, J, RODRÍGUEZ MOURULLO y otros *Comentarios al Código Penal. Tomo II (Artículos 23-119)*, Barcelona, 1976, pág. 749.

<sup>30</sup> Nuevamente, ROCA AGAPITO, L ob. últ. cit., págs. 82 y s. Hay autores que, equivocadamente a nuestro criterio, consideran que “jurisdicción” es sinónimo de “jurisdiccional” como expresión referida a los tribunales de justicia (en este erróneo sentido LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J *Manual de Derecho Penal. Parte Especial III*, Madrid, 1992, págs. 165 y ss.). Pues bien, al hacer esas aseveraciones no se tiene en cuenta que en nuestra legislación histórica, y en la correspondiente costumbre administrativa, se utilizaba la expresión “jurisdicción” para referirse al ámbito sobre el que se ejercían determinadas competencias. Véase, por ejemplo y entre innumerables referencias, las *Actas de las Cortes de Castilla publicadas por acuerdo del Congreso de los Diputados a propuesta de su Comisión de Gobierno Interior*, Madrid, 1877, Tomo 18, págs. 117 (Cortes de Madrid, enero de 1599, Juramento de Felipe III “...y como por las leyes de las Partidas y los otros de estos Reynos, especialmente la ley del señor Rey D. Juan, fecha en Valladolid, está proveído y ordenado, y que contra el tenor y forma y lo dispuesto en las dichas leyes, no enagenarán las ciudades, villas y lugares, términos ni jurisdicciones, rentas, pechos ni derechos de los que pertenecen á la dicha Corona y Patrimonio Real”). Véanse también las correspondientes referencias en la Real Pragmática de 9 de julio de 1500, “Capítulos de 1500 para corregidores y jueces de residencia”, publicada por GONZALEZ ALONSO, B en *El corregidor castellano (1348-1808)*, Madrid, 1970, págs. 299.

Inciendo en esa orientación ya GROIZARD dejó dicho (*El Código Penal de 1870. Concordado y Comentado*, ob. cit., pág. 514 –comentario al artículo 277): “La existencia de un orden determinado de atribuciones y la facultad propia de ejercerlas, he aquí las dos condiciones características de la Autoridad”.

Remachando la anterior argumentación, y de la mano de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo dictada sobre el texto y definición de “autoridad” en el Código Penal de 1870 (artículo 277,I) la cual se refería exclusivamente a la “jurisdicción” (porque la alusión al “mando” no se introdujo hasta el CP1944), hay que citar las SSTs de 14 de julio de 1886, 11 de enero de 1894 y 12 de noviembre de 1896 para las cuales “autoridad” eran los Alcaldes, o las de 13 de marzo de 1884 y 16 de enero de 1901 para las que los Delegados de Hacienda tenían la consideración de “autoridad”,

de función pública la actividad de Derecho privado de la Administración Pública, y la actividad, siempre en régimen de Derecho privado, de las entidades de este carácter vinculadas o dependientes de una Administración Pública (sociedades y fundaciones públicas, singularmente).

A lo anterior deben incorporarse las siguientes puntualizaciones:

a) En los últimos años se ha animado en España una polémica en referencia al “blindaje” de ciertos funcionarios que por estar en contacto con el público (médicos y maestros, fundamentalmente) son objeto con una cierta frecuencia de agresiones por parte de alumnos y familiares de estos. Esta situación es lo que ha provocado, en el orden penal, la introducción en el delito de atentado de la cláusula recogida en el artículo 550.1, II, CP, tras la reforma de 2015: *“En todo caso, se considerarán actos de atentado los cometidos contra los funcionarios docentes o sanitarios que se hallen en el ejercicio de las funciones propias de su cargo, o con ocasión de ellas”*. Pero también ha dado lugar a que algunas comunidades autónomas emitieran normas mediante las cuales, presuntamente, se “fortaleciera” el estatus de los dichos funcionarios; así, por ejemplo, en la Comunidad de Castilla y León la Ley 3/2014, de 16 de abril, que lleva la evocadora denominación de “autoridad del profesorado”, establece en su artículo 5: *“El profesorado, en el ejercicio de las funciones de gobierno, docentes, educativas y disciplinarias que tenga atribuidas, tendrá la condición de autoridad pública y gozará de la protección reconocida a tal condición por el ordenamiento jurídico”*<sup>31</sup> (preceptos con similar alcance han sido dictados en otras comunidades como Madrid –Ley 2/2010, de 15 de junio-, Valencia –Ley 15/2010, de 3 de diciembre- o Castilla-La Mancha –Ley 3/2012, de 10 de mayo, entre otras; incluso la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, tras las modificaciones efectuadas por la LO 8/2013, de 9 de diciembre, ha

o en el mismo sentido los catedráticos (12 de junio y 16 de noviembre de 1889) y un largo etcétera; con lo dicho queda “desmontado”, al menos jurisprudencialmente, el argumento de que por “jurisdicción” debe entenderse exclusivamente la función realizada por los jueces.

También la doctrina administrativa viene a apoyar el sentido que nosotros damos a la expresión “jurisdicción”; así, POSADA DE HERRERA (*Lecciones de Administración*, Madrid, 1978, pág. 75) entiende que Jurisdicción es “la facultad de conocer y decidir de asuntos determinados... De manera que en la voz jurisdicción entran precisamente dos ideas: el conocimiento del asunto de que se trata y la facultad de resolver... en el uso común se dice que tienen jurisdicción propia todos los que la tienen por mandato expreso de la ley; de modo que diremos, en adelante. Que los jueces y las autoridades administrativas ejercen dentro del círculo de sus atribuciones una jurisdicción que les es propia”.

En fin, finalmente apuntar a que hoy en día se habla de “conflictos jurisdiccionales” para aludir a los que se suscitan entre la Administración Pública y los Tribunales de Justicia (véase en este sentido la Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos Jurisdiccionales).

<sup>31</sup> Muy orientador de la voluntad del Legislador es el siguiente pasaje perteneciente a la, sorprendentemente, denominada Exposición de Motivos de la Ley: “Se incorpora el refuerzo de la autoridad del profesorado como uno de los ejes de esta norma y se ofertan diversas herramientas disciplinarias que el profesorado puede y debe utilizar en el mismo momento en el que tiene lugar una conducta perturbadora de la convivencia. Al mismo tiempo se ha previsto la adopción de las medidas oportunas para garantizar la debida protección y asistencia jurídica del personal docente”.

incorporado una norma de alcance semejante<sup>32</sup>). A este respecto ya ROCA AGAPITO advirtió que “las normas autonómicas no pueden modificar lo dispuesto en el art. 24.1 CP..., la autonomía y exclusividad que tiene este concepto hace que estas normas no sean vinculantes a efectos de determinar si los profesores tienen o no la condición de autoridad pública”<sup>33</sup>.

b) Algo parecido a lo sucedido legislativamente con los docentes ha comenzado a ocurrir en el caso de los sanitarios, así la Ley 11/2015, de 8 de abril, de Autoridad de profesionales del Sistema Sanitario Público y centros socio sanitarios de Extremadura, dispone en su artículo 7: “1. *En el desempeño de las funciones que tengan asignadas, los profesionales que se detallan en el anexo único de esta ley tendrán la consideración de autoridad pública y gozarán de la protección reconocida a tal condición por la legislación vigente.* 2. *La autoridad de tales profesionales es inherente al ejercicio de su función pública y a su responsabilidad a la hora de desempeñar su profesión en todos aquellos aspectos recogidos en la Ley 10/2001, de 28 de junio, de Salud de Extremadura*”, o el artículo 16.3 de la Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de Salud de la Comunidad Valenciana<sup>34</sup>.

c) Hay otros muchos supuestos, en realidad multitud, en los que, *ex lege*, se considera –con fundamento o no- a ciertos funcionarios de muy diverso pelaje, y con independencia de las funciones que desempeñan, “autoridad pública”; sirvan como ejemplos los siguientes: en lo que importa a inspectores de sanidad, artículos 65.2 de la Ley 5/2014, de 26 de junio, de Salud Pública de Aragón o 33.1 y 37.1 de la Ley 8/2008, de 10 de xullo, de Saúde de Galicia; por lo que se refiere a Secretarios Judiciales (ahora llamados Altos Letrados de la Administración de Justicia), artículo 440 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; en lo que compete a inspectores de trabajo, artículo 13, párrafo introductorio, de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y en lo que importa a los subinspectores laborales, el artículo 14.4 de la misma Ley; en fin, para

<sup>32</sup> El espíritu de esta reforma queda mucho más claro con la lectura del nuevo artículo 124.3: “En los procedimientos de adopción de medidas correctoras, los hechos constatados por profesores, profesoras y miembros del equipo directivo de los centros docentes tendrán valor probatorio y disfrutarán de presunción de veracidad ‘iuris tantum’ o salvo prueba en contrario, sin perjuicio de las pruebas que, en defensa de los respectivos derechos o intereses, puedan señalar o aportar los propios alumnos y alumnas”. Es decir, al lado del “blindaje” penal aparece uno procesal no menos importante, pero que en todo caso adelanta una nueva concepción del espacio docente como “uno de batalla”, lo que demuestra errores, mil veces advertidos, en el diseño docente, y anticipa también lo que va a ocurrir con esta norma: que va a fracasar. Ello porque, como constantemente anunciamos los penalistas, de poco o nada sirve una norma penal (al menos respecto a su función principal, que es la de prevenir ataques a bienes jurídicos y no la de mera represión) sin que previamente se hayan establecido los correspondientes mecanismos de control informales; si estos, y es lo que sucede en España, están mal diseñados por incompetentes pedagogos el resultado final será nefasto en todos los órdenes normativos.

<sup>33</sup> “Concepto de autoridad y de funcionario públicos a efectos penales”, ob. cit. pág. 80.

<sup>34</sup> “Sin perjuicio de lo previsto en el título VIII, los profesionales sanitarios del Sistema Valenciano de Salud en el ejercicio de las funciones propias de su categoría tendrán la consideración de autoridad pública y gozarán de la protección reconocida a tal condición por la legislación vigente”.

los funcionarios de la Agencia Estatal de Seguridad Aérea, artículo 25.2 a) de la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea, y un interminable etcétera.

d) Pues bien, es evidente que a través de normas penales en blanco puede integrarse en el tipo penal normativa estatal con rango inferior al propio de la ley orgánica, así como reglas jurídicas no estatales (municipales o autonómicas). No obstante lo acabado de expresar, alguna Doctrina se ha manifestado en el sentido de estimar, que carecen de cobertura constitucional las “figuras delictivas de ámbito aplicativo exclusivamente territorial y subestatal” (MESTRE DELGADO<sup>35</sup>; también CUELLO CONTRERAS). Pues bien, se trata esta última de una opinión con la que no coincidimos porque: 1º) La invocación por los tipos penales de normas de rango inferior ha sido una cuestión clásica en nuestro Código Penal y en el de otros países, recuérdese a ese respecto, por ejemplo, cómo en el antiguo delito de “inhumaciones ilegales de cadáveres” se reclamaban, para integrar el tipo, normativas municipales<sup>36</sup>; 2º) Porque la apuesta constitucional por el “estado de las autonomías” determina la pluralidad jurídica en muchos aspectos de la vida y también en el penal; ello va a significar –por ejemplo, en delitos referidos a la protección del patrimonio y dada la competencia autonómica en la materia- distinto ámbito punitivo en las diferentes comunidades autónomas, pero tal hecho no implica conculcación del principio de igualdad, en sentido jurídico, porque se trata de una legítima opción constitucional; 3º) Debe, además, tenerse en cuenta que el principio de igualdad resulta conculcado solamente en aquellos supuestos en los que se establezcan distinciones en identidad de situaciones, o cuando el diverso trato se haya fundamentado en criterios específicamente prohibidos —raza, sexo, etc.—. En este sentido estaría justificado el distinto ámbito de la norma penal cuando ésta tenga su asentamiento en peculiaridades geográficas, de debilidad del bien jurídico, u otras similares, ya que lo que contrasta con el principio de igualdad es la discriminación, pero no la desigualdad si ésta se encuentra provista de una justificación objetiva razonable. En este mismo sentido se ha afirmado por el Tribunal Constitucional, desde su lejana sentencia 120/1998, de 15 de junio, que: “*el órgano judicial puede seleccionar como complemento válido de la ley penal las normas de las Comuni-*

<sup>35</sup> “Límites constitucionales de las remisiones normativas en Derecho penal”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. 2, 1988, pág. 519. Resultan muy interesantes al respecto, como es habitual, las observaciones de CUELLO CONTRERAS, J en *El Derecho penal español. Parte General. Nociones introductorias. Teoría del delito*, 3ª ed., Madrid, 2002, págs. 213 y ss.

<sup>36</sup> Véase el viejo artículo 339 CP1973: “El que practicare o hiciere practicar una inhumación, contraviniendo lo dispuesto por las leyes o reglamentos respecto al tiempo, sitio y demás formalidades prescritas para las inhumaciones, incurrirá en las penas de arresto mayor y multa de 5.000 a 25.000 pesetas”. Este precepto, y más allá de la discusión de si se trataba o no de meros injustos administrativos criminalizados (ORTS BERENGUER, E “Inhumaciones ilegales e infanticidio”, en *Delitos contra la salud pública*, Valencia, 1977, pág. 37), atraía una enorme cantidad de normativa administrativa de muy diverso rango (véanse a este respecto, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E y ÁLVAREZ GARCÍA, FJ “Nota al artículo 339”, en *Código Penal y Legislación Complementaria*, Madrid, 1986, págs. 166 y s., y RUÍZ ANTÓN, LF “Artículo 339”, en *ÁLVAREZ GARCÍA, J y otros Código Penal Comentado*, Madrid, 1990, págs. 627 y ss.).

*dades Autónomas dictadas en el marco de sus respectivas competencias. En tal caso será preciso que dichas normas autonómicas se acomoden a las garantías constitucionales dispuestas en el art. 25.1 de la CE y que no introduzcan divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto al régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio'... Puesto que de acuerdo con nuestra doctrina acerca de las leyes penales en blanco... el núcleo del delito ha de estar contenido en la ley penal remitente, la función de la norma autonómica remitida se reduce simplemente a la de constituir un elemento inesencial de la figura delictiva”;* 4º) En todo caso resulta incluso deseable que las peculiaridades de los objetos de la legislación incidan sobre las técnicas de tutela, de esta forma el principio de intervención mínima tendrá una mejor observancia<sup>37</sup>.

Pues bien, en el caso que estamos contemplando, y como apuntara ROCA AGAPITO<sup>38</sup>, no estamos ante una regla mediante la cual se reclame a otras fuentes normativas un complemento para fijar el concepto de autoridad<sup>39</sup>. En efecto, en un supuesto en el que es el propio Código Penal el que establece una definición cerrada de “autoridad”, no basta con que cualquiera otra norma quiera, sin más, considerar a alguien autoridad a efectos administrativos, disciplinarios o cualesquiera otros, para entender que esa concreta clase de sujetos integra el concepto penal de autoridad, pues ello sería lo mismo que: 1) Admitir que cualquier clase de norma, con independencia de su rango y fuente de emisión, es capaz de modificar el Código Penal (así lo ha entendido, equivocándose obviamente y por ejemplo, la Comunidad Valenciana en el artículo 40.1 de la Ley 1/2011, de 22 de marzo, por la que se aprueba el Estatuto de los consumidores y usuarios de la Comunidad Valenciana: “1. *El personal de la inspección de consumo de la Generalitat, o acreditado por la misma, cuando actúe en el ejercicio de su función inspectora, tendrá la consideración de autoridad a todos los efectos, particularmente respecto de la responsabilidad administrativa y penal de quienes ofrezcan resistencia o cometan atentados o desacato contra ellos, de hecho o de palabra, en actos de servicio o con motivo del mismo*”); 2) Asimilar lo que se preceptúa únicamente a unos efectos (puramente administrativos, verbigracia, como ha sucedido en el caso de la modifi-

<sup>37</sup> En efecto, territorios que padecen una alta contaminación ambiental de origen industrial, o que tienen kilómetros de costa o un patrimonio histórico muy debilitado, es razonable que diseñen la correspondiente legislación protectora en términos distintos de cómo lo hacen otros territorios en los que los dichos factores no se hallan presentes.

<sup>38</sup> “Concepto de autoridad y de funcionario públicos a efectos penales”, ob. cit., págs. 79 y s.

<sup>39</sup> Por el contrario, en la definición de “funcionario” recogida, también, en el artículo 24 CP, aunque en su número 2, al remitirse, a “la ley” como origen para la consideración de funcionario, el Ordenamiento penal está “invitando” a cualquier normativa mediante la cual sea posible realizar semejantes incorporaciones –aunque en este punto se plantea una controversia acerca del rango normativo admisible al respecto- a colaborar con la norma penal. En este sentido sería posible que una norma autonómica de determinado rango contribuya a “componer” el precepto penal a través de la consideración de unos ciertos sujetos como funcionarios –y siempre con respeto a la normativa general sobre la materia, como lo es el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por RD Legislativo 5/2015, de 30 de octubre.

cación de la Ley de Educación antes citada) a otros completamente distintos (los penales). 3) Desconocer que sólo una norma con rango de Ley Orgánica puede incorporar a determinados sujetos, prescindiendo del cumplimiento de los requisitos generales exigidos en el artículo 24 del CP, como autoridades o funcionarios a efectos penales<sup>40</sup>.

En conclusión: no basta con denominar en una norma cualquiera a un sujeto “autoridad” para que lo sea a efectos penales, sino que resulta preciso que el individuo “tenga mando o ejerza jurisdicción propia”. Estos son los criterios y, ahí sí, los que deben ser incorporados por las disposiciones administrativas, procesales, etcétera de que se trate (todo ello más allá, desde luego, de los sujetos que *nominatim* considera el artículo 24 CP que se constituyen en autoridad: “miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas...”<sup>41</sup>).

<sup>40</sup> En este sentido se pronuncia no poca Jurisprudencia de Audiencia; véase en esta dirección la SAP, Barcelona, Sección 6<sup>a</sup>, 66/2015, de 16 de enero: “Las leyes administrativas carecen de aptitud para definir lo que deba considerarse autoridad, agente de la autoridad o funcionario público a efectos penales. Sólo una ley orgánica podría modificar el contenido del único precepto aplicable a tales efectos: el artículo 24 CP”.

<sup>41</sup> También sucede que en algunos supuestos el Código Penal “decide” que a ciertos sujetos se les tratará “como si fueran funcionarios públicos” a la hora de considerarlos sujetos activos o pasivos de determinados delitos. Es el caso, por ejemplo, de los artículos 423 (“*Lo dispuesto en los artículos precedentes será igualmente aplicable a los jurados, árbitros, mediadores, peritos, administradores o interventores designados judicialmente, administradores concursales o a cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública*”), 427 (“*Lo dispuesto en los artículos precedentes será también aplicable cuando los hechos sean imputados o afecten a: a) Cualquier persona que ostente un cargo o empleo legislativo, administrativo o judicial de un país de la Unión Europea o de cualquier otro país extranjero, tanto por nombramiento como por elección. b) Cualquier persona que ejerza una función pública para un país de la Unión Europea o cualquier otro país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública, para la Unión Europea o para otra organización internacional pública. c) Cualquier funcionario o agente de la Unión Europea o de una organización internacional pública*”), 435, 554.2 a) –en ciertos supuestos– y c), 556.1, último inciso, etcétera, todos del CP.

Hay que llamar la atención sobre el hecho de que los criterios utilizados en el artículo 423 para la ampliación de los sujetos activos son: o bien la mención individual de ciertas personas, o la fórmula genérica utilizada en el último inciso de “cualquiera persona que participen en el ejercicio de la función pública”; en este último caso se prescinde de título alguno de incorporación a la función, en claro contraste con lo dispuesto en el artículo 24 CP.

En lo que afecta al artículo 427 CP, en su apartado a), lo decisivo es el título de incorporación perdiendo toda relevancia el ejercicio de la función, aunque en relación a aquél, y a diferencia de lo previsto en el artículo 24 CP, la “disposición inmediata de la ley” carece de toda relevancia. En lo que afecta al apartado b) la referencia es al ejercicio de la función pública en alguna de las administraciones extranjeras u organizaciones internacionales públicas citadas, sin ninguna referencia al título de incorporación. En fin, en el apartado c) basta el criterio puramente administrativo de ser funcionario o agente de la UE o de una organización internacional pública, sin referencia alguna al ejercicio de la función.

Problemas similares se presentan en el resto de los artículos mencionados, con el añadido, en algún caso, de que los sujetos contemplados ya estarían revestidos de la condición de funcionarios de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 24 CP (caso curioso en este sentido se plantea en el artículo 416 CP en relación a los delitos de infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos, al preceptuar: “*Serán castigados con las penas de prisión o multa inmediatamente inferiores a las respectivamente señaladas en los tres artículos anteriores los particulares encargados accidentalmente del despacho o custodia de documentos, por comisión del Gobierno o de las autoridades o funcionarios públicos a quienes hayan sido confiados por razón de su cargo, que incurran en las conductas descritas en los mismos*”).

En definitiva, el Legislador ha hecho nuevamente alarde de su absoluta incapacidad para elaborar un Código, es decir: para utilizar unos mismos criterios que fueran de aplicación a las distintas situaciones. Por el contrario, ha ido espolvoreando el Código de improvisaciones, lo que da lugar –entre otras cosas– a una aplicación desigual de la ley penal.

### 3. Concepto de “agente de autoridad”

El precepto se refiere también a los “agentes de la autoridad”, que, al contrario de lo que sucede con la autoridad o los funcionarios públicos, no están definidos en el CP<sup>42</sup>. Pues bien, GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA definía a los “agentes de la autoridad” como “los funcionarios o empleados encargados de ejecutar las órdenes” de la autoridad<sup>43</sup>; así, para el comentarista, reunían aquella condición los dependientes de orden público, los encargados de la policía urbana, policía rural y forestal, policía judicial, los encargados del cobro de las contribuciones y, en general, “todos los que tienen la misión de llevar a debido cumplimiento” las determinaciones u órdenes de la autoridad. CUELLO CALÓN, siguiendo a VIADA a quien cita expresamente y transcribe<sup>44</sup>, entiende que agentes de la autoridad son aquellos encargados de “mantener el orden público y proteger la seguridad de las personas y de las propiedades”<sup>45</sup>. Esta concepción resultó avalada por la Jurisprudencia al decir ésta (STS 2500/1992, de 18 de noviembre; en el mismo sentido distintas resoluciones de Audiencia, como la SAP, Bilbao, Sección 6ª, 1161/2009, de 1 de diciembre):

“...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 fundamentalmente a los Cuerpos de Seguridad del Estado (en su caso también las Policías Municipales y Autonómicas)”<sup>46</sup>.

<sup>42</sup> Sí lo estaba en el CP1928, artículo 213, II, que tenía el siguiente tenor: “Se considerarán agentes de la Autoridad 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 delegado de ésta, se exprese el carácter de tal agente”.

A decir verdad en este precepto se recogían dos tipos de “agente de la autoridad”, el primero el que podríamos denominar auxiliar o subordinado de quien es Autoridad, y el segundo el que se pudiera nombrar como “agente especial” designado al respecto por la Autoridad.

<sup>43</sup> El Código Penal de 1870. Concordado y Comentado, T.III, Burgos, 1874, pág. 451.

<sup>44</sup> Derecho Penal. Tomo II (Parte Especial), I, obra cit. 1941, pág. 135.

<sup>45</sup> Muy anteriormente a CUELLO CALÓN algún autor y alguna Jurisprudencia habían defendido como concepto de “agente de la autoridad” lo ya señalado por GROIZARD y adelantado lo que expresara setenta años más tarde CUELLO CALÓN; nos referimos a VICENTE Y CARAVANTES (“Del delito de atentado contra la autoridad y sus agentes según las disposiciones del Código penal y la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 53, 1878, págs. 230 y ss.) para el cual, eran agentes los que por razón del cargo están encargados de conservar el orden público y de proteger la seguridad de las personas y propiedades y tienen deber de auxiliar a las autoridad y ejecutar sus providencias (en este sentido STS de 27 de mayo de 1878).

<sup>46</sup> Más restrictivamente aún, las SSTS 2178/1993, de 8 de octubre, y 2785/1993, de 13 de diciembre, atribuían la condición de “agentes de la autoridad” únicamente a los funcionarios de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad cuando actúen en el ejercicio de sus funciones. Esta doctrina, se apoyaba en los siguientes argumentos para negar el carácter de “agentes de la autoridad” a los miembros de la seguridad privada: a) El principio de reserva de ley; b) El carácter privado de la función que realizan; c) Las disposiciones de la Ley 23/1992 de 30 de julio, de Seguridad Privada, que establece la competencia exclusiva de la seguridad pública para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, estando los miembros de la “seguridad privada” subordinados a la seguridad pública (en el mismo sentido SSAP, Palma de Mallorca, Sección 1ª, 153/2015, de 29 de abril, y Barcelona, 9ª, 129/2015, de 28 de enero, y 36/2015, de 12 de enero,

En fin, para CERESO MIR<sup>47</sup> “agente” “es sólo aquel 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”<sup>48</sup>. En conclusión: ejecutores<sup>49</sup> de órdenes que precisan reunir la condición de funcionarios públicos<sup>50</sup>.

De la misma forma que ocurre con la “autoridad”, y tal y como hemos expuesto más arriba, no poca normativa administrativa confiere a determinados personajes la condición de “agentes de la autoridad”; pues bien, aquí hay que aplicar los mismos criterios que hemos empleado para descartar esas ampliaciones típicas en el caso de la autoridad<sup>51</sup>. La Jurisprudencia avala este criterio, y en este sentido es muy significativa la SAP, Barcelona, Sección 9<sup>a</sup>, 815/2016, de 26 de octubre, que refiriéndose a una ley administrativa que confiere a determinados sujetos el carácter de “agentes de la autoridad” señala:

“como ya dijo esta Sala en su sentencia de fecha 12 de enero del año en curso..., que sigue el mismo criterio expuesto por la sentencia de fecha 19/6/14 de la Sección décima de la Audiencia Provincial de Barcelona ROJ, SAPB 5562/14, ponente Ilma. Sra. C. Sánchez Albornoz ambos preceptos - artículo 161 y DA 7, ley 10/2011 - son contrario al principio de legalidad penal, por hacer una interpretación extensiva y contra reo del concepto de la autoridad y agente de la autoridad, que forma parte de la definición del sujeto pasivo del delito, regulado en la actualidad por el artículo 24 CP, y el concepto de agentes de autoridad que está definido en el artículo 7 de la LO

entre otras). Ciertamente este último criterio ha dejado de tener vigencia, como se explica más adelante, a consecuencia del proceso de privatización de la seguridad pública y de la gestión de derechos fundamentales, donde la relación entre seguridad pública/seguridad privada ya no es de subordinación sino de complementariedad.

<sup>47</sup> “Los delitos de atentado propio, resistencia y desobediencia”, en *Problemas Fundamentales del Derecho Penal*, Madrid, 1982, pág. 208.

<sup>48</sup> Un aval jurisprudencial claro a este planteamiento se contiene en la SAP, Burgos, Sección 1<sup>a</sup>, 181/2016, de 6 de mayo, donde se manifiesta: “no cabe duda en el presente supuesto de la condición de agentes de la autoridad, de los funcionarios de prisiones intervinientes en los hechos enjuiciados, (pese a que la parte recurrente trata de cuestionarlo), toda vez que el concepto de agente de la autoridad viene incluyéndose dentro del concepto más amplio de funcionario público. Y conforme se indica por la Audiencia Provincial de Valencia, sec. 1<sup>a</sup>, sentencia de 5 de Marzo de 2.00, n<sup>o</sup> 88/2001, rec. 47/2001 Pte: Ferrer Gutiérrez, Antonio ‘Tampoco cabra admitir su alegación en torno a que los funcionarios de prisiones carecen de la consideración de agentes de la autoridad, ya que al respecto debe tenerse en cuenta que no ofrece duda que los directores de prisiones ostentan la condición de autoridad (Ssts. TS. 15-2-1986 y 24-2-98), por lo que actuando en este caso los funcionarios como delegados de esa autoridad, encargados materialmente de ejecutar sus órdenes, en atención al mantenimiento del orden y la seguridad del establecimiento, los debemos entender como tales, y por tanto merecedores de la protección especial que en tal concepto les dispensa nuestro Código Penal”.

<sup>49</sup> Esta idea, la de que los agentes de la autoridad son ejecutores de las previsiones efectuadas por la autoridad, es idea que se repite en la Doctrina; véanse en este sentido FERRER SAMA, A *Comentarios al Código Penal. Tomo II*, Murcia, 1947, págs. 428 y s., y DEL TORO MARZAL, A en CÓRDOBA RODA, J, RODRÍGUEZ MOURULLO y otros *Comentarios al Código Penal. Tomo II (Artículos 23-119)*, ob. cit., pág. 748. Véase asimismo, JIMÉNEZ DÍAZ, MJ *Los delitos de desacato en el Código penal español*, Madrid, 1992.

<sup>50</sup> Véase, entre otras, SAP, San Sebastián, 465/2012, de 23 de noviembre.

<sup>51</sup> De otra opinión TORRES FERNÁNDEZ, ME “Los delitos de atentado en el código penal de 1995”, en *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología*, núm. 1, 1-8-1999.

2/1986 de 13 de marzo, de fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. La calificación de la acusación formulada...debe ser rechazada en igual sentido que lo hizo la Juzgadora de Instancia, establece que los artículos 550 a 556 del CP, que tienen en común la condición de agente de la autoridad del sujeto pasivo y protege con diferente intensidad el mismo bien jurídico, no se configuran como leyes penales en blanco, a diferencia de otros tipos penales que requieren su complementación por leyes extrapenales- véase delitos relativos a la protección de la flora, artículo 334 CP -, por lo tanto el concepto de agente de la autoridad debe venir dado por el bloque de desarrollo de Código Penal, y por tanto esa norma, por afectar a la definición de un tipo penal y en consecuencia a la imposición de una pena, debe tener carácter de Ley Orgánica”<sup>52</sup>.

Pues bien, en este último caso, como en otros muchos, hay que diferenciar el concepto de “agente de la autoridad” a efectos sancionadores administrativos del propio del Derecho Penal. En lo que se refiere a lo primero, la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada, se dicta siguiendo esa corriente de privatización de todo lo rentable que hubiera en el Estado (aunque se trate de derechos fundamentales), pero para que ese objetivo resultara plenamente alcanzado, y dando la vuelta a la Ley de Seguridad Privada 23/1992, había que “fortalecer” a los integrantes de esa seguridad, y ello no sólo se lograba otorgándoles (casi) las mismas competencias que a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado, sino “dotándoles de la misma o similar autoridad” frente a los ciudadanos que a los componentes de la seguridad pública, quienes ya tienen la consideración de agentes de la autoridad<sup>53</sup>. Esta voluntad quedaba clara en el Preámbulo de la Ley, donde se dice: “Otra de las novedades que se incorpora en materia de personal, largamente demandada por el sector, es la protección jurídica análoga a la de los agentes de la autoridad del personal de seguridad privada frente a las agresiones o desobediencias de que pueden ser objeto cuando desarrollen, debidamente identificados, las actividades de seguridad privada en cooperación y bajo el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”.

La declaración de intenciones manifestada en el Preámbulo alcanzaba su concreción en el artículo 31 de la Ley:

*“Protección jurídica de agente de la autoridad. Se considerarán agresiones y desobediencias a agentes de la autoridad las que se cometan contra el personal de seguridad privada, debidamente identifi-*

<sup>52</sup> Véanse también, en este sentido, SSAP, Barcelona, Sección 3ª, 151/2016, de 23 de marzo, y Sección 10ª, 838/2015, de 23 de octubre.

<sup>53</sup> Artículo 7º.1 de la LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que reza como sigue: “En el ejercicio de sus funciones, los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad tendrán a todos los efectos legales el carácter de agentes de la autoridad”.

*cado, cuando desarrolle actividades de seguridad privada en cooperación y bajo el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”.*

Desde luego este precepto podría llegar a dar paso a aplicar las sanciones administrativas previstas en la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana, equiparando en ciertos supuestos al personal de seguridad privada con los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Pero ese expediente no es válido para conseguir idénticos efectos en materia penal, y no sólo por motivos de jerarquía –lo que ya sería suficiente- sino porque el propio Legislador lo ha excluido al querer incorporar expresamente al referido personal de seguridad privada en los artículos 554.3 b) y 556.1 CP; siendo evidente que si hubiera estimado que los miembros de esa seguridad integraran el concepto de “agentes de la autoridad” a efectos penales no los hubiera mencionado expresamente en los referidos preceptos.

En fin, este entendimiento resulta avalado por la Jurisprudencia, como es el caso de la SAP, Barcelona, Sección 10<sup>a</sup>, 838/2015, de 23 de octubre, al decir: “Por lo tanto, la Ley 10/2011, de 29 de diciembre, cuando añade el artículo 161 a la Ley 4/2006, y equipara al personal de seguridad privada a los agentes de la autoridad, lo es en el sentido objetivo de policía administrativa pero no en el subjetivo de actuación policial, pues no puede ampliar el concepto de agentes de autoridad - parte subjetiva del tipo penal- que dan los artículos 24, 550 a 556 y 634 del CP y la LO 2/86 FCSE, pues conforme al artículo 149.1.6 CE, la legislación penal es competencia exclusiva del Estado”<sup>54</sup>.

#### **4. Reconducción de los distintos sujetos aludidos en el artículo 550.1 CP al concepto de funcionario público**

Como conclusión decir que nos encontramos en este 550 CP con la referencia expresa a tres tipos de sujetos: autoridad, agente de la autoridad y funcionario público. En verdad hubiera sido bastante con aludir expresamente a los funcionarios públicos (como en tantos preceptos de la Parte Especial del Código), pues las autoridades son siempre funcionarios a efectos penales<sup>55</sup> (por más que no todos los

<sup>54</sup> Aunque la resolución citada avala lo que se sostiene en el texto, lo hace con una confusión conceptual que es preciso corregir; en efecto, “policía administrativa” es sinónimo de función o potestad administrativa de control en un sentido amplio (véase, entre muchos otros, el trabajo clásico de JORDANA DE POZAS, L “Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 48, 1949, págs. 41 y ss.; también GARRIDO FALLA, F “Las transformaciones del concepto jurídico de policía administrativa”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 11, 1953, págs. 11 y ss.; asimismo MONCADA LORENZO, A “Significado y técnica jurídica de la policía administrativa”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 28, 1959, págs. 51 y ss., y el mucho más moderno de REBOLLO PUIG, M “La peculiaridad de la policía administrativa y su singular adaptación el principio de legalidad”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 54, 1999, págs. 247 y ss., donde se estudia la evolución del concepto y su posible sustitución), no, por tanto, sinónimo de “policía de seguridad”; en todo caso, la seguridad privada no es policía administrativa, aunque pudiera eventualmente calificarse de “función policial”.

<sup>55</sup> Esta valoración se venía a reconocer expresamente en el artículo 320, I del CP1928 que decía “*Los que atentan: contra los agentes de la Autoridad, u otros funcionarios públicos...*”

funcionarios sean autoridad<sup>56</sup>) y el agente de la autoridad para serlo ha de reunir también la cualidad de funcionario<sup>57</sup>, por lo tanto, como dijera FERRER SAMA<sup>58</sup>, es superflua la referencia a los agentes<sup>59</sup>. Se trata ésta de una aseveración que se lleva realizando desde antiguo por más que nuestros sordos legisladores no la hayan acogido, guiados, suponemos, por la primitiva idea de que cuanto más se repita, cuanto más casuismo, mejor. CERESO MIR<sup>60</sup> insistía, magistralmente tal y como le era propio<sup>61</sup>, en esta cuestión al decir: “Dado el amplio concepto de funcionario público que utiliza el Código, todas las autoridades y sus agentes lo son. La distinción sólo puede tener sentido a efectos de medición de la pena”.

## 5. La consideración de los funcionarios docentes o sanitarios<sup>62</sup>

Aspecto especialmente problemático es el que se plantea, tras la reforma del CP de 2015, con la intelección del párrafo segundo del artículo 550.1 CP. Dice así este precepto:

*“En todo caso se considerarán actos de atentado los cometidos contra los funcionarios docentes o sanitarios que se hallen en el ejercicio de las funciones propias de su cargo, o con ocasión de ellas”.*

<sup>56</sup> En ello es conteste la doctrina al menos desde VIADA, S *Código penal reformado de 1870*, II, 4ª ed., Madrid, 1890, pág. 696.

<sup>57</sup> Véase, por ejemplo, QUINTANO RIPOLLÉS, A *Curso de Derecho Penal*, II, Madrid, 1963, pág. 482.

<sup>58</sup> *Comentarios al Código Penal. Tomo III*, Murcia, 1948, págs. 210: “...como quiera que dichos agentes son siempre funcionarios públicos, no resulta preciso esforzarse en encontrar su noción exacta, como tampoco hubiera sido necesario que el tipo penal se hubiese referido a los mismos, empleando, como emplea, un término genérico que los comprende, cual es el de funcionario público”.

<sup>59</sup> En el mismo sentido RODRÍGUEZ DEVESA (ob. cit., pág. 741) señala que “La contraposición de agentes y funcionarios es reiterativa, porque dentro del campo de los funcionarios públicos cabe distinguir los que ejercen mando o ejercen jurisdicción propia de los que no los tienen, los cuales genéricamente se pueden calificar, si así se prefiere, de agentes, sin que por eso dejen de estar también comprendidos en la genérica denominación de funcionarios”.

<sup>60</sup> “Los delitos de atentado propio, resistencia y desobediencia”, ob. cit., pág. 209.

<sup>61</sup> Sirvan estas palabras como homenaje y reconocimiento en el año de su fallecimiento: 2017, que es cuando se ha elaborado este trabajo.

<sup>62</sup> Las agresiones a docentes (tanto en la enseñanza media como en la básica) y sanitarios no han hecho más que aumentar desde hace ya años por causas que no es este el lugar apropiado para analizar, no obstante lo cual si es adecuado dejar aquí alguna referencia a estos hechos. En este sentido no es inoportuno referirse al Observatorio que la Organización Médica Colegial de España ha puesto en marcha (esa misma institución ha señalado el 16 de marzo como el “Día Nacional contra las Agresiones a Sanitarios” [http://www.cgcom.es/sites/default/files/u183/manifiesto\\_agresiones\\_2017.pdf](http://www.cgcom.es/sites/default/files/u183/manifiesto_agresiones_2017.pdf)), o los registros de agresiones a sanitarios que se han creado en diferentes comunidades autónomas (por todas, artículos 13 y ss. de la Ley 11/2015, de 8 de abril, de Autoridad de profesionales del Sistema Sanitario Público y centros sociosanitarios de Extremadura), o los protocolos puestos en funcionamiento en Andalucía (<http://www.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdesalud/contenidos/publicaciones/datos/187/html/DATOS/SASINF/O/otras1.html>) Alicante (<http://www.seguridad-laboral.es/prl-por-sectores/sanitario/agresiones-a-trabajadores-sanitarios-estrategia-de-actuacion>), etc. En cuanto a la doctrina proporciona un detallado análisis de las agresiones en el ámbito sanitario, entre otros, GASCÓN SANTOS, S *Análisis médico legal de la violencia en centros asistenciales: agresiones a profesionales* (Tesis Doctoral del Departamento de Anatomía Patología, Medicina Legal y Forense y Toxicología, Universidad de Zaragoza, 2006, disponible en <http://zaguan.unizar.es/record/5746?In=es>).

a) Una primera cuestión a despejar es la de establecer si los funcionarios docentes<sup>63</sup> y sanitarios<sup>64</sup>, y haciendo abstracción del párrafo segundo del artículo 550 CP tras la reforma producida por la Ley Orgánica 1/2015 –es decir, situándonos en la anterior redacción de este precepto<sup>65</sup> o fijándonos exclusivamente en el párrafo primero del artículo 550.1 CP vigente-, tendrían acogimiento como sujetos pasivos de los delitos de atentado y resistencia grave.

En el análisis de la cuestión, seguramente, no es inconveniente partir de la siguiente perspectiva: la atribución de la calidad de funcionario público plantea idénticos problemas tanto si se contempla a los funcionarios docentes como sujetos activos como si de sujetos pasivos de delitos especiales se tratara. Este mismo enfoque fue adoptado, muy acertadamente a nuestro entender, por la STS 1030/2007, de 4 de diciembre, para la cual: “...se trata de proteger el ejercicio de la función pública en su misión de servir a los intereses generales, de manera que la condición de funcionario a efectos penales se reconoce con arreglo a los criterios expuestos tanto en los casos en los que la correcta actuación de la función pública se ve afectada por conductas delictivas desarrolladas por quienes participan en ella, como en aquellos otros casos en los que son acciones de los particulares las que, al ir dirigidas contra quienes desempeñan tales funciones, atacan su normal desenvolvimiento y perjudican la consecución de sus fines característicos”. Así, pues, veamos si los funcionarios docentes y sanitarios cumplen los requisitos establecidos en el artículo 24.2 CP<sup>66</sup> para su consideración como funcionarios públicos a efectos penales, ya sea como víctimas de delitos de atentado, resistencia o desobediencia, como de sujetos activos de delitos de prevaricación, cohecho o

<sup>63</sup> Ya el artículo 102 de la hoy derogada Ley 14/1970, de 4 de agosto, General de Educación y Financiamiento de la Reforma Educativa, recogía las diversas tipologías de docentes. Posteriormente, y de forma más fragmentada, las múltiples leyes de educación universitaria y no universitaria han venido a, además de arruinar el sistema educativo español, plasmar las distintas categorías de funcionarios docentes. El problema surgirá en aquellos casos en los que funcionarios de otro carácter (por ejemplo de cuerpos técnicos de la Administración) desempeñan eventualmente funciones docentes en el ámbito de las administraciones públicas (por ejemplo en cursos de especialización); pues bien, en estos supuestos y cumplidos los requisitos exigidos por el artículo 24 CP, nada obsta para que sean considerados como funcionarios docentes a efectos del artículo 550 CP. Es decir: lo que prima es, cumplidos los requerimientos del artículo 24 CP, el ejercicio material de la función docente.

<sup>64</sup> Por “sanitarios” deben entenderse no los que materialmente “sanan”, sino que –tratándose de una profesión tan reglamentada- sólo lo serán los que pertenezcan a alguna de las tipologías recogidas en los artículos 2 y 3 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias; asimismo hay que atender a lo dicho en la Disposición Adicional Séptima de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública.

Hay que observar, igualmente, que frente a los profesionales sanitarios, y en razón de su actividad, es difícilmente concebible la resistencia como conducta típica (en este mismo sentido URRUELA MORA, A “Las agresiones a profesionales sanitarios desde la perspectiva del Derecho sancionatorio. Particular consideración del delito de atentado”, en *Revista Penal*, núm. 38, 2016, pág. 340).

<sup>65</sup> “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”.

<sup>66</sup> “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”.

malversación: toda esa Jurisprudencia nos servirá para fijar el contenido de los conceptos cuyo esclarecimiento perseguimos<sup>67</sup>.

Pues bien, obviamente el “funcionario docente o sanitario” (distinta, como veremos más abajo, es la cuestión de los docentes y sanitarios “privados”) es en todo caso funcionario<sup>68</sup>, y como consecuencia de su nombramiento por autoridad competente y la correspondiente toma de posesión participa del ejercicio de las actividades docentes o sanitarias<sup>69</sup>. La clave, así, de la cuestión está en desentrañar el concepto de “funciones públicas”, y precisar si las docentes o sanitarias pueden considerarse tales<sup>70</sup>.

<sup>67</sup> En el mismo sentido véase la Consulta de la Fiscalía General del Estado 2/2008, pág. 13.

<sup>68</sup> Ciertamente que, como es conocido, no es preciso ser funcionario desde el punto de vista administrativo para serlo penal; en este sentido la STS 342/2015, de 2 de junio, afirma: “*aunque el recurrente sea un contratado laboral participa del ejercicio de funciones públicas, por lo que desde el punto de vista del Derecho penal es funcionario público. Nada importa por ello la doble condición que la sentencia le atribuye: es tanto contratado laboral, desde el prisma administrativo, como funcionario público desde la óptica del DP*”. No debe olvidarse en este sentido que el concepto penal de funcionario público es uno autónomo respecto de su correspondiente administrativo (véanse en este sentido, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E *La prevaricación del funcionario público*, ob. cit., págs. 139 y ss. y 144 y ss., y ROCA AGAPITO, L *El delito de malversación de caudales públicos*, Barcelona, 1999, págs. 86 y ss.).

<sup>69</sup> Como se ha puesto de manifiesto reiteradamente por la Jurisprudencia (véase el ATS de 29 de julio de 2015, ROJ ATS 6767/2015, con cita de abundantes resoluciones de la Sala 2ª del Tribunal Supremo; véanse en el mismo sentido SSTS 421/2014, de 16 de mayo, y 166/2014, de 28 de febrero, entre otras muchas): el concepto de funcionario público contenido en el artículo 24 del CP, “*es un concepto aplicable a efectos penales, como se desprende del mismo precepto, que es diferente del característico del ámbito administrativo, dentro del cual los funcionarios son personas incorporadas a la Administración pública por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el derecho administrativo. Por el contrario, se trata de un concepto más amplio que éste, pues sus elementos son exclusivamente el relativo al origen del nombramiento, que ha de serlo por una de las vías que el artículo 24 enumera, y de otro lado, la participación en funciones públicas, con independencia de otros requisitos referidos a la incorporación formal a la Administración Pública o relativos a la temporalidad o permanencia en el cargo*” (STS 83/2017, de 14 de febrero). Remachando esta última idea, la STS 508/2015, de 27 de julio, asevera: “[D]icho concepto se extiende tanto a las funciones públicas propias del Estado, como de las entidades locales, comunidades autónomas y administración institucional, no importando en relación con el acceso al ejercicio de tales funciones ni los requisitos de selección para el ingreso, ni la categoría, ni el sistema de retribución, ni el estatuto legal y reglamentario, ni el sistema de previsión, ni aún la estabilidad o temporalidad, resultando suficiente un contrato laboral o incluso el acuerdo entre el interesado y la persona investida de facultades para el nombramiento” [véase también ATS de 18 de marzo de 2015 ROJ ATS 3454/2015, para el cual: “*Hay que acudir a la materialidad más que al revestimiento formal del cargo ostentado. Se impone en este punto, más que en otros, un ponderado ‘levantamiento del velo’: estar a la realidad esencial, y no al ropaje formal. La huida del derecho administrativo, fenómeno bien conocido y teorizado por la doctrina especializada, no puede ir acompañada de una ‘huida del Derecho Penal’, sustrayendo de la tutela penal reforzada bienes jurídicos esenciales, por el expediente de dotar de apariencia o morfología privada a lo que son funciones propias de un organismo público desarrolladas por personas que han accedido a su cargo en virtud de la designación realizada por una autoridad pública, aunque la formalidad jurídica externa (contrato laboral de Alta Dirección, elección por el órgano de gobierno de una mercantil) encubra o se superponga de alguna manera a esa realidad material*”; véanse en este mismo sentido SSTS 149/2015, de 11 de marzo y 166/2014, de 28 de febrero y el ATS de 4 de diciembre de 2014 ROJ: ATS 9857/2014].

<sup>70</sup> Lo dicho no significa que prescindamos de la relevancia del título de incorporación a la función pública (ley, elección o nombramiento), pues no en vano los elementos que definen al funcionario a efectos penales son título y ejercicio de la función; lo que sucede es que en el caso de los funcionarios docentes y sanitarios esa cuestión no suele plantear mayores problemas [sobre esta cuestión véanse VALEIJE ÁLVAREZ, I “Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y ‘personas que desempeñan una función pública’”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 62, 1997, págs. 448 y ss., y RAMÓN RIBAS, E “La derogación jurisprudencial del artículo 24.2 CP (concepto de funcionario público)”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIV, 2014, 181 y ss.]. En todo caso rechazo esa tendencia que se manifiesta tanto en Jurisprudencia (véase ATS de 18 de marzo de 2015

Se trata, el de “funciones públicas”, de un concepto que según constante Jurisprudencia de la Sala 2<sup>a</sup> de nuestro más Alto Tribunal está “*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*” (STS 358/2016, de 26 de abril, que recuerda, y reitera, la doctrina de las SSTS 37/2003, de 22 de enero, y 1952/2000, de 19 de diciembre).

A este respecto la STS 1030/2007, de 4 de diciembre (lo que se recuerda por otras muchas resoluciones posteriores del Tribunal Supremo, como es el caso de la Sentencia 447/2016, de 25 de mayo) afirma: “[E]n cuanto al concepto de función pública, la doctrina ha utilizado diversos criterios para su identificación. Desde un punto de vista formal se ha entendido que se calificarán como funciones públicas las actividades de la Administración sujetas al Derecho público; teniendo en cuenta las finalidades con las que se ejecuta la actividad, se ha sostenido también que serán funciones públicas las orientadas al interés colectivo o al bien común, realizadas por órganos públicos. La jurisprudencia ha empleado un criterio de gran amplitud y en general ha entendido que son funciones públicas las realizadas por entes públicos, con sometimiento al Derecho Público y desarrolladas con la pretensión de satisfacer intereses públicos. Así, en la STS n<sup>o</sup> 1292/2000, se dice que ‘lo relevante es que dicha persona esté al servicio de entes públicos, con sometimiento de su actividad al control del derecho administrativo y ejerciendo una actuación propia de la Administración Pública’. En la STS n<sup>o</sup> 68/2003, luego de referirse a las funciones públicas del Estado, entidades locales y administración institucional, afirma que ‘cualquier actuación de estas entidades donde exista un interés público responde a ese concepto amplio de función pública’. También en este sentido la STS n<sup>o</sup> 1590/2003, de 22 de abril de 2004. También en la STS n<sup>o</sup> 866/2003, de 16 de junio, se entendió que lo ‘verdaderamente característico y lo

ROJ ATS 3454/2015, más arriba reproducido en parte) como en doctrina [QUINTERO OLIVARES, G “Artículo 24”, en QUINTERO OLIVARES, G (dir.) *Comentarios al Código Penal español. Tomo I (Artículos 1 a 233)*, 6<sup>a</sup> ed., Cizur Menor, 2011, págs. 320 y ss.] que tiende a prescindir de los títulos de incorporación y optan por un concepto “material” o “funcional” de empleado público a efectos penales, que a nuestro entender termina dejando de lado las exigencias del principio de legalidad plasmadas en el artículo 24 CP (en este sentido, véanse también DE LA MATA BARRANCO, N “El funcionario público ante el Derecho Penal”, en *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 20, enero 2010, pág. 17: “... , lo importante es el ejercicio de actividades públicas, con título habilitante para ello, desde una perspectiva más funcional que formal, de modo tal que, a efectos penales, no sólo deberán considerarse funcionarios a los que lo sean de carrera, sino también a los interinos, a los contratados laborales al servicio de la administración o a quien a través de un contrato, administrativo o de cualquier otra naturaleza, realice —con cierta permanencia— cualesquiera actuaciones que puedan definirse como de carácter público”, y OLAIZOLA NOGALES, I “Concepto de funcionario público a efectos penales”, en *Delitos contra la Administración Pública*, Oñati, 1997, págs. 77 y ss.).

*que les dota de la condición pública, es la función realizada dentro de un organigrama de servicio públicos*<sup>71</sup>.

Como puede comprobarse con tan sólo una somera lectura de la resolución anterior, la falta de precisión de la Sala a la hora de depurar el concepto de “función pública” y el ejercicio de la misma es más que evidente, lo que provoca una considerable inseguridad pues equipara el ejercicio de “función pública” a cualquier cosa: lo orientado al bien común, al colectivo, lo desarrollado con la pretensión de satisfacer intereses públicos, lo realizado dentro de un organigrama de servicios públicos..., y también, lo que entendemos más correcto, la realización de una actividad al servicio de una Administración Pública con sometimiento al Derecho Administrativo.

Desde luego este último es el concepto del que partiremos, pues los construidos exclusivamente sobre la finalidad ya expresaron suficientemente sus debilidades durante la crisis de la doctrina del “servicio público”<sup>72</sup>, y tampoco la realización de alguna tarea integrado en un organigrama de servicios públicos es suficiente, pues esa labor puede suponer, dada la pluralidad de empeños de las administraciones públicas, ejercicio de funciones estrictamente privadas. Como dijera el administrativo francés Jean RIVERO, “el entrecruzamiento de técnicas de Derecho público y de Derecho privado ‘no hace sino traducir al plano jurídico el fin del liberalismo y la confusión, en el terreno económico, de actividades públicas y privadas que hace inútil toda búsqueda tendente a restaurar zonas exclusivamente reservadas a cada disciplina’<sup>73</sup>. El giro económico actual, levantado sobre las bases de un neoliberalismo agresivo, que está arrinconando al propio Estado nacional y a los principios democráticos y sociales, y en donde el Estado ha sido reducido a una mínima expresión que ya no está claro dónde se encuentra (pero que desde luego no se halla ni en la seguridad pública ni en la defensa ni siquiera en la legislación, como bien

<sup>71</sup> Véase también STS 186/2012, de 14 de marzo. También la STS 876/2006, de 6 de noviembre, según la cual: “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”.

<sup>72</sup> Me separo, pues, de conceptos como el utilizado por QUINTERO OLIVARES [“Artículo 24”, ob. cit., pág. 321] para quien del concepto forma parte la persecución de fines públicos; y nos alejamos de esta perspectiva tanto porque resulta verdaderamente difícil caracterizar lo que son “finalidades públicas”, como porque la paulatina intromisión de la iniciativa privada incluso en los reductos que parecían exclusivamente gestionados por las administraciones (véase, por ejemplo, lo ocurrido con la seguridad pública tras la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada, mediante la cual se entrega la gestión de derechos fundamentales a las empresas privadas), hace cada vez más difícil diferenciar con claridad entre finalidades públicas y privadas.

Sobre la crisis de la doctrina del “servicio público” y los trabajos de DUGÜIT y JEZE, véase el fundamental trabajo de L. MARTÍN REBOLLO “De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica”, en *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, enero-diciembre 1982, *passim*.

<sup>73</sup> Pasaje tomado de L. MARTÍN REBOLLO, ob. cit., pág. 2538.

se han encargado de poner de manifiesto los “tratados de libre comercio” que están liquidando a los Estados en sus expresiones básicas –o qué decir de la enseñanza, la sanidad o las pensiones), convierte en absolutamente inviable referirnos a supuestas “finalidades públicas”.

De ahí que la caracterización de la función pública como una relación de servicio a una Administración Pública<sup>74</sup> con sumisión al Ordenamiento característico de ésta –el Derecho Administrativo-, sea el criterio más adecuado y seguro que nos pueda servir para delimitar lo que deba entenderse por ejercicio de funciones públicas<sup>75</sup>.

Dicho lo anterior debe añadirse que no es preciso que la relación que vincula al sujeto con la Administración Pública sea administrativa, cupiendo también una vinculación de otra naturaleza como la laboral. Así, la STS de 27 de enero de 2003 considera funcionario a una persona nombrada por la Administración Pública aunque con un contrato laboral: lo fundamental es que haya existido una designación pública para el ejercicio de la función. Por ello, y como se señala en la Consulta de la Fiscalía General del Estado 2/2008, de 25 de noviembre de 2008: “*No existiendo tal designación pública en el nombramiento de aquellas personas que prestan sus servicios como empleados de empresas o instituciones privadas, aunque éstas -en concierto o mediante cualquier otra fórmula de relación con la Administración- participen en el ejercicio de funciones sociales, los trabajadores contratados por las mismas no ostentan la condición de funcionarios públicos a efectos penales, toda vez que su designación no responde a ninguna de la tres formas expresadas en el art. 24.2 CP -disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente*”<sup>76</sup>.

b) Desde luego no cabe duda de que los docentes (maestros y profesores) y sanitarios, que sean funcionarios para el Derecho Administrativo, lo son, también,

<sup>74</sup> Como señala la STS 166/2014, de 28 de febrero: “Puede presentarse la participación en el ejercicio de funciones públicas tanto en las del Estado, entidades locales y comunidades autónomas, como en las de la llamada administración institucional que existe cuando una entidad pública adopta una forma independiente, incluso con personalidad jurídica propia, en ocasiones de sociedad mercantil, con el fin de conseguir un más ágil y eficaz funcionamiento, de modo que “cualquier actuación de estas entidades donde exista un interés público responde a este concepto amplio de función pública ( STS de 27 de enero de 2003 )”.

<sup>75</sup> Para los distintos conceptos de función pública usados en doctrina, véanse por todos: JAVATO MARTÍN, A “Artículo 24 CP”, en GÓMEZ TOMILLO, CM (dir.) *Comentarios al Código Penal*, Valladolid, 2010, págs. 42 y ss., y ROCA AGAPITO, L “Concepto de autoridad y de funcionario público a efectos penales”, ob. cit., págs. 64 y ss.

<sup>76</sup> Véase la Consulta 2/2008, de 25 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado “Sobre la calificación jurídico-penal de las agresiones a funcionarios públicos en los ámbitos sanitario y educativo” , [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/memoria2009\\_consulta\\_02\\_2008.pdf?idFile=270f30dc-48e5-45e0-835f-2543793b57a5](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/memoria2009_consulta_02_2008.pdf?idFile=270f30dc-48e5-45e0-835f-2543793b57a5)

En todo caso, y como señala ALEGRE ÁVILA (“Incompatibilidades en el ejercicio de la función (art. 441 CP)”, en *Tratado de Derecho Penal Español. Parte Especial. III. Delitos contras las Administraciones Pública y de Justicia*, Valencia, 2013), “...quedan extramuros del ámbito subjetivo delimitado en los apartado 1 y 2 del artículo 24 CP 1995, esto es, de la noción de ‘autoridades’ y ‘funcionarios públicos’, las personas vinculadas o que presten sus servicios en las entidades (jurídico-privadas) que integran el sector público y no tienen la condición, en sentido subjetivo, de Administraciones Públicas, por no ser personas jurídico-públicas”.

funcionarios, a efectos penales cuando ejercen funciones públicas (véanse, en general, SSTS 1125/2011, de 2 de noviembre, y 2052/2001, de 7 de noviembre; así como las SSAP Badajoz, Sección 1ª, 87/2016, de 26 de septiembre; Palma de Mallorca, Sección 1ª, 151/2015, de 27 de mayo, y Sevilla, Sección 1ª, 185/2008, de 3 de abril). Esto se deriva de su título de incorporación a la función y de que su actividad profesional, vinculada a diversos entes públicos, está regulada por el Derecho Administrativo. Así lo ha venido entendiendo nuestra Jurisprudencia desde hace muchos años tal y como veremos a continuación.

Entrando en lo particular, y por lo que se refiere a los médicos, avalan esta idea las siguientes resoluciones: SSTS 15 de noviembre de 1973, ROJ: STS 791/1973; 15 de junio de 1979 ROJ: STS 3986/1979; 7 de abril de 1981 ROJ: STS 4597/1981; 1739/1993 y 1183/1993, ambas de 20 de mayo; 2361/2001, de 4 de diciembre y 1030/2007, de 4 de diciembre. En contra sólo nos ha sido posible encontrar una resolución, se trata de la STS 677/1998, de 18 de mayo<sup>77</sup>.

También a favor de la consideración de los médicos como funcionarios a efectos penales se pueden citar las siguientes recientes resoluciones de la Jurisprudencia de

<sup>77</sup> "... la condición funcional de los médicos de la sanidad pública no está perfectamente definida ya que existe una relación con un organismo público pero no se ajusta estrictamente a las líneas fundamentales que establecen la relación funcional sino que tiene rasgos propios a mitad de camino entre una relación laboral y una sujeción administrativa, constituyendo personal estatutario. La actividad que desempeñan los médicos de la sanidad pública no puede ser equiparada a la de la función pública porque no desempeña una competencia estatal o pública sino que presta servicios cualificados que no permiten homologarlos con los funcionarios administrativos".

De todas formas esta posición ha sido contestada por otras resoluciones como es el caso de la STS 1125/2011, de 2 de noviembre: "Las objeciones que pueden hacerse es que aún aceptando que el personal sanitario del servicio del 061 tenga la condición de funcionario, se niega que participe en el ejercicio de funciones públicas, principalmente porque considera que la prestación sanitaria del Sistema Nacional de Salud, constituye un servicio público, pero no una función de esta clase. Y en segundo lugar porque el dolo exige que el sujeto debe conocer el carácter funcional de la víctima, conocimiento que difícilmente puede inferirse cuando dicha acción típica se dirige contra un sujeto cuya función no exterioriza ninguna manifestación de autoridad.

El primer aspecto encuentra respuesta en las consideraciones efectuadas con anterioridad. Como ya se ha dicho, las disposiciones legales vigentes, especialmente las contenidas en la Ley 14/1986, como desarrollo de lo dispuesto en el artículo 43 de la Constitución, ponen de manifiesto la existencia de toda una serie de actuaciones relacionadas con la protección de la salud pública, como finalidad reconocida en el citado precepto constitucional, que son encomendadas a los poderes públicos quienes actuarán a través de las medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios (artículo 43.2 CE), estando reguladas por normas de carácter administrativo, a las que asimismo quedan sujetos quienes las prestan. Por lo tanto, debe ser considerada como una función pública a los efectos penales.

Es posible cuestionarse si, a los efectos del delito de atentado, únicamente debe ser considerada función pública, aquella integrada por las actividades directamente encaminadas a la protección de la salud pública, excluyendo aquellas otras más bien relacionadas con las prestaciones asistenciales a individuos concretos, que, ciertamente, podrían también ser desempeñadas dentro del ámbito privado. Sin embargo, tal distinción no encuentra precedentes en la jurisprudencia anterior, como ya antes se puso de relieve, y además, las funciones públicas de tutela de la salud pública, que según la Constitución han de realizarse a través de las prestaciones y servicios necesarios, resultan difícilmente separables en forma suficientemente clara de aquellas otras actuaciones desarrolladas por los facultativos en el marco de la prestación asistencial de la que obtienen, o pueden obtener, los datos que finalmente les permiten adoptar las medidas que la ley les autoriza en orden a la protección de la salud pública. Cuando la Ley General de Sanidad dispone en el artículo 3.1 que los medios y actuaciones del sistema sanitario estarán orientados prioritariamente a la promoción de la salud y a la prevención de las enfermedades, se están refiriendo, de forma congruente con lo dispuesto en el artículo 18, a finalidades públicas que coexisten con otras finalidades relacionadas con la salud individual durante los actos en que consiste la prestación asistencial, sin que aparezcan criterios seguros que permitan diferenciar unas de otras en su ejecución práctica" (en el mismo sentido STS 1030/2007, de 4 de diciembre).

Audiencia (sin voz alguna discrepante, que conozcamos): SSAP, Madrid, Sección 30<sup>a</sup>, 540/2016, de 18 de julio; Madrid, Sección 15<sup>a</sup>, 871/2015, de 30 de diciembre; Málaga, Sección 3<sup>a</sup>, 296/2015, de 29 de junio; Toledo, Sección 1<sup>a</sup>, 28/2015, de 5 de marzo; Cuenca, Sección 1<sup>a</sup>, 19/2015, de 10 de febrero; Sevilla, Sección 3<sup>a</sup>, 401/2014, de 11 de septiembre. En todas estas resoluciones se enjuician hechos constitutivos del delito de atentado y acaecidos con anterioridad a la reforma del artículo 550.1 CP, llevada a cabo por la LO 1/2015, de 30 de marzo.

En cuanto a otros profesionales de la sanidad cabe citar las siguientes resoluciones: referidas a los farmacéuticos, SSTS 657/2014, de 29 de septiembre<sup>78</sup>; 2052/2001, de 7 de noviembre; 7 de abril de 1981 ROJ: STS 4597/1981, y 15 de junio de 1979 ROJ: STS 3986/1979; en lo que importa a los enfermeros: SSTS 7 de abril de 1981 ROJ: STS 4597/1981, y 15 de junio de 1979 ROJ: STS 3986/1979, también SAP, Pontevedra, Sección 5<sup>a</sup>, 302/2016, de 23 de mayo; en lo que interesa a los auxiliares de clínica, véase STS 560/2015, de 30 de septiembre<sup>79</sup>.

Por lo que importa a los docentes suele citarse por toda la Jurisprudencia, en primer lugar y como resolución de referencia, la STS 780/1991, de 26 de febrero, alusiva a un estudiante que agredió y causó lesiones a un catedrático de anatomía tras un examen fallido por aquél. Pero son muchas las resoluciones que inciden en la idea de que los funcionarios docentes lo son también a efectos penales, valgan como referencia las siguientes: SSTS 837/2016, de 4 de noviembre; SAP, Tarragona, Sección 2<sup>a</sup>, 192/2017, de 21 de abril, y SAP, Burgos, Sección 1<sup>a</sup>, 61/2007, de 1 de febrero, entre otras.

Por su interés, pues contempla hechos desgraciadamente frecuentes en nuestros centros escolares desde que los reformadores de la enseñanza despojaron a los profesores de su autoridad en las aulas, reproducimos algún pasaje de la Sentencia de la AP, Córdoba, Sección 2<sup>a</sup>, 99/2006, de 12 de abril, que consideró atentado la agresión que un alumno produjo a un profesor de un centro oficial de enseñanza:

*“...el sujeto pasivo es profesor titular de un centro oficial de enseñanza, teniendo en tal calidad la condición de funcionario público; se*

<sup>78</sup> “Esta Sala también se ha pronunciado sobre la condición de funcionario público de los farmacéuticos que cumplimentan recetas para la seguridad social. Así, en la Sentencia 576/2002, de 3 de septiembre, se declara que también un farmacéutico titular ha de considerársele como funcionario a los efectos penales en cuanto siempre está en relación con los correspondientes Organismos Públicos del área de salud respecto a los asegurados, situación de confianza que le facilitó indudablemente la comisión del delito de estafa al prevalerse de ese carácter público. Es decir, el título de farmacéutico titular, sobre todo en su relación con la Seguridad Social, procede de un nombramiento de la autoridad competente en la materia que le permite el ejercicio de funciones públicas y, por ende, está comprendido en el concepto de funcionario público del párrafo tercero del artículo 119 del Código derogado (hoy, artículo 24.2)”

<sup>79</sup> “...el cargo de auxiliar de clínica en un Centro penitenciario, aunque sea en virtud de contrato laboral, cumple los dos presupuestos establecidos en el artículo 24: el nombramiento por autoridad competente, la administración penitenciaria; y la participación en el desempeño de funciones públicas, como es su actividad sanitaria en relación con las personas ingresadas en el Centro, que se encuentran en situación especial de dependencia con la Administración”.

*hallaba impartiendo la clase que le correspondía y, a tal efecto, es indiferente el momento en que los hechos pudieron producirse, pues se mantiene esa circunstancia hasta que el profesor la da por finalizada; tuvo lugar una alteración de su normal desarrollo que hizo necesario el restablecimiento de la disciplina mediante la conminación al apelante a que abandonara el aula, orden legítima que emanaba de las facultades atribuidas al docente por el ordenamiento jurídico en cuanto permite remover los obstáculos que impidan el ejercicio de su autoridad académica en pro del interés colectivo de los demás alumnos; frente a la desobediencia inicial del menor, y desasistido de cualquier otra ayuda de que intentó valerse, ejerció por sí mismo la coerción necesaria para lograr el acatamiento de aquella orden de expulsión, siendo entonces cuando el recurrente reaccionó con violencia, propinando dos golpes al profesor en el pecho en presencia del resto de los alumnos, que le causaron lesiones leves.*

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

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

En fin, resumiendo, hay que señalar que la Jurisprudencia viene considerando de manera reiterada que tanto el personal sanitario como el docente al servicio de las administraciones públicas, tienen la consideración de funcionario cuando están ejerciendo sus funciones; y así, cabe citar, entre otras muchas, las siguientes resoluciones: SSAP, Badajoz, 87/2016, de 26 de septiembre; Tarragona, Sección 4ª, 269/2016, de 19 de julio; Madrid, Sección 4ª, 589/2015, de 30 de diciembre; Albacete, Sección 2ª, 422/2015, de 19 de noviembre; Málaga, Sección 9ª, 596/2015, de 30 de octubre; Las Palmas, Sección 6ª, 138/2015, de 26 de junio, y un larguísimo etcétera que se plasma en la Jurisprudencia de Audiencia desde muy antiguo, sirvan como ejemplos las SSAP Córdoba, Sección 2ª, 99/2006, de 12 de abril; Cuenca,

Sección 1<sup>a</sup>, 42/2005, de 2 de mayo, y 9/2005, de 19 de Mayo; Cádiz, Sección 7<sup>a</sup>, 231/2000, de 9 de noviembre, y Murcia de 27 de noviembre de 1995. Por todo lo anterior debe concluirse que la decisión de incorporar el vigente párrafo segundo del artículo 550.1 CP carece de toda racionalidad legislativa, puesto que tanto la Doctrina como la Jurisprudencia han concluido desde hace muchos años que tanto los funcionarios docentes como los sanitarios están protegidos por el tipo de atentado.

Esto último no quiere decir, sin embargo, que la decisión de incluir expresamente a los funcionarios docentes o sanitarios como sujetos pasivos de estos delitos carezca de relevancia, y ello porque los preceptos penales tienen que ser interpretados, analizados contextualmente, y con ese criterio darles sentido. Esta idea ha sido tenida en cuenta por nuestra Jurisprudencia y es lo que le ha llevado (y de ahí la importancia de lo contextual, lo sistemático) a concluir, a nuestro modo de ver muy correctamente como explicaremos a continuación, que la inclusión expresa de esa clase de funcionarios en el artículo 550 CP no es inane, sino que se trata de una resolución legislativa que se proyecta sobre otros preceptos y determina el ámbito típico de estos. Partiendo de esta idea, la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 2<sup>a</sup>, manifiesta en su Sentencia 155/2016, de 30 de junio:

“En los artículos 550 a 556 del Código Penal se distinguen los conceptos de autoridad, de funcionario docente o sanitario y de funcionario público. Si el personal docente o sanitario tuviera la consideración de autoridad no tendría sentido esa mención diferenciada y el Código hablaría exclusivamente de autoridad. Así pues los profesores de los colegios aparecen protegidos penalmente frente a los atentados cometidos contra ellos no por reputarlos autoridad a estos efectos sino funcionarios docentes, al incluirlos bajo tal denominación específica en los artículos 550 a 555, pero no se extiende tal protección a las conductas del artículo 556 del Código Penal donde ya no aparece la designación de los funcionarios docentes. No resulta irrazonable entender que la finalidad de tal diferenciación reside en proteger a esos funcionarios docentes y sanitarios frente a los hechos más graves (atentado en sus diferentes formas) no así en las faltas de respeto y consideración, al igual que ocurre con los agentes de la autoridad que tampoco vienen incluidos en el artículo 556-2 del Código Penal” (en el mismo sentido, SAP, Burgos, Sección 1<sup>a</sup>, 61/2007, de 1 de febrero).

En esta misma dirección la AP de Murcia, Sección 2<sup>a</sup>, 396/2015, de 11 de septiembre:

“Así las cosas, resulta que el legislador de 2015 ha querido proteger especialmente al personal educativo y sanitario, cuando se trata de los hechos agresivos o acometimientos violentos más graves, y por tal razón, los ha introducido expresamente en el art. 550 del C.P. ; y ahora, no hay duda de que deben considerarse sujetos pasivos del delito de atentado.

Por el contrario, esta previsión concreta y específica no se ha visto reproducida en delito de resistencia (art. 556.1 del CP); aunque sí se ha encargado el legislador de tener en cuenta el personal de seguridad privada.

Y, finalmente, tampoco se ha introducido el personal sanitario o educativo en el delito leve del apartado segundo del art. 556 del CP.

Por tanto, aquellas actuaciones en contra del personal educativo o sanitario que no reúnan las características típicas del delito de atentado, quedan al margen del Derecho Penal, y se considera que el derecho administrativo sancionador es suficiente respuesta social<sup>80</sup>.

Pero no sólo es un problema de interpretación sistemática, que ya es argumento suficiente para avalar la solución hermenéutica que se sugiere, sino que criterios de intervención mínima y *ultima ratio* nos tienen que conducir a idéntica conclusión – respetando en todo caso la letra de la Ley. En efecto, desde luego que en el ámbito docente, ante conductas de desobediencia, existen otros muchos instrumentos para superar el conflicto, y son los disciplinarios de larga tradición en nuestro país (unos formalizados y otros no) los eficaces, y sólo con una radical excepcionalidad se ha podido plantear una denuncia por desobediencia del artículo 556 CP; es decir: que en este caso la sanción penal no sólo es ilegítima (por razones hermenéuticas) sino también ineficiente. En cuanto a los funcionarios pertenecientes a la sanidad ciertamente la conclusión no puede ser la misma al no existir en este caso –al contrario de lo que ocurre en la docencia- relaciones de sujeción especial; así pues, las únicas medidas factibles son las de orden general, que pueden incluir las administrativas<sup>81</sup>, civiles o penales, dependiendo del supuesto concreto.

<sup>80</sup> Véase también SAP, Badajoz-Mérida, Sección 3ª, 235/2015, de 15 de octubre, para la cual “Si para el atentado los profesores se citan expresamente y, sin embargo, para la falta de respeto se omiten (como se omiten también ahora los agentes), la voluntad de la ley es dejar fuera al profesorado del tipo penal del artículo 556.2 del Código Penal. De ahí viene que, al interpretar el antiguo artículo 634, no podamos incluir entre los sujetos pasivos a los funcionarios docentes, máxime el carácter retroactivo de las leyes penales favorables al reo (artículo 2 del Código Penal)”.

<sup>81</sup> En este sentido debe citarse, en primer lugar, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que en su artículo 35 C), 6ª, considera infracción muy grave: “*La resistencia, coacción, amenaza, represalia, desacato o cualquier otra forma de presión ejercida sobre las autoridades sanitarias o sus agentes*”; este precepto, obvio es, resultará aplicable en muy pocos casos ya que se exige que el sujeto pasivo sea autoridad o agente de la misma, con lo que en la mayor parte de los supuestos de los funcionarios sanitarios este precepto será inane. Sin embargo, la legislación autonómica en la materia sí resultará de aplicación [aunque en algún caso se limita a reiterar lo afirmado por la legislación estatal, con los mismos defectos de ésta, es el caso de los artículos 39 b) de la Ley 8/2000, de 30 de

c) En el mismo sentido que el ya indicado se pronuncia el texto de la ya citada Consulta de la Fiscalía General del Estado 2/2008, de 25 de noviembre, para la cual:

“Tanto el derecho a la educación como el derecho a la salud, se han ido configurando progresivamente como derechos básicos, habiendo asumido el Estado su provisión como servicios públicos esenciales, por ello, sin perjuicio de las consideraciones que correspondan en otras profesiones, a los efectos exclusivos de la presente Consulta, las actividades realizadas por funcionarios públicos en el ámbito del derecho a la educación reconocido en el art. 27 CE y del derecho a la salud regulado en el art. 43 CE, y desarrollados en la legislación básica vigente, constituidas por la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, y la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, están referidas a materias que afectan a principios básicos de convivencia en una sociedad democrática.

En definitiva, cuando se produzca una de las agresiones descritas en el tipo penal -acometimiento, empleo de fuerza, intimidación grave o resistencia activa también grave- contra un profesional sanitario o de la educación, cuya designación haya sido realizada por alguna de las tres formas expresadas en el art. 24.2 CP -disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente-, y aquella tenga lugar en el ejercicio de su función pública o con ocasión de la misma -sea de carácter puramente administrativo, científico, técnico, educativo, o de cualquiera otra relacionadas con los principios básicos de convivencia proclamados en la Constitución Española-, los hechos deberán recibir la calificación jurídico-penal de atentado, siempre que concurren los demás elementos expresados supra que configuran tal delito”.

d) ¿Qué sucede con los profesionales privados que ejercen sus funciones en la sanidad o en la docencia? Pues que aunque desarrollen funciones de tolerancia pública su nombramiento para la función no se ha llevado a cabo por una persona pública sometida en su actividad al Derecho Administrativo, por lo que no tendrán la consideración de funcionarios.

En este mismo sentido se ha pronunciado la Consulta de la Fiscalía General del Estado 2/2008, de 25 de noviembre, al decir: “no quedan amparados por la protección penal que otorga el delito de atentado, sin perjuicio, en su caso, de la valoración de otras circunstancias que puedan afectar a la responsabilidad penal, los

noviembre, de Ordenación Sanitaria de Castilla-La Mancha, o 69 h) de la Ley 18/2009, de 22 de octubre, de salud pública de Cataluña], sirva de ejemplo en este sentido el artículo 79.3 i) de la Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de Cantabria.

profesionales de la salud o de la educación que aún prestando servicios públicos o sociales, los realicen como empleados de empresas o instituciones privadas relacionadas con la Administración en régimen de concierto o mediante cualquier otra fórmula de relación jurídica similar, toda vez que los mismos no ostentan la calidad de funcionarios públicos en los términos expresados en el art. 24 CP”.

Insiste en el anterior punto de vista la SAP, Palma de Mallorca, Sección 1ª, 151/2015, de 27 de mayo, que introduce, además, algunas consideraciones de prudencia en el ejercicio de la actividad judicial que son de alabar. Dice así la citada resolución en uno de sus pasajes:

*“Respecto a la desproporción invocada, puede legítimamente discutirse si cualquier acción agresiva a un funcionario público integra el delito de atentado previsto en el artículo 550 del Código Penal, pues ello supone una extensión del tipo penal por una interpretación amplia del bien jurídico protegido que incrementa considerablemente la respuesta penal. Ciertamente, consideramos que no compete a los Tribunales considerar delictivas conductas que no tienen un perfecto encaje en el tipo aplicado, pues es el legislador quien, en todo caso, por razones de política criminal, debe incluir en el ámbito penal aquellas conductas que, por su relevancia, tengan la entidad suficiente para merecer reproche en esta sede, todo ello sin entrar a valorar la posible desigualdad de trato que puedan merecer situaciones idénticas por la sencilla razón que, dentro de áreas tan importantes como lo son la sanidad o la educación, el sujeto pasivo de la agresión realice funciones privadas o públicas, pues únicamente en este último supuesto la conducta será subsumible en el delito de atentado”.*

Véase también en esta misma dirección las interesantes reflexiones que se realizan en la SAP, Ciudad Real, Sección 1ª, 4/2012, de 16 de febrero:

*“...si no puede predicarse de la educadora la condición de funcionaria pública, en menor medida puede entenderse incardinada dentro del concepto de autoridad pública que establece el art. 24 del código penal (que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia.) La pretensión del Ministerio Público, quien en su informe en el acto del juicio ya parte de la ausencia de condición de funcionario público de la educadora- presupuesto básico de partida para ser considerada autoridad pública por sus funciones- de entender extensivo el concepto de autoridad del tipo de atentado ( y consecuentemente admitiríamos, de resistencia o desobediencia) a quien desempeña funciones que en el concepto etimológico y semántico del término de autoridad*

*podrían ser incardinadas, pues ayudan al crecimiento personal de los jóvenes en acogimiento, no puede en absoluto compartirse, so pena de extender el tipo penal desde su propio concepto, sujeto pasivo y bien jurídico que protege, para abarcar situaciones diversas respondiendo a las demandas de ciertos sectores en equiparación a la tutela de los funcionarios públicos (por ejemplo, docentes de centros privados), y cuya reflexión, en todo caso, si se considerara oportuno su mayor tutela, es propia de la política legislativa, como decisión de política criminal y en modo alguno tal valoración es función de los Tribunales, que aplican la ley, bajo los principios tan básicos como la improcedencia de sancionar por un tipo penal hechos no contemplados en el mismo. Este Tribunal no deja de reconocer el servicio de las organizaciones no gubernamentales y las dificultades que pueden encontrar en el trato con los menores no acompañados, ni la conflictividad del menor en este supuesto, más dicho reconocimiento no puede llevar a estimar punibles los hechos por el delito de atentado»<sup>82</sup>.*

## 6. Los sujetos recogidos en el artículo 550.3 CP

Dice así este precepto:

*“No obstante lo previsto en el apartado anterior, si la autoridad contra la que se atentare fuera miembro del Gobierno, de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, del Congreso de los Diputados, del Senado o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, de las Corporaciones locales, del Consejo General del Poder Judicial, Magistrado del Tribunal Constitucional, juez, magistrado<sup>83</sup> o miembro del Ministerio Fiscal, se impondrá...”<sup>84 85</sup>*

<sup>82</sup> Debe hacerse notar, sin embargo, que la intención de los elaboradores de la Enmienda (PP) que en el Senado patrocinó y logró introducir el nuevo número 2 en el artículo 550 CP, era muy otra: “...carecen de protección específica aquellos ataques a personal sanitario o docente por razón del ejercicio de su cargo y profesión que, por pertenecer a la sanidad o enseñanzas privadas, no tengan la consideración de funcionario público. Actualmente los ataques a los mismos carecen de protección especial al margen del resultado contra la integridad o libertad producidos, generalmente simples faltas de lesiones o amenazas.- Las funciones tan relevantes que desarrollan ambos grupos profesionales tanto en la salud como en la educación de los ciudadanos, exigen un amparo específico. Aunque su encuadre en el ámbito de los delitos de atentados contra los funcionarios públicos pueda ser discutible, es lo cierto que participan en el ejercicio de funciones de relevancia pública, por lo que no se aprecia especial dificultad de incluirlos en este capítulo del Código Penal”. En esta ocasión, la avalancha de privatizaciones que se han producido en los últimos decenios de sectores como la sanidad y la enseñanza no recibió el “premio” de la protección penal de sus servidores, pero todo se andará ¿o acaso el Código Penal no se ha caracterizado históricamente por dar una mayor y mejor protección a los intereses privados frente a los públicos?

<sup>83</sup> En el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de la Ley de Reforma se incluyó una curiosa sugerencia “corporativa clasista”: “En relación con el número tres, se valora positivamente la inclusión de los

Se trata, como es evidente, de una serie de sujetos a quienes se les quiere conceder una protección reforzada mediante un incremento de la amenaza de pena a los autores de los delitos de atentado o resistencia grave, lo que se pretende conseguir mediante la elevación de la amenaza de la pena que debería corresponder a quienes actuaran típicamente contra los referidos sujetos. Debe tenerse en cuenta, a todo esto, que las personas nominadas tienen todas ellas carácter de autoridad de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 24.1 CP, excepto los miembros del Consejo General del Poder Judicial (al menos no la mayoría de ellos) y tampoco, al menos no expresamente, todos los miembros de las Corporaciones locales<sup>86 87</sup>. Por lo

Jueces, Magistrados y miembros del Ministerio Fiscal, pero se echa en falta la específica mención de los Magistrados del Tribunal Supremo como categoría específica”.

<sup>84</sup> Históricamente, como se ha dejado ver más atrás en algún caso, se han ido incorporando tipos agravados en atención a la calidad del sujeto pasivo, eso sí, no en los códigos más antiguos. En efecto, en el Código Penal de 1870 no se contemplaba ningún tipo agravado en función de la calidad del sujeto pasivo; tampoco en los de 1928 y 1932. Fue el CP1944 el que en su artículo 233 comenzó a introducir tipos agravados en atención al rango del sujeto pasivo, primero en relación a los Ministros (pena de reclusión mayor –pero si como consecuencia del atentado se produjeren muerte o lesiones graves la pena sería de reclusión mayor a muerte), y en el artículo 234 la referencia se efectuaba a los cónyuges, ascendientes y descendientes del Jefe del Estado, los Ministros, autoridades o funcionarios.

<sup>85</sup> Por cierto, no deja de resultar muy llamativo que mientras que se contemplan tipos agravados –en lo que importa a la pena de prisión– cuando el sujeto pasivo ostenta una determinada cualidad, no hay una previsión pareja para aquellos casos en los que el sujeto activo es autoridad, lo que, sin embargo, sí se hacía en los códigos históricos de 1870 (artículo 278) y 1928 (artículo 330). En este sentido la agravación prevista en el CP vigente se refiere exclusivamente a la pena de inhabilitación: “*Artículo 562. 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*”

<sup>86</sup> Obviamente es autoridad el Alcalde, lo que desde antiguo ha venido afirmando el Tribunal Supremo (SSTS 2340/2001, de 10 de diciembre y 2053/2001, de 5 de enero), incluso los pedáneos (STS 303/1997, de 11 de marzo) aunque sean de pueblos pequeños y con pocos medios (STS 654/2004, de 25 de mayo); también se ha considerado autoridad al Teniente de Alcalde (STS 141/2005, de 11 de febrero; aunque a nuestro entender esta imputación sólo es aceptable cuando el dicho Teniente de Alcalde ejerce de Alcalde por las razones que procedan). En cuanto a los concejales, no hay unanimidad en la Jurisprudencia, para alguna resolución no son autoridades (STS 1065/1992, de 12 de mayo, en la cual se citan multitud de antiguas resoluciones en las que se mantenía este criterio, como las SSTS 30 de junio de 1876, 26 de mayo de 1884, 6 de abril de 1885, 16 de diciembre de 1893 y 24 de enero de 1911, e incluso “más recientes como las de 13 de diciembre de 1983, 17 de noviembre de 1987 y 21 de febrero de 1989) sin embargo para otras, actualmente mayoritarias, sí (SSTS 1150/2016, de 30 de junio, 797/2015, de 24 de noviembre, 141/2005, de 11 de febrero, pero también más antiguas como las de 5 de abril de 1991 o la de 8 de octubre de 1990); en todo caso, y más allá de lo que se afirma en una u otra resolución judicial y a la vista de que los miembros de las corporaciones locales no están nominados expresamente en el artículo 24 CP, lo definitorio es si en el caso particular el concejal en cuestión tiene “mando o ejerce jurisdicción propia”, elemento que concurrirá en algunos concejales y en otros no, unos serán, por tanto, autoridad y otros no (a la misma conclusión hay que llegar en relación a los miembros del Consejo General del Poder Judicial). Pero en todo caso no debe olvidarse que un Ayuntamiento no es un foro de mera deliberación sino que lo es, esencialmente, de toma de decisiones, por lo tanto todos los concejales (y lo mismo cabría decir de los consejeros del Consejo General del Poder Judicial) serán autoridades cuando ejerzan funciones resolutorias como miembros del órgano de que se trate: Pleno del Ayuntamiento, Comisión de Gobierno (en este sentido, STS 21 de junio de 1989), Comisión Permanente, etc.

En todo caso se entiende que no es “autoridad” el Secretario del Ayuntamiento (por todas, STS 857/2003, de 13 de junio).

<sup>87</sup> Por lo que se refiere a los Jueces y Magistrados es obvio que cumplen las condiciones para ser autoridad exigidas con carácter general en el artículo 24 CP. Algunas dudas se han planteado en relación a los Magistrados del

anterior, la pena de prisión a imponer a los sujetos activos que atentaran o se resistieran en el sentido del artículo 550, tendría un marco que abarcaría de uno a cuatro años. Sin embargo, parece que la sanción le debe haber parecido escasa al Legislador pues la eleva para esos sujetos hasta los seis años.

Pues bien, ciertamente que en atención al bien jurídico protegido en este precepto (el buen funcionamiento de las funciones públicas, en cuanto que ejercicio pacífico de las mismas, libre de interferencias o perturbaciones por parte de los ciudadanos) no entendemos el por qué del aumento de sanción para los casos acabados de referir, como tampoco comprendemos el que haya que diferenciar en la cuantificación de la pena entre autoridad y simple funcionario<sup>88</sup>. Más aun, en nuestro criterio esa diferenciación en la cantidad de pena entre los casos referidos a la autoridad y a los funcionarios obedece a una concepción ya superada del bien jurídico (el principio de autoridad<sup>89</sup>), y difícilmente compatible con los preceptos

Tribunal Constitucional, que creemos sin sentido porque es obvio que ejercen jurisdicción propia, y así lo ha venido considerando el Tribunal Supremo, al menos, desde la STS de 15 de febrero de 1986.

<sup>88</sup> En este sentido DE LA CUESTA AGUADO, MP “Arts. 550 y ss.”, en ÁLVAREZ GARCÍA, FJ (dir.) Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012, Ponencias presentadas al Congreso de Profesores de Derecho Penal “Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012”, celebradas en la Universidad Carlos III de Madrid los días 31 de enero y 1 de febrero de 2013, Valencia, 2013, pág. 965.

<sup>89</sup> Referencia indispensable para diseccionar el significado, en su aplicación al Derecho Penal, del “principio de autoridad”, es la obra de ÁLVAREZ VIZCAYA, M *Libertad de expresión y principio de autoridad: el delito de desacato*, Barcelona, 1993, *passim*, pero especialmente págs. 114 y ss.; también, la de OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E “El bien jurídico protegido en los Capítulos VI y VII del Título II del Código Penal (Comentario a algunas Sentencias del Tribunal Supremo dictadas sobre esta materia en los últimos años)”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 1, 1977, *passim*, pero especialmente págs. 118 y ss.; del mismo autor, “De nuevo sobre el interés protegido en atentados, desacatos y figuras afines”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 11, 1980, págs. 103 y ss., especialmente 105 y ss.

Aunque aquí se critique el elevar el principio de autoridad a la categoría de bien jurídico protegido, es lo cierto que se sigue haciendo amplia y mayoritariamente por la Jurisprudencia; así, SSAP, Valencia, Sección 10<sup>a</sup>, 496/2017, de 18 de julio; Burgos, Sección 1<sup>a</sup>, 325/2017, de 4 de octubre; de la misma Audiencia y Sección, 315/2017, de 26 de septiembre, o Madrid, Sección 30, 572/2017, de 26 de septiembre, entre otras muchas. Se cita la anterior resolución de Audiencia por ser la más reciente al respecto, pero también el Tribunal Supremo ha seguido manteniendo semejante criterio acerca del bien jurídico protegido en estos delitos de atentados, así SSTS 431/1994, de 3 de marzo, 602/1995, de 27 de abril, 231/2001, de 15 de febrero. Ciertamente hay otras sentencias del Tribunal Supremo en las que se reniega de esta línea, véase, por ejemplo, STS108/2015, de 10 de noviembre (evocando la 260/2013, de 22 de marzo), aunque esto debe decirse con una matización: mientras, como hemos dicho, reniega en alguna Jurisprudencia el Tribunal Supremo del principio de autoridad a la hora de concretar el bien jurídico protegido, en el momento de manifestarse sobre el dolo preciso en el delito de atentado afirma: “...que quien, aun persiguiendo otras finalidades distintas de la de oponerse a una actuación policial de control, agrede, resiste o desobedece conociendo la condición de agente de la autoridad o funcionario del sujeto pasivo, acepta la ofensa al principio de autoridad que representan como consecuencia necesaria cuando éste quede vulnerado por causa de su proceder”; de esta forma se pone de manifiesto una contradicción insalvable en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, y una pervivencia en sus resoluciones del “principio de autoridad” como caracterizador del delito de atentado. En este mismo sentido, y entre otras muchas, véanse SSTS 338/2017, de 11 de mayo, 193/2017, de 24 de marzo, y un largo etcétera; pero en todas estas recientes sentencias el Tribunal Supremo cae, una y otra vez, en la misma contradicción, véase en este sentido un pasaje de la última sentencia citada (donde se atrae la doctrina de la STS 260/2013, de 22 de marzo): “...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...Ejerció cierta violencia y, aunque su finalidad primordial no fuera la de atacar a los guardias civiles sino la de eliminar los rastros de una actividad delictiva, ese ánimo, equivalente al de huir para ponerse a salvo, no excluye el de desprestigiar el principio de autoridad representado por aquellos y el buen funcionamiento del servicio público por ellos prestado, que es el

constitucionales (en este sentido ya se han pronunciado con anterioridad otros autores como CUERDA ARNAU e OLLOQUIEGUI SUCUNZA<sup>90</sup>). Además, no debe olvidarse que no son precisamente los sujetos a los que nos acabamos de referir los más expuestos a sufrir ataques, sino justamente los que son denominados meros “agentes de la autoridad” –policías, guardia civiles-, entre otras razones porque estos últimos suelen realizar funciones de protección de aquéllos, por lo que no se comprende por qué a los más expuestos se les otorga menor protección, y al contrario. Desde luego el Legislador ha sido consciente de esta desproporción, y por ello introdujo en la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en su artículo 7.1: *“En el ejercicio de sus funciones, los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad tendrán a todos los efectos legales el carácter de agentes de la autoridad”*.

## 7. Los sujetos recogidos en el artículo 554 CP

Los sujetos contemplados expresamente en este precepto deben ser divididos en dos grupos: al primero pertenecen aquellos a los que se pueden considerar en todo caso funcionarios públicos a efectos penales, de acuerdo con la previsión del artículo 24 CP. Es el caso de los militares, respecto de los cuales este precepto cumple, en realidad, función de restricción de la tipicidad (obviamente el Legislador no ha querido, seguramente por razones políticas, proteger en todo caso a los militares con los delitos de atentados, de ahí que exija en el caso concreto unos requisitos para otorgar esa protección que exceden el *status* funcional: es el caso de la exigencia de “vestir uniforme”). Se trata de funcionarios públicos que en unos casos, además, pueden revestir carácter de “autoridad” (muchos de los empleos militares se refieren a sujetos que cumplen el requisito de “tener mando o ejercer jurisdicción propia”, y ya no sólo quienes ejercen como Jueces o Magistrados en la Jurisdicción Militar, sino también en destinos propiamente militares al frente de unidades o buques de la Marina de Guerra) y en otros el de simples “agentes de la autoridad”<sup>91</sup>. También pertenecen a este grupo –pero en un escenario típico com-

injusto de este delito. El elemento subjetivo integrado por el dolo de ofender, denigrar o desconocer el principio de autoridad, va ínsito en los actos desplegados cuando no constan circunstancias concurrentes que permitan inferir otra motivación ajena a las funciones públicas del ofendido. Y así ha entendido esta Sala (SSTS 431/1994 de 3 de marzo; 328/2014 de 28 de abril; 199/2015 de 30 de marzo o 44/2016 de 3 de febrero) que quien, aun persiguiendo otras finalidades, agrede, resiste o desobedece conociendo la condición de agente de la autoridad o funcionario del sujeto pasivo, acepta la ofensa al principio de autoridad que representan como consecuencia necesaria cuando éste quede vulnerado por causa de su proceder”. Aquí se condensa muy bien la actual doctrina del Tribunal Supremo al respecto: el “principio de autoridad” no es el bien jurídico protegido en los delitos de atentado... pero sí lo es.

<sup>90</sup> “Delitos contra el orden público. Atentado, resistencia y desobediencia”, en ÁLVAREZ GARCÍA, FJ (dir.) Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012. Ponencias presentadas al Congreso de Profesores de Derecho Penal “Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012”, celebradas en la Universidad Carlos III de Madrid los días 31 de enero y 1 de febrero de 2013, Valencia, 2013, pág. 959.

<sup>91</sup> Incluso distintas disposiciones otorgan expresamente este carácter a algunos militares –aunque este reconocimiento debe sujetarse a los criterios que más atrás hemos fijado en relación a los “agentes de la autoridad”; es el caso de lo reflejado en la Disposición Adicional Tercera de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar, del Real Decreto 194/2010, de 26 de febrero, por el que se aprueban las Normas sobre seguridad en las Fuerzas Arma-

pletamente diferente que en el caso de los militares- los bomberos [artículo 574.3 a)], aunque, como en el supuesto de los docentes y sanitarios a los que se refiere el artículo 550.2 CP, no siempre reunirán la condición de funcionarios<sup>92</sup>; lo mismo que en el caso anterior debe decirse del personal sanitario o de los integrantes de los equipos de socorro que estén actuando en las situaciones a las que se refiere el artículo 554.2 a) CP.

El segundo grupo está integrado por unos sujetos que siempre ostentan la condición de particulares, pero a quienes se les ha querido otorgar una mayor protección, bien en atención a una especial y concreta situación típica (los particulares que acuden en auxilio de los funcionarios), bien en consideración a su función (los miembros de la seguridad privada en ciertas condiciones).

Se trata de los siguientes: a) miembros de las Fuerzas Armadas que, vistiendo uniforme, estuvieran prestando un servicio que les hubiera sido legalmente encomendado; b) personas que acuden en auxilio de la autoridad, sus agentes o funcionarios; c) bomberos o miembros del personal sanitario o equipos de socorro que estuvieran interviniendo con ocasión de un siniestro, calamidad pública o situación de emergencia, con la finalidad de impedirles el ejercicio de sus funciones; d) personal de seguridad privada, debidamente identificado, que desarrolle actividades de seguridad privada en cooperación y bajo el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Pero todos los sujetos a los que nos hemos referido en los dos párrafos anteriores están unidos por un mismo criterio en la protección penal que se les otorga: se quiere tutelar el ejercicio de la función, que, en ocasiones, se expresa desde el punto de vista subjetivo no sólo a través de funcionarios sino también de los particulares que, de una forma u otra, cooperan en el ejercicio de funciones públicas. En este mismo sentido había dicho LÓPEZ-FONT MÁRQUEZ: “Es la función de autoridad lo protegido, con independencia de las personas que la ejerzan, ya sean autoridades, sus agentes, los funcionarios públicos o los particulares que les auxilien en ella”<sup>93</sup>

a).1. Por “miembros de las Fuerzas Armadas”<sup>94</sup> se entiende, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1.2 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera

das, y la Orden DEF/316/2015, de 23 de febrero, por la que se aprueban los medios de identificación que sobre el uniforme deben portar los miembros de las Fuerzas Armadas que tengan carácter de agente de la autoridad en el ejercicio de sus funciones. Véase a este respecto, VARGAS CAMACHO, PA “Los miembros de las fuerzas armadas como agentes de la autoridad”, en *Revista Ejército*, núm. 871, noviembre, 2013, págs. 86 y ss.

<sup>92</sup> La externalización de los servicios públicos ha llegado también a la extinción de incendios, de forma que la figura del “bombero privado” se ha extendido en España, y estos son contratados por las empresas privadas adjudicatarias como trabajadores privados. Obviamente, y ateniéndonos a lo que se ha significado más atrás en relación al concepto de funcionario público, estos “bomberos privados” no reúnen semejanza naturaleza.

<sup>93</sup> Ob cit., pág. 83.

<sup>94</sup> Según el artículo 8.1 CE, las Fuerzas Armadas están constituidas “...por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire”; precepto éste que se desarrolla en el artículo 10 de la LO 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional.

militar, todos los individuos “que adquieren condición militar desde su incorporación a las mismas [a las Fuerzas Armadas] y que, con el juramento o promesa ante la Bandera, asumen la obligación de defender a España y de contribuir a preservar la paz y la seguridad”; y conforme al artículo 3 de la Ley acabada de citar esa “adquisición de la condición de militar” puede darse en alguno de los siguientes conceptos: “como militares de carrera, como militares de tropa y marinería y también como militares de complemento”<sup>95</sup> (asimismo se entiende que son miembros de las Fuerzas Armadas los alumnos que ingresan en las academias militares – aunque su relación con las Fuerzas Armadas no sea de servicios profesionales-, y los reservistas cuando se incorporen a las Fuerzas Armadas, según lo previsto en el título VI de la Ley –artículo 3.7 de la Ley 39/2007). En cuanto a la Guardia Civil, presenta peculiaridades que trataremos más abajo.

Requisitos, pues, para adquirir la condición de militar son los de efectiva incorporación o integración en las Fuerzas Armadas y la “Jura de Bandera”. Por lo que importa a esa integración puede revestir las distintas formas a las que se refiere el citado artículo 3 de la Ley, que implicará en unos casos incorporación indefinida o permanente (militares de carrera, artículo 3.2 de la Ley 39/2007) y en otros temporal (militares de complemento, artículo 3.3 de la Ley); la vinculación de la tropa y la marinería también posee carácter temporal (artículo 3.4 de la Ley 39/2007).

En cuanto a la Jura de Bandera, se regula como requisito para adquirir la condición de militar en el artículo 7.1 en los siguientes términos: “*Todo militar tiene el deber de prestar ante la Bandera juramento o promesa de defender a España. Este juramento o promesa se efectuará durante la enseñanza de formación de acuerdo con lo que se establece en este artículo y será requisito previo e indispensable a la adquisición de la condición de militar de carrera, de militar de complemento y de militar de tropa y marinería*”.

De lo anterior se deduce que a pesar de que el sujeto se haya integrado ya en las Fuerzas Armadas (por ejemplo, los alumnos de las academias militares) y vista uniforme<sup>96</sup>, si no ha jurado la bandera no podrá ser considerado sujeto pasivo a efectos del delito recogido en el artículo 550 por remisión del 554, ambos del CP.

<sup>95</sup> Estos conceptos se definen en el artículo 3, apartados 2, 3 y 4 de la Ley 39/2007, de la siguiente forma: “2. Son militares de carrera quienes mantienen una relación de servicios profesionales de carácter permanente. Les corresponde asegurar la continuidad y estabilidad de la estructura, el funcionamiento y los valores esenciales de las Fuerzas Armadas en el marco constitucional. 3. Los militares de complemento son oficiales que establecen su relación de servicios profesionales mediante compromisos de carácter temporal para atender necesidades específicas de las Fuerzas Armadas. 4. Los militares de tropa y marinería, que constituyen la base de las Fuerzas Armadas, establecen su relación de servicios profesionales mediante compromisos de carácter temporal y podrán acceder a la condición de militar de carrera en la forma que se especifica en esta ley”.

<sup>96</sup> Según el artículo 24.1 de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, los militares tienen la obligación de utilizar el uniforme cuando se hallaren de servicio.

En todo caso es procedente realizar una advertencia en relación a los miembros de las Fuerzas Armadas, y es que en determinadas ocasiones pueden ser también considerados como “agentes de la autoridad” con las limitaciones y las exigencias vistas más atrás<sup>97</sup>.

a).2. Por lo que se refiere a la Guardia Civil<sup>98</sup> debe tenerse en cuenta, ante todo, que se trata de un Instituto Armado de carácter militar<sup>99 100</sup>, y así aparece dibujado en los artículos 28 y 29 CE. Coherentemente con ello, el RD 1437/2010, de 5 de noviembre, dispuso que a sus miembros les fuera de aplicación el Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para Fuerzas Armadas. Dice así el artículo 2.2 de las dichas Reales Ordenanzas:

*“Dada su naturaleza militar y la condición militar de sus miembros, estas Reales Ordenanzas serán de aplicación a todos los miembros de la Guardia Civil, excepto cuando contradigan o se opongan a lo previsto en su legislación específica”.*

Al análisis de ese texto debe añadirse el de la Disposición Adicional Única de las citadas Reales Ordenanzas, incorporada por el RD 1437/2010, que posee el siguiente tenor:

*“Limitaciones a la aplicación de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas a los miembros de la Guardia Civil.*

*Sin perjuicio de lo que dispone el artículo 2.2 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas que se aprueban en este real decreto, los capítulos I, II, III y V del título IV de estas reales ordenan-*

<sup>97</sup> A este propósito no debe olvidarse que el ejército puede, en determinadas circunstancias y en concreto cuando se alcance el nivel 5 de alarma antiterrorista, realizar tareas de policía, lo que es habitual en otros ejércitos europeos (véase la Instrucción 3/2015, de la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior, por la que se actualizó el Plan de Prevención y Protección Antiterrorista).

<sup>98</sup> Véase MARTÍN DELPON, JL “Naturaleza y carácter militar de los miembros de la Guardia Civil: comentario a la Sentencia de la Sala 3<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2012”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 34, septiembre 2014, *passim*; también, SEDANO LORENZO, A *La Guardia Civil ante la ley penal militar*, en *id., id., passim*.

<sup>99</sup> El RD de 28 de marzo de 1844 (Gaceta de Madrid de 31 de marzo) disponía en su artículo 1<sup>o</sup>: “Se crea un cuerpo especial de fuerza armada de infantería y caballería, bajo la dependencia del Ministerio de la Gobernación de la Península, y con la denominación de Guardias civiles”; y en su artículo 12: “El cuerpo de guardias civiles en cuanto a la organización y disciplina depende de la jurisdicción militar”. En el mismo sentido el RD de 13 de mayo de 1844, tenido como el “Decreto Fundacional”, aseveraba en su artículo 1<sup>o</sup>: “La Guardia Civil depende del Ministerio de la Guerra por lo concerniente a su organización personal, disciplina, material y percibo de haberes, y del Ministerio de la Gobernación por lo relativo a su servicio peculiar u movimientos”. La cuestión queda definitivamente aclarada, por si aún hubiera alguna duda, por el artículo 22 de la Ley constitutiva del Ejército de 29 de noviembre de 1878, y la posterior Ley de 15 de marzo de 1940, de reorganización del benemérito Cuerpo de la Guardia Civil.

Sobre los orígenes de la Guardia Civil es muy interesante la obra de LÓPEZ GARRIDO, D *La Guardia Civil y los orígenes del Estado centralista*, Madrid, 1982, *passim*.

<sup>100</sup> Véase sobre esta peculiar naturaleza, entre otras, FERNANDEZ SEGADO, Francisco, “Las fuerzas armadas: artículo 8”, en ALZAGA VILLAAMIL, O (dir.) *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Madrid, 1978, págs. 409 y ss.; BARCELONA LLOP, J *El régimen jurídico de la policía de seguridad: (un estudio de derecho administrativo)*, Oñati, 1988, e *id.* “Reflexiones constitucionales sobre el modelo policial español”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 48, septiembre-diciembre de 1996, págs. 83 y ss.

*zas sólo serán de aplicación a los miembros de la Guardia Civil en tiempo de conflicto bélico, durante la vigencia del estado de sitio, en cumplimiento de misiones de carácter militar o cuando se integren en unidades militares”.*

Pues bien, a la vista de la legislación reguladora de la Guardia Civil, desde su misma fundación, parece evidente que su actividad, y por más que orgánica y disciplinariamente dependan de lo militar, se desarrolla en el ámbito de la seguridad pública, puramente policial, por lo que no quedan integrados en su actividad cotidiana en el ámbito de las Fuerzas Armadas a efectos de la aplicación del artículo 554.1 CP. Desde luego la cuestión tiene trascendencia porque no debe olvidarse que en el caso de los miembros de las Fuerzas Armadas la tipicidad exige que para ser sujetos pasivos idóneos vistan el uniforme, lo que nos llevaría a la conclusión de que si no lo llevaran aun cuando estuvieran en el ejercicio de sus funciones, carecerían de la protección dispuesta en el citado precepto. No entendiéndoles como integrantes de las Fuerzas Armadas el tipo penal de aplicación será el del artículo 550 CP.

Esta idea queda reforzada en el Preámbulo de la LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, al decir:

“Con fundamentación directa en el artículo 104 e indirecta en el artículo 8, ambos de la Constitución, la Ley declara, a todos los efectos, la naturaleza de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que corresponde al Cuerpo Nacional de Policía –nacido de la integración de los Cuerpos Superior de Policía y de Policía Nacional– y al Cuerpo de la Guardia Civil.- De la necesidad de dar cumplimiento al artículo 104.2 de la Constitución, se deduce que el régimen estatutario de la Guardia Civil debe ser regulado en la Ley Orgánica de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.- Ello significa 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.- En consecuencia, sin perjuicio del estatuto personal atribuible a los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil –por razones de fuero, disciplina, formación y mando–, 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.- Con todo ello, se pretende centrar a la Guardia Civil en la que es su auténtica misión en la sociedad actual: garantía del libre ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución y la protección de la seguri-

dad ciudadana, dentro del colectivo de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”;

y en el artículo Séptimo.3 de la Ley acabada de mencionar: “*La Guardia Civil sólo tendrá consideración de fuerza armada en el cumplimiento de las misiones de carácter militar que se le encomienden, de acuerdo con el ordenamiento jurídico*”<sup>101</sup>.

a).3. Exige también el tipo que para considerar a un miembro de las Fuerzas Armadas como sujeto pasivo de este delito es preciso que esté “vistiendo uniforme<sup>102</sup>, [y] estuviera prestando un servicio que le hubiera sido legalmente encomendado<sup>103</sup>”. Vaya por delante una aclaración: la contemplación expresa de este supuesto supone un obstáculo –la cláusula tiene efectos obstativos- a que, en el caso de que el integrante de las Fuerzas Armadas no estuviera vistiendo uniforme o no se hallara prestando un servicio “legalmente encomendado”<sup>104</sup>, se pudiera considerar la conducta llevada a cabo por el sujeto activo como realizadora del tipo básico de atentados (la contemplación expresa del supuesto de los integrantes de las Fuerzas Armadas sólo puede justificarse por la voluntad del Legislador de excluirlos del precepto general<sup>105</sup>, y en consonancia con ello es por lo que se exigen mayores requisitos –forma y competencia- para entenderles como sujetos pasivos del delito; además de lo anterior debe tenerse en cuenta que en este apartado la remisión se efectúa al artículo 550 no sólo a efectos de pena sino también de conducta típica, constituyendo la única peculiaridad la de los sujetos pasivos –sin embargo, y como veremos más abajo, en el caso de los números 2 y 3 de este artículo 554 CP, la remisión lo es sólo a efectos de pena, pues la conducta resulta descrita en estos últimos ordinales y no hay, por tanto, remisión al 550 en este

<sup>101</sup> Véanse también los artículos noveno, trece, catorce y quince.1 de la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; los artículos 23 y ss. de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, y la Ley 42/1999, de 25 de noviembre, de Régimen del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil.

<sup>102</sup> Sobre la uniformidad en las Fuerzas Armadas véase la Orden DEF/1756/2016, de 28 de octubre, por la que se aprueban las normas de uniformidad de las Fuerzas Armadas.

<sup>103</sup> Según el artículo 15 de la LO 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, a las Fuerzas Armadas le están encomendadas las siguientes misiones:

“1. Las Fuerzas Armadas, de acuerdo con el artículo 8.1 de la Constitución, tienen atribuida la misión de garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional. 2. Las Fuerzas Armadas contribuyen militarmente a la seguridad y defensa de España y de sus aliados, en el marco de las organizaciones internacionales de las que España forma parte, así como al mantenimiento de la paz, la estabilidad y la ayuda humanitaria. 3. Las Fuerzas Armadas, junto con las Instituciones del Estado y las Administraciones públicas, deben preservar la seguridad y bienestar de los ciudadanos en los supuestos de grave riesgo, catástrofe, calamidad u otras necesidades públicas, conforme a lo establecido en la legislación vigente. 4. Las Fuerzas Armadas pueden, asimismo, llevar a cabo misiones de evacuación de los residentes españoles en el extranjero, cuando circunstancias de inestabilidad en un país pongan en grave riesgo su vida o sus intereses”.

<sup>104</sup> La contemplación de este requisito es paralela a la exigencia contemplada en el artículo 550.1, II, último inciso, CP de que el funcionario público se hallare “...en el ejercicio de las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas”.

<sup>105</sup> Hay otras interpretaciones basadas en la voluntad del Legislador (por ejemplo, véase TORRES FERNÁNDEZ, ME “Los delitos de atentado en el Código Penal de 1995”, ob. cit.), pero no las entendemos aceptables frente a las derivadas de la dicción del precepto legal.

aspecto). Obviamente lo anterior (es decir, la falta de uniforme o ausencia de competencia en el caso) no impediría que los miembros de las Fuerzas Armadas, y si se cumplen los requisitos típicos, pudieran resultar amparados por lo previsto en el artículo 554.2 CP.

a).4. En cuanto a la pena, sucede algo parecido a lo que ocurre, lo que es lógico ya que a ellas se remite, con las dispuestas en el párrafo segundo del artículo 550.2 (y de forma idéntica a lo que sucede en el siguiente apartado): la mayor sanción de una determinada calidad de funcionarios (la autoridad, los diputados, etc.) sobre el ‘simple empleado público’ únicamente puede encontrar explicación en la acentuación del principio de autoridad, lo que no deja de resultar llamativo al venir ese entendimiento de la mano de un Código Penal elaborado con una democracia ya asentada.

a).5. En materia de error es difícilmente concebible uno sobre la cualidad de uniformado del miembro de las Fuerzas Armadas, por obvias razones. Si pudiera plantearse uno sobre el hecho de que el uniformado estuviera “prestando un servicio que le hubiera sido legalmente encomendado”, no obstante entendemos que existe una presunción favorable (la misma que juega en todo el Derecho Administrativo a favor de la legalidad de los actos) a que las acciones de cualquier uniformado están encomendadas legalmente –esto es, pertenecen a su ámbito de competencia.

b) Las personas que acudan en auxilio de la autoridad, sus agentes o funcionarios. Esta previsión proviene del Código Penal de 1870 (artículo 264, III) y se ha mantenido en los códigos posteriores con escasos cambios, ni siquiera en la redacción. Históricamente en estos supuestos la pena a imponer estaba agravada, tal y como referimos más abajo; sin embargo, en el Código Penal de 1944 –artículo 236, II- resultaba ser la misma que la del tipo básico; lo mismo sucedió con el CP1963 – en idéntico numeral- y con el CP1973; el Código Penal vigente sigue el mismo criterio.

En todo caso, y por lo que se refiere a la previsión sancionadora efectuada en el CP de 1995 tras la desventurada reforma de 2015 –aunque debe señalarse que el inconveniente que indicaremos a continuación se arrastra desde la versión original del CP1995-, nos plantea el problema de que, en realidad, la pena no está determinada en el artículo 554.2 CP. En efecto, en el supuesto de los particulares que acuden en ayuda de las personas referidas en el artículo 550 CP, el tipo remite a las penas del 550 CP, pero ¿a cuál de ellas? Es decir: en el artículo 550 CP se prevén tres penas distintas dependiendo de la calidad del sujeto pasivo (prisión de uno a cuatro años en el caso del sujeto pasivo autoridad, prisión de seis meses a tres años “en los demás casos”, y prisión de uno a seis años si el sujeto pasivo fuera “miembro del Gobierno, de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas...”); pues bien, es evidente que no habría que aplicar la recogida en el artículo

550.3 CP (a no ser que el sujeto pasivo fuera miembro del Gobierno, diputado, etc., en cuyo caso la última norma aludida desplazaría a la contenida en el artículo 554.2 CP), con lo que quedan dos posibilidades: o entender que la pena que corresponde es la señalada a la autoridad o, por el contrario, la prevista para los agentes o los funcionarios; y desde luego no existe criterio para optar por una u otra, porque es evidente que el particular no es autoridad, pero también lo es que tampoco reúne la cualidad de agente de ésta o funcionario público en general. Es cierto que suele darse por sobreentendido que la pena ha de ser la más moderada, la prevista para los funcionarios, pero ¿por qué?, la bondad no suele ser criterio acertado para determinar la pena que en abstracto pudiera corresponder por una conducta. Pues bien, el principio de legalidad de las penas exige que la pena sea cierta, que esté prevista con claridad para el supuesto típico de que se trate, y desde luego no lo está en este caso, por lo que la conclusión sólo puede ser una: se conculca el principio de legalidad de las penas en el artículo 554.2 CP, con lo que hay que concluir que al no estar prevista una pena no hay delito; o por mejor decir: la previsión del artículo 554 colisiona de forma grosera con la Constitución<sup>106</sup>.

En segundo término hay que preguntarse ¿por qué habría de imponerse a los particulares a los que se acometiera la misma pena que a los funcionarios o a la autoridad? A este respecto CUERDA ARNAU y OLLOQUIEGUI SUCUNZA dicen<sup>107</sup>: la equiparación punitiva “no guarda coherencia sistemática con la penalidad general, pues, si se distingue entre funcionarios y autoridades —y, a su vez, entre estas— en atención a la relevancia de las funciones, es obvio que la que desempeña un particular no es equiparable a la de un funcionario o agente, ya que se limita a auxiliar a éstos en el ejercicio de sus funciones”. Es razonable lo que apuntan las dos autoras citadas, pero es verdad que existen otras perspectivas; en este sentido debe recordarse que —y como ya se indicó— en el CP1870<sup>108</sup> la previsión consistía, lo que tiene cierta lógica, en la imposición de mayor pena a los que acometieran a particulares que hubieran acudido a auxiliar a la autoridad o a los funcionarios, que si atacaran a estos últimos (artículo 264 último párrafo: “*Se impondrá la pena señalada en el párrafo anterior en su grado máximo a los culpables, cuando hubie-*

<sup>106</sup> El mismo problema nos encontramos en el caso del artículo 554.3 b) CP, pues aquí la referencia es al “personal de seguridad privada” respecto del cual cabe hacerse la misma pregunta que en relación a los “particulares” del artículo 554.2 CP ¿Qué pena se impone?, ¿la correspondiente a la autoridad o a los funcionarios públicos? Nuevo caso, pues, de “delito sin pena”.

Este problema no se planteaba en los códigos históricos, y ello por una potísima razón: que no se distinguía entre autoridad y simple funcionario a la hora de imposición de la sanción, con lo cual ya se dispusiera una pena agravada (como ocurrió en los códigos penales de 1870, 1928 y 1932) o la misma pena (códigos penales de 1944, 1963 y 1973), la cantidad de sanción estaba perfectamente determinada; pero al diferenciarse —paradójicamente en el llamado “código de la democracia”— entre “autoridad” y “funcionario”, la distorsión aparece por seguir empleando idéntica fórmula —la de la remisión al tipo básico.

<sup>107</sup> “Atentado, resistencia y desobediencia...”, ob. cit., en ÁLVAREZ GARCÍA, FJ (dir.) *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia, 2013, pág. 960.

<sup>108</sup> También en el de 1928 en su artículo 321, y lo mismo sucedió con el CP1932 artículo 259, II.

*ren puesto manos en las personas que acudieren en auxilio de la Autoridad...”) <sup>109</sup>. Desde luego el planteamiento del CP1870 (y, tal y como se ha hecho anotar, los de 1928 y 1932), como se acaba de indicar, no está privado de razonabilidad, pues ¿acaso no están los particulares en situación de mayor debilidad que los funcionarios cuando acuden a auxiliar a la autoridad, sus agentes o los funcionarios? ¿No es cierto que los particulares, al realizar la intervención de que se trate, exceden con mucho sus “obligaciones generales”? Es decir, se trataría no de poner el acento en los auxiliados ni en la relevancia de las funciones de éstos, sino, cambiando de perspectiva, en el auxiliador, lo que consideramos más adecuado.*

En cualquier caso, ya sea aceptando la posición de CUERDA ARNAU y OLLOQUIEGUI SUCUNZA o la que desde aquí se patrocina, es razonable afirmar que la construcción de la pena que ha efectuado el Legislador es, justamente, la menos afortunada.

c) Bomberos o miembros del personal sanitario o equipos de socorro que estuvieran interviniendo con ocasión de un siniestro, calamidad pública o situación de emergencia, con la finalidad de impedirles el ejercicio de sus funciones <sup>110</sup>.

El análisis de estos sujetos resulta más compleja por lo siguiente: 1º) Porque al estar delimitados los sujetos no sólo por el hecho de ser o no bomberos sin exigir la condición de funcionarios, etc., sino también por estar desarrollando una determinada actividad, resultará que sujetos pasivos lo serán no sólo, y a diferencia de lo que sucede en el artículo 550 CP, los funcionarios sino cualquier profesional de los señalados en el tipo que esté realizando las funciones mencionadas en la figura delictiva. 2º) Si un bombero, funcionario público (y con las limitaciones derivadas de la descripción de la conducta en el precepto) resulta intimidado mientras interviene con ocasión de un siniestro, etc., quedará cubierto por el tipo del artículo 554.3 CP; sin embargo, si el acometimiento se produce fuera de ese marco pero con ocasión de su pasada intervención en él, se integrará la conducta en el artículo 550.1, II CP, mas si el acometido es, en las mismas últimas circunstancias mencionadas, un bombero no funcionario, no quedará tutelado por norma penal especial

<sup>109</sup> En este sentido no le asiste la razón, a nuestro entender, a CUERDA ARNAU cuando afirma, reclamando una pena menor a los particulares que a los funcionarios, que “Nuestra tradición legislativa apoya el que se extienda la protección a los particulares que acuden en auxilio de la autoridad, agentes o funcionarios, pero no que se castiguen los atentados contra ellos con la misma pena” (“La reforma del delito de atentado”, en CUERDA ARNAU, ML y GARCÍA AMADO, JA *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, Valencia, 2016, pág. 156.

<sup>110</sup> No debe olvidarse que en este caso no se trata, de la misma forma que sucede en el anterior y al contrario de lo que ocurre con el contenido del artículo 554.1, de una mera revisión a las penas del artículo 550 CP, sino que la misma conducta se separa de la prevista en este último artículo citado. En efecto, en este precepto [artículo 554.3 a) CP] el comportamiento sancionado consiste en acometer, emplear violencia o intimidar gravemente (en el artículo 554.2 no se exige gravedad en la intimidación), mientras que en los atentados del artículo 550 la conducta es la que realizaren “*los que agredieren o, con intimidación grave o violencia, opusieren resistencia grave a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, o los acometieren*”.

alguna (debiendo derivarse la calificación, en su caso, a lo previsto en el artículo 147 y ss. CP).

c). 1. Los servicios de extinción de incendios (e intervención en otro tipo de siniestros, catástrofes o calamidades públicas) pueden ser prestados tanto por las Administraciones Públicas con su propio personal (empleados públicos), como por empresas privadas a las que se haya encomendado la gestión del servicio público de extinción (la corriente privatizadora llegó también –tal y como se indicó más atrás– a este esencial servicio, especialmente, pero no sólo, en el ámbito forestal), por voluntarios que han llegado a constituir servicios de bomberos con tal carácter<sup>111</sup> (no obstante, en el caso de “bomberos espontáneos” que hubieran acudido a prestar auxilio a funcionarios-bomberos que estuviesen desempeñando las funciones propias del cargo y fueren agredidos, se aplicará el artículo 554.2 CP<sup>112</sup>) o bomberos de empresa<sup>113</sup>. Pues bien, a diferencia de lo que sucede en otros países, en España no existe una regulación general de los servicios de extinción de incendios al no tratarse ésta de una competencia estatal<sup>114</sup>, hallándose su reglamentación en

<sup>111</sup> Es especialmente reconocido –por ser, además, el primero– el denominado en su fundación “Cuerpo de Bomberos Voluntarios de Santander”, creado tras la tragedia ocasionada por la explosión del vapor “Cabo Machichaco” (que trasladaba, en navegación de cabotaje, explosivos para actividades mineras), el 3 de noviembre de 1883, que causó cerca de seiscientos muertos y un número elevadísimo de heridos, amén de cuantiosísimos daños materiales en las edificaciones cercanas al puerto de amarre y que hizo desaparecer el centro histórico de Santander. Son numerosas las normas autonómicas que contienen regulación de los bomberos voluntarios, pero valga por todas la cita del artículo 10 de la Ley 1/2007, de 1 de marzo, de Protección Civil y Gestión de Emergencias de Cantabria.

<sup>112</sup> No debe olvidarse, en todo caso, que diferente normativa tanto estatal como autonómica e incluso municipal establece para los simples ciudadanos la obligación, en determinados casos, de auxiliar a los miembros de los servicios de extinción de incendios en la realización de sus labores (en este sentido, véase el artículo 10 de la Ley 1/2013, de 7 de marzo, de Regulación y Coordinación de los Servicios de Prevención, Extinción de Incendios y Salvamento de Aragón, o 3 de la Ley 5/1994, de 4 de mayo, de regulación de los servicios de prevención y extinción de incendios y de salvamentos de Cataluña). Desde luego que el cumplimiento de esta obligación no convierte a los particulares en “bomberos”, pero explica convincentemente la previsión normativa a la que se refiere el artículo 554.2 CP.

El problema se puede plantear cuando “bomberos espontáneos” acuden en ayuda no de “bomberos funcionarios” sino de bomberos voluntarios, privados o de empresa, y aquellos son agredidos. En esos casos no es de aplicación el artículo 554.2 CP, por no pertenecer ninguno de los integrantes de estas categorías de bomberos a la función pública, con lo que se produce un evidente sinsentido.

<sup>113</sup> Con diferentes denominaciones dependiendo de las autonomías, véase, por ejemplo, el artículo 48 de la Ley 2/2002, de 11 de noviembre, de Gestión de Emergencias en Andalucía, en donde se les denomina “agentes de emergencia de empresa” (sin embargo, en el Decreto 158/2014, de 6 de octubre, del Gobierno de Aragón, por el que se regula la organización y funcionamiento de los Servicios de Prevención, Extinción de Incendios y Salvamento de la Comunidad Autónoma de Aragón, se les denomina “bomberos de empresa”, y se les define –artículo 4– como “... aquellos empleados ligados laboralmente a las empresas del ámbito industrial y, en general, aquellos que tengan como finalidad prestar un servicio de prevención y extinción de incendios en el marco de un plan de prevención o autoprotección”).

<sup>114</sup> Dicho lo anterior, el ejercicio de competencias estatales en la regulación de otros sectores de actividad puede provocar el dictado de normas estatales que afecten a la materia; véanse, a título únicamente de ejemplo, las siguientes: Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación; Ley 21/1992, de 6 de julio, de Industria; Real Decreto 2267/2004, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de seguridad contra incendios en los establecimientos industriales; Real Decreto 1942/1993, de 5 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de las instalaciones de protección contra incendios; Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Código técnico de la edificación, y un interminable etc.

normas autonómicas<sup>115</sup> o, sobre todo, municipales<sup>116</sup>. Ello, desde luego, no impide la delimitación conceptual de quién sea bombero, pues tendrán este carácter aquellas personas cuya función, y más allá de la naturaleza de su vinculación con el empleador y de quién sea éste, consista en atender, por lo que importa a la norma penal, siniestros, calamidades colectivas o situaciones de emergencia que requieran su especializado trabajo<sup>117</sup>. Es decir, que la definición se verá acotada por la función y no por la calidad funcional tal y como sucede en otros supuestos en los delitos de atentado.

c).2. “Personal sanitario”. Resulta habitual partir para definir esta expresión, del concepto que proporcionara, ya hace más de una década, la Organización Mundial de la Salud: “la expresión ‘trabajador sanitario’ se aplica a toda persona que lleva a cabo tareas que tienen por principal finalidad promover la salud”<sup>118</sup>. Pues bien, a efectos puramente formales la legislación española ha venido diferenciando tradicionalmente entre “personal no sanitario” al servicio de las instituciones sanitarias<sup>119</sup>, que estaría compuesto por sujetos cuya labor no inciden directamente, aunque sí indirectamente, en la salud, y personal sanitario que, a su vez, se diferenciaba en personal médico<sup>120</sup> y de enfermería y auxiliares de clínica<sup>121</sup>. La Ley 55/2003, de 16 de diciembre, diferenció, más sencillamente, entre “personal estatutario sanitario” y “personal estatutario de gestión y servicios” (artículos 6 y 7 de la citada Ley). Pero más allá de estas clasificaciones administrativas que se concibieron a otros efectos, se han de tener en cuenta dos consideraciones: 1º) Que la actividad médica se ha ido, en los últimos tiempos, tecnificando, y hoy inciden directamente en la salud profesionales que eran considerados “no sanitarios” hasta hace escaso tiempo, al punto de que poco a poco los ingenieros y otro personal técnico similar van a ir poblando cada vez más los quirófanos; 2º) Que la decisión

<sup>115</sup> Verbigracia, Ley 5/1994, de 4 de mayo, de regulación de los servicios de prevención y extinción de incendios y de salvamentos de Cataluña, y Ley 3/2010, de 18 de febrero, de prevención y seguridad en materia de incendios en establecimientos, actividades, infraestructuras y edificios, de Cataluña.

<sup>116</sup> Véase en este último sentido, y por todos, el Reglamento del Cuerpo de Bomberos del Ayuntamiento de Madrid, de 27 de julio de 1984, en la medida en que se trata de un servicio municipal obligatorio para determinados municipios en razón de su población ex artículo 26 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local.

<sup>117</sup> Desde un punto de vista puramente lingüístico la Real Academia define al bombero como “Persona que tiene por oficio extinguir incendios y prestar ayuda en otros siniestros”. Con carácter general, sobre el fuego como problema jurídico puede verse TOLIVAR ALAS, L *Los poderes públicos y el fuego*, Valencia, 2015, *passim*.

<sup>118</sup> Colaboremos por la salud. Informe sobre la salud en el mundo. Organización Mundial de la Salud. 2006, [http://www.who.int/whr/2006/whr06\\_es.pdf?ua=1](http://www.who.int/whr/2006/whr06_es.pdf?ua=1)

<sup>119</sup> Véase Orden de 5 de julio de 1971, del Ministerio de Trabajo, por la que se aprueba el Estatuto de Personal no Sanitario al Servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social (norma derogada por la Disposición Derogatoria Única de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud).

<sup>120</sup> Decreto 3160/1996, de 23 de diciembre, del Ministerio de Trabajo, por el que se aprueba el “Estatuto Jurídico del Personal Médico de la Seguridad Social” (norma derogada por la Disposición Derogatoria Única de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud).

<sup>121</sup> Orden de 26 de abril de 1973 por la que se aprueba el Estatuto del personal Auxiliar sanitario titulado y Auxiliar de clínica de la Seguridad Social (norma derogada por la Disposición Derogatoria Única de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud).

sobre lo que sea “personal sanitario” a efectos del tipo hay que tomarla teniendo en cuenta otros criterios hermenéuticos, como el contextual o el teleológico (aunque siempre con la mordaza de la letra de la ley, que no debe ser sobrepasada).

Pues bien, en atención a lo anterior por “personal sanitario” debe entenderse todos aquellos sujetos encargados de “llevar ayuda sanitaria” en las situaciones a las que se refiere el tipo: siniestro, calamidad pública o situaciones de emergencia. En este sentido, “personal sanitario” no será únicamente el facultativo sanitario (o, también, personal de enfermería o auxiliares de clínica), sino también todos aquellos integrados en un equipo sanitario encargado de hacer llegar el auxilio necesario a los lugares donde se precise; es decir: lo sería también el conductor de la ambulancia o el del helicóptero que tiene la encomienda de hacer llegar personal o equipamiento al lugar de la emergencia. De otra forma entendido resultaría que los que realizaran una labor absolutamente impeditiva –a través de la fórmula típica en relación al auxilio (obstaculizando, por ejemplo, que el conductor de un vehículo sanitario transporte a donde resulte preciso bolsas de sangre absolutamente necesarias para el salvamento de vidas humanas) no fueran castigados a tenor de este precepto (con independencia de que realizaran otros tipos penales), y el que llevara a cabo una obstaculización menor (acometimiento a uno de los miembros del equipo que esté “actuando sobre el terreno” pero que no constituya un obstáculo insalvable para que por este mismo u otros miembros del equipo sanitario se preste el auxilio necesario) sí resultara penado. Esa conclusión, teniendo en cuenta el bien jurídico protegido, que incluye particularmente la prestación de ayuda por los sujetos pasivos reclamados en el tipo, no sería admisible.

Ciertamente cabe una interpretación alternativa que nos llevaría a los mismos resultados: se trataría de imponer un concepto estricto, restrictivo, de personal sanitario (adhiriéndonos a uno según el cual personal sanitario sólo es aquél que lleva a cabo tareas que inciden directamente en la salud), y acoger a todas aquellas personas que indirectamente inciden sobre la salud (los conductores de vehículos sanitarios, por ejemplo) en el de “equipos de socorro”. No obstante, considero preferible la interpretación que hemos proporcionado anteriormente, y ello porque en la expresión “equipos de socorro” no sólo se integran los que realizan actividades tendentes a proteger la salud, sino también los que llevan a cabo acciones dirigidas a la protección de otros bienes jurídicos como puede ser el patrimonio.

Tampoco en este caso, al igual que sucedía con los bomberos, existe limitación de los sujetos pasivos a los que sean funcionarios públicos, y por idénticos motivos que en aquél caso.

c).3. “Equipo de socorro”. Por “socorrer” se entiende “ayudar, favorecer en un peligro o necesidad” (RAE), “ayudar a o auxiliar a alguien que se encuentra en un peligro o necesidad apremiante” (MARIA MOLINER), y, obviamente, “equipo de socorro” significa “grupo de personas que ayudan en situaciones de peligro o

necesidad”. La referencia no es a personas que individualmente estén ayudando, auxiliando, sino que la expresión utilizada en el tipo llama a lo estructural, a lo conformado grupalmente, lo que significa que el individuo aislado que presta socorro ante alguno de los acaecimientos a los que más abajo haremos referencia, no se constituye en sujeto pasivo idóneo de este tipo delictivo, con las mismas consecuencias que apuntamos más atrás referidas al “bombero individual”.

Lo relevante en este caso es que ese “socorrer”, y como ya apuntamos más arriba, no sólo se dirige al auxilio a la salud de las personas sino también a cualquiera otra prestación, patrimonial o de otro tipo (es equipo de socorro el que auxilia a una persona que está viendo inundada su casa por una calamidad pública –inundación, por ejemplo); y como en el caso de los bomberos o personal sanitario, sujetos pasivos pueden ser tanto los que revisten la condición de funcionario como los que no, y también en este supuesto hay que anotar que equipos de socorro se pueden conformar tanto desde el ámbito público (la Unidad Militar de Emergencia es, actualmente, el más caracterizado y respetado en nuestro país) como del privado, tal cual es la empresa (es habitual que en determinado tipo de industria existan equipos de socorro específicos, y así se contempla, incluso, en convenios colectivos<sup>122</sup>), o también eventuales “equipos de socorro” (es decir, agrupación de personas que tienen una finalidad) conformados voluntariamente. Pues bien, sólo podrán ser sujetos pasivos del delito las personas que formen parte de esas características agrupaciones.

c).4. Se exige en el tipo que los dichos sujetos pasivos estuvieran interviniendo en un “siniestro, calamidad pública o situación de emergencia”. La referencia a “siniestro o calamidad colectiva” es la habitual en las reglamentaciones de bomberos cuando se refieren a los casos en los que está justificada la actuación de estos últimos; así, por ejemplo, en el artículo 1º.4 del Reglamento del Cuerpo de Bomberos del Ayuntamiento de Madrid de 27 de julio de 1984. Sin embargo, no es habitual una definición de lo que pueda entenderse por “siniestro o calamidad pública”, y tampoco por “situación de emergencia”, que es el tercero contemplado en el tipo del artículo 554.3 a) CP.

En todo caso, debe adelantarse la justificación de esta tipología que responde a la mayor debilidad que, en las circunstancias a las que se refiere la figura delictiva, presentan los sujetos pasivos del delito frente a acciones externas de agresión, ello unido a la sensación de inseguridad colectiva que se desata en situaciones de calamidad pública<sup>123</sup>, emergencia o siniestro. Ciertamente, y dejando de momento a un

<sup>122</sup> Por todos, sirva el de la empresa Alstom Transporte, SA. Unidad TLS, correspondiente al período 2013-2017, artículos 60 y ss.

<sup>123</sup> Hay muchos relatos de semejantes situaciones, valga por todos el siguiente en el que se refleja correctamente la aludida situación de inseguridad colectiva: FERNÁNDEZ BASURTE, F “Reacciones piadosas colectivas ante las calamidades públicas en la Málaga del siglo XVII. La epidemia de 1649 y el terremoto de 1680”, en León-Carlos ÁLVAREZ SANTALÓ y Carmen Mª CREMADES GRINÁN (editores) *Mentalidad e ideología en el Antiguo Régimen. II Reunión científica. Asociación española de Historia moderna. 1992*, vol. II, Murcia, s/f, págs. 211 y ss.

lado las diferencias en la conducta típica entre el delito de atentado del artículo 550 CP y este del artículo 554.3 a) CP, debe decirse que del mismo modo que en el viejo, y ahora derogado, artículo 432 CP la realización de la conducta en situación de calamidad pública habría debido de llevar a la agravación de la pena, y la misma consideración debe hacerse en relación a los siniestros o a las situaciones de emergencia.

Debe significarse, además, que para ser sujeto pasivo de este delito el sujeto debe estar “interviniendo” en las situaciones (siniestro, calamidad o emergencia) a las que nos estamos refiriendo. La exigencia típica nos plantea el problema de qué sucede si el sujeto no está aún interviniendo materialmente (no está auxiliando, por ejemplo, en el caso concreto) sino que simplemente se “dirige” a intervenir (el supuesto de interceptación de un vehículo de socorro antes de llegar al lugar donde se le reclama). Pues bien, se entiende que intervenir constituye una acción que no sólo abarca el hecho material de estar actuando sobre personas o cosas, sino que “intervenir” también implica dirigirse hacia el punto “de conflicto”, tanto es así que, incluso, la mera distribución de efectivos hacia una zona o un punto determina que los efectivos sobrantes sean desviados hacia otro lugar.

Por lo que se refiere a la expresión “siniestro”, la RAE lo define, en la acepción que nos interesa, como “suceso que produce un daño o una pérdida material considerables”. Se trata de una acepción muy influida por su utilización en el ámbito de los seguros, que lo refieren a esa producción de acaecimientos (sucesos, pues) que se concretan en la producción de daños o pérdidas (en su caso garantizados en las pólizas)<sup>124</sup>. En todo caso, y si nos atenemos a su etimología (siniestro viene del latín *sinister*, que significa izquierda, siniestra), y tomando a su contrario, “diestra”, como lo pertinente, lo correcto, resultará que “siniestro” identifica lo negativo, lo in-correcto; y ese es el significado de “siniestro”, el acaecimiento negativo, perjudicial, dañino, en referencia a cualquiera cosa. Sin embargo, está claro que en el caso del Diccionario de la RAE los daños o pérdidas están limitados en cuanto a su objeto, pues tienen un carácter claramente material que podríamos identificar con lo patrimonial; mas en el mundo de los seguros, por el contrario, el siniestro tendrá una naturaleza material, personal o de otro carácter dependiendo del riesgo que se haya asegurado, que puede ser de cualquier índole sin mas limitaciones que las contempladas en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro.

En el artículo 554.3 a) CP no existe ningún término incorporado a la conducta típica que nos lleve a considerar que el siniestro deba referirse a un campo particular, de lo que se deduce que podrá referirse a cualquiera contingencia con la única limitación de lo que pueda deducirse de los significantes “calamidad pública” o “situación de emergencia”.

<sup>124</sup> “Que dan lugar a la reclamación” (STS, Sala 1<sup>a</sup>, 4 de junio de 2008), que es lo propio de la rama del seguro.

c).5. Por lo que importa a la dicción “calamidad pública”, se trata de un concepto ya empleado en otras ocasiones en el CP, en concreto, y dejando al margen referentes más remotos, en el viejo delito de malversación del artículo 432.2 CP con anterioridad a la reforma de 2015, en el que se disponía una agravación si lo malversado estuviera destinado a aliviar alguna calamidad pública. Se trata de un término de difícil definición pero que se ha intentado conceptualizar en algún texto normativo, así en la Exposición de Motivos de la, ya derogada, Ley 2/1985, de 21 de enero, de Protección Civil, se hablaba de “calamidad pública o catástrofe extraordinaria<sup>125</sup>, en la que la seguridad y la vida de las personas pueden peligrar y sucumbir masivamente”. La Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, nos permite acercarnos más al concepto al analizar su artículo 4: “*Catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud*”. En este mismo sentido el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo, se refiere a “*calamidad pública de enorme magnitud por el muy elevado número de ciudadanos afectados, la entidad de los derechos conculcados y la gravedad de los perjuicios causados*”. Por otro lado, el Diccionario de la RAE se refiere a: “desgracia o infortunio que alcanza a muchas personas”<sup>126</sup>. Pues bien, pareciera que elemento común a todas estas caracterizaciones es la idea de múltiples afectados y gran magnitud del hecho en sí mismo considerado; de ahí, precisamente, las alusiones a terremotos, incendios o inundaciones. Pero, además, la misma ejemplificación a la que se acude en la LO 1/1981 (terremotos, inundaciones, etc.) pone de relieve no sólo la excepcionalidad de los hechos, sino también lo sorpresivo (o inhabitual o infrecuente) de los mismos, por ello esta nota debe incorporarse, también, a la posible definición. Finalmente, la dicción del tipo (la exigencia de que la calamidad sea “pública”) determina que resulte afectado un numeroso grupo de personas.

De todo lo anterior puede deducirse que “calamidad pública” es aquél acaecimiento imprevisto originado por cualquier causa que tiene virtualidad para alterar gravemente las condiciones de vida, sociales, económicas o medioambientales, con posible afectación a un elevado número de personas.

<sup>125</sup> Este entendimiento como sinónimos de los términos “calamidad pública” y “catástrofe” es común en otros textos normativos. Véanse en este sentido, los artículos: 1.2 del Decreto 130/2012, de 31 de mayo, por el que se establecen los precios públicos por los servicios de rescate prestados por la Consellería do Medio Rural e do Mar, de Galicia; 27 f) de la Ley del Parlamento Vasco 4/1992, de 17 de julio, de policía del País Vasco; 11.1 i), 38.3 b) y 53.1 f) de la Ley 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, etc. En el caso de la Ley 1/2007, de 1 de marzo, de Protección Civil y Gestión de Emergencias de Cantabria, los dichos términos se utilizan en algún caso con contenido distinto [artículos 1.2 y 2ª)], en otros como sinónimos [artículo 2 b) y 3 c)], en otros terceros el de calamidad pública como sinónimo pero de “grave riesgo” (artículo 1.2)..., en fin, que la precisión conceptual no parece uno de los objetivos de los redactores de esta Ley.

<sup>126</sup> A “infortunio y desdicha grande” se refiere la obra de Sebastián COVARRUBIAS *Tesoro de la lengua castellana o española*, edición de Martín de Riquer, Barcelona, 2003.

c).6. Por “emergencia” se entiende, según el Diccionario de la RAE, “suceso, accidente que sobreviene” y “situación de peligro o desastre que requiere una acción inmediata”; para MARÍA MOLINER se trata de un “accidente o caso imprevisto”<sup>127</sup>. Dos notas se extraen, pues, de lo anterior: lo imprevisto (accidente) y la necesidad de acción rápida para neutralizar o aminorar la situación<sup>128</sup>.

En realidad, las diferencias entre “siniestro”, “calamidad pública” y “emergencia” son muy lábiles, de modo que estas voces podrían englobarse en un solo término, pero al esfuerzo del Legislador hay que responder también con uno similar de conceptualización. Así podemos decir que mientras “siniestro” y “emergencia” se refieren más a ocurrencias concretas, individuales o afectantes a un número limitado de personas (o bienes), “calamidad pública” obedece más a la antigua terminología de “grandes estragos”, con afectación a una multitud de personas y que puede gravitar sobre la vida, la situación económica, social, etc.; por otra parte “emergencia” abarca no sólo hechos sucedidos sino, y a diferencia del “siniestro”, situaciones de peligro para personas o bienes; además los siniestros y las situaciones de emergencia pareciera que poseen un ámbito de afectación menor que la “calamidad”.

## 8. El hallarse en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas

Esta exigencia aparece por primera vez en la modificación introducida en el CP1848 por el RD de 7 de junio de 1850, aunque con algunas diferencias respecto al texto del vigente artículo 550.1, I CP. En efecto, el artículo 189.1 incorporado al CP1848 decía:

*“...cuando aquélla o estos ejercieren las funciones de su cargo, y también cuando no las ejercieren, siempre que sean conocidos o se anuncien como tales...”*

Cuando RODRÍGUEZ DEVESA comenta la fórmula empleada en el CP1973, en todo idéntica a la actual (hallarse “...en el ejercicio de las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas”), decía: “[N]o imprimiendo carácter la condición de

<sup>127</sup> Otra cosa son los “códigos de emergencia” de los cuales, históricamente, los más conocidos son CQD (Come Quickly, Distress), posteriormente sustituido por el SOS (siglas que no tienen un significado concreto) y MAYDAY (que proviene de la expresión francesa m’aidez).

<sup>128</sup> Esta definición se compadece perfectamente con la recogida en los planes de, precisamente, emergencia preparados en las comunidades autónomas; valga por todas la proporcionada por el Servicio Vasco de Salud [https://www.osakidetza.euskadi.eus/contenidos/informacion/hd\\_publicaciones/es\\_hdon/adjuntos/GuiaSL05c.pdf](https://www.osakidetza.euskadi.eus/contenidos/informacion/hd_publicaciones/es_hdon/adjuntos/GuiaSL05c.pdf): “Emergencia es una situación imprevista que por la posibilidad de producir daños a personas, instalaciones y/o procesos, requiere una acción inmediata y urgente para prevenir, paliar o neutralizar las consecuencias que se pudieran ocasionar”.

Particularmente interesante es la definición de “emergencia” que se contiene en el artículo 2 de la Ley 30/2002, de 17 de diciembre, de protección civil y atención de emergencias de Aragón: “suceso o accidente que sobreviene de modo imprevisto, afectando a la integridad física de las personas o a los bienes, de modo colectivo o individual, y que, en ocasiones, llega a constituir una catástrofe o una calamidad” (la conexión o proximidad semántica de este concepto con los de “catástrofe” o “calamidad” resulta especialmente interesante).

funcionario es obvio que no es tal cuando no se halla en el ejercicio de sus funciones”<sup>129</sup>. Este criterio interpretativo, sobre el que volveremos más adelante, no era aplicable a la reforma de 1850, pues es obvio que en ese momento se entendía que el ser funcionario imprimía carácter, pues no de otra manera se podría entender que el delito de atentado se cometiera por el mero hecho de realizar la conducta típica sobre persona cuya condición de funcionario fuera conocida; por ello más atrás suscribíamos la idea de que el principio de autoridad era objeto de protección típica en aquél Código.

Sin embargo, y a partir del CP1870, la observación del último autor citado cobra toda su actualidad, ya que en este último Código la referencia es, exclusivamente, a “...cuando se hallaren ejerciendo las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas”, y así ha llegado al vigente artículo 550 CP. Pues bien, por hallarse “en el ejercicio de las funciones” debe entenderse, como hizo prontamente la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en la interpretación del CP1870, estar tomando acuerdos o realizando actos comprendidos en el orden de atribuciones que a cada autoridad o agente les corresponda (SSTS 6 de noviembre de 1888, 2 de abril de 1890, 10 de diciembre de 1896, 13 y 15 de noviembre de 1900, 25 de febrero de 1903, y un largo etcétera).

En realidad, la verdadera clave de este inciso está en la interpretación de lo que deba entenderse por “o con ocasión de ellas”. Pues bien, para la STS 338/2017, de 11 de mayo, esa expresión significa: “que el hecho haya sido motivado por una actuación anterior en el ejercicio de tales funciones”<sup>130</sup>; y en el mismo sentido abundan las siguientes resoluciones del Alto Tribunal: SSTS 199/2015, de 30 de marzo; 580/2014, de 21 de julio; 328/2014, de 28 de abril, y 1010/2009, de 27 de octubre, entre otras muchas<sup>131</sup>.

RODRIGUEZ DEVESA apunta que “La razón de que se prolongue la tutela penal más allá de la esfera de la función estriba en que de lo contrario sería prácticamente inútil, porque bastaría esperar a que el funcionario concluyera para poder satisfacer el resentimiento. Por eso es indiferente que haya cesado definitivamente en el cargo o continúe en él: fuera del ejercicio de sus funciones no es funcionario

<sup>129</sup> *Derecho Penal Español. Parte Especial*, ob. cit. pág. 742. En este sentido ya había dicho, casi un siglo antes, GARCÍA ROMERO DE TEJADA [“Del delito de atentado (novísima jurisprudencia)”], en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 84, 1894, pág. 133] que el tipo exige que la acción se realice en el ejercicio del cargo para evitar un injusto privilegio.

<sup>130</sup> O “en consideración a las mismas”, apunta la STS 57/2010, de 2 de febrero.

<sup>131</sup> En alguna resolución, es el caso de la STS 153/2012, de 2 de marzo, sin embargo, esa expresión se entiende como que “es el correcto ejercicio de sus funciones y de lo que representan lo que preocupa al legislador al tipificar esta conductas”. Pues bien, entendemos que en esta ocasión la interpretación de la Sala 2ª no es la más acertada, y que en realidad está mezclando erróneamente distintas perspectivas; en efecto, una cosa es que el Legislador conceda la protección únicamente a cuando el sujeto esté ejerciendo las funciones del cargo, y otra muy diferente que esa tutela sólo actúe cuando el funcionario se mantenga en la corrección del ejercicio de las funciones (cuestión sobre la que volveremos más abajo). Por lo que se refiere a la alusión de que la protección se extienda a “lo que representa” el funcionario, baste con indicar que eso era así, tal y como hemos señalado, en el CP1848 tras la reforma de 1850, pero que desde el CP1870 tal interpretación no es acogible.

más que cuando el móvil arranca de ellas”<sup>132</sup>. Esta idea ha sido acogida por el Tribunal Supremo en su Sentencia 57/2010, de 2 de febrero, que asumiendo la doctrina plasmada en la resolución del Alto Tribunal de 31 de enero de 1990, afirma: “también alcanza el término ‘con ocasión de ellas’ a la protección *post officium*, siempre que las acciones que lesionan el bien jurídicamente protegido se hayan producido *in contemplatione officii*, o sea, por venganza o resentimiento de los actos realizados en cumplimiento de la función, aun cuando hubiese cesado en el desempeño de la misma”<sup>133</sup>.

Mas para que la protección abarque al funcionario resulta razonable exigir que la actuación de éste sea “legítima”<sup>134</sup>, lo que se desprende directamente del redactado del tipo, al requerirse que el sujeto actúe “*en el ejercicio de las funciones*”<sup>135</sup>, y es que únicamente actúa en ese “ejercicio” quien observa el título habilitante para la realización de la actividad<sup>136</sup>. En este sentido debe tenerse en cuenta que los poderes públicos han de actuar siempre bajo la cobertura del principio de legalidad (artículos 9.3 y 103 CE), con una norma habilitante, puesto que todas las actuaciones administrativas tienen que ser ejercicio de una potestad normativamente establecida<sup>137</sup>.

La cláusula aludida integra un elemento del tipo, debiendo indicarse que una posición distinta nos llevaría a la teoría de los tipos abiertos que ha sido rechazada

<sup>132</sup> *Derecho Penal Español. Parte Especial*, ob. cit., pág. 742. Algún comentarista de este artículo, al tiempo de su introducción en el Código, justificaba la redacción diciendo que con la expresión “o con ocasión de ellas” se querían cubrir los casos en los que aún continuando el sujeto siendo autoridad, no la estuviera ejerciendo en el momento en el que se produjo el atentado contra su persona (HIERRO, L. “De los delitos de atentado y desacato a la autoridad”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 50, 1877, pág. 237).

<sup>133</sup> Se trata ésta de una doctrina ya asentada en el Alto Tribunal, lo que se refleja en la STS de 5 de junio de 1981, en la que se asevera: “[Y]a que nuestro Derecho, hipervalorando la protección penal de la función, admite el atentado ‘*post officium vel in contemplatione officii*’ para extenderla a aquellos supuestos en que las agresiones, producto de la venganza o del resentimiento que surge de la actuación legítima de un agente de la autoridad, se producen cuando éste ha cesado en el servicio (Sentencia de 5 de febrero de 1981)”.

<sup>134</sup> Que no se “extralimiten en sus funciones”, exige no poca Jurisprudencia (por todas SSAP, Madrid, Sección 2<sup>a</sup>, 802/2015, de 29 de septiembre, y 15<sup>a</sup>, 707/2014, de 22 de septiembre, asimismo Córdoba, Sección 2<sup>a</sup>, 107/2008, de 7 de mayo), pero es esta una invocación con poco contenido pues la cuestión es determinar cuándo puede considerarse que se “extralimitan” en sus funciones, lo que no siempre es sencillo, por ejemplo en los casos de los funcionarios de hecho.

<sup>135</sup> Algún precepto del Código Penal utiliza otra fórmula para referirse al mismo hecho, es el caso del artículo 544 (sedición) que usa la fórmula: “...el legítimo ejercicio de sus funciones...”. Pues bien, a nuestro modo de ver la apelación a lo “legítimo” no añade nada, en casos como estos, a la exigencia de que el sujeto se hallara en el ejercicio de las funciones, pues o ese ejercicio es “legítimo” o, sencillamente, no existe el dicho “ejercicio de las funciones”.

<sup>136</sup> Al cual pertenece el que el sujeto hubiera realizado, si así se exigiere legalmente, la toma de posesión, promesa, etc., lo que se afirma por la Jurisprudencia ya desde muy antiguo (SSTS de 6 de noviembre de 1888 y 2 de abril de 1890). Hasta el punto de que si comenzara a ejercer las funciones correspondientes al cargo sin cumplir los requerimientos acabados de aludir, no sólo el acto que estuviera realizando el sujeto sería “inexistente” desde el punto de vista administrativo (y no estaría cubierto el sujeto por el delito de atentado), sino que, a su vez, podría estar realizando un ilícito.

<sup>137</sup> En este precepto y a diferencia de lo que sucede en otros supuestos del CP1995, la ley penal no establece criterios para determinar cuándo se está, o cuándo no, en el ejercicio de las funciones.

mayoritariamente por la doctrina<sup>138</sup>. En efecto, en España, y salvo contadas excepciones, se parte de la afirmación de que al tipo han de corresponder todos los elementos que fundamentan positivamente la antijuridicidad, de otra forma entendido se quebrarían las funciones garantizadoras del tipo penal. Ésta, creemos, es la posición dogmática correcta y, por lo tanto, la que también se mantiene en estas páginas.

Siguiendo esta dirección sería sencillo descartar, por atípicas, las actuaciones llevadas a cabo en supuestos reconducibles a la nulidad de pleno derecho en el sentido del artículo 47<sup>139</sup> de la Ley de Procedimiento Común de las Administraciones Públicas<sup>140</sup>, puesto que se trata de casos de imposible sanación y por ello la acción de nulidad puede ser ejercida sin límite de plazo<sup>141 142</sup>. El problema se planteará respecto a los actos anulables y otros que sin constituir ni lo uno ni lo otro supongan abuso de la función (por ejemplo, un comportamiento irrespetuoso), es

<sup>138</sup> Por todos, véase ÁLVAREZ GARCÍA, FJ Introducción a la teoría jurídica del delito (elaborada con base en las sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo), Valencia, 1999, págs. 82 y ss.

<sup>139</sup> Aunque se referencia exclusivamente este precepto, debe tenerse en cuenta que otras normas tanto estatales como autonómicas pueden incorporar supuestos de nulidad de pleno derecho.

<sup>140</sup> “1. Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

- a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.
- b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.
- c) Los que tengan un contenido imposible.
- d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta.
- e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.
- f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.
- g) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición con rango de Ley.

2. También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”.

<sup>141</sup> Decimos que sería “sencillo” en el sentido de, abstractamente, determinar qué actuaciones de un funcionario pueden no considerarse propias del ejercicio de sus funciones, por más que no se nos escapa que la concreta determinación de si estamos o no ante supuestos de nulidad puede ser sumamente dificultosa en no pocos casos. Pero más allá de esto hay que tener en cuenta que la nulidad ex artículo 47 de la Ley de Procedimiento no significa necesariamente la inexistencia del acto administrativo; cuestión distinta sería cuando se acude a las vías de hecho actuando al margen de cualquier potestad administrativa o con grosera prescindencia de sus más elementales exigencias, es decir: actuaciones materiales de la Administración Pública sin la necesaria cobertura jurídica; pues bien, incluso en este caso, en el de las vías de hecho, el artículo 30 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa establece un régimen particular de impugnación: “En caso de vía de hecho, el interesado podrá formular requerimiento a la Administración actuante, intimando su cesación. Si dicha intimación no hubiere sido formulada o no fuere atendida dentro de los diez días siguientes a la presentación del requerimiento, podrá deducir directamente recurso contencioso-administrativo”. Sobre las vías de hecho véase, por todos, LÓPEZ-NIETO Y TRUYOLS, M “La reacción frente a las vías de hecho”, en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 9, 2005, *passim*. Cuestión distinta es la que afecta a los llamados “actos inexistentes” en los que, por sus peculiaridades, ni siquiera gravita sobre ellos la presunción de legalidad; véase a este respecto el clásico, NIETO, A “Las consultas a la Administración: una aportación jurisprudencial a los conceptos de acto administrativo y de acto inexistente”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 8, 1976, *passim*.

<sup>142</sup> Evidentemente, en el caso de que el ataque al sujeto pasivo no esté cubierto por el tipo de atentado porque aquél no se encuentre en el ejercicio de las funciones de su cargo, se tratará al funcionario como particular, aplicándose, en su caso, los tipos de lesiones, coacciones, etc.

decir las meras irregularidades<sup>143</sup>. Pues bien, estas últimas no implican que el funcionario no esté en el ejercicio de sus funciones, puesto que no pueden originar en ningún caso una resolución con efectos de invalidez de lo actuado<sup>144</sup>. El funcionario, así, estará actuando “en el ejercicio de sus funciones” en el sentido del artículo 550.1, I CP1995, y por lo tanto puede ser sujeto pasivo idóneo del delito de atentado. En el caso de los actos anulables nos encontramos ante supuestos que no padecen vicios que hagan imposible su convalidación por el simple consentimiento (falta de impugnación) del sujeto interesado<sup>145</sup>, de forma que transcurrido un determinado plazo se convierten en inatacables y habrán de ser considerados como ejercicio legítimo de la potestad de que se trate<sup>146</sup>. A este argumento, a favor de considerar que la anulabilidad no empece para declarar que se está en el ejercicio de las funciones, debería unirse –según el criterio tradicional que ha sido impugnado con razón por la doctrina administrativa moderna- el dato de que así como en el supuesto de la nulidad los efectos de la declaración producirían efectos *ex tunc*<sup>147</sup>, en el de la anulabilidad las consecuencias tendrían lugar únicamente a partir de la declaración (*ex nunc*<sup>148</sup>), por lo que las actuaciones impugnables por anulables tendrían siempre la posibilidad (dependiendo de la impugnación de las mismas) de

<sup>143</sup> La ya vetusta STS de 22 de diciembre de 1970, decía: “...pero no pierden su carácter [las autoridades] 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 o 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 este último supuesto, y sólo en él, desafueran, y entonces la fuerza o resistencia empleada contra los mismos no es legítima, pues la grave extralimitación autoritaria constituye una violencia injustificada contra el ciudadano, permitiendo a éste la reacción inmediata o sin solución de continuidad y proporcionada en su legítima defensa”.

<sup>144</sup> Si podrían, sin embargo, alimentar un error del sujeto activo sobre si el sujeto pasivo se encontraba en el ejercicio legítimo de sus funciones, que podría llegar a ser, incluso y dependiendo de la concreta situación, error invencible sobre un elemento del tipo.

Esta idea de que las meras irregularidades (simples extralimitaciones) en el ejercicio de las funciones no privan a la autoridad de la protección que le confiere el delito de atentado, viene siendo sostenida desde antiguo por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, véanse en este sentido las resoluciones de este Tribunal de 7 de noviembre de 1879 y 30 de mayo de 1945; siendo en este sentido muy gráficas las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1901 y 28 de octubre de 1903 cuando aluden a lo inane, a los efectos que estamos señalando, de que las autoridades ejercieran sus funciones “en términos descompuestos”.

<sup>145</sup> Al contrario de lo que sucede con los actos anulables, y como es conocido, en los nulos de pleno derecho la declaración de nulidad puede realizarse de oficio por ser de orden público, con lo que el consentimiento del sujeto interesado no producirá los mismos efectos que en el caso de los actos anulables.

<sup>146</sup> En cambio, los actos nulos de pleno derecho no se hacen inatacables por falta de impugnación en un determinado plazo, tal y como se extrae de lo preceptuado en el artículo 106 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

<sup>147</sup> Aunque esto no es siempre exactamente así, pues el aumento de la complejidad de la actividad administrativa no sólo hace en ocasiones difícilmente alcanzable el desiderátum de retroacción absoluta de los efectos que hubiera podido originar el acto nulo (lo que es fácilmente imaginable), sino que en otras lo hace inconveniente (véase, por ejemplo, la STS, Sala de lo Contencioso, de 14 de julio de 2015 en materia de subvenciones). A lo anterior habría que unir las consecuencias de la primacía del Derecho de la UE (en este sentido STS, Sala de lo Contencioso, 3879/2012, de 33 de mayo).

<sup>148</sup> De todas formas, y como en el caso anterior, hay que tener en cuenta que la declaración de invalidez de un acto no conlleva automáticamente siempre y en todo caso la cesación en la eficacia del mismo, por más que teóricamente ello sea así.

ser consideradas, a la postre, como (presunción de legalidad de los actos) pertenecientes al ejercicio legítimo de las funciones del empleado público<sup>149 150</sup>. En realidad esa diferenciación en los efectos de la declaración de invalidez –en la ineficacia– de los actos administrativos constituye más un tópico que otra cosa<sup>151</sup>, pues lo trascendental es que se haya expulsado o no un determinado acto del tráfico jurídico, y teniendo siempre en cuenta que el principio de autotutela de la Administración Pública y el de presunción de legalidad de los actos administrativos, van a tener como consecuencia una eficacia inmediata de los dichos actos en cuanto sean

<sup>149</sup> Entendemos que en este caso (y al contrario de lo que mantiene algún autor como JAVATO MARTÍN –*El delito de atentado...*, ob. cit., pág. 386 y ss.) no son aplicables los mismos criterios que en materia de los llamados “mandatos antijurídicos obligatorios” [que a nuestro modo de ver no existen por constituir una verdadera contradicción en los términos, véase en este sentido ÁLVAREZ GARCÍA, FJ *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*, ob. cit., págs. 237 y ss.; en este mismo sentido, aunque con una argumentación y enfoque diferente, señalaba el Diputado D. Cirilo Álvarez durante los debates habidos en 1869 en el Congreso en el trámite de aprobación de la Constitución de 1869: “La obediencia es debida o no es debida: si es debida, exime de responsabilidad, porque si no eximiera de ella sería una verdadera iniquidad: si no es debida, no exime ni en el caso previsto en el artículo constitucional, ni en otro caso cualquiera. Por lo tanto, yo considero un contraprinipio el escribir en la Constitución que la obediencia debida no exime de responsabilidad” – Diario de Sesiones. Legislatura 1869-1871. 10-05-1869. Nº 70 (de 1763 a 1808), pág. 1779]. Ello por distintos motivos, en primer término porque en materia de desobediencia de funcionarios (que es el delito donde se plantea expresamente la cuestión de los “mandatos antijurídicos obligatorios”) de lo que se trata es evitar que se integren en el tráfico jurídico administrativo actos ilícitos con esta naturaleza, y por ello se autoriza/obliga a los funcionarios a no ejecutar órdenes manifiesta, clara y terminantemente infractoras de una disposición general; sin embargo, en el caso de los delitos de atentado de lo que se trata es de oponerse a un funcionario que ya está ejecutando el presunto acto ilícito. Esa diferencia entre hacer surgir a la vida un acto administrativo y oponerse al funcionario que ya lo está ejecutando (o lo ha ejecutado), tiene que tener una relevante significación jurídica (especialmente cuando estamos ante la agresión por la pasada realización de actos en el ejercicio de la función –“o con ocasión de ellas”). En segundo lugar porque en el caso de la desobediencia se está jugando en el ámbito de las relaciones de superioridad (jerárquica o no –competencial), lo que no sucede en materia de atentado. En tercer término, porque fuera de supuestos de legítima defensa o cumplimiento de un deber (lo que deja al margen de contemplación las reacciones por lo que ya ocurrió –“o con ocasión de ellas”- lo que obliga en determinados supuestos a una construcción dogmática diferenciada), es decir: al margen de casos en los que se trata de evitar la consumación de hechos ilícitos, la agresión siempre será típica y antijurídica, sin embargo en los casos de la desobediencia a órdenes contrarias a Derecho en el sentido del artículo 410.2 CP, la conducta será atípica (algunos autores opinan, erróneamente a nuestro parecer, que la desobediencia a órdenes manifiestamente antijurídicas está cubierta por una causa de justificación, pero desde esta posición resulta imposible explicar por qué el Ordenamiento puede considerar típico el desobedecer una orden contraria al Ordenamiento mismo; es decir: por qué se admiten “cláusulas suicidas” en el Ordenamiento Jurídico por lo menos a efectos de tipicidad).

Consecuentemente con todo lo anterior, un error del sujeto sobre el ejercicio de las funciones por parte del sujeto pasivo, constituirá error sobre un elemento típico.

<sup>150</sup> De todas formas no debe olvidarse que las situaciones pueden llegar a ser muy complejas desde el punto de vista subjetivo. Es decir: puede ocurrir que el sujeto activo agrede al pasivo motivado por la realización por éste de actos que aquél cree ha realizado en el ejercicio (legítimo) de sus funciones, cuando posteriormente se declara la invalidez (que provocaría la ineficacia en los términos que correspondieran) de lo actuado; en estos supuestos, y con un juzgamiento posterior a la declaración de invalidez del acto, habrá de concluirse que no había tal ejercicio legítimo de las funciones y, por tanto, tampoco delito de atentado (con independencia de que hubiera podido llegar a haber, verbigracia, delitos de lesiones, malos tratos o coacciones). Pero podría suceder lo contrario, que el sujeto activo de la acción creyera, erróneamente, que el funcionario no estuviera actuando en el ejercicio legítimo de sus funciones sino extralimitándose, cuando sin embargo era así; en este supuesto nos hallaríamos ante un caso de error sobre un elemento típico.

<sup>151</sup> Sobre la errónea construcción de esos distintos efectos (*ex tunc* y *ex nunc*) de la declaración de invalidez de los actos administrativos, véase especialmente SANTAMARÍA PASTOR, JA *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos. Contribución a una teoría de la ineficacia en el Derecho público*, 2ª ed., Madrid, 1975, págs. 73 y ss.

dictados; la cuestión será, a continuación, ver cómo se plasma en la práctica y en cada caso esa declaración de invalidez, pues algunos de los efectos de esos actos declarados a posteriori nulos no van a poder ser, sin más, eliminados, por más que toda declaración de invalidez debería tener efectos desde el mismo momento que se haya observado un contraste entre el acto dictado y la norma<sup>152</sup>. Es decir: la diferencia entre actos nulos de pleno derecho y anulables o de nulidad relativa va a incidir más en el origen y procedimiento para la declaración de su invalidez, su sanación o no, en quién puede impugnarlos, la existencia o no de plazos para hacerlo, etc., que en la ineficacia, a posteriori, de los mismos<sup>153154</sup>, y es que el Derecho no puede dar cobertura (principio de legalidad obliga) a actos que contrarían el Ordenamiento Jurídico una vez que la declaración de invalidez haya sido pronunciada<sup>155</sup>.

Quizá la cuestión principal consiste en precisar si, a efectos penales, en los delitos de atentado hay que sujetarse, en la determinación de si el funcionario se encontraba o no en el ejercicio legítimo de sus funciones, a planteamientos administrativos o a otros propiamente penales. Es decir: si cabe en este caso remitirse a un expediente como el que está en vigor en el caso del delito de desobediencia de funcionarios. En efecto, en el artículo 410 CP se condiciona el surgimiento de la obligación de obediencia a que la orden se hubiera impartido con observancia de los requisitos de forma, competencia y no fuera manifiesta, clara y terminantemente contraria a la norma. En definitiva, la ejecutividad del acto administrativo –esa es la naturaleza de una orden– está sometida por el precepto penal a alguna condición –forma, por ejemplo– que en la teoría de las nulidades administrativas sólo podría llegar a dar lugar, en el mejor de los casos, a un vicio que determinara la anulabilidad. Sin embargo tal diferencia de tratamiento no se presenta en los delitos de atentado, pues el precepto penal ninguna caracterización incorpora a la exigencia de que el funcionario, sujeto pasivo de la acción, “se halle en el ejercicio de las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas”. En definitiva, la determinación de si el funcionario se encuentra o no en el ejercicio de las funciones del cargo habrá

<sup>152</sup> Negar la eficacia *ex tunc* de la invalidez, con independencia del vicio que dio lugar a su declaración, sería lo mismo que denegar el derecho a la justicia y volver a consagrar las inmunidades del poder [GARCÍA TREVIJANO GARNICA, JA “La invalidez jurídica en Derecho Administrativo”, en MA RECUERDA GILERA (coord.) *Problemas prácticos y actualidad del Derecho Administrativo*, Cizur Menor, 2014, pág. 19].

<sup>153</sup> Como ejemplo de la confusión –y necesaria impugnación– de los efectos tradicionalmente utilizados por la doctrina (*ex tunc* y *ex nunc*) para distinguir los actos nulos de los anulables, véase el tenor del artículo 73 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

<sup>154</sup> Las ideas de este último pasaje son tributarias de la intervención efectuada por el Dr. ALEGRE ÁVILA durante los debates habidos en el XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, cuyo hilo conductor fue, precisamente, el de la Invalidez de los actos jurídicos en Derecho Administrativo.

<sup>155</sup> De ahí que la única diferencia por lo que se refiere a la eficacia entre unos y otros actos es la que se produce entre la invalidez original y la sobrevinida, y en esta última, sólo en esta última, la ineficacia no se produce desde que el acto se dictó sino desde el momento en que sobrevino la ilicitud.

de realizarse de acuerdo, tal y como se hace en este texto, a la normativa administrativa.

Como conclusión de todo lo anterior hay que decir: una resolución de los tribunales de lo contencioso administrativo que fallara en el sentido de concluir que el concreto acto llevado a cabo por el funcionario fuera inválido, implicaría que éste no se encontraba en el ejercicio de sus funciones en el sentido del tipo cuando, en relación a ese acto, fue sujeto pasivo de agresión, acometimiento, etc.; ciertamente la consecución de esa declaración de invalidez estaría sometida a distinto régimen dependiendo de que el acto en cuestión fuera nulo o anulable. Pues bien, obviamente el orden jurisdiccional penal no está sometida al régimen administrativo en cuanto al procedimiento para la declaración de invalidez de los actos, más aún: en el análisis de los elementos del tipo tampoco corresponde a esta jurisdicción penal declarar o no, *erga omnes*, inválidos esos actos administrativos, sino que el objeto del proceso en este punto consistiría exclusivamente en resolver sobre si el funcionario en cuestión se hallaba o no en el ejercicio (legítimo) de sus funciones en un particular momento, y ello para decidir si era sujeto pasivo idóneo en el sentido del artículo 550 CP. Todo ello en el bien entendido de que para dilucidar ese aspecto material habría de someterse el Tribunal penal a las normas administrativas, excepto a los límites establecidos en el Ordenamiento administrativo respecto del plazo de impugnación del acto, prescripción, etc., y ello es así, precisamente, porque el objeto de la declaración judicial no es el mismo que en el procedimiento administrativo.

Ciertamente podría ocurrir que en el momento de producirse la agresión el funcionario estuviera excediendo el ejercicio de sus funciones, pero sin embargo el acometimiento trajera causa de un acto anterior realizado, este sí, en el ejercicio de las mismas; pues bien, en este supuesto, evidentemente, no habría problemas para afirmar la realización del tipo.

## 9. El personal de seguridad privada

9.1. Por tal debe entenderse, y de acuerdo con lo que se preceptúa en el artículo 2.8, de la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada: *“las personas físicas que, habiendo obtenido la correspondiente habilitación, desarrollan funciones de seguridad privada”*; pues bien, la misma Ley en su artículo 2.4 define “funciones de seguridad privada” las “...facultades atribuidas al personal de seguridad privada”. Para salir de este “enroque” legal, debe acudir al artículo 2.1 de la misma disposición que enuncia: Se entiende por seguridad privada: *“...el conjunto de actividades, servicios, funciones y medidas de seguridad adoptadas, de forma voluntaria u obligatoria, por personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, realizadas o prestadas por empresas de seguridad, despachos de detectives privados y personal de seguridad privada para hacer frente a actos deliberados o*

*riesgos accidentales, o para realizar averiguaciones sobre personas y bienes, con la finalidad de garantizar la seguridad de las personas, proteger su patrimonio y velar por el normal desarrollo de sus actividades*". Conclusión: personal de seguridad privada en el sentido del tipo son las personas físicas integradas en empresas de seguridad, despachos de detectives privados y personal de seguridad privada, que realizan las funciones de seguridad a las que se refiere el artículo 2.1 de la Ley 5/2014.

Pues bien, la primera cuestión a dilucidar es la de si los miembros de la seguridad pueden ser considerados, o no, "agentes de la autoridad". Tradicionalmente, y como señala ROCA AGAPITO<sup>156</sup>, la Jurisprudencia ha negado tal carácter al personal de la seguridad privada<sup>157</sup>, en una evolución que se muestra con claridad en la siguiente resolución de la Sala 2<sup>a</sup> de nuestro más Alto Tribunal:

"La jurisprudencia de esta Sala ha venido de antiguo reconociendo la condición de agentes de la autoridad a los guardas jurados (por ejemplo Sentencias de 9 de mayo de 1917, 26 de septiembre de 1969 y 18 de diciembre de 1990), lo que encontró un inicial apoyo en el art. 283.6 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (que los incluía entre los componentes de la Policía Judicial cuando estaban confirmados por la Administración<sup>158</sup>) y aún posteriormente en el art. 18 del Real Decre-

<sup>156</sup> "El concepto de...", ob. cit., pág. 85.

<sup>157</sup> El precedente histórico de los Vigilantes de Seguridad se encuentra en la RO de 8 de noviembre de 1849 (Gaceta de Madrid de 10 de noviembre), en cuyos artículos 29 y ss. se recoge la creación y disciplina de los "guardas particulares de campo no jurados" y en los 32 y ss. la de los "guardas particulares de campo jurados"; véase: <http://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1849/5581/A00001-00002.pdf>

Algunos autores se remontan en antecedentes hasta la Real Ordenanza, dictada por Fernando VI, para el aumento y conservación de montes y plantíos, de 7 de diciembre de 1748 (especialmente en su artículo 25), pero a nuestro entender no es acertada la cita histórica, pues estos "guardas de campo y monte" tenían naturaleza pública y no privada y su objeto era otro. El nacimiento de estos "guardas particulares" estuvo vinculado a la cada vez más apremiante, para los propietarios, defensa de sus fincas, respecto de los campesinos que buscaban el aprovechamiento de tierras no pocas veces incultas, y de las que en no pocos casos habían sido expulsados por la obra desamortizadora.

En todo caso hay que subrayar cómo se ha producido un cambio en el interés económico presente en la creación de esta "vigilancia particular"; en efecto, en el origen el objeto de interés radicaba en lo que había que proteger, las tierras, las casas, el patrimonio rural. Actualmente el objeto económico se ha desplazado a la existencia misma de las empresas de seguridad privada. El negocio está ahí, en la pura generación de empresas de seguridad cuya gestión se ha constituido en una importante fuente de riqueza (y de posibilidad de control del orden público por parte de las élites económicas), especialmente desde que el Gobierno ha decidido continuar con este tipo de actividad su "tarea privatizadora", lo que está suponiendo el progresivo apartamiento de las Fuerzas de Seguridad del Estado de su monopolio en la gestión de derechos fundamentales.

<sup>158</sup> En efecto, es a partir de ese momento cuando puede comenzar a cuestionarse si los guardas jurados son o no agentes de la autoridad (hay opiniones que anticipan ese reconocimiento a la RO de 9 de agosto de 1876, por la que se modifica el Reglamento de la Guardia Civil -aprobado por Real Decreto de 2 de agosto de 1852- e introduce una contemplación específica de los "guardas particulares jurados"; sin embargo, nosotros no hemos hallado en la dicha disposición ningún precepto que justifique aquella creencia). Posteriormente, y además de lo citado en un pasaje de la sentencia que en parte reproducimos, otras disposiciones reconocieron expresamente a los Vigilantes Jurados su carácter de "agentes de la autoridad": en este sentido, Decreto de 4 de mayo de 1946 (BOE 130, de 10 de mayo), por el que se establece un servicio de vigilancia en los establecimientos bancarios (artículo tercero); Decreto 2.488/1962, de 20 de Septiembre (BOE 240, de 6 de Octubre), por el que se crea el Servicio de Vigilantes Jurados de Industria y

to de 10 de marzo de 1978, que expresamente les confiere tal carácter, cuando estén en el ejercicio de sus funciones y vistan el uniforme. Sin embargo, más recientemente, ante la proliferación del personal de guardería jurado al servicio de empresas y personas privadas, se puso en duda el valor de la norma últimamente citada y la procedencia de considerar en todo caso a los guardas jurados como agentes de la autoridad, entendiendo que el Real Decreto citado carecía de eficacia, por su inferior jerarquía normativa, para integrar en ese aspecto la norma penal del art. 236 del Código Penal. Cuestión ya resuelta por la última jurisprudencia de esta Sala que, en sus Sentencias de 20 de octubre de 1991 y 6 de mayo y 18 de noviembre de 1992 ha venido a negar el carácter de agentes de la autoridad a los vigilantes jurados de seguridad en base a un triple orden de argumentos: Primero, el de reserva de Ley, según el que el Poder Legislativo puede acordar extender la protección penal, en lo que se refiere al delito de atentado, al personal de la seguridad privada, pero lo que no se puede es suplir la omisión de una ley expresa sobre la cuestión mediante la potestad reglamentaria de la Administración (argumento que hay que utilizar con cautela, en cuanto los preceptos en blanco pueden ser llenados por disposiciones reglamentarias, sin vulnerar ni el principio de legalidad ni el de reserva de Ley, como tiene declarado el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 14 de julio de 1987); segundo, el carácter

Comercio [artículos primero d) y quinto]; Decreto 289/1969, de 13 de Febrero (BOE 53, de 3 de Marzo), por el que se establece el Servicio de Vigilantes Jurados en las Cajas de Ahorros, Monte de Piedad y Entidades similares (artículo tercero); Ley 1/1970, de 4 de abril, de Caza (donde la referencia es a “agentes auxiliares de la Guardia Civil –artículo 40); Decreto 554/1.974, de 1 de Marzo (BOE 53, de 2 de Marzo), sobre medidas de seguridad en Bancos, Cajas de Ahorro y Entidades de Crédito (artículo séptimo); Decreto 1583/1974, de 25 de abril (BOE 141, de 13 de junio), por el que se crea el Servicio de Guardapescas Jurados Marítimos (artículos 3 y 29); Real Decreto 2113/1977, de 23 de julio (BOE 196, de 17 de agosto), por el que se modifican las normas de seguridad en Bancos, Cajas de Ahorro, Entidades de crédito y establecimientos Industriales y de comercio (artículo tercero); Real Decreto 629/1978, de 10 de marzo (BOE 80, de 4 de abril), por el que se regula la función de Vigilantes Privados de Seguridad (artículos cuarto, séptimo y dieciocho), y el Real Decreto 780/1983, de 30 de marzo (BOE 90, de 15 de abril), por el que se regula el nombramiento y el ejercicio de las funciones de los Guardas Jurados de Explosivos (artículo 9º).

La Ley 23/1992, de 30 de julio BOE 186, de 4 de agosto), de Seguridad Privada, acabó con todo el régimen anterior y habilitó, únicamente, a las empresas de seguridad para prestar ese tipo de servicios, y, además, dejó de considerar agentes de la autoridad al personal de seguridad; en este sentido se expresaba el artículo 1.2 del referido texto legal: “*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*”. Desde luego que lo acabado de decir se refiere a la legislación estatal, porque es notorio que en las comunidades autónomas no poca normativa imputa a diversos sujetos el carácter de “agentes de la autoridad” (esto es especialmente notorio en relación a la legislación de caza –véanse, por ejemplo, los artículos 68 y 82.5 de la Ley 4/1996, de Caza, de Castilla y León-, respecto de la cual debe señalarse que sigue en vigor, con obvias modificaciones desde su publicación, la Ley 1/1970, de 4 de abril, de Caza); en todo caso, y en relación a estas calificaciones, debe repetirse lo que ya hemos anotado más atrás: la consideración de agente de la autoridad depende de que el particular sujeto cumpla las exigencias del precepto penal, no bastando –ni por razones de jerarquía normativa ni por materia- la satisfacción de las condiciones que imperen en el precepto administrativo.

privado de la función realizada, pues si aún sería admisible que tal personal de guardería gozara de tutela penal como agente de la autoridad, por reflejo de la que ostenta quien ejerce jurisdicción y dirige el lugar público donde prestare sus servicios y a cuyas órdenes actúan, no lo es cuando a quien sirven es a una entidad privada, que no posee poderes especiales de organización de orden o policía pública, por lo que ya la Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de octubre de 1979 sentaba que ‘si los vigilantes se hallaban al servicio de una entidad privada, no puede afirmarse ni reconocérseles la condición de agente de la autoridad’; y tercero y ya definitivo, la Ley de 30 de julio de 1992 sobre Seguridad Privada viene a esclarecer la cuestión y a confirmar lo fundado de los anteriores argumentos al establecer la competencia exclusiva de la Seguridad pública para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, mientras las actividades de vigilancia y seguridad de personas o bienes realizadas privadamente por vigilantes de seguridad, escoltas privados, guardas particulares y detectives privados se efectúan fuera de toda consideración como agentes de la autoridad, sin perjuicio de su prestación de servicios complementarios o auxiliares de las Fuerzas de la Seguridad estatal, autonómica o local” (STS de 8 de octubre de 1993). Sentencia que ha sido posteriormente confirmada por otras muchas resoluciones tanto de salas penales (2178/1993, de 8 de octubre; 2785/1993, de 13 de diciembre; 307/2000, de 22 de febrero, etc.) como de lo Contencioso (en este último sentido puede verse la STS de 17 de junio de 2008).

Esta consideración, la de negar a los vigilantes de seguridad el carácter de “agentes de la autoridad”, se ha mantenido sin fisuras en la Jurisprudencia hasta la actualidad, incluso la lamentable reforma del Código Penal de 2015 no ha hecho más que fortalecer esta idea. En efecto, la decisión del Legislador de mencionar expresamente al personal de la seguridad privada tanto en el artículo 554.3 b) como en el artículo 556.1, último inciso, ambos del Código Penal, pone de manifiesto que no lo considera incluso en el concepto de funcionario, pues de otra forma no hubiera sido preciso citarlo expresamente<sup>159</sup>.

<sup>159</sup> Es oportuno señalar en este momento la falta de corrección de lo afirmado en un pasaje del Preámbulo de la Ley 5/2014, según el cual: “*Otra de las novedades que se incorpora en materia de personal, largamente demandada por el sector, es la protección jurídica análoga a la de los agentes de la autoridad del personal de seguridad privada frente a las agresiones o desobediencias de que pueden ser objeto cuando desarrollen, debidamente identificados, las actividades de seguridad privada en cooperación y bajo el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*”. En efecto, la afirmación de que se equipara en protección jurídica al personal de seguridad privada con los agentes de autoridad, no es de recibo, y no lo es por, entre otras razones, motivos de rango normativo, pues, como ya se ha expuesto reiteradamente más atrás, una Ley ordinaria no puede modificar una Ley Orgánica (cosa distinta es lo ocurrido cuando con la reforma del CP de 2015 se han modificado los artículos 554 y 556).

En todo caso el precepto penal no se limita a mentar expresamente al personal de seguridad privada, sino que exige que se cumplan determinados requisitos para acoger en el tipo a ese personal como sujetos pasivos: 1º) que estén debidamente identificados, y 2º) que estén desarrollando sus funciones en cooperación y bajo el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad<sup>160</sup>.

Sobre la identificación, el Reglamento de la ya citada Ley 5/2014 (aprobado por Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre<sup>161</sup>) dice en su artículo 68: “*Identificación. 1. El personal de seguridad privada habrá de portar su tarjeta de identidad profesional y, en su caso, la licencia de armas y la correspondiente guía de pertenencia siempre que se encuentre en el ejercicio de sus funciones, debiendo mostrarlas a los miembros del Cuerpo Nacional de Policía, de la Guardia Civil, y de la Policía de la correspondiente Comunidad Autónoma o Corporación Local, cuando fueren requeridos para ello. 2. Asimismo deberá identificarse con su tarjeta de identidad profesional cuando, por razones del servicio, así lo soliciten los ciudadanos afectados, sin que se puedan utilizar a tal efecto otras tarjetas o placas*”; y el artículo 87 de la misma disposición establece: “*Uniforme y distintivos. 1. Las funciones de los vigilantes de seguridad únicamente podrán ser desarrolladas vistiendo el uniforme y ostentando el distintivo del cargo que sean preceptivos, que serán aprobados por el Ministerio de Justicia e Interior, teniendo en cuenta las características de las funciones respectivas de las distintas especialidades de vigilantes y que no podrán confundirse con los de las Fuerzas Armadas ni con los de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (artículo 12.1 de la L.S.P.)*”<sup>162</sup>.

<sup>160</sup> El artículo 31 de la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada, tiene una redacción del todo idéntica, en este sentido, al referido precepto penal: “*Se considerarán agresiones y desobediencias a agentes de la autoridad las que se cometan contra el personal de Seguridad privada, debidamente identificado, cuando desarrolle actividades de Seguridad privada en cooperación y bajo el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*”. Debe reiterarse en este punto algo que ya se dijo más atrás: la citada disposición administrativa sólo tiene incidencia en el ámbito administrativo, y carece de capacidad normativa para modificar el Código Penal.

<sup>161</sup> Declarado expresamente en vigor por la Disposición Derogatoria de la Ley 5/2014, en todo lo que no se oponga a esta Ley.

<sup>162</sup> Véanse: <http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/personal-de-seguridad-privada/guardas-rurales/funciones-uniforme-y-distintivos> <http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/personal-de-seguridad-privada/vigilantes-de-seguridad/armas-de-fuego-medios-de-defensa-y-distintivos> y <http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/normativa/ordenes-pre/orden-pre-2914-2009-de-30-de-octubre>

En todo caso véanse los artículos 22 y ss. de la Orden INT/318/2011, de 1 de febrero, sobre personal de seguridad privada, que poseen la siguiente redacción:

“Artículo 22. Uniformidad.

1. La uniformidad de los vigilantes de seguridad se compondrá de las prendas establecidas en el anexo VIII de la presente Orden, que podrá ser modificada por Resolución del Director General de la Policía y la Guardia Civil, ámbito del Cuerpo Nacional de Policía.

2. La composición del uniforme de los vigilantes de seguridad, en cuanto a la combinación de las distintas prendas de vestir, se determinará por cada empresa de seguridad, en función de su conveniencia o necesidades, de las condiciones de trabajo, de la estación del año y de otras posibles circunstancias de orden funcional, laboral o personal. En todo caso, el uniforme, como ropa de trabajo, estará adaptado a la persona, deberá respetar, en todo momento, su dignidad y posibilitar la elección entre las distintas modalidades cuando se trate de prendas tradicionalmente asociadas a uno de los sexos.

En cuanto al desarrollo de las funciones en cooperación y bajo el mando de las Fuerzas de Seguridad, hay que decir que la expresión recogida en el tipo no es puramente programática (en el sentido que recoge el Preámbulo de la Ley 5/2014, cuando dice que la relación entre Fuerzas de Seguridad del Estado y la Seguridad Privada es de cooperación<sup>163</sup>) sino que exige concreción en el caso particular (los tipos penales –los tipos de delitos– no contienen meros principios abstractos, sino que definen particulares comportamientos). Por lo tanto, estuvieran o no presentes en el concreto espacio físico de desarrollo de la conducta miembros de esas Fuerzas de Seguridad, lo fundamental es que las labores que estuvieran realizando los integrantes de la seguridad privada se desarrollaran, en el caso dado, en cooperación con las Fuerzas de Seguridad del Estado y bajo el mando de éstas (en este sentido, SAP, Ciudad Real, Sección 1<sup>a</sup>, 88/2017, de 12 de junio).

Finalmente subrayar que, en todo caso, el personal de seguridad privada sólo podrá ser considerado sujeto pasivo del delito, y al margen de otros requisitos, cuando desarrollan realmente “actividades de seguridad privada”, por lo tanto no se trata de cualquiera de las actividades que pueda estar desarrollando el personal de

3. La posible utilización de otro tipo de prendas de uniformidad deberá ser previamente comunicada a la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, ámbito del Cuerpo Nacional de Policía, que podrá denegar su utilización.

4. En la uniformidad, en cualquiera de sus modalidades, siempre estarán visibles, al menos, los elementos relativos al distintivo de identificación profesional referido en el artículo 25 de esta Orden, la indicación de la función de seguridad y el escudo-emblema o anagrama de la empresa de seguridad contemplado en el artículo 24 de esta Orden.

5. El color y la composición general del uniforme de los vigilantes de seguridad de cada empresa o grupo de empresas de seguridad privada, con la finalidad de evitar que se confunda con los de las Fuerzas Armadas y con los de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, necesitará estar aprobado previamente por la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, ámbito Cuerpo Nacional de Policía, a solicitud de la empresa o empresas interesadas.

6. Todas las solicitudes de autorización y comunicaciones referidas a la uniformidad de los vigilantes de seguridad serán dirigidas a la Unidad Orgánica Central de Seguridad Privada del Cuerpo Nacional de Policía.

Artículo 23. Excepciones al deber de uniformidad.1. La Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, ámbito del Cuerpo Nacional de Policía, en aquellos servicios que hayan de prestarse en determinados lugares de trabajo que así lo aconsejen, en específicas condiciones laborales que lo requieran, o en circunstancias climatológicas o de especial peligrosidad o riesgo, podrá autorizar el uso de prendas específicas, accesorias o adecuadas al puesto de trabajo, según lo dispuesto en las normas sectoriales o legislaciones especiales en las que se vele por la salud, seguridad o prevención de riesgos en los puestos de trabajo.

2. La solicitud será efectuada por la empresa de seguridad y el distintivo del cargo siempre será visible conforme a lo establecido en el artículo anterior de la presente Orden.

Artículo 24. Escudo-emblema.

Todas las prendas de la parte superior del uniforme, llevarán, en la parte alta de la manga izquierda, el escudo-emblema o anagrama específico de la empresa de seguridad en la que se preste servicio.

Artículo 25. Distintivo.

1. El distintivo de vigilante de seguridad se ajustará a las características determinadas en el anexo IX de la presente Orden.

2. En la parte superior del anverso del distintivo figurará la expresión vigilante de seguridad, o la de vigilante de explosivos, según corresponda, debiendo constar en la parte inferior el número de la habilitación.

3. El distintivo se llevará permanentemente en la parte superior izquierda, correspondiente al pecho, de la prenda exterior, sin que pueda quedar oculto por otra prenda o elemento que se lleve”.

<sup>163</sup> El artículo 32 de la Ley de Seguridad Privada, para extender al personal de seguridad privada la protección correspondiente a los “agentes de la autoridad”, exige, asimismo, que “desarrolle actividades de seguridad privada en cooperación y bajo el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

una empresa de seguridad privada, sino exclusivamente lo que se consideran actos de “seguridad privada”, que son “...*el conjunto de actividades, servicios, funciones y medidas de seguridad...para hacer frente a actos deliberados o riesgos accidentales, o para realizar averiguaciones sobre personas y bienes, con la finalidad de garantizar la seguridad de las personas, proteger su patrimonio y velar por el normal desarrollo de sus actividades*”. Subrayamos especialmente esta idea porque con cierta frecuencia, y para “escapar” del ámbito más riguroso de la Ley de Seguridad Privada y abonar menor salario al personal implicado, empresas del sector de la seguridad simulan que una determinada actividad no es de seguridad (o sí) cuando en realidad posee otra naturaleza. A este respecto se han pronunciado reiteradamente las salas de lo contencioso, pero por lo que ahora nos interesa valga por todas la argumentación que figura en la SAN, Sala de lo Contencioso, Sección 5ª, de 3 de febrero de 2016, en la que se afirma, remitiéndose a otras resoluciones: “La Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional ha declarado con reiteración, entre otras, en sentencias de 5 de Octubre de 2008, Recurso de apelación 52/08 , y 28 de octubre de 2009, recurso 91/09 , que: ‘Si bien es cierto que en el plano estrictamente teórico es clara la diferencia entre prestación de servicios de seguridad y tales actividades de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 23/1992, de 30 de julio , excluidas del ámbito de aplicación de la Ley, tal diferenciación no es tan sencilla a la hora de verificar en la práctica su contraste, puesto que la mayoría de las veces aquellas actividades se pretenden simular con otras no sometidas a los rigores de la legislación de seguridad privada, entrando en el mercado en una clara competencia desleal con empresas legalmente habilitadas para prestar ese tipo de servicios’. Procediéndose, además, a alterar los condicionamientos exigidos por la norma jurídica para que las entidades privadas ejerzan una función, que *prima facie*, es exclusiva del Estado, y en los que el control administrativo ha de ser de especial intensidad como decíamos más arriba. Por ello, la valoración del interprete en orden a la calificación de sí una determinada conducta enjuiciada se incardina o no en el ámbito de la Ley de Seguridad Privada, procede realizar un examen de los elementos fácticos aportados en el expediente administrativo, tales, como lugar y hora de la prestación de servicios, características propias del local o inmueble en que se realizan y actividad a la que se dedica, y por ello, la intensidad de la naturaleza de control y vigilancia que dimana de su propio destino, uniformidad de quienes desarrollan la actividad, y valoración del marco jurídico suscrito entre las partes intervinientes en la conducta enjuiciada”.

En conclusión, y como señala la SAP, Málaga, Sección 8ª, 18/2017, de 10 de enero, siendo cierto que todos los vigilantes de seguridad están obligados a colaborar con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, tal y como se dispone por los artículos 30 y 31 de la Ley 5/2014, de Seguridad Privada, la existencia de tan abstracta obligación normativa no convierte, automáticamente, a esos vigilantes en

agentes de la autoridad a los efectos del artículo 554.3 b) CP, sino que habrá que estar a la concreta tarea que se desenvuelve para dirimir si se están desarrollando o no “actividades de seguridad privada”, tal y como establece el precepto legal.

## Bibliografía

ALEGRE ÁVILA, JM “Incompatibilidades en el ejercicio de la función (art. 441 CP)”, en *Tratado de Derecho Penal Español. Parte Especial. III. Delitos contras las Administraciones Pública y de Justicia*, Valencia, 2013; ÁLVAREZ GARCÍA, FJ *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*, Barcelona, 1987; ÁLVAREZ VIZCAYA, M *Libertad de expresión y principio de autoridad: el delito de desacato*, Barcelona, 1993; ALTÉS SALAFRANCA, JA “Concepto del delito de atentado”, en *Revista General de Derecho*, núm. 235, 1964; BARCELONA LLOP, J *El régimen jurídico de la policía de seguridad: (un estudio de Derecho Administrativo)*, Oñati, 1988; *id.* “Reflexiones constitucionales sobre el modelo policial español”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 48, septiembre-diciembre de 1996; BENÍTEZ ORTUZAR, IF “Delitos contra el orden público (II). De los atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, y de la resistencia y desobediencia”, en L. MORILLAS CUEVAS (coord.) *Sistema de Derecho Penal español. Parte Especial*, Madrid, 2011, pág. 1151; CARRASCO CANALS, C *La burocracia en la España del siglo XIX*, Madrid, 1975; CEPEDA ADÁN, J “Desamortización de tierras de las Órdenes Militares en el reinado de Carlos I”, *Hispania*, vol. 40, 1980; CEREZO MIR, J “Los delitos de atentado propio, resistencia y desobediencia”, en *Problemas Fundamentales del Derecho Penal*, Madrid, 1982; COBO DEL ROSAL, M “Examen crítico del párrafo tercero del artículo 119 del Código penal español. (Sobre el concepto de funcionario público a efectos penales)”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, febrero, 1962; COBO DEL ROSAL, M y QUINTANAR DÍEZ, M “Comentario al art. 24 CP”, en COBO DEL ROSAL, M (dir.) *Comentarios al Código Penal. Tomo III. Artículos 24 a 94*, Madrid, 2000; CUELLO CALÓN, E *Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial, I*, 2<sup>a</sup> ed., 1941; CAMPOMANES (Conde de) *Cartas político-económicas escritas por el Conde de Campomanes, primero de este título, al Conde de Lerena*, Madrid, 1878; CUELLO CONTRERAS, J. *El Derecho penal español. Parte General. Nociones introductorias. Teoría del delito*, 3<sup>a</sup> ed., Madrid, 2002; CUERDA ARNAU, ML *Los delitos de atentado y resistencia*, Valencia, 2003; *id.* “Atentados y resistencia (arts. 550 y ss.)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, JL (dir.) *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Valencia, 2015; *id.* “La reforma del delito de atentado”, en CUERDA ARNAU, ML y GARCÍA AMADO, JA *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, Valencia, 2016; CUERDA ARNAU, ML y OLLOQUIEGUI SUCUNZA, I “Delitos contra el orden público. Atentado, resistencia y desobediencia”, en ÁLVAREZ GARCÍA, FJ (dir.) *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012. Ponencias presentadas al Congreso de Profesores de Derecho Penal “Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012”, celebradas en la Universidad Carlos III de Madrid los días 31 de enero y 1 de febrero de 2013*, Valencia, 2013; DE LA CUESTA AGUADO, P “Arts. 550 y ss.”, en ÁLVAREZ GARCÍA, FJ (dir.) *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de*

2012, Ponencias presentadas al Congreso de Profesores de Derecho Penal “Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012”, celebradas en la Universidad Carlos III de Madrid los días 31 de enero y 1 de febrero de 2013, Valencia, 2013; DE LA MATA BARRANCO, N “El funcionario público ante el Derecho Penal”, en *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 20, enero 2010; DEL TORO MARZAL, A “Artículo 119 CP”, en CÓRDOBA RODA, J, RODRÍGUEZ MOURULLO y otros *Comentarios al Código Penal. Tomo II (Artículos 23-119)*, Barcelona, 1976; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M “Autoridad y funcionario a efectos penales”, en D. Luzón Peña (Director) *Enciclopedia Penal Básica*, Granada, 2002; FERNÁNDEZ BASURTE, F “Reacciones piadosas colectivas ante las calamidades públicas en la Málaga del siglo XVII. La epidemia de 1649 y el terremoto de 1680”, en León-Carlos ÁLVAREZ SANTALÓ y Carmen M<sup>a</sup> CREMADES GRIÑÁN (editores) *Mentalidad e ideología en el Antiguo Régimen. II Reunión científica. Asociación española de Historia moderna. 1992*, vol. II, Murcia, s/f; FERNANDEZ SEGADO, Francisco, “Las fuerzas armadas: artículo 8”, en ALZAGA VILLAAMIL, O (dir.) *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Madrid, 1978; FERRER SAMA, A *Comentarios al Código Penal. Tomo II*, Murcia, 1947; GARCÍA TREVIANO GARNICA, JA “La invalidez jurídica en Derecho Administrativo”, en MA RECUERDA GILERA (coord.) *Problemas prácticos y actualidad del Derecho Administrativo*, Cizur Menor, 2014; GARCÍA RIVAS, N *La rebelión militar en Derecho Penal. La conducta punible en el delito de rebelión*, Cuenca, 1990; GARCÍA ROMERO DE TEJADA, J “Del delito de atentado (novísima jurisprudencia)”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 84, 1894; GARRIDO FALLA, F “Las transformaciones del concepto jurídico de policía administrativa”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 11, 1953; GASCÓN SANTOS, S *Análisis médico legal de la violencia en centros asistenciales: agresiones a profesionales* (Tesis Doctoral del Departamento de Anatomía Patología, Medicina Legal y Forense y Toxicología, Universidad de Zaragoza, 2006; GONZALEZ ALONSO, B *El corregidor castellano (1348-1808)*, Madrid, 1970; GARCÍA SANZ, A “La reforma agraria de la Ilustración: proyectos y resultados. El precedente del arbitrio agrarista castellano”, en A. GARCÍA SANZ y J. SANZ FERNÁNDEZ (Coordinadores), *Reformas y políticas agrarias en la historia de España (De la Ilustración al primer franquismo)*, Madrid, 1996; GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A *El Código Penal de 1870. Concordado y Comentado, T.III*, Burgos, 1874; JAVATO MARTÍN, A “Artículo 24 CP”, en GÓMEZ TOMILLO, CM (dir.) *Comentarios al Código Penal*, Valladolid, 2010; *id.* *El delito de atentado. Modelos legislativos. Estudio histórico-dogmático y de derecho comparado*, Granada, 2005; HIERRO, L “De los delitos de atentado y desacato a la autoridad”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 50, 1877; JIMÉNEZ DÍAZ, MJ *Los delitos de desacato en el Código penal español*, Madrid, 1992; JORDANA DE POZAS, L “Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 48, 1949; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J *Manual de Derecho Penal. Parte Especial III*, Madrid, 1992; LÓPEZ-FONT MÁRQUEZ, JF *La configuración jurídica del principio de autoridad*, Madrid, 1993; LÓPEZ-NIETO Y TRUYOLS, M “La reacción frente a las vías de hecho”, en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 9, 2005; MARTÍN DELPON, JL “Naturaleza y carácter militar de los miembros de la Guardia Civil: comentario a la Sentencia de la Sala

3<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2012”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 34, septiembre 2014; MARTÍN LORENZO, M “Concepto penal de funcionario y externalización de funciones públicas” en *LH Octavio de Toledo y Ubierto*, Madrid, 2016; MARTÍN REBOLLO, L “De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica”, en *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, enero-diciembre 1982; MESTRE DELGADO, E “Límites constitucionales de las remisiones normativas en Derecho penal”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. 2, 1988; MONCADA LORENZO, A “Significado y técnica jurídica de la policía administrativa”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 28, 1959; MORELL OCAÑA (“Prólogo” a LÓPEZ-FONT MÁRQUEZ, JF *La configuración jurídica del principio de autoridad*, Madrid, 1993; MUÑOZ CONDE, F *Derecho Penal. Parte Especial*, 21 ed., Valencia, 2017; NIETO GARCÍA, A *La burocracia. I. El pensamiento burocrático*, Madrid, 1976; NIETO, A “Las consultas a la Administración: una aportación jurisprudencial a los conceptos de acto administrativo y de acto inexistente”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 8, 1976; NIETO MARTÍN, A “El concepto de funcionario público”, en *VVAA, Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo*, Cuenca, 2006; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E “El bien jurídico protegido en los Capítulos VI y VII del Título II del Código Penal (Comentario a algunas Sentencias del Tribunal Supremo dictadas sobre esta materia en los últimos años)”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 1, 1977; del mismo autor, *La prevaricación del funcionario público*, Madrid, 1980; *id.*, De nuevo sobre el interés protegido en atentados, desacatos y figuras afines”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 11, 1980; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E y ÁLVAREZ GARCÍA, FJ “Nota al artículo 339” en *Código Penal y Legislación Complementaria*, Madrid, 1986; OLAIZOLA NOGALES, I “Concepto de funcionario público a efectos penales”, en A. Asúa Batarrita (ed.) *Delitos contra la Administración Pública*, Oñati, 1997; ORTS BERENGUER, E “Inhumaciones ilegales e infanticidio”, en *Delitos contra la salud pública*, Valencia 1977; *id.*, en TS. VIVES ANTÓN (coord.) “Artículo 24 CP”, en *Comentarios al Código penal de 1995*, Valencia 1996; PACHECO, F *El Código penal concordado y comentado*, II, Madrid, 1861; PARADA VÁZQUEZ, R. “Evolución histórica de la función pública”, en PARADA VÁZQUEZ, R y FUENTETAJA PASTOR, J *Derecho de la Función Pública*, 2013; POSADA DE HERRERA, A (*Lecciones de Administración*, Madrid, 1978; QUINTERO OLIVARES, G “Artículo 24”, en QUINTERO OLIVARES, G (dir.) *Comentarios al Código Penal español. Tomo I (Artículos 1 a 233)*, 6<sup>a</sup> ed., Cizur Menor, 2011; RAMÓN RIBAS, E “La derogación jurisprudencial del artículo 24.2 CP (concepto de funcionario público)”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIV, 2014; REBOLLO PUIG, M “La peculiaridad de la policía administrativa y su singular adaptación el principio de legalidad”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 54, 1999; ROCA AGAPITO, L *El delito de malversación de caudales públicos*, Barcelona, 1999; *id.*, “Concepto de autoridad y de funcionario público a efectos penales”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 31, 2013; *id.* “Concepto de autoridad y de funcionario público a efectos penales”, en ÁLVAREZ GARCÍA, FJ (dir.) *Tratado de Derecho Penal Español. Parte Especial. III, Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, Valencia, 2013; RODRÍGUEZ DEVESA, JM<sup>a</sup> *Derecho Penal Español. Parte Especial*,

Madrid, 1973; RODRIGUEZ MOURULLO, G “Artículo 24”, en VV.AA. *Comentarios al Código penal*, Madrid 1997; ROIG TORRES, M *El delito de atentado*, Cizur Menor, 2004; SAIZ, MD “Opinión pública y desamortización. La Ley General de desamortización de Madoz de 1 de mayo de 1855”, en *Agricultura y Sociedad*, núm. 28, 1983; SANDOVAL, JC *El delito de rebelión. Bien jurídico y conducta típica*, Valencia, 2013; SANTAMARÍA PASTOR, JA *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos. Contribución a una teoría de la ineficacia en el Derecho público*, 2ª ed., Madrid, 1975; SEDANO LORENZO, A “La Guardia Civil ante la ley penal militar”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 34, septiembre 2014; TOMÁS Y VALIENTE, F *El marco político de la desamortización en España*, Barcelona, 1971; TORRES FERNÁNDEZ, ME “Los delitos de atentado en el Código Penal de 1995”, en *RECPC* 01-08 (1999); URRUELA MORA, A “Las agresiones a profesionales sanitarios desde la perspectiva del Derecho sancionatorio. Particular consideración del delito de atentado”, en *Revista Penal*, núm. 38, 2016; VALEIJE ÁLVAREZ, I “Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y ‘personas que desempeñan una función pública’”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 62, 1997; VARGAS CAMACHO, PA “Los miembros de las fuerzas armadas como agentes de la autoridad”, en *Revista Ejército*, núm. 871, noviembre, 2013; VICENTE Y CARAVANTES, J (“Del delito de atentado contra la autoridad y sus agentes según las disposiciones del Código penal y la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 53, 1878.