

Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2007

Agresión a un médico por su paciente: delito de atentado en concurso ideal con el de lesiones

Desde el punto de vista penal se ha aplicado un criterio de gran amplitud al concepto de función pública, entendiéndose como tal las funciones realizadas por entes públicos, con sometimiento al Derecho público y dirigidas a satisfacer intereses públicos. De este modo, cabe reconocer que la prestación de servicios sanitarios públicos tiene dicho carácter de función pública.

Por otro lado, también es amplio el concepto de funcionario público a efectos penales, considerando como tal a todo aquel que participe en el ejercicio de funciones públicas, bien por disposición de la Ley, por elección o por nombramiento por una Autoridad competente.

Cabe entender, pues, que un médico de la Seguridad Social es un funcionario público en tanto en cuanto realiza las funciones públicas de tutela de la salud pública y, por tanto, es sujeto pasivo del delito de atentado.

Se emite un voto particular sobre la amplitud del concepto de orden público, llamando la atención sobre la necesidad de concretar a qué funcionarios se refiere, si a todos los que prestan un servicio público o a los encargados del mantenimiento del orden público, con el fin de fijar lo que se prohíbe en el tipo penal del atentado.

ANTECEDENTES

Primero.—El Juzgado de Instrucción número dos de los de Gerona, instruyó Sumario con el número 2/2005 contra Lucas y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Gerona (Sección Tercera, rollo 23/2005) que, con fecha veintiocho de septiembre de dos mil seis, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"ÚNICO. Sobre las 17,30 horas de un día no determinado del mes de marzo de 2004, el acusado Lucas, nacido el día 19 de abril 1972, en Tánger (Marruecos), con NIE NUM000, sin antecedentes penales, que era el paciente de Luis Enrique, Médico Odontólogo del Centro de Asistencia Primaria de Can Gibert del Pla, de Girona, en el que prestaba sus servicios con carácter funcional, en el momento en que salía del referido Centro se dirigió al mismo recriminándole haberle hecho daño al extraerle una pieza dentaria golpeándole con un paraguas sin causarle lesiones. Posteriormente, sobre las 17,30 horas del día 29 de marzo de 2004, el acusado Lucas, acudió de nuevo a las proximidades de dicho Centro sanitario y al salir de su trabajo el Sr. Luis Enrique, se aproximó al mismo iniciando una conversación acerca de que quería visitarse de nuevo, para a continuación de una forma sorpresiva, aprovechando que la víctima ya no se encontraba cara a cara, sin capacidad de reaccionar defensivamente, sacando del bolsillo un cuchillo o

instrumento similar, que no ha sido hallado, se lo clavó en el brazo derecho con la intención de menoscabar su integridad física, atravesando el brazo y espacio intercostal con afectación del pulmón. Como consecuencia de lo anterior, el Sr. Luis Enrique sufrió dos heridas inciso contusas en cara postero-interna del tercio superior del brazo derecho y herida inciso en cara lateral del hemotórax derecho, con sección completa del nervio cubital y del nervio cutáneo-branquial interno que le provocó un neumotórax derecho con pérdida importante de sangre, habiendo curado en 75 días de carácter impeditivo de lo que 17 fueron hospitalarios, precisando de tratamiento médico y quirúrgico, con antiinflamatorios, antibióticos y rehabilitación, quedándole como secuelas una paresia del nervio músculo cutáneo; parálisis de nervio cubital a nivel palma de la mano y dedos; paresia nervio cubital derecho y perjuicio estético moderado por cicatriz de 3 cm. cara posterior brazo derecho, de 3x3x10 cm. cara interna mismo brazo y de 3 cm. en hermitórax derecho. Las secuelas producen una pérdida moderada de la funcionalidad de la extremidad superior derecha y una incapacidad total y absoluta para su profesión de Médico Odontólogo, cargo que ejerció en el Centro de Asistencia Primaria dependiente del Departamento de Salud de la Generalitat de Catalunya desde el 1 de junio de 1977 hasta el 30 de junio de 2004." (sic)

Segundo.—La Audiencia de instancia en la citada sentencia, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

"Que debemos ABSOLVER al acusado Lucas de los delitos de Atentado.- Que debemos CONDENAR al acusado Lucas como autor responsable de un DELITO DE LESIONES SUBTIPO AGRAVADO DE USO DE MEDIO PELIGROSO, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal agravante de ALEVOSÍA, a las pena de CUATRO AÑOS Y DIEZ MESES DE PRISIÓN, ASÍ COMO A LA PROHIBICIÓN DE ACERCARSE A Luis Enrique DURANTE CINCO AÑOS A UNA DISTANCIA INFERIOR A 500 METROS Y DE COMUNICARSE CON ÉL, debiendo indemnizar a Luis Enrique en la suma de 64.592 euros más los intereses del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, condenándose asimismo al pago de las costas del juicio. Contra esta Sentencia puede interponerse recurso de Casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que deberá presentarse ante esta Audiencia Provincial, en el plazo de cinco días a partir de la última notificación." (sic)

Tercero.—Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley, por el Ministerio Fiscal, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.—El recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

1. Por infracción de Ley, al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación indebida de los artículos 550 y 551.1 del Código Penal.
2. Por infracción de Ley, al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de

Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación indebida de los artículos 550 y 551.1 y 552.1 del Código Penal.

Quinto.—Instruidas las partes recurridas, se tuvo por decaído el trámite en cuanto al "Instituto Catalán de la Salud", mientras que la representación del recurrido Lucas impugnó ambos motivos del recurso del Ministerio Fiscal; quedando conclusos los autos para señalamiento de Vista cuando por turno correspondiera.

Sexto.—Hecho el señalamiento para Vista para el día quince de noviembre de dos mil siete, se suspendió y se señaló nuevamente, habiéndose celebrado el día veintisiete de noviembre del presente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—La sentencia de la Audiencia Provincial condenó al acusado como autor de un delito de lesiones con utilización de medio peligroso y la agravante de alevosía, a la pena de cuatro años y diez meses de prisión, absolviéndolo de dos delitos de atentado de los que era acusado por el Ministerio Fiscal, el cual había interesado además la imposición de las penas de dos años de prisión por el primero y cuatro años de prisión por el segundo. La acusación pública interpone recurso de casación contra la sentencia de instancia formalizando dos motivos, ambos por la vía del artículo 849.1.º de la LECrim, y ambos por inaplicación indebida de los artículos 550 y 551.1 en el primero y de los artículos 550, 551.1 y 552.1, todos del Código Penal. Ambos pueden ser examinados conjuntamente, pues la argumentación es sustancialmente idéntica.

1. Abandonada la conceptualización del bien jurídico protegido por el delito de atentado como referencia al principio de autoridad, se ha identificado aquél con el orden público, entendido como aquella situación que permite el ejercicio pacífico de los derechos y libertades públicas y el correcto funcionamiento de las instituciones y organismos públicos, y consiguientemente, el cumplimiento libre y adecuado de las funciones públicas, en beneficio de intereses que superan los meramente individuales. En definitiva, se sancionan a través de esos preceptos los hechos que atacan al normal funcionamiento de las prestaciones relativas al interés general que la Administración debe ofrecer a los ciudadanos. Aun cuando la mención a las autoridades y a sus agentes como sujetos pasivos pudiera dar a entender que el delito de atentado se refiere exclusivamente a actos dirigidos contra quienes se caracterizan por tener mando o ejercer jurisdicción o contra quienes actúan a sus órdenes o bajo sus indicaciones (artículo 24 del Código Penal), la consideración de los funcionarios públicos como tales sujetos pasivos, amplía necesariamente al ámbito de estos últimos. Una limitación en atención al cumplimiento de funciones derivadas de resoluciones en las que se actúe con tal mando o jurisdicción, no encuentra precedentes definitivos en la jurisprudencia, que, por el contrario, se ha orientado a considerar como sujetos pasivos a los funcionarios públicos en cuanto vinculados al cumplimiento o ejecución de las funciones públicas antes referidas.

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

La jurisprudencia ha señalado que el concepto de funcionario público contenido en el artículo 24 del Código Penal, según el cual "se considerará funcionario público a todo el que por disposición inmediata de la Ley, por elección, o por nombramiento de Autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas", es un concepto aplicable a efectos penales, como se desprende del mismo precepto, que es diferente del característico del ámbito administrativo, dentro del cual los funcionarios son personas incorporadas a la Administración pública por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el derecho administrativo. Por el contrario, se trata de un concepto más amplio que éste, pues sus elementos son exclusivamente el relativo al origen del nombramiento, que ha de serlo por una de las vías que el artículo 24 enumera, y de otro lado, la participación en funciones públicas, con independencia de otros requisitos referidos a la incorporación formal a la Administración Pública o relativos a la temporalidad o permanencia en el cargo, (STS n.º 1292/2000, de 10 de julio; STS n.º 68/2003, de 27 de enero; STS n.º 333/2003, de 28 de febrero y STS n.º 663/2005, de 23 de mayo), e incluso de la clase o tipo de función pública. Se trata, como señalan tanto la doctrina como la jurisprudencia (SSTS de 22 de enero de 2003 y 19 de diciembre de 2000), de un concepto "nutrido de ideas funcionales de raíz jurídico-política, acorde con un planteamiento político-criminal que exige, por la lógica de la protección de determinados bienes jurídicos, atribuir la condición de funcionario en atención a las funciones y fines propios del derecho penal y que, sólo eventualmente coincide con los criterios del derecho administrativo". Así, se trata de proteger el ejercicio de la función pública en su misión de servir a los intereses generales, de manera que la condición de funcionario a efectos penales se reconoce con arreglo a los criterios expuestos tanto en los casos en los que la correcta actuación de la función pública se ve afectada por conductas delictivas desarrolladas por quienes participan en ella, como en aquellos otros casos en los que son acciones de los particulares las que, al ir dirigidas contra quienes desempeñan tales funciones, atacan su normal desenvolvimiento y perjudican la consecución de sus fines característicos. A través, pues, de la incidencia del concepto, se defienden tanto los intereses de la Administración como los de los ciudadanos.

2. En 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.º 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.º 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.º 1590/2003, de 22 de abril de 2004. También en la STS n.º 866/2003, de 16 de junio, se entendió que lo "verdaderamente característico y lo que les dota de la condición pública, es la función realizada dentro de un organigrama de servicio públicos".

En la STS n.º 876/2006, de 6 de noviembre, que confirmó la sentencia por un delito de atentado del que fue víctima el Director-Conservador de un Parque Natural, designado por el Conseller de Medio Ambiente y dependiente de la Dirección General de Conservación del Medio Natural, se afirmó que "la jurisprudencia exige, para la determinación de la función pública, la existencia de un órgano estatal que realiza un acto que consigue finalidades públicas, y no privadas, y dirigidas al bien común. Desde esa perspectiva, la Jurisprudencia ha considerado como funciones públicas, las que afectan a la cultura, a la Hacienda pública, a la enseñanza, justicia, comunicaciones, agricultura, abastecimientos, vivienda, etc., y, consecuentemente, funcionarios públicos, a quienes desarrollan funciones del Estado, en un sentido amplio. Para una correcta determinación del carácter público de la actuación ha de partirse, necesariamente, de la concurrencia de una finalidad dirigida a satisfacer los intereses generales, el criterio teleológico al que hemos hecho referencia con anterioridad, esto es, a las potestades de la administración, legislativa, jurisdiccional y ejecutiva, y dentro de éstas las dirigidas a la satisfacción del bien común, enseñanza, justicia, hacienda, fomento, comunicaciones, seguridad, agricultura, sanidad, abastecimientos, etc. Criterio que ha de ser delimitado, a su vez, por el requisito subjetivo, en cuya virtud el órgano del que emane sea público, y otro objetivo, por el que se exige que la actividad sea regida por normas de carácter público, aunque la relación entre el sujeto que la realiza y el órgano pueda ser regulada por normas no públicas".

3. La jurisprudencia ha considerado que participa del ejercicio de funciones públicas, y en atención a su nombramiento debe ser considerado funcionario público, el Presidente de una sociedad cuyas funciones consistían en la preparación de la venta de una empresa pública, garantizando, a través de una sociedad estatal, que la privatización se realizaba con respeto a los intereses generales, (STS n.º 1590/2003); el asalariado de la administradora que llevaba de hecho la gestión de la administración de lotería, (STS n.º 1544/2004, de 23 de diciembre); un farmacéutico titular, "en cuanto siempre está en relación con los correspondientes Organismos Públicos del área de salud respecto a los asegurados", (STS n.º 576/2002, de 3 de setiembre), precisándose más adelante en esta Sentencia que "su función, como dispensador de productos médicos a través de la Seguridad Social, ya central, ya autonómica, le hace merecedor de esa consideración funcional definida en el artículo 119 del Código Penal de 1973 en cuanto tal función la ejercía por la simple designación como Farmacéutico Titular, con todos los beneficios y todas las obligaciones que tal cargo supone"; un médico de la Seguridad Social, (STS n.º 2361/2001, de 4 de diciembre), considerando que "dicha actividad por su carácter social y trascendencia colectiva está encomendada al Estado, provincia o municipio, o entes públicos dependientes más o menos directamente de los mismos, y no puede dudarse de tal cualidad a los servicios de la Seguridad Social, o su correlativo si se halla transferido a una Comunidad Autónoma, vinculados con la Administración Pública", recordando esta sentencia además, que "la cualidad de funcionario público de los médicos y enfermeros de la Seguridad Social ha sido

declarada en sentencias de esta Sala de 15 de noviembre de 1973, 15 de junio de 1979 y 7 de abril de 1981, y, entre las de recientísima fecha, cabe citar la de 7 de noviembre de este mismo año 2001"; los miembros de la Junta de Gobierno de un Colegio de Diplomados en Enfermería, citando la STS de 10-10-1997, en la que esta Sala ha considerado que ostentan la calidad de funcionarios públicos, en tanto que dicho "Colegio es una corporación de derecho público que ejerce funciones públicas pues tiene competencias de inspección administrativa y sus actos son recurribles ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo" (STS n.º 789/2001, de 10 de mayo).

En otras ocasiones, ya en relación con delitos de atentado, la STS de 26 de febrero de 1991 confirmó la condena por atentado contra un Catedrático de Universidad al ser agredido por un alumno al que había suspendido. Y la STS de 22 de julio de 1988, por atentado contra funcionarios integrantes de una Comisión de una Cámara Provincial Agraria; en la STS n.º 1183/1993, de 20 de mayo, confirmando una condena por dicho delito de atentado, se consideró funcionario público a la víctima, médico de la Seguridad Social, argumentando que la "actividad funcional pública debe referirse a ejercitar alguna actividad que por su carácter social y trascendencia colectiva está encomendada al Estado, Provincia o Municipio, o Entes públicos dependientes más o menos directamente de los mismos, y no puede dudarse de tal cualidad a los Servicios de la Seguridad Social, Instituto Nacional de la Salud, o su correlativo si se halla transferido a una Comunidad Autónoma, vinculados a la Administración pública. Concretamente, la Sentencia de esta Sala de 15-11-1973, estimó que un médico de la Seguridad Social es funcionario público a efectos del art. 119 del Código Penal, y las de 15-6-1979 y 7-4-1981, declararon que los farmacéuticos, médicos y enfermeras que por disposición legal se incorporan a la prestación de un servicio social a cargo del antiguo Instituto Nacional de Previsión, que depende del Estado, les otorga los requisitos necesarios para alcanzar el carácter de funcionario público, y ello aunque la jurisdicción laboral sea la competente para entender de las cuestiones contenciosas que surjan entre ellos, lo que no obsta a tal consideración de funcionarios públicos a los fines de la legislación penal". En la STS de 7 de abril de 1981 que se cita en la anterior, declaraba de forma terminante que "... legalmente funcionario público es el que por disposición inmediata de la Ley, por elección o por nombramiento de autoridad competente participa del ejercicio de funciones públicas (art. 119) siendo el Médico adscrito a un servicio como la Seguridad Social, hombre dedicado a velar por función tan importante, como la salud pública". Y la STS n.º 876/2006, de 6 de noviembre, antes citada, confirmó la condena por delito de atentado del que fue víctima el Director-Conservador de un Parque Natural, designado por el Conseller de Medio Ambiente y dependiente de la Dirección General de Conservación del Medio Natural.

4. De lo expuesto se desprende el carácter de función pública que cabe reconocer desde el punto de vista penal a la prestación de los servicios sanitarios públicos.

La Constitución dispone en el artículo 43.2 que "compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios".

La Ley General de Sanidad, Ley 14/1986, que tiene la condición de norma básica

en el sentido previsto en el artículo 149.1.16 de la Constitución, ya menciona en su Exposición de Motivos el reconocimiento, en el artículo 43 y en el artículo 49 de nuestro texto normativo fundamental, del derecho de todos los ciudadanos, a la protección de la salud, derecho que, para ser efectivo, requiere de los poderes públicos la adopción de las medidas idóneas para satisfacerlo.

La ley, que tiene por objeto la regulación general de todas las acciones que permitan hacer efectivo el derecho a la protección de la salud reconocido en el artículo 43 y concordantes de la Constitución, dispone al regular el sistema de salud, como modelo organizativo propio y característico de los servicios sanitarios públicos, que los medios y actuaciones del sistema sanitario estarán orientados prioritariamente a la promoción de la salud y a la prevención de las enfermedades (artículo 3.1), lo que claramente excede de la simple prestación de un servicio asistencial; que la asistencia sanitaria pública se extenderá a toda la población española (artículo 3.2), y que tanto el Estado como las Comunidades Autónomas y las demás Administraciones públicas competentes, organizarán y desarrollarán todas las acciones sanitarias a que se refiere el Título I dentro de una concepción integral del sistema sanitario (artículo 4.1). Por otra parte, el artículo 18 de la Ley establece que las Administraciones Públicas, a través de sus Servicios de Salud y de los Organos competentes en cada caso, desarrollarán entre otras las siguientes actuaciones: la atención primaria integral de la salud, incluyendo, además de las acciones curativas y rehabilitadoras, las que tiendan a la promoción de la salud y a la prevención de la enfermedad del individuo y de la comunidad, y la asistencia sanitaria especializada, que incluye la asistencia domiciliaria, la hospitalización y la rehabilitación. En el mismo sentido, el artículo 6 de la ley. En cuanto a la organización, dispone el artículo 45 que el Sistema Nacional de Salud integra todas las funciones y prestaciones sanitarias que, de acuerdo con lo previsto en la presente Ley, son responsabilidad de los poderes públicos para el debido cumplimiento del derecho a la protección de la salud.

Es decir, asistencia al individuo y al tiempo actuaciones generales dirigidas a la promoción y aseguramiento de la salud de todos los integrantes de la comunidad, actividades difícilmente dissociables en cuanto que del ámbito de la prestación asistencial se obtienen en gran medida los datos que se utilizarían luego para justificar la adopción y determinar, en su caso, el contenido de las medidas dirigidas a la prevención de la enfermedad y a la protección de la salud pública en general. O bien para no considerar necesaria la adopción de medida alguna.

5. La intervención de los poderes públicos en orden a la satisfacción de los intereses públicos relacionados con la salud, con sometimiento al Derecho Público, no solamente resulta de las disposiciones de la Ley 14/1986, General de Sanidad.

La legislación vigente deposita en manos de los facultativos el ejercicio de facultades que implican una cierta capacidad de coerción con la finalidad de satisfacer necesidades públicas. Así, por ejemplo, el artículo 9.2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de Autonomía del Paciente, dispone que "los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos:

a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes,

de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas".

También son de interés las previsiones contenidas en la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, que regula el Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, en cuyo artículo primero ya se dispone que "esta Ley tiene por objeto establecer las bases reguladoras de la relación funcionarial especial del personal estatutario de los servicios de salud que conforman el Sistema Nacional de Salud, a través del Estatuto Marco de dicho personal", resultando aplicable, según el artículo 2 al personal estatutario que desempeña su función en los centros e instituciones sanitarias de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas o en los centros y servicios sanitarios de la Administración General del Estado.

6. Estos amplios conceptos de función pública y, consiguientemente, de funcionario público, unidos al aumento de la presencia de la Administración, directa o indirectamente, en la vida pública pueden llegar a producir un incremento excesivo de la reacción penal basada en la aplicación de los preceptos que sancionan el delito de atentado a situaciones que pudieran encontrar otras soluciones en otros preceptos del Código Penal. Cabe plantearse si el delito de atentado debería quedar reducido a aquellas situaciones en las que la autoridad o el funcionario desempeñaran funciones públicas caracterizadas por la coerción, en el sentido de capacidad de imponer legalmente el cumplimiento de la determinación o resolución adoptada, bajo la amenaza de sanción, lo cual ordinariamente será atribuible a la autoridad o a sus agentes en cuanto actúan bajo las órdenes o indicaciones de aquélla, y sólo excepcionalmente a los funcionarios públicos. No obstante, sería deseable que esa restricción encontrara un apoyo expreso en una Ley Orgánica, si ese fuera finalmente el designio del legislador.

Segundo.—1. En el caso, el Tribunal acepta con claridad que la víctima, médico de la sanidad pública, tenía la condición de funcionario, pero niega que participara en el ejercicio de funciones públicas, principalmente porque considera que la prestación sanitaria del Sistema Nacional de Salud, constituye un servicio público, pero no una función de la misma clase. Y en segundo lugar, entiende que el dolo exige que el sujeto debe conocer el carácter funcionarial de la víctima, "conocimiento que difícilmente puede inferirse cuando dicha acción típica se dirige contra un sujeto cuya función no exterioriza ninguna manifestación de autoridad". El Ministerio Fiscal, por el contrario, sostiene que se trata de funciones públicas y que dados los hechos el acusado conocía el carácter público de la actuación del agredido.

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

2. La segunda cuestión ha de relacionarse con las particularidades del caso concreto. En el hecho probado se establece que el acusado era paciente del agredido, Médico del Centro de Asistencia Primaria, y que le había atendido extrayéndole una pieza dentaria. Los dos actos agresivos tuvieron lugar tras acudir el acusado a las inmediaciones del referido Centro y claramente en relación con la actividad sanitaria del médico prestada con anterioridad.

Por lo tanto, dada la existencia de un acto médico anterior, el acusado necesariamente sabía que se había desarrollado en un Centro Público, que no había pagado por ello y además, que no existía ninguna razón personal o de otro tipo que pudiera sugerir una actuación filantrópica por parte del facultativo. Por lo tanto, la conclusión ineludible para el autor es que la actividad prestada no se trataba de una actividad privada, sino enmarcada en el funcionamiento público del sistema de salud, de forma que con su agresión no sólo alcanzaba al particular, sino también a intereses públicos consistentes en la protección de la corrección de la función pública.

Consecuentemente, ambos motivos se estiman.

FALLO

Que debemos DECLARAR y DECLARAMOS HABER LUGAR al recurso de Casación por infracción de Ley interpuesto por EL MINISTERIO FISCAL, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Gerona (Sección Tercera), con fecha veintiocho de septiembre de dos mil seis, en causa seguida contra Lucas, casando la Sentencia de la Audiencia Provincial y procediendo a dictar segunda

sentencia conforme a Derecho. Con declaración de oficio de las costas procesales.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió interesando acuse de recibo.

SEGUNDA SENTENCIA

ANTECEDENTES

Único.—Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.—Por las razones expuestas en nuestra sentencia de casación, procede condenar al acusado Lucas como autor de un delito de atentado de los artículos 550 y 551.1 a la pena de un año de prisión y como autor de un delito de lesiones del artículo 148.1.º concurriendo la agravante de alevosía en concurso ideal del artículo 77 con un delito de atentado de los artículos 550, 551.1 y 552.1, todos del Código Penal a la pena de cinco años de prisión, manteniendo los demás pronunciamientos de la sentencia de instancia.

FALLO

Que **DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS** a Lucas como autor de un delito de atentado de los artículos 550 y 551.1 a la pena de un año de prisión y como autor de un delito de lesiones del artículo 148.1.º concurriendo la agravante de alevosía en concurso ideal del artículo 77 con un delito de atentado de los artículos 550, 551.1 y 552.1, todos del Código Penal a la pena de cinco años de prisión, en ambos casos con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Asimismo, manteniendo los pronunciamientos de la sentencia de instancia, se le condena a la prohibición de acercarse a Luis Enrique durante cinco años a una distancia inferior a 500 metros y de comunicarse con él, y a indemnizar al citado Luis Enrique en la suma de 64.592 euros más los intereses del artículo 576 de la LEC.

Voto particular que formula el Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta, contra la sentencia núm. 1030/2007, dictada en el recurso de casación n.º 759/2007

Desde el respeto a mis compañeros expreso a través del presente voto particular mi disensión a la misma, resumiendo los argumentos que expuse en la deliberación.

La razón de mi discrepancia no radica en la condición de funcionario público del médico de la seguridad social que fue objeto de una agresión injustificada y que el tribunal de instancia subsumió en el delito de lesiones. Tampoco, respecto a las consideraciones que en la Sentencia de la mayoría se realizan sobre la importancia de la sanidad y su relación con la función pública. Mi discrepancia se concreta en la

aplicación, a los hechos declarados probados, del tipo penal del atentado pues entiendo que desde el ámbito de aplicación de la norma, art. 550 del Código penal, los hechos caen fuera de ese tipo penal al no resultar afectado el bien jurídico objeto de protección de la norma.

La sentencia de la que discrepo parte de un aserto principal: "Abandonada la conceptualización del bien jurídico protegido por el delito de atentado como referencia al principio de autoridad, se ha identificado aquél con el orden público, entendido como aquella situación que permite el ejercicio pacífico de los derechos y libertades públicas y el correcto funcionamiento de las instituciones y organismos públicos, y consiguientemente, el cumplimiento libre y adecuado de las funciones públicas, en beneficio de intereses que superan los meramente individuales. En definitiva, se sancionan a través de estos preceptos los hechos que atacan el normal funcionamiento de las prestaciones relativas al interés general que la administración debe ofrecer a los ciudadanos". Concluye la argumentación afirmando que la extensión que, como consecuencia de una ampliación del concepto de orden y función pública se produce, "puede llegar a producir un incremento excesivo de la reacción penal", pero entiende que la restricción tendría que venir dada por una legislación expresa que así lo dispusiera, "sería deseable que esa restricción encontrara un apoyo expreso en una Ley Orgánica, si ese fuera el designio del legislador".

Mi discrepancia se concreta en esta ampliación del concepto de orden público que proporciona la Sentencia: del principio de autoridad, abandonado por su conexión al régimen anterior, a otro, mas amplio y ambiguo, la actividad prestacional que desarrolla el Estado. Desde esa concepción tan amplia, basta que una acción agresiva se realice contra un funcionario público, o una Autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, para integrarla en el delito de atentado, lo que supone, como se dice, un incremento en la reacción penal que, a mi juicio, puede ser restringida desde una interpretación actualizada del bien jurídico, el orden público conforme al Título XIII del Código penal, que contempla diversas conductas contrarias al mismo, una de ellas el acometimiento a los funcionarios públicos. Es preciso delimitar los funcionarios a los que se refiere, si a todos los que prestan un servicio público o, por el contrario, el ámbito de aplicación de la norma se restringe respecto a los encargados del mantenimiento del orden público. Por lo tanto, es el orden público el elemento esencial sobre el que debe indagarse para dar un contenido al tipo penal del atentado y desde ese entendimiento indagar el ámbito de lo prohibido en el tipo penal del atentado.

La jurisprudencia de esta Sala ha realizado ese cambio en la concepción del orden público y, en este sentido, la Sentencia de la mayoría es consecuente con nuestros precedentes jurisprudenciales que se recogen en la Sentencia de la que discrepo. También a los criterios jurisprudenciales de la Sala III del Tribunal Supremo, por todas STS III de 17 de febrero de 2003, que recoge la STC 6/1983, "En el momento actual, el concepto de orden público es el normal ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas", variación que ya había iniciado el Tribunal Constitucional, STC, de 29 de marzo de 1990, al señalar "hemos tenido ocasión (STC 43/86) de declarar que dicho concepto de orden público ha adquirido una nueva dimensión a partir de la vigencia de la Constitución".

Este cambio en la interpretación del bien jurídico se ha realizado sin atisbar las consecuencias que el mismo produciría respecto a las agresiones a los funcionarios y, ahora, la propia Sentencia de la que disiento expresa su recelo ante un incremento excesivo de la reacción penal y llama al legislador para que lo restrinja sin postular un criterio limitativo acorde con el bien jurídico protegido, conforme al Título XIII del Código.

Ciertamente existen tipos penales en los que no es necesario acudir al bien jurídico protegido, pues existe una voluntad decidida del legislador de punir determinadas conductas en las que no es necesario acudir a criterios teleológicos para concretar el ámbito de lo sancionado, pero en otros delitos, como el atentado, es preciso indagar el mismo para no llegar a una desmesurada aplicación y extensión de la tipicidad como resulta del criterio sustentado por la Sentencia que abre la aplicación del tipo a todo acometimiento realizado contra funcionario público en el ejercicio, o con motivo, de funciones de esa naturaleza aunque estén desconectadas del mantenimiento o imposición del orden público. Al entender que el bien jurídico protegido es la actividad prestacional del Estado, toda actividad realizada por un funcionario público es potencialmente susceptible de ser considerada sujeto pasivo del delito de atentado, salvo que se acuda a criterios elitistas, totalmente inadecuados. Esa desmesura en la tipicidad creo no aparece cubierta por el tipo del atentado, siendo precisa una clarificación del bien jurídico, orden público, para delimitar el ámbito de aplicación de la norma.

Como señaló la STS III de 27 de noviembre de 2002, el concepto de orden público no es de fácil definición, "no ya solamente por su difícil concreción desde un punto de vista conceptual, sino por el sentido (variable) que se le ha venido atribuyendo a tenor de las distintas etapas de la vida pública del país. Ha ocurrido que el abuso de la noción de orden público en la historia constitucional española, y muy especialmente durante la etapa anterior a la vigente Constitución, provocó recelos en el Constituyente y, luego, en el Legislador a la hora de utilizar dicho concepto".

Esas dificultades se trasladan a otros conceptos con los que aparece asociado. Así, en el concepto de Autoridad hemos de tener en cuenta la diferenciación que resulta de su consideración de órgano encargado de velar por un orden público establecido por un ordenamiento anterior al vigente y caracterizado por la restricción de derechos fundamentales, a otro, en el que el papel de la autoridad es el contrario, garante de los derechos constitucionales y con capacidad de actuar la coerción, mando, para asegurar el desarrollo de los derechos individuales y colectivos de los ciudadanos. Pese al contenido diferenciado, antes restricción y ahora garante de su ejercicio, subsiste el elemento esencial derivado de la potencialidad de que sus decisiones sean coactivas respecto a los ciudadanos, precisamente, para garantizar el mantenimiento del orden público derivado de la Constitución.

La asociación entre normas esenciales de la convivencia y posibilidad de coerción, la encontramos siempre en las nociones de "orden público". Así si asociamos la locución "orden público" al ordenamiento jurídico, nos referimos al conjunto de normas, valores, principios, tenidos como absolutamente obligatorios para la conservación de una sociedad en una época determinada, caracterizado por la indisponibilidad de las partes y su aplicación de oficio por los tribunales (STS, Sala I de 5 de abril de 1996). Si lo referimos a la seguridad ciudadana, el orden público

va vinculado a las potestades coercitivas de la administración, a las normas de policía, para el mantenimiento de unos valores esenciales de la convivencia.

De cuanto llevamos señalado podemos anticipar que el orden público se integra por el conjunto de valores y derechos constitucionales de una sociedad, indisponibles por los ciudadanos, e incluye, como requisito de su protección la potestad coactiva de la administración para preservar su mantenimiento.

En derecho penal, el art. 24 del Código nos define a la Autoridad como la persona que "tenga mando" o ejerce jurisdicción. Dejando aparte el ejercicio de la jurisdicción, como capacidad para la resolución de conflictos sometidos a la jurisdicción, nos interesa el ejercicio del mando, esto es, la capacidad para imponer conductas que están dispuestas democráticamente para asegurar la convivencia social y que inciden en la libertad de los ciudadanos, esto es funciones que afectan al control, que son desarrolladas para garantizar el ejercicio de los derechos de los ciudadanos. El mantenimiento del orden público constitucional es una función esencial de la Autoridad y, por ende, de los funcionarios públicos y de los agentes de la Autoridad.

El orden público, en la medida en que su mantenimiento puede suponer una restricción a los derechos y al ámbito de libertad de los ciudadanos, es un concepto de interpretación restrictiva y excepcional, de donde ha de deducirse que no se rellena con toda la actividad prestacional que desarrolla el Estado, sino respecto de aquellos actos de ordenación y control de la convivencia social. La eficacia del concepto de orden público así elaborado representa un mecanismo de articulación en el proceso dialéctico entre la libertad y la pacífica convivencia social. "El ordenamiento al disponer la obligación de la administración de servir con objetividad intereses generales asume ciertas tareas y funciones que garanticen unos niveles mínimos en la seguridad, en la tranquilidad, en la salubridad y en la moralidad pública niveles mínimos necesarios para asegurar la convivencia ciudadana pacífica; e, incluso, en su concepción amplia para asegurar el normal funcionamiento de los servicios públicos" (STS III de 27 de noviembre de 2002), pudiendo utilizar, con las debidas prevenciones, la coerción. Como señaló la STC 33/1982, "el orden público, en su vertiente de seguridad pública, comprende la actividad administrativa dirigida a hacer posible el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano que son finalidades inseparables y mutuamente condicionadas".

Así considerado, los ataques objeto de la protección penal en el delito de atentado son los que pueda recibir los funcionarios que actúan en la actividad administrativa dirigida a ordenar y controlar el orden público, en los términos señalados, para garantizar el ejercicio de los derechos constitucionales de los ciudadanos. La actividad protegida por el tipo penal no comprende, desde la perspectiva expuesta, toda la actividad prestacional del Estado, sino aquellas funciones, desarrolladas por funcionarios que inciden en la libertad de los ciudadanos, asegurando el normal funcionamiento de los valores democráticos y el correcto ejercicio, por todos, de los derechos fundamentales. Entre esas funciones ha de incluirse las desarrolladas por funcionarios de policía, los integrantes del poder judicial, los que ejercen funciones de inspección y control en distintas áreas... etc., entre los que cabe incluir a los

funcionarios de la seguridad social en cuanto impongan restricciones u ordenen la observancia de normas de seguridad o de sanidad. Quedaría excluida de la tipificación en el delito de atentado, y su punición correspondería, en su caso, a los tipos penales de lesiones o contra la libertad, aquellas conductas de acometimiento al funcionario por actos, propios de la función pública, pero desconectados del orden público, como la respuesta agresiva a un funcionario público por un acto médico.

Desde la perspectiva expuesta entiendo que la agresión al médico de la seguridad social producida en respuesta a un acto médico no debe ser tipificado en el atentado, y sí en las lesiones, por lo que la impugnación del Ministerio fiscal, en el presente recurso, debió ser desestimada, pues como se ha expuesto, la acción agresiva hacia al funcionario no afecta, en los términos expuestos, al orden público.