

LAS AGRESIONES ⁽¹⁾ A PERSONAL SANITARIO: PROPUESTA PARA UNA REFORMA PENAL ^(*)

Elena Martínez-Zaporta Aréchaga
Abogada; Máster en Derecho Sanitario.
Bufete Amorós de Valencia

Rafael Fernández-Delgado Momparler
Abogado. Bufete Amorós de Valencia

Índice: I. Introducción: piezas que no encajan. II. Violencia social, violencia laboral y derecho penal. III. El Delito de Atentado. IV. La condena como Atentado de las agresiones a determinados Funcionarios Públicos. V. Propuestas para el legislador.

I. INTRODUCCIÓN: PIEZAS QUE NO ENCAJAN

Desde comienzos del año 2007 hasta bien entrada el año 2008, se han sucedido en la prensa y en los

* Trabajo presentado al IV Premio Derecho y Salud

¹ Sobre la conveniencia de utilizar el término “agresiones”: carece de contenido típico penal en sí mismo (salvo que sea puesto en relación con otros términos como en los arts. 148. 1º, 178 y ss., 552.1º y 607 bis 2.2º CP y exceptuando el concepto de agresión ilegítima del art. 20.4º.1º del mismo texto legal); es el que predomina en los documentos suscritos para reforzar su castigo -como veremos a lo largo de este trabajo-; es susceptible de aglutinar el conjunto de acciones delictivas de las que pueden ser objeto los profesionales (lesiones, amenazas, insultos o vejaciones, según han sido descritos en los estudios estadísticos previos, tales como el mencionado en la nota 24; y en la STS (Sala de lo Penal) de 9.10.1992 al tratar un caso de atentado, “agresión” se equipara a la acción de “acometimiento” “como una de las modalidades (quizá la más caracterizada y grave) de atentado”. Además, coincide con los usos correctos aceptados por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua para designar “un acto contrario al derecho de otra persona”, y también es el “acto de acometer a alguien para matarlo, herirlo o hacerle

portales informativos colegiales, diversas noticias que anuncian con gran entusiasmo y con aspecto de planificación inter-institucional², intenciones, actuaciones

daño” (esto último entendido en sentido figurado, según anotación propia del compendio lingüístico, que recoge asimismo el dolor psíquico), acogiéndose finalmente esta acepción por ser la más acorde (vid. CALIZ CALIZ, R., “La asistencia jurídica activa al personal de los servicios de salud. El fenómeno de las agresiones”. Revista Derecho y Salud. Vol. 14, marzo 2006, Extraordinario del XIV Congreso de Derecho y Salud (participación en la Mesa Redonda).

² Puesto que si bien los interesados comparten el común denominador de tener naturaleza pública y autonomía y personalidad jurídica propia, pertenecen a distintos niveles gubernamentales. Esto es, el art. 1 de la Ley 2/1974, de 13 de Febrero, de Colegios Profesionales (modificada mediante Ley 74/1998, de 26.12; por Real Decreto-Ley 5/1996, de 7.06; por Ley 7/1997, de 14.04; por Real Decreto-Ley 6/1999, de 16.04 y por R Decreto-Ley de 6/2000, de 23.06) establece que, “Son corporaciones de derecho público, amparadas por la Ley y reconocidas por el Estado, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines”. Y aunque los Estatutos de Autonomía suelen atribuir la competencia exclusiva en materia de “Colegios Profesionales y ejercicio de las profesiones tituladas, sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 36 y 139 de la Constitución” -que refleja el art. 49.22 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valen-

y hechos consumados llevados a cabo a fin de obtener el objetivo de dotar de mayor protección a los trabajadores del Sistema Nacional de Salud, cuando sufren un altercado violento protagonizado por los usuarios de estos servicios (pacientes o acompañantes).

Las Instituciones actuantes parecen haber creado un “triángulo protector”³ sustentado en cada uno de sus vértices por las Fiscalías Territoriales⁴, la Administración Autonómica sanitaria y los Colegios Profesionales. Pero esta disposición lejos de suponer un refugio seguro y bien trazado para garantizar la represión y disuasión de conductas violentas, no es sino una frágil urna de cristal, pendiente aún de basamento y estructura firmes, aunque el esfuerzo sea de agradecer y desde luego es positivo.

ciana-, para la creación de Colegios Profesionales con ámbito de actuación autonómica, “sin perjuicio del ámbito territorial de los ya existentes” –Ley de la Generalitat 6/1997, de 4 de diciembre, de Consejos y Colegios Profesionales de la Comunidad Valenciana, por continuar con el ejemplo anterior-: “No por eso, sin embargo, se ha llegado a concluir que esas Corporaciones se integran en la Administración” (Fº Jº 4º in fine de la STC 89/1989, de 11 de mayo, que trata de su naturaleza jurídica, y que es citada en el Dictamen 907/2007 del Consejo Jurídico Consultivo de esta misma Comunidad). Por su parte, la Ley 50/1981, de 30 de diciembre (modificada por la Ley 24/2007, de 9 de octubre), que regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, dice en su art. 2 que “Es un órgano de relevancia constitucional con personalidad jurídica propia, integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial (...)”, relatándose los órganos que lo conforman y una breve explicación de su funcionalidad en los arts. 12 y 13 del mismo texto legal. En cuanto a las Comunidades Autónomas el art. 2 (principio de autonomía), 137 (autonomía de gestión) y 143 CE (acceso a su autogobierno) la reconocen como la célula territorial más importante en la estructura organizativa del Estado.

³ “El papel del Estado en la regulación de la profesión médica es obvio y aunque las modalidades que adopta tal regulación varían grandemente en los diversos países, en todos ellos, sin embargo, la manera como se resuelven los problemas propios del nuevo modelo médico-sanitario y como influyen en la relación triangular estado-sociedad-profesión depende, en gran manera, de la capacidad de esta última de introducir reformas en su seno”. P. 18. en “El nuevo profesionalismo médico. Una ideología expresada en conductas”, que figura como aportación a la Monografía nº 7 de HUMANITAS, REVISTA DE HUMANIDADES MÉDICAS, Nº 7, La Profesión Médica: los retos del milenio, editada por la Fundación Medicina y Humanidades, www.fundacionmhm.org/edicion.html.

⁴ A través de los Fiscales Superiores de cada Comunidad Autónoma, en la mayoría de los casos, y por iniciativa de las Fiscalías Superiores en algunos casos, como por ejemplo la de Alicante.

La primera crítica surge de facto: cada entidad de las descritas se mueve en círculos concéntricos puesto que ninguna por sí sola puede atajar el problema, y sólo se podría llegar al centro estableciendo relaciones secantes, porque la actuación de cada una lo es en el límite de sus competencias. Así, el Ministerio Fiscal mediante Convenios de colaboración⁵, circulares e instrucciones de unificación de criterios⁶ ofrece –si bien no siempre explícitamente⁷– la posibilidad de lograr penas más duras para los infractores, añadiendo a la calificación de la acción de que se trate (porque se haya causado una lesión, una amenaza o vejación) la del delito de atentado y propugnando la inmediatez en el enjuiciamiento de los casos, sin descartarse que su tramitación pueda ser deducida como Juicio Rápido (si concurren los requisitos del art. 795 LECrim), y siendo favorables a la solicitud de Medidas Cautelares específicas como las Órdenes de Alejamiento. Las Consejerías de Salud autonómicas: han elaborado Planes de Prevención de agresiones⁸, han

⁵ Como el suscrito el pasado 5 de Mayo de 2008 entre la Fiscalía de la Comunidad Autónoma de Madrid y el ICOMEM (Ilustre Colegio Oficial de Médicos de Madrid) en Materia de Agresiones contra Médicos para dicha Comunidad y que puede ser descargado en archivo pdf en www.

⁶ Murcia, Valencia, Cataluña, Córdoba, etc. PAÍS, A. “La agresión a personal médico, un delito”. *El Médico Interactivo*. 21/03/2007.

⁷ El Convenio de Colaboración citado en la nota 5 incluye un ANEXO en cuyo punto 3 hace un listado de las actuaciones a realizar por la Fiscalía, y en él no incluye el compromiso de calificar los hechos como Delito de Atentado, pero proclama en el apartado c) que: “Todo atentado, toda amenaza o toda coacción graves que den lugar a la incoación de un procedimiento por delito, tendrán la consideración de delito público, por lo que el perdón del ofendido o la renuncia a la indemnización no extinguirán, en ningún caso, la acción penal (arts. 106, párrafo 1º LECrim).

⁸ Tales planes aparecieron en la Comunidad Autónoma de Murcia (2005), Andalucía (2005) y Baleares (2005), Canarias (2006) y otras. Sin embargo, en el año 2004 la Consejería de Sanidad y Consumo de Madrid dictó la Orden 212/2004, de 4 de Marzo (BOEM núm. 63/2004), “por la que se establecen las Directrices y líneas generales para la elaboración de planes de prevención y atención frente a potenciales situaciones conflictivas con los ciudadanos en los centros e instituciones sanitarias públicas y se crea la Comisión de Seguimiento”. Ésta fue modificada por la Orden 683/2006, de 24 de Marzo (reforma el art. 7) por la que se adscribe la Comisión Central de Seguimiento a la Viceconsejería de Asistencia e Infraestructuras Sanitarias y fija sus miembros (entre ellos con la categoría de Vocales permanentes –arts. 7.3 d) y e)- el titular de la Dirección General de Aseguramiento y Aten-

creado Registros de inscripción de aquéllas con los que dar lugar a informes estadísticos y, han dirigido y están dirigiendo Programas de formación⁹ y Campañas de sensibilización a la población, también de advertencia de las posibles consecuencias¹⁰. Las organizaciones colegiales han iniciado la mayoría de las veces las conversaciones con las Fiscalías, tras

ción al Paciente –que indica quién pertenece como paciente al SNS-, y un Letrado de los Servicios Jurídicos de esta Consejería –“adscrito al Servicio Madrileño de Salud”-). Pero en el entorno médico y periodístico se critica que durante años las comisiones de trabajo previstas han estado paradas, sin dar forma a las encomiendas, pese a ser la primera unidad territorial que, incluso, reguló la conveniencia de tales Planes. De hecho, el programa previsto no se ha culminado hasta la Orden 22/2008, de 21 de enero, por la que se ha creado el fichero de datos de carácter personal, denominado Fichero PRPSC –Plan Regional de Prevención de Situaciones Conflictivas-, dependiente de la Dirección General de Recursos Humanos de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid. Ésta contiene un ANEXO con las instrucciones para añadir los datos correspondientes, que se divide en dos partes: a) los referentes al agredido, los hechos, el agresor –sin llegar a identificarlo-; b) los referentes a la concreta acción emprendida y a su seguimiento. En el art. 6 se dice que: “La aplicación surge por la necesidad de cubrir una serie de necesidades: - Centraliza toda la información referente a las agresiones; - Unificar todos los documentos de denuncia que existen en la Comunidad de Madrid; - Explotación agregada respecto de unos determinados datos; - Tácticas de prevención en base a la explotación de los datos”.

⁹ Destinadas a los Profesionales para aprender a manejar a pacientes de los que quepa esperar una respuesta agresiva y poder llegar a evitar el conflicto.

¹⁰ Destacando el impulsado por los Colegios de Enfermería de Castilla – La Mancha, adoptado por Canarias y otras Comunidades, que rezaba “La Agresión no es la Solución”, el llevado a cabo por el Colegio de Médicos de Valencia en 2005, “El médico siempre está”; y el reparto de carteles en Madrid que incluso desató una polémica judicial al ser denunciada por la Asociación de Defensa del Paciente –la cual insistía en el tono coactivo de los mismos- pero que fracasó en los Tribunales. El cartel decía simplemente: “El Colegio de Médicos en su obligación de velar por la profesión para asegurar la salud de los madrileños advierte que en caso de amenazas o agresiones físicas o verbales a los médicos, denunciará por la vía penal al agresor, dada la condición de autoridad que es inherente al médico en el desarrollo de sus funciones”. Quien relata estos hechos es MARTÍN-PEREDA RODRÍQUEZ, J.M. “Las agresiones a médicos y sanitarios. Causas y Remedios”. Actas del XII Congreso Nacional de Derecho Sanitario 2005. p.p. 17 – 21. En su opinión: “No se trata a los madrileños de potenciales agresores, pues no hay potencial que valga, sino se advierte al que piensa tomar esta vía delictiva de las consecuencias contra los delincuentes que, en las filas de pacientes o familiares, en lugar de acudir a las vías legales, acude a los punibles (...). Además, tiene razón el Colegio de Médicos de Madrid, el cartel defiende a los propios pacientes que se sienten agredidos de la actuación de los violentos”.

poner a trabajar en el asunto a la Asesoría Jurídica correspondiente¹¹, han establecido un servicio para tramitar directamente con este Ministerio las denuncias que se interpongan¹² y han suscrito seguros de defensa específicos para estas ocasiones, con lo que al colegiado le sale gratis la representación por el Procurador y ser atendido por su Abogado.

Pero:

1) El art. 2 *in fine* del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal establece que éste “(...) ejerce su misión por cualquier medio de órganos propios, conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los principios de legalidad e imparcialidad”. ¿Es correcto que los Fiscales españoles declaren públicamente cuál va a ser el contenido de la acción penal cuando se agrede principalmente a los médicos y enfermeros (y ahora también a maestros), si Magistrados, Doctrina y Letrados no están completamente seguros de que estas conductas sean tipificables a través del art. 550 CP?¹³ ¿Es conveniente que se

¹¹ Vid. Comunicaciones en el XII Congreso Nacional de Derecho Sanitario convocado por la Asociación Española de Derecho Sanitario en el año 2005, realizada por los Letrados del Colegio Oficial de Médicos de Jaén, Doña M^a Jesús Alarcón Vena y Don Juan José Ruiz de Aldana y Bellido.

¹² Cataluña, La Rioja, “Terra”, 29 de Julio de 2005, asistencia gratuita en Valencia y La Rioja, “Yahoo! Noticias, 1 de Julio de 2005.

¹³ Una STS (Sala de lo Penal, Sección 1^a), núm. 1030/2007, de 4 de diciembre (JUR 2008,648), efectivamente acepta la calificación de Atentado, pero con el Voto Particular del Excmo. Sr. Andrés Martínez Arrieta, quien muestra sus dudas en cuanto al Bien Jurídico protegido, a si puede extenderse o no el concepto de “Orden Público” al desempeño de funciones en la Sanidad por el hecho de ser funcionario -en este caso a los médicos-, si puede decirse que éstos encarnan realmente a la “autoridad” y si estas extensiones interpretativas son correctas. Dichas dificultades se exponen tomando como partida una dudosa aclaración contenida en el propio fallo general, donde se llega a la cuestionable conclusión de que tendría que ser una Ley Orgánica la que restringiera las posibilidades de aplicación de este delito (F^o J^o 1^o punto 6: “Cabe plantearse si el delito de atentado debería quedar reducido a aquellas situaciones en las que la autoridad o el funcionario desempeñaran funciones públicas caracterizadas por la coerción, en el sentido de capacidad de imponer legalmente el cumplimiento de la determinación o resolución adoptada, bajo la amenaza de sanción, lo cual ordinariamente será atribuible a la autoridad o a sus agentes en cuanto actúan bajo las órdenes o indicaciones de aquella, y solo excepcionalmente a los funcionarios públicos. No obstante, sería deseable que esa

filtren a la prensa decisiones concretas sobre procedimientos aún vigentes?¹⁴ Además, *la realidad es que son los jueces y no los fiscales los que resuelven las controversias y quienes deciden el destino de un acusado, tomando en cuenta las evidencias o pruebas presentadas en un juicio, a través de las Sentencias. Son los jueces quienes tienen la potestad jurisdiccional, y sus únicos protocolos a seguir son los del imperio de la Ley*¹⁵.

restricción encontrara un apoyo expreso en una Ley Orgánica, si ese fuera finalmente el designio del legislador. Es cierto también que no abundan los trabajos reflexivos sobre el particular, siendo el discurso más serio el del Dr. en Derecho, DON FRANCISCO JAVIER ENÉRIZ OLAECHEA, Defensor del Pueblo de Navarra, presentando "Administración Sanitaria y Violencia Laboral: propuestas frente al problema", publicado en Derecho y Salud, Vol. 15, núm. 2 (Julio – Diciembre de 2007), y que posteriormente fue editado por el servicio de ediciones del Defensor del Pueblo en Febrero de 2008, como "Informe especial sobre la Violencia en el ámbito de la Administración Sanitaria", además de ser finalmente publicado en el B.O. del Parlamento de Navarra (núm. 24) el 11 de Marzo de 2008. Como principal novedad y como colofón al tratamiento penal de estas conductas incorrectas, propone que el establecimiento de infracciones administrativas (por incumplir los deberes impuestos por el art. 11 de la Ley General de Sanidad y sus homónimos en las legislaciones de cada Comunidad Autónoma) dado su art. 35 y que: "Por tanto, con carácter de regla general, sin otra excepción que los casos extremos de lesiones muy graves, me parece más propicia que el delito de atentado (cuya argumentación puede aparecer jurídicamente más forzada) la imposición por la Administración de una sanción administrativa con posibles varios tipos de acciones, que castigue al autor de estos actos de acometimiento, intimidación, empleo de fuerza en grado mínimo o resistencia al personal sanitario" (Vid. p. 37 del Boletín del Parlamento navarro que coincide con la p. 231 de lo publicado en Derecho y Salud).

¹⁴ En Octubre de 2007 en una noticia que aparece en el periódico digital www.teleprensa.net de Almería, figura como documento adjunto lo siguiente: "FISCALÍA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALMERÍA. En relación al escrito de fecha 20 de agosto de 2007, presentado por Vd. en esta Fiscalía en representación de la Asociación Profesional y Sindical de Médicos de Almería, pongo en su conocimiento que el Ministerio Fiscal ha interesado del Juzgado de Instrucción nº 2 de Almería la transformación del Juicio de Faltas núm. 119/07 incoado por dicho Órgano Judicial en Diligencias Previas para el enjuiciamiento de los hechos acaecidos el día 3 de Mayo de 2007 en el Servicio de Urgencias del Complejo Hospitalario de Torrecardenas de esta ciudad como un posible delito de atentado a funcionario público".

¹⁵ DE LORENZO Y MONTERO, R. en Redacción Médica el 28 de Septiembre de 2007, Núm. 633. Año III. Sección "Por Ley. Ecos y Comentarios." <http://www.redaccionmedica.com/indexhtm.php?id=633>. También en ENÉRIZ OLACHEA, F.J. Op. cit. p. 227 (artículo en DS): "No obstante, no puede olvidarse que compete al juez determinar en cada caso, a la vista de los

2) Al margen de la potestad conferida a las Comunidades Autónomas para poder instar denuncias si se arremete contra sus funcionarios (compatible con nuestro sistema antiformalista del acceso a la Jurisdicción Penal), es importante distinguir que puede y debe actuar en tres aspectos que han de ser diferenciados:

- Por un lado, para evitar su responsabilidad como "agente empleador" en el cumplimiento de la normativa de Prevención de Riesgos Laborales^{16 17}. Es claro que no puede priorizar a unos trabajadores en detrimento de otros. Quiere esto decir, que su obligación es la de procurar la misma "asistencia jurídica activa" a cualquier víctima, y que su reac-

hechos y con arreglo al Código Penal la calificación procedente: a') si son constitutivos de un delito o de una falta; b') si son constitutivos de delito, si lo es de lesiones o de atentado a la autoridad o funcionario público; y c') si constituyen una falta, si es de lesiones o simplemente de amenazas y vejaciones (...)

¹⁶ Según veremos en el próximo epígrafe, el "fenómeno de las agresiones" (expresión difundida por ya apuntado, XII Congreso Nacional de Derecho Sanitario, 20 – 21 de Octubre de 2005, título de una de las Mesas Redondas a que pertenece la ponencia que destacamos seguidamente) al producirse en un contexto laboral (el lugar en que ocurre o en que agresor y agredido se conocen es el centro de trabajo habitual de este último, y en el tiempo, aparece con ocasión del desempeño de las funciones del puesto de cada cual), merece que se les apliquen medidas de Prevención en los oportunos planes, lo que no excluye a la Administración, pues la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, en su Exposición de Motivos (apartado III) la incluye específicamente. De hecho en el seno de la OIT (Ginebra en 2002), se redactaron unas Directrices Marco a considerar para frenar esta cuestión en los Centros de Trabajo Sanitarios, conceptuando tal fenómeno como "violencia laboral" (ENÉRIZ OLAECHEA, J.F. Op. cit. p. 222, ofrece al fin una definición de violencia sanitaria, como parte específica de la anterior, en p. 223).

¹⁷ Para LUZÓN CUESTA, J.M. en "Los ilícitos penales", (Actas del XII Congreso Nacional de Derecho Sanitario), si se demuestra que la conducta penalmente reprobable se produjo por ausencia de seguridad en el lugar donde trabajaba el agredido, el organismo público del que éste dependa sería Responsable Civil Subsidiario (p. 30). Igualmente, MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M., Op. cit. p. 12 dice que, además, la responsabilidad puede resultar de dos frentes: "No debería olvidar que en caso de agresión a alguno de los sus trabadores el Director del Centro es responsable del incumplimiento del deber de proteger adecuadamente al personal que allí trabaja. y, en determinados supuestos, de la falta de previsión ante la existencia de posibles situaciones de riesgo de los profesionales".

ción jurídico-procesal¹⁸ esté sistematizada y sea siempre la misma.

- Por otro, tendrán que coordinarse las funciones encomendadas a los Servicios Públicos de Salud cuando actúan como “colaboradores de la Justicia”¹⁹, con las de Bienestar Social²⁰ y Salud Pública debiéndose encargar estudios epidemiológicos *ad hoc*.
- Por último, lo mismo que transmite instrucciones para abordar situaciones de Emergencia como incendios u otras catástrofes, el proceso formativo no sólo ha de referirse a médicos y enfermeros, sino al resto de trabajadores habiendo de estar capacitados para actuar de modo también coordinado, posibilitando que se lleve a efecto con el conjunto de dispositivos de seguridad que muchos Hospitales ya han instalado en sus recintos²¹.

No obstante, a diferencia de los Colegios que no pueden decidir como sí lo pueden hacer las Administraciones Sanitarias, es preciso que no caiga en el olvido que tienen competencia para legislar e imponer sanciones²², que el fin de la Administración es

administrar para los ciudadanos y ser tratados con igualdad, y que la respuesta penal ha de ser siempre impulsada cuando han fracasado otros recursos, a tenor del principio de intervención mínima. ¿Puede afirmarse, por tanto, que éstas han hecho todo lo posible intentando reducir el número de estas conductas con otras fórmulas legítimas o se están apuntando a la corriente penal de manera acomodaticia?

3) Los estamentos colegiales se han movido conjuntamente bien a través de los Colegios provinciales, bien unificándose entre los existentes en una Comunidad, y comprometiendo asimismo a su Consejo General que ya cuenta con un “Grupo de Trabajo de Agresiones a Profesionales”²³. También esto es predicable de los Colegios de Enfermería²⁴. Justifican su intervención tanto para lograr el refuerzo del prestigio perdido de sus profesionales, como para la defensa de los intereses de ese sector. La previsión del

de la Ordenación Sanitaria de esta Comunidad, tanto a nivel competencial como de ejecución, y que puede ser acogido sin problemas por sus homónimas en el resto del territorio nacional. Si bien sin descuidar la competencia que para la legislación básica estatal sigue correspondiendo a las Cortes Generales.

²³ En www.cgcom.org/book/export/html/344.

²⁴ Entre otras, puede señalarse la Comunicación con la que se clausuraron las “Jornadas sobre Violencia Laboral en el ámbito sanitario” del día 14 de Noviembre de 2007 y que el Colegio de Guipúzcoa dirige al Fiscal Jefe de la Audiencia Provincial que acudió a estos actos. Celebradas los días 13 y 14 de Noviembre de 2007 en San Sebastián. En el apartado de Noticias de la web, www.coegi.org. En su encabezado se lee: “El colegio profesional solicita actuar como intermediario en la denuncia, protegiendo la identidad de su colegiado y realizando todo el trámite necesario, al igual que los médicos”. Básicamente lo que se pretende es canalizar las denuncias a través del Colegio, para que sea el domicilio de éste el que conste, asegurando su llegada directa a la Fiscalía, y protocolizar este método para que sea adoptado por Álava y Bizcaya. Muchos estudios estadísticos previos se deben a los Colegios de enfermería, demostrando ser el sector más agredido puesto que es consustancial a su trabajo y a las funciones de cuidado que tienen encomendadas, el trato permanente y directo con el paciente y los que le rodean. Vid. introducción de ENÉRIZ OLAECHEA, Op. cit, p. 218 y GASCÓN, S., MARTÍNEZ-JARRETA, B., y OTROS, “Análisis Médico-Legal de la Violencia en el medio sanitario. Estudio de la incidencia del impacto para la salud psíquica de las agresiones a profesionales de la salud”, en Medicina Clínica, Vol. 128, nº 8, 2007, p.p. 307 – 310, expuesto como lección magistral en Noviembre de 2006 en el III Master de Derecho Sanitario y Bioética, UCLM, Facultad de Derecho de Albacete. (También en El Periódico de Aragón, edición digital, de 26/08/2006 y Suplemento de Salud nº 700 de El Mundo.

¹⁸ Tanto en Murcia, Andalucía, Cataluña los hechos son denunciados por el propio Centro a través del mismo cauce que el previsto para los accidentes de tráfico, lo que asegura la naturaleza “pública” de la denuncia y garantiza cierta privacidad al médico en cuanto a sus datos personales, al ser una entidad la que se persona en el proceso. Vid. los compromisos del MF en el Convenio firmado en Madrid con el COMEM.

¹⁹ Ha de hablarse aquí de los Protocolos redactados para la asistencia y recogida de muestras sobre personas que han sufrido maltrato sea de género o familiar, violaciones, así como para emitir los informes de lesiones de diversa índole (tráficos u otros), suponiendo ésta una colaboración judicial inestimable, contribuyendo así a las Diligencias de investigación de los delitos e identificación de culpables. Un ejemplo importante lo encontramos en el art. 15 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de Protección Integral contra la Violencia de Género.

²⁰ En cuanto impulsa medidas y ayudas para determinados sectores desfavorecidos de la población o cuya problemática (como en el caso de salud mental) es necesario absorber desde una óptica igualmente preventiva.

²¹ Cámaras de seguridad, alarmas luminosas silenciosas, mayor presencia de personal uniformado, etc. MARTÍN-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M. Op. cit. p.p. 18 – 19.

²² Ya hemos aludido a la propuesta del Defensor del Pueblo de Navarra, con la que estamos de acuerdo, quien demuestra la viabilidad de un catálogo de infracciones en la Ley reguladora

art. 36 CE se consume en relación a las profesiones reguladas, entendiéndose por tales aquéllas cuyo ejercicio está conectado con la satisfacción de derechos o garantías que la CE reconoce para aquellos a quienes va dirigida la prestación²⁵, debiéndose cumplir para ello unos requisitos administrativos que el Estado prescribe. Desde el momento de su incorporación, el colegiado queda sometido a un régimen disciplinario propio, representado por el Código Deontológico²⁶, máximo exponente de la capacidad de autorregulación de la Administración Corporativa. Desde este lugar que le han diseñado las leyes, y siendo conscientes de que sus miembros han de anteponer el interés de sus pacientes por encima de los suyos propios, ¿son competentes para solicitar calificaciones penales (en duda) bajo pretexto de desprotección sin considerar otros caminos previos un poco menos significativos y acordes con su objeto?²⁷ Además, la

²⁵ Esto ha sido ampliamente analizado por la Jurisprudencia del TC (SSTC 386/1993; 330/1994; y 194/1998, entre otras muchas) y explicado por la Doctrina, en el sentido de realzar que es una característica esencial del destinatario de los servicios su vulnerabilidad: como desconocedor de la Ley y de la organización judicial cuando ha de acudir al Juez (Abogados), o debilitado por la enfermedad en la relación médico-enfermero/paciente.

²⁶ SERAL, L. en *El Médico Interactivo*, "El secreto médico, "punto débil" del entendimiento entre la Ley y la ética", y en <http://www.bioeticaweb.com/content/view/1261/lang.es/> (miércoles 16 de Marzo de 2005). Entre las definiciones de Deontología, encontramos la de la "Real Academia de la Lengua, como la "ciencia o tratado de los deberes". Y, "según el CEDM – Código de Ética y Deontología Médica siendo el vigente de 1999, sin perjuicio de los existentes a nivel particular en cada Colegio-, la deontología médica es "el conjunto de principios y reglas éticas que han de inspirar y guiar la conducta profesional del médico".

²⁷ Las profesiones deben de dirigirse a los Poderes Públicos con cautela cuando se trata de pedir algo para sí, para que no entre en contradicción con los fines indicados en la nota 2 de esta exposición. Más aún cuando lo que se pide impacta en el objeto de su protección pues los condenados son asegurados del SNS y pacientes a los que a priori deben dispensar su mejor atención. Esto es: en muchas ocasiones se acusa a los médicos de "corporativistas", y de que se "cubren unos a otros". En los comentarios de no pocos lectores al respecto de las noticias en las que se informa del endurecimiento de las condenas (edición digital de *El País* acerca de la noticia publicada el 05/05/2008, con el titular "Las agresiones a médicos ya no quedarán impunes", *Información.es* -Periódico digital de la provincia de Alicante- "Los casos denunciados de agresiones a médicos se duplican en el último año", de 14/04/2008; y en *Laopinondezamora.es* (digital de *El Correo* de esta provincia), a la publicación "La Audiencia Provincial califica de atentado una agresión a un médico de guardia del 112" del 23/05/2008) se describe el apoyo

colegiación es obligatoria para todo aquel que quiera ejercer, desarrolle su actividad en el sector público o en el privado: todos respetan el Juramento Hipocrático, obedecen a un mismo Código Deontológico y quedan afectados por la disciplina corporativa. Es evidente que quienes sean agredidos en un centro privado o en su consulta, con causa en una relación mercantil no caen en el ámbito del art. 550 CP, ¿puede entonces participar el Colegio en el deseo de la imposición de unas consecuencias jurídicas previstas para incriminar a quienes atacan a un bien jurídico colectivo (mantenimiento del Orden Público establecido, *prima facie*) y que no protege al individuo atacado en sí?

La segunda crítica ha de espetarse con la Ley en la mano. Si repasamos los análisis²⁸ doctrinales, algunas sentencias²⁹ y los pareceres de ciertos juristas independientes (en tanto en cuanto no están al servicio de cualquiera de las entidades anteriores) es obligado mencionar que se comenzó hablando de "un cambio legislativo", si bien ninguno se ha aventurado a determinar si se tendría que modificar el art. 550 CP, o si se debería de introducir otro tipo penal, o si sólo es cuestión de sumar una agravante más a las existentes.

de las Fiscalías como "el triunfo del corporativismo típico de la profesión médica" (y DUEs) hasta un extremo insospechado; reclaman normativas para que el contribuyente pueda defenderse de su "chulería", de su "prepotencia", de sus malos gestos, de su falta de atención y amabilidad, y lo que es más grave: la decisión de calificar las agresiones como delito de atentado es una medida impopular, que no encuentran razonada, e incluso justifican algunas de estas conductas, pues les parece normal que se pueda "perder los nervios" ante las carencias de medios y las actitudes de quienes los atienden. Ello contrasta con diversos estudios en los que se afirma que en España, la profesión médica sigue teniendo a su favor "una confianza muy alta por parte de la ciudadanía", en JOVELL FERNÁNDEZ, A. "Medicina basada en los pacientes" en *Jano.es Medicina y humanidades*. Boletín de 20 de Junio de 2008. Nota 12: aduce a "Confianza en el Sistema Nacional de Salud", coordinado por el autor, en www.fbjoseplaporte.org. Recomendamos reflexionar si esta repercusión mediática sirve para algo.

²⁸ DE LORENZO Y MONTERO, R. Op. cit., MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, Op. cit. p 16 al hacerse eco de las palabras del Presidente del Colegio de Médicos de Sevilla.

²⁹ Audiencia Provincial de Málaga (Sección 3ª). Sentencia núm. 429/2004 de 9 julio, JUR\2005\59128, que no reconoce el atentado.

Esta reflexión surgía por la comprobación de los siguientes “efectos adversos” como resultado de las agresiones:

- a) Salvo por la comisión de un asesinato³⁰ o en los casos de lesiones graves, sólo podían ser apreciadas las faltas: de lesiones (por un bofetón), de amenazas (aunque fuesen proferidas con intención de matar), de insultos o vejaciones injustas (incredulaciones comunes y expresiones como “no vales para nada”, “cuando me toca contigo me jodes”, etc).
- b) Como las penas a imponer se quedaban en simples multas (que ni siquiera se pagaban alegando insolvencia real o ficticia) o arrestos domiciliarios, eran frecuentes las reincidencias incluso frente al mismo facultativo^{31 32}.
- c) Al corresponder una calificación con arreglo a las faltas, no podían decretarse Medidas Cautelares Personales, lo que implicaba que el agresor podía seguir acudiendo a la consulta, o rondar a su médico o a la enfermera, o continuar molestándolos.
- d) La tardanza de la respuesta judicial provocaba la frecuencia de lo anterior porque el sujeto comprobaba que “aquí no ha pasado nada”, y los profesionales a la vista de estos resultados, callaban si habían sido agredidos, trataban de ser cambiados de servicio o trasladados, caían de baja para no encontrarse con estos sujetos conflictivos, hacían más caso en la consulta a quien adoptaba un comportamiento agresivo para quitárselo de encima lo antes posible y evitar molestias a los demás pacientes, prácti-

cas de “medicina defensiva”³³ y todo ello convencía a los demás para no notificar los ataques que padecieran.

Sin embargo, no puede decirse que la cuestión esté zanjada, y aunque es innegable que la apuesta por el Delito de Atentado y la Falta de Desacato está dando sus frutos en los Tribunales³⁴, por lógica es inaplicable a cualquier clase de Funcionario Público. En nuestra opinión tan negativo es legislar *ad hoc* (sobre todo en materia penal), como empeñarse en encontrar un remedio efectivo y casual sin cotejar la técnica legislativa que dio lugar al tipo. Cuando se fuerza el tenor de un precepto para conseguir un fin, el peligro inmediato es la obtención de resoluciones sospechosamente injustas³⁵, y a futuro: desnaturalizar

³³ Hay que entender por tales “el ejemplo de procedimientos diagnósticos y terapéuticos con el propósito explícito de evitar una demanda por mala praxis” (p. 2, ARYMANI MANSO, J. “La medicina defensiva: un poderoso boomerang” en *Humanitas, humanidades médicas*. Nº 12, febrero de 2007, citando a Tancredi a quien se deben estas palabras, merced de un artículo publicado en la revista *Sciencie*). En otro artículo publicado por la *Revista Española de Economía de la Salud*, Sep-Oct. 2003 2 (4), por RODRÍGUEZ, C.B., con el título “Medicina defensiva: a la caza del médico, refiere que “Según Asensio López, vicepresidente de la Sociedad Española de Medicina Familiar y Comunitaria (SEMFYC), aunque no existe en España ningún estudio sobre el coste económico que genera esta práctica, sí que está cuantificado que los centros de salud que tienen más presión asistencial derivan más a otros especialistas y, en ocasiones, piden pruebas que no son necesarias”. Entre los efectos adversos, además de este aumento de costes por solicitud de esas pruebas innecesarias, pueden también citarse: intervenciones quirúrgicas igualmente innecesarias e inadecuada prescripción de antibióticos y otros medicamentos que causan costes incalculables al sistema, demoras injustificadas, abandono temprano de la profesión, jubilaciones anticipadas del personal, etc.

³⁴ Se ha aceptado ya en Lugo, en Alicante, en Córdoba, en Jaén, en Sevilla, en Cáceres, en Barcelona. Vid. entre otros, PAÍS, A. “La agresión al personal Médico, un delito”, *El Médico Interactivo*. 21/03/2007 y ENÉRIZ OLANECHEA, F.J. Op. cit. p.p. 218 – 219.

³⁵ ENÉRIZ OLANECHEA, F.J. Op. cit. No puede darse un “sumatorio” de supuestos porque son también atacados quienes trabajan en unidades conflictivas de la administración: “La novedad de las agresiones a médicos y de su incremento no puede desligarse del entorno social en el que vivimos. No son las únicas agresiones que existen. Agresiones las sufren también otros funcionarios y servidores públicos desde hace años: policías, docentes, funcionarios de sectores problemáticos (expropiaciones, medio ambiente, urbanismo, hacienda, atención al público ..), p. 223.

³⁰ Muerte de la doctora, Elena Ginel, apuñalada por un paciente a quien había denegado una baja laboral y que ya le había amenazado antes, el 27 de abril de 2001, en Salamanca; y en Langreo el 2 de abril de 2001, también murió un médico de un Centro de Salud que fue acuchillado por el padre de un enfermo, al que tampoco le quiso firmar un papel para obtener una pensión de incapacidad. MARTÍN-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M. Op. cit. p. 5.

³¹ MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, p.p. 5 y 6.

³² LUZÓN CUESTA, Op. dit. P. 6.

la *ratio* de la norma e inefectividad para castigar los ilícitos para los que surgió.

Las críticas mostradas pueden solucionarse acudiendo al ajuste legislativo del Código Penal (sin perjuicio de otras acciones coadyuvantes que las Instituciones mencionadas continúen acordando según su ámbito competencial), que, evidentemente, tendrá que tener en cuenta las sentencias ya dictadas hasta la fecha. En nuestra opinión las dificultades a resolver consisten en responder a una serie de preguntas que cuestionan las características que son predicables del concepto “*funcionario público*” tal como aparece en el art. 550 CP: concluir no qué es ³⁶, sino quién es. O lo que es lo mismo:

- a) Determinar qué profesiones de las que ostentan estos funcionarios son esenciales para el correcto funcionamiento de un servicio prestado por el Estado (con especial atención al sanitario);
- b) Si pueden serles atribuidas facultades vinculadas al principio de autoridad (que es una de las discusiones de los Jueces);
- c) Si quedaría sin más asimilado a “*autoridad o agente*”, o si es algo distinto en cuyo caso debe resaltarse para evitar problemas interpretativos, y posibilitar que otras conductas parecidas a éstas y que puedan surgir, encuentren respaldo en este precepto (si es un sujeto pasivo que encarna al Orden Público).

³⁶ Lo que sí se haya superado es qué es: el art. 24.2 CP y la Jurisprudencia dictada, no dejan duda. Lo son los que hayan sido nombrados de los modos que ahí se indican, y comprendiendo también los llamados “*supuestos asimilados*”, bien por razón de sus ocupaciones (alguien que suple a un empleado público por diversas causas: vacaciones, excedencias, etc, y aunque sea contratado laboral), bien por Convenios o Conciertos con entidades públicas (así hay clínicas privadas que temporalmente están prestando servicios a los asegurados de la Seguridad Social); y además ya se ha dicho expresamente que son funcionarios, a los efectos penales, los médicos y enfermeros que hayan accedido mediante oposición a un puesto en el SNS: ENÉRIZ OLAECHEA, F.J. Op. cit. p. 229, STS 1183/1993, de 20 de mayo (RJ 1993/4189).

II. VIOLENCIA SOCIAL, VIOLENCIA LABORAL Y DERECHO PENAL.

Resulta obvio que en nuestros días hay un aumento de actitudes sociales negativas que inciden sobre la convivencia pacífica. Hay una carga no deseñable de agresividad en nuestra Sociedad que no respeta clases y que ya no es privativa de poblaciones desfavorecidas.

El primer síntoma de alarma de tales aseveraciones en la Sanidad, se produjo al estudiar el aumento de los ataques y verificar que los mismos se estaban convirtiendo en habituales por parte de “*pacientes o familiares de comportamiento normal*”³⁷.

Realmente no hay distintas categorías de violencia sino una única definición, si bien sí es constatable, cómo el conjunto de comportamientos que comprende, se manifiestan en el trabajo, en las aulas, contra las mujeres, contra los menores, etc. Según la RAE la Violencia es “*acción o efecto de violentar o violentarse*” (segunda acepción), Violentar “*aplicar medios violentos a cosas o personas para vencer su resistencia*” (primera acepción) y Violento “*que está fuera de su natural estado situación o modo*”, “*que obra con ímpetu y fuerza*”, “*que se hace bruscamente, con ímpetu y fuerzas extraordinarias*”, “*que se ejecuta contra el modo regular o fuera de razón y justicia*” (acepciones 1, 2, 3 y 7). Si recogemos todas ellas es porque nos interesa poner de manifiesto que, en cualquier caso, y pese a que los psicólogos que se han encargado de esto admiten que la violencia ha sido regularmente consentida a lo largo de toda la Historia

³⁷ *Actas del XII Congreso Nacional de Derecho Sanitario, “Las agresiones al personal médico de los servicios de salud”, cit. Comunicación de los Letrados ALARCÓN VENA y RUIZ DE ADANA Y BELLIDO. P. 1: “Podemos afirmar que hasta comienzos del año 1992, las agresiones a Médicos que se había producido eran casos aislados y el sujeto agresor sufría algún tipo de trastorno que explicaba de alguna manera este comportamiento, aunque por esa misma razón podía ser evitable por la institución, con medidas como el aislamiento, derivación a los servicios de salud mental, etc, para la seguridad del persona sanitario. En la década de los 90 surgen los conflictos del Servicio Andaluz de Salud, siendo los agresores pacientes o familiares de comportamiento normal (...)”. También en GASCÓN, S. y MARTÍNEZ-JARRETA, B. “Análisis médico legal de la violencia en el medio sanitario”. Op. cit. notas 4 y 5: Henk L, Nijman M, Rector G. Crowding and agresión on inpatient psychiatric wards. *Psychiatric Services*, 1999.*

de cualquier país, puede decirse que es algo anormal en un estado civilizado, más aún en un Estado democrático de derecho, y que subvierte el orden moral, canjeándose no sólo por daño físico, sino también psíquico, pudiendo ser ejercida no sólo por los individuos, sino por los colectivos, las instituciones, los políticos; y que no sólo abarca actos con consecuencias físicas (homicidios o lesiones), sino todos aquellos que de alguna manera producen sufrimiento humano: los bajos salarios, la drogadicción, el desafecto, la indiferencia, el chantaje, la ira, el repudio, la xenofobia, la homofobia, la crisis económica, la contaminación, y un sin fin de factores que configurarían la “*violencia macro o violencia de la sociedad o violencia social*”³⁸.

No existe una definición unívoca de “Violencia Social”. En nuestra Jurisprudencia, la STC 89/1993, de 12 de Marzo, dice: “El terrorismo característico de nuestro tiempo, como violencia social o política organizada, lejos de limitar su proyección a unas eventuales acciones individuales susceptibles de ser configuradas como terroristas, se manifiesta ante todo como una actividad propia de organizaciones o grupos, de bandas, en las que usualmente concurrirá el carácter de armadas. Característico de la actividad terrorista resulta el propósito, o en todo caso el efecto, de difundir una situación de alarma o inseguridad social, como consecuencia del carácter sistemático, reiterado y muy frecuentemente indiscriminado de esa actividad delictiva”. La violencia contra la colectividad, según la vertiente destacada (que difunde sentimientos generalizados de temor e inestabilidad de la capacidad de protección estatal) conceptúa el delito de terrorismo.

El Defensor del Pueblo al referirse a ella, ha expresado que ésta sería explicable “a través de las peticiones que los ciudadanos dirigen”³⁹ en la medida de

que “representan un indicio de violencia actual o futura en una determinada dirección”. Así pues “si repasamos de manera sucinta los últimos informes presentados a las Cortes, podemos espigar unos cuantos temas verdaderamente sensibles a la hora de establecer la situación de la violencia social en nuestro país”⁴⁰. Se citan un total de cuatro:

- La violencia de género o contra la mujer (que fue objeto de un Informe Monográfico en 1998);
- La violencia contra los menores⁴¹ (de muy amplio espectro porque no sólo abarcaría la delictiva como maltrato, sustracción, secuestro, etc, sino también a la llamada “entre iguales”, de un menor a otro menor).
- La violencia en los Centros Penitenciarios.
- La violencia entre los administrados y los responsables de las Administraciones Públicas (“*Ya se trate de asuntos relacionados con una u otra materia, la discrepancia o el desencuentro suponen siempre un cierto grado de violencia implícita o manifiesta que da lugar a la correspondiente queja*”⁴²). Curiosamente.

sentados en este acto. Me refiero, por ejemplo, a la violencia criminal derivada del terrorismo, la que se manifiesta en actos individuales como el suicidio, la violencia específica desarrollada por bandas juveniles o la violencia producida a consecuencia de malformaciones cromosómicas que pueden estar en el origen de conductas antisociales y delictivas”.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 4.

⁴¹ **Violencia escolar: el maltrato entre iguales en la Educación Secundaria Obligatoria 1999-2006 (2007), Informe Monográfico, que puede ser descargado en <http://www.defensordelpueblo.es /informes2.asp>.**

⁴² *Ibidem*. p. 8 “Una queja que muestra, entre otras muchas situaciones, lo exagerado de un periodo de espera para proceder a una intervención quirúrgica, o para ingresar en una residencia de ancianos; una reclamación sobre el mal funcionamiento del Registro Civil, o una petición sobre negativa de homologación de un título universitario, y que hacen germinar en el interesado una mínima dosis de agresividad y, por ende, de violencia, por lo menos la que se deriva del esfuerzo de redactar su escrito ante el Defensor del Pueblo. Eso sin contar con las posibles consecuencias ya más graves que tales deficiencias administrativas pueden traer consigo como son el agravamiento de la enfermedad, la pérdida de una oportunidad de empleo, o la no inclusión en el sorteo de una vivienda”. Aún no hemos encontrado las conclu-

³⁸ CAMARGO ABELLO, M. *Violencia escolar y violencia social. Ponencia presentada en el Quinto Congreso Nacional de Prevención y Atención del Maltrato infantil celebrado en Santafé de Bogotá en noviembre de 1996.*

³⁹ MÚGICA HERZOG, E., *La violencia social en España. Lección Magistral en el acto de apertura del I Congreso Nacional de Psiquiatría. 25 de Septiembre de 2007. p.3* “Y aún así dejaré al margen bastantes núcleos de violencia que necesitarían muchísimo más tiempo y recursos de más calado para ser pre-

El seis de Junio de 2008, el Defensor, presentó a las Cortes el Informe Anual de 2007. En él encontramos una Recomendación sobre mejora de la seguridad y puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal de posibles hechos delictivos que tengan lugar en centros docentes en concreto para la Comunidad de Madrid⁴³. En ésta se vienen a solicitar instrucciones para procurar la intervención activa de los órganos de gobierno cuando los profesores sean agredidos en el entorno escolar, recomendándose “a las autoridades gubernativas y locales” mejoras de seguridad en los recintos escolares, apoyo “a los profesores en los supuestos de agresiones indicados, poniendo los hechos presuntamente delictivos en conocimiento del Ministerio Fiscal o apoyando activamente a los mismos, a través de la formulación de denuncias y personación en los procedimientos resultantes”.

Se pide, por tanto, a las Administraciones que, en estos casos, tomen partido y se impliquen tanto en la prevención y seguridad como en la agilización de los trámites penales⁴⁴.

Postulados de “violencia social” fueron utilizados en la última reforma importante de nuestro Código Penal con ocasión de la Violencia de género, que permitieron traspasar el ámbito privado en que se produce la agresión, y demostrar que no sólo hay una afectación individual sino que las ramificaciones de fondo son mucho más profundas⁴⁵, por lo que los

siones a las que ENÉRIZ OLAENECHEA, F.J., *Op. cit. se refería en su trabajo p. 218.*

⁴³ p. 1409 del mismo, al que se puede acceder desde la página web de este órgano estatal.

⁴⁴ La personación en los Autos si se está produciendo en las agresiones a profesionales sanitarios, por ejemplo en la SJ de lo Penal nº 1 de Langreo (Asturias) núm. 40/2008 de 6 de Marzo (JUR 2008, 129557), seguida en conformidad, habiendo comparecido como acusación particular el SERVICIO ASTURIANO DE SALUD, junto con el Ministerio fiscal. No obstante, les correspondería igualmente iniciar la acción a tenor del art. 215.1 in fine. Es también habitual la presencia de los Servicios Públicos de Salud en pleitos para reclamar los gastos de la asistencia sanitaria recibida dimanantes de procesos sobre accidentes de tráfico o de lesionados por agresión de particulares.

⁴⁵ La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de Protección Integral contra la Violencia de Género, en su Exposición de Motivos reza: “I. La violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado. Al contrario, se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra socie-

Poderes Públicos no podían quedar indiferentes en garantía, entre otros, del derecho declarado en el art. 15 CE. En su estructura se contemplan “medidas de sensibilización, prevención, detección e intervención en diferentes ámbitos”⁴⁶ como el educativo, publicitario, sanitario, social y político⁴⁷, reconociéndose los derechos de información, justicia gratuita y acceso a ayudas, y finalmente en el Capítulo IV, Título IV el endurecimiento de “la respuesta punitiva que deben recibir todas las manifestaciones de violencia que esta Ley regula”⁴⁸ mediante la introducción de un tipo agravado de lesiones y castigándose “como delito las coacciones leves y las amenazas leves de cualquier clase cometidas contra las mujeres”⁴⁹.

Acreditado que es posible agravar la punición desde estas premisas, y que la maquinaria legislativa ha sido capaz de solventar en buena parte, estos otros

dad. Se trata de una violencia que se dirige contra las mujeres por el mero hecho de serlo, por ser consideradas por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión”. “La Organización de Naciones Unidas en la IV Conferencia Mundial de 1995 reconoció ya que la violencia contra las mujeres es un obstáculo para lograr los objetivos de igualdad, desarrollo y paz y viola y menoscaba el disfrute de los derechos fundamentales y las libertades fundamentales (...). Existe ya incluso una definición técnica del síndrome de la mujer maltratada que consiste en las agresiones sufridas por la mujer como consecuencia de los condicionantes socioculturales que actúan que actúan sobre el género masculino y femenino, situándola en una posición de subordinación al hombre y manifestadas en los tres ámbitos básicos de relación de la persona: maltrato en el seno de las relaciones de pareja, agresión sexual en la vida social y acoso en el medio laboral”. Atendiendo a las recomendaciones internacionales, y aunque con anterioridad se ha legislado sobre el particular en la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de Septiembre; la LO 15/2003, de 23 de noviembre (que es la primera modif. el CP); y la Ley 27/2003, de 31 de Julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica (y otras que han sido dictadas por las Comunidades Autónomas, “II (...) El ámbito de la Ley abarca tanto los aspectos preventivos, educativos, sociales, asistenciales y de atención posterior a las víctimas, como la normativa civil que incide en el ámbito familiar o de convivencia donde principalmente se producen las agresiones, así como el principio de subsidiariedad en las Administraciones Públicas”. “La violencia de género se enfoca por la Ley de un modo integral y multidisciplinar, empezando por el proceso de socialización y educación”.

⁴⁶ Se explica todo ello en el apartado III de la Exposición de Motivos.

⁴⁷ Y algunas específicas para las Funcionarias Públicas.

⁴⁸ Exposición de motivos, apartado II.

⁴⁹ Exposición de motivos, apartado III.

fenómenos complejos⁵⁰, es pertinente, por tanto, enumerar los factores latentes en el tipo de violencia que da título a estas líneas:

a) Factor Sociológico. Compuesto por:

- El aumento global de la agresividad.
- La insatisfacción personal de los individuos por la inaccesibilidad a bienes y servicios que ofrece el mercado⁵¹, ante la incapacidad de seleccionar la intencionalidad de los mensajes publicitarios.
- Entrada en vigor de legislaciones que aun siendo acordes con los dictados de la sociedad democrática, no son bien entendidas por sus destinatarios, los cuales las más de las veces creen que tienen “derecho a todo”⁵².
- El vilipendio de la clase política y los casos de corrupción con dinero del recaudo de impuestos⁵³.

b) El Factor del Cambio en la relación clínica:

- En su naturaleza: pasando de un carácter mercantil y personalista (al médico se le pagaba por asistencia), y que evolucionó par-

⁵⁰ *Ibidem*: “Desde el punto de vista judicial nos encontramos ante un fenómeno complejo en el que es necesario invertir desde distintas perspectivas jurídicas, que tienen que abarcar desde las normas procesales y sustantivas hasta las disposiciones relativas a la atención de las víctimas, intervención que sólo es posible a través de una legislación específica”.

⁵¹ Entre los efectos perniciosos de una Sociedad de Consumo, se encuentra aquel consistente en crear necesidades para potenciales demandantes que realmente no tienen ninguna falta de adquirir el producto, y que se consigue convenciendo al consumidor mediante una hábil estrategia de marketing, de la obtención de una serie de cualidades que le diferenciarán del resto por hacer suyo el objeto.

⁵² De corte y base proteccionista. Comenzando por la legislación de consumidores y usuarios, y como más concretamente los acusados derechos que propugna la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de autonomía del paciente, que crean una serie de expectativas en los pacientes que no es cierto que no estuviese contemplado con anterioridad. TORRALBA ESTEBAN, J. en Mesa Redonda publicado Revista Derecho y Salud. Vol. 14, marzo 2006, Extraordinario del XIV Congreso de Derecho y Salud, p. 57.

⁵³ Y que parece hacer más “sensible” a la gente sobre el destino de sus impuestos, lo que tiene relevancia en el sector sanitario, puesto que es crónico el debate sobre su financiación y sus déficits.

tiendo de los Hospitales como “casas de misericordia y caridad”⁵⁴, a convertirse en parte del sistema de prestaciones públicas, canalizadas por la Seguridad Social⁵⁵; y paradójicamente en los últimos tiempos, se ha transmutado la concepción en el SNS del papel del paciente al que ya se identifica como “usuario” más cercano a una conceptualización economicista de “cliente”, y porque con ese término se quiere aunar a aquellos “potenciales enfermos” que son beneficiarios de la prestación.

- En su contenido: hay una progresiva pérdida de confianza en el papel del médico, habiéndose disparado el número de demandas interpuestas para pedir responsabilidad a aquellos⁵⁶.

⁵⁴ ANTEQUERA VINAGRE, J.M. y ARIAS MENÉDEZ, E. (Dir). *Sistema Sanitario y Recursos Humanos. Aquellas “casas de caridad”, no obstante, tenían un importante componente práctico que alumbró los orígenes de la prestación sanitaria: era el único lugar que permitía la reunión de varias patologías al mismo tiempo y su posibilidad de estudio coetáneo, hizo surgir al “médico especialista” (se llegó a la convicción de una sola persona no podía aunar tantos conocimientos). Empero sin abandonar inicialmente dichos especialistas la relación mercantil con el enfermo puesto que esta nueva categoría de sabiduría les reportaba “mejoras en los honorarios que se podía cobrar, lo que permitía a su vez segmentar más aún la demanda”*. P. 3. Fue esta “segmentación de la demanda” el principio de la novedad y que desembocó en actual configuración de los Hospitales y su destino. Hoy día también la figura de la enfermería es algo aparentemente normal, pero no existió como especialidad de estudio y cuerpo diferenciado del de los médicos (pues no están subordinados a éste), hasta los años 50 del siglo pasado.

⁵⁵ El Cap. IV del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de Junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, describe la Acción Protectora, concretando en su art. 38.1 a) que está comprendida “La asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional y de accidentes, sean o no de trabajo”.

⁵⁶ El individuo sólo es consciente de los derechos adquiridos no de sus deberes. Una de las causas que cita DíEZ MURCIANO, A. “La perspectiva médica sobre la prevención de las agresiones”, ponencia en el XII Congreso Nacional de Derecho Sanitario en 2005 p.7 como “causante directo de violencia” apunta que las Administraciones hacen una promoción desmedida de la queja que pueden dirigir los usuarios, si no fueron adecuadamente atendidos: “con ello se está haciendo culpable al profesional de la demanda sin que éste tenga conocimiento siquiera de la misma o se le permita opinar al respecto” (al margen de lo prevenido en el art. 10 del RD 429/1993, de procedimientos de Responsabili-

c) El Factor Violencia Institucional: se trata de una expresión acuñada por Rosana Yacer Verdú en su artículo *Generalidades sobre la violencia en el trabajo. Una reflexión sobre el posicionamiento y sus connotaciones éticas en el sector del trabajador de la salud*⁵⁷. Sin perjuicio de que próximamente volvamos sobre ella, ésta aglutinaría los defectos queridos y no queridos en la ordenación del trabajo en Hospitales y Centros sanitarios. Los primeros serían los relacionados con la precariedad laboral que los empleados padecen y que han de admitir porque si no “*en la calle hay muchos como tú*”, y las incoherencias despertadas por estarse recurriendo a modos de gestión privados en entidades públicas⁵⁸ (para frenar la escasez de recursos –cualidad, por otro lado, propia, en economía, de los bienes públicos-). Los segundos se identifican más con cuestiones de jornada, horarios y tareas aún no

clarificadas en el funcionamiento regular de estos servicios⁵⁹.

d) El Factor Causalidad heterogénea⁶⁰. Para no solaparnos con lo que ha sido destacado por otros autores, diremos que no hay un foco único fácilmente contrarrestable. Además las causas explicativas del “grupo de los agresores” (paciente, familiares o acompañantes), algunas son difíciles de erradicar desde el punto de vista preventivo porque no se puede actuar sobre la escala de valores de la Sociedad, ni planificar un revulsivo educacional ante la diversidad de los estratos poblacionales y de la procedencia de los individuos⁶¹, lo que determina que no sea posible elaborar un perfil.

Queda por último que nos refiramos a la “Violencia Laboral”, por cuanto que ésta permite desplegar una labor preventiva previa a la producción de

dad Patrimonial de las Administraciones Públicas, informe al servicio relacionado con el presunto daño). Sobre ello también, BENITO ANGUITA, F., “Retos inmediatos de la Sanidad desde la perspectiva del Defensor del Pueblo”, Derecho y Salud, Vol. 13, núm. 1, Enero – Junio 2005, que relata los puntos de descontento de los ciudadanos, tales como: - universalidad aparente porque hay quien no tiene aún acceso a la Seguridad Social; - Imprecisión y falta de concreción en la documentación clínica (porque a veces no se resalte todo lo que el paciente espera); - Desatención a personas con enfermedades mentales; - Falta de acceso a toda la cartera de servicios (en algunos lugares no se puede optar a tratamientos e intervenciones que sí están disponibles en otras Comunidades Autónomas, ej: reproducción humana y daño cerebral sobrevenido, o abandono de enfermos crónicos); - Ausencia de investigación sobre cuotas de daños adversos admisibles o no admisibles; - Implantación de un sistema de arbitraje para resolver cuestiones sin necesidad de acudir a la vía judicial; - Escaso uso de las nuevas tecnologías; - Adopción de un Baremo propio para los “accidentes sanitarios” cuando éstos sean responsables.

⁵⁷ Presentado en las Jornadas de la Confederación de Sindicatos de Trabajadores y Trabajadoras de la Enseñanza (STEs-Intersindical), celebradas en Valencia en 2006, organizadas por el Área de Salud Laboral de la Intersindical Valenciana y el Área de Salud Laboral de la Confederación de STE, bajo el título único, “La Violencia en el Trabajo”. La ponente es Delegada de Prevención y Coordinadora de Salud Laboral del STSPV-IV. p. 166 y ss.

⁵⁸ Recordemos que aunque la empresa que dirija, haga las contrataciones y pague las nóminas sea privada, los pacientes son habitualmente públicos.

⁵⁹ *Planificación de las Guardias de 24 hs versus Jornada Ordinaria, fijación de las tareas de los MIREs, salarios, cobro de días festivos, Turno Rodado, “pooles”, vacantes, bolsas oficiales de empleo que están desapareciendo, etc.*

⁶⁰ *De la explicación de las causas que concurren para acabar produciendo la agresión, se han pronunciado: A) ENÉRIZ OLAECHEA, F.J. Op. cit. pp. 223 – 224, y que divide en “causas objetivas” (que coinciden con apartados que acabamos de tratar como la concepción actual del papel del médico, la situación de la Sanidad, etc) y “causas subjetivas” (que llevarían al agresor a culminar la acción, por creer que no se le está prestando la atención debida, principalmente). B) DÍEZ MURCIANO, A. Op. cit. p.p.4 – 7 que podríamos clasificar en: a) las que incumben a los médicos y enfermeros (interrupciones durante la consulta, actitudes de intolerancia, discusiones entre ellos, defectos en la atención como no escuchar correctamente al paciente o no razonar el por qué de la denegación de un tratamiento); b) las que son imputables al servicio (retrasos y demoras, masificación de las Urgencias, falta de personal o la no organización adecuada de la plantilla); c) las que provienen del individuo (maleducado, impaciente, exigente, etc). C) Para MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M. Op. cit. p.p. 12 – 15 son: a) Observables en el individuo que desea una “sanidad a la carta”: que le prescriban el medicamento que él quiere, o que le den una baja laboral; b) La pérdida de confianza en el médico, que se refleja en el aumento de las demandas por negligencia, p. 13, “cuando se invierten los papeles y ya no se reconoce su autoridad, se recurre a los jueces” (y que coincide con el análisis de ENÉRIZ OLAECHEA al precisar que el art. 43 CE lo que reconoce es un derecho de reacción al ciudadano para reclamar por los cauces establecidos, pero no un derecho de cumplimiento automático), y c) El aumento de la violencia en todos los ámbitos, que provoca que el “rol del enfermo” sea distinto en cada cultura.*

⁶¹ MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M. Op. cit. p. 17.

cualquier delito, y las aportaciones que la misma está proveyendo al Sistema son de un valor incuestionable. Ahora bien, sus fundamentos y arquetipos no tienen que confundirse con las prerrogativas penales, y su tratamiento puede ser concomitante, pero nunca mezclado⁶². Esto es: el concepto ha sido conformado en desarrollo de los Planes de Prevención de Riesgos, y se dirige a evitar resultados lesivos para los empleados, que tras su producción podrían ser objeto de corrección por los Tribunales, o por denuncia penal (generalmente) o de otra índole, si se demuestra que aquello se perpetró. Y agrupa a:

- La Violencia ejercida por personal no vinculado al Centro (público en general y otros terceros);
- La Violencia ejercida de un trabajador a otro trabajador.
- La Violencia ejercida por el empleador en incumplimiento de las condiciones óptimas del entorno ambiental, contractual y organizativo en que se desarrolla el trabajo (el novísimo cuño de “violencia institucional” que mencionábamos *ut supra*), que a la postre es de más difícil probatura⁶³, por motivos obvios, pero no por ello inexistente o exento de perseguibilidad.

El conjunto de acciones parte de la obligada preservación que en el ámbito laboral se debe a la protección de la integridad física y psíquica concedida a nivel individual (del art. 15 CE), vertebrada colectivamente o de forma plural (para los trabajadores), vía art. 40.2 CE. La no implantación de las medidas o su

incorrección engendra responsabilidad para el empleador y puede llegar a constituir un delito⁶⁴.

De ahí que haya sido enfatizada su consideración como bloque diferenciado dentro de los riesgos que pueden darse en el contexto del trabajo⁶⁵. La OIT en las Directrices Marco para afrontar la Violencia Laboral en el Sector de la Salud⁶⁶ en el año 2002, afirma que “afecta a la dignidad de millones de personas en todo el mundo”, siendo “una importante fuente de desigualdad, discriminación, estigmatización y conflicto”. Pese a que “la violencia laboral afecta prácticamente a todos los sectores y categorías de trabajadores, el sector de la atención de la salud corre un riesgo grave”, puesto que en este sector “puede ser casi la cuarta parte del total de la violencia que tiene lugar en el trabajo”, y, “en conjunto puede afectar a más de la mitad de los trabajadores de la salud”.

Entre la casuística: “la creciente presión de las reformas y tensión en el trabajo, la inestabilidad social y el deterioro de las relaciones personales”; “cada vez más, la violencia doméstica y la violencia callejera pasan a las instituciones de salud”⁶⁷. Se confirma que “la violencia laboral en este sector es universal, si bien pueden variar las características locales”, y que provoca serias consecuencias porque repercute “en la prestación de los servicios de salud, y pueden dar lugar a deterioro de la calidad de los cuidados dispensados y a decisiones de los trabajadores de abandonar las profesiones de atención de salud”; y esto a su vez, “puede ser causa de que se reduzcan los servicios de

⁶² Pese a que el tipo penal dispuesto en el art. 316 CP “utiliza el mecanismo de norma penal en blanco, remitiéndose a la normativa extrapenal con la expresión ‘infracción de las normas de prevención de riesgos laborales’ “.GALLARDO GARCÍA, R M^a, “La protección penal de la Salud de los Trabajadores”. *Derecho y Salud*, Vol. 14, núm. 2, Julio – Diciembre 2006. p. 268.

⁶³ LLÁCER VERDÚ, R. *Op. cit.* p. 167. “De hecho la violación sistemática de las normas vigentes en el sector público y la violación de los derechos humanos constituye una afrenta psicológica y moral cotidiana que provoca graves daños a la salud física y psíquica de los trabajadores públicos conllevando además otros efectos devastadores”.

⁶⁴ “En el caso en que se produzca una lesión de los bienes jurídicos, vida y salud, podrán entrar en juego otros delitos del Código Penal, como el homicidio o las lesiones culposas, mediante la vía de los concursos”, es decir, además de los arts. 316 y 317 CP. *Ibidem*, p. 268.

⁶⁵ Vid. la Orden 683/2006 de la Consejería de Sanidad y Consumo de Madrid que reconoce “que la prevención y atención frente a situaciones conflictivas con los ciudadanos se incardina en el ámbito de la prevención de riesgos laborales”.

⁶⁶ Preparadas como parte de los trabajos realizados en el Programa conjunto OIT/CIE/OMS/ISP sobre la Violencia Laboral en el Sector de la Salud (2000 – 2002), Ginebra mayo de 2002, debiéndose la primera versión de las mismas a Vitorio Di Martino (abril 2002).

⁶⁷ *Ibidem*, p. 1.

salud disponibles para la población en general, y aumenten los costos de la salud”⁶⁸.

Al fin en la página 3 se define esta lacra: “está constituida por incidentes en los que el personal sufre abusos, amenazas o ataques en circunstancias relacionadas con su trabajo –incluidos los viajes de ida y vuelta a él- que pongan en peligro, implícita o explícitamente, su seguridad, su bienestar o su salud (Definición adaptada de la Comisión Europea”.

Evidentemente, la Violencia Sanitaria sería es una modalidad o subconjunto dentro de este espectro general, que exige un planteamiento equilibrado y global tanto en su tratamiento como tras la aparición del altercado⁶⁹.

Recientemente, han aparecido publicaciones que proponen líneas maestras para enfrentarse al problema, para actuar sobre los “puntos negros”:

- Mayor presencia de efectivos de seguridad en Atención Primaria y Urgencias;
- Campañas institucionales de concienciación del papel del médico y los enfermeros (propaganda que no sólo autoricen los Colegios, pues es destinatario agresor respeta más a la Administración que a lo corporativo)
- Dispositivos de alerta.
- Implicación de las Consejerías de Salud Pública y Servicios Sociales (drogadicción, enfermedades mentales, marginalidad....)

⁶⁸ *Ibidem* p. 2 que continúa: “Estimaciones de varios estudios fiables indican que el estrés y la violencia representan probablemente alrededor del 30% de los costos totales de las enfermedades y accidentes. Sobre la base de estas cifras, se ha sugerido que el estrés/violencia puede costar aproximadamente entre el 0.5 y el 3,5% del PIB de cada año”.

⁶⁹ A lo que contribuyen los programas de notificación de agresiones, y las normativas aprobadas para adecuar los cauces de la supresión de estos comportamientos desordenados, en términos de “asistencia jurídica activa”, según hemos mencionado en otras partes de esta composición, por ejemplo por el RD 257/2005 de 29 de noviembre de Asistencia Jurídica al Servicio Andaluz de Salud.

- Cumplimiento estricto de los Planes de Prevención que incluyan ya prevención especializada⁷⁰.

Y un largo etc

Todo lo anterior, justifica que se deba tomar en serio el abordaje penal, puesto que los acontecimientos han demostrado un calado generalizado, con tintes internacionales y que se encuentra enraizado en las entrañas de lo cotidiano. Por lo que queda mucho por hacer, y no sólo en la sustantividad penal, sino en lo procesal (que no se alargue *sine die* el proceso), en lo educacional y en la atención a las víctimas⁷¹.

III. ANÁLISIS DEL DELITO DE ATENTADO.

1. Antecedentes históricos

A pesar de que el Derecho Romano ya regulaba los delitos *laesae maiestatis*, el más claro antecedente de los delitos regulados por el Título XXII del Código Penal de 1995 tiene su origen en el derecho nacido al hilo de la Revolución Francesa. Con anterioridad, cualquier referencia a una infracción similar está necesariamente orientada al castigo de las ofensas a la majestad del monarca, lejos del sentido que adquiere el delito de atentado a la luz de la codificación revolucionaria⁷².

En efecto, el bien jurídico protegido en el delito de atentado se define con la legitimación de la función pública a raíz del cambio de régimen y de la construcción de una Administración pública que descansa sobre las leyes y son dos las concepciones teóricas que justifican la tipificación de actos violentos contra funcionarios públicos desde su origen: a) la protección personal del funcionario; y, b) la defensa

⁷⁰ Que es solicitado por YELA YELA, C. en “Violencia en el sector sanitario”, Revista Formación de Seguridad Laboral. Ed. Borrmart nº 98, marzo – abril 2008. p.p. 4 al final.

⁷¹ Si las agresiones pueden ser o no tenidas como accidente laboral, se está estudiando por unas comisiones creadas en los Colegios de Médicos de Córdoba y Madrid. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M. Op. cit. p. 26 y Diariomedico.com el 25/05/2003 y Diario médico, el 29/09/2003.

⁷² JAVATO MARTÍN, A.M. El delito de atentado. Modelos legislativos. Estudio histórico-dogmático y de Derecho comparado, Ed. Comares, Granada, 2005, p. 3.

de la misma función pública, en tanto que representa directamente al Estado⁷³. Esta última parece ser la que ha recogido nuestro vigente Código penal, como veremos a continuación.

2. Tipificación penal en España

Hasta la reforma del Código Penal de 1850 no se regula expresamente en nuestra legislación criminal. Si bien con la codificación empezaron a recogerse tipos similares a los propuestos por el Código revolucionario francés de 1791, en los que se contemplaban figuras heredadas de los *crimen laesae maiestatis* que las Partidas⁷⁴ habían consagrado en la recepción del Derecho Romano⁷⁵.

Con la Codificación llega la influencia del delito de “resistencia violenta”—equivalente al actual atentado- del Derecho francés⁷⁶. El Código de 1822 regula por un lado los delitos de resistencia o impedimento de ejecución de leyes y actos de justicia, la violencia y acometimiento a autoridad o funcionario público, y por otro lado el desacato, conductas castigadas con distinta pena según la voluntad o disposición del sujeto activo de matar al destinatario del ataque (art. 326) o de no matarlo (art. 327), siempre que éste se halle en el ejercicio de sus funciones o que la agresión se perpetre con motivo de su ministerio.

El Código de 1848 castiga a quienes acometen o se resisten a la “Autoridad o sus agentes en el ejercicio de su función”, y prevé un subtipo agravado en caso de comisión del delito contra guardia o centinela. Podemos observar que esta norma elimina la figura del funcionario público como destinatario genérico

del atentado, restringiendo la protección a la “autoridad y sus agentes”⁷⁷.

La reforma autoritaria de 1850 introduce por primera vez el tipo específico de atentado, que continúa haciendo referencia únicamente a los anteriores, aunque no sólo en el ejercicio de su función sino también cuando no se hallen en su ejercicio, “*siempre que sean conocidos o se anuncien como tales*”⁷⁸.

El Código de 1870 supone un avance sistemático frente a los tipos anteriores, y lo consagra como un delito contra el orden público. Pero sigue limitando su protección a la “*autoridad y sus agentes*”⁷⁹.

El Código de 1928 amplía los sujetos pasivos protegidos, al incluir a los funcionarios públicos en el tipo. Adopta una protección privilegiada de las autoridades públicas, que no necesitan encontrarse desempeñando sus funciones para ser objeto de atentado, requisito que sí que se exige en el supuesto de los agentes de la autoridad y los funcionarios públicos⁸⁰.

El Código republicano de 1932 recoge una réplica exacta de la formulación del Código de 1870⁸¹.

Y por último, el texto refundido de 1944 y el Código Penal de 1973 establecen un concepto más represivo, que vuelve a tener en cuenta, en cierto modo, el concepto de “majestad”. Se distinguen grados de desvalor según la función o calidad del cargo desempeñado por la persona atacada, y además se extiende la protección, en algunos cargos de especial importancia (Jefe de Estado, Ministros, y autoridades y funcionarios públicos designados directamente por aquél) en los que se castiga incluso el “*atentado indirecto*”⁸², cometidos mediante actos contra familiares de éstos.

Con carácter previo a la aprobación del Código de 1995, cuya regulación estudiamos seguidamente,

⁷³ *Ibidem*, p. 28.

⁷⁴ En CARRERO SÁNCHEZ, “El delito y falta de atentado, resistencia y desobediencia contra la autoridad y sus agentes: una visión realista entre el exceso y el defecto en su aplicación penal práctica”, *Diario La Ley*, N° 6481, 12 May. 2006, Ref. D-120, Editorial La Ley, encontramos también un estudio de interés relativo a las figuras afines al delito de atentado en el periodo anterior a la Codificación.

⁷⁵ JAVATO MARTÍN, *Op. Cit.*, p. 281.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 286.

⁷⁷ *Ibidem*, pp. 290 y ss.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 291.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 295.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 298.

⁸¹ *Ibidem*, p. 300.

⁸² *Ibidem*, p. 300.

el delito de atentado sufrió diversas reformas que tenían por objeto la adecuación de la penalidad a los valores constitucionales⁸³, que fueron orientando el tipo hacia la actual regulación.

3. Regulación actual. Elementos del delito.

Está recogido en el art. 550 del vigente Código Penal, que fija la infracción del siguiente modo:

“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”.

Sin perjuicio del estudio más detallado, según expondremos, comenzaremos diciendo que no es en absoluto pacífica la doctrina científica acerca del *bien jurídico protegido*, pero podemos afirmar que mayoritariamente existe acuerdo en: que está superado el tiempo en que se concebía como objeto de protección exclusivamente el principio de autoridad (a salvo de las matizaciones con respecto a este término que veremos más adelante); que la sistemática del vigente Código Penal es claramente mejorable y que el orden público es el principal destinatario de la protección de este tipo penal.

En cuanto a los *elementos subjetivos*, la parte activa del delito no presenta mayor problema, mientras que sí que hay que hacer especial referencia al sujeto pasivo. La jurisprudencia se ha venido sirviendo, en los casos de la autoridad y el funcionario público, de lo prevenido en el artículo 24 del Código Penal:

“1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento

Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal.

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

No existe un correlativo en el CP para el caso de los agentes, de modo que hemos de acudir al art. 7.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para ver quiénes son los protegidos penalmente por el art. 550:

“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”⁸⁴.

Es aquí donde surgen las primeras dudas al relacionar los *actos punibles* contemplados en el tipo con el sujeto pasivo. Las conductas castigadas son: acometer, emplear fuerza, intimidar gravemente o hacer resistencia activa grave. El hecho de introducir esta última puede llevar a pensar, en una interpretación conjunta de todos los actos tipificados, que es necesario cierto grado de capacidad de coerción en este sujeto pasivo. Es decir, que no baste con que cumpla los requisitos establecidos en el artículo 24.2 CP para considerar a cualquier funcionario público susceptible de sufrir los ataques contemplados en el artículo 550 del Código Penal, sino que la referencia a este acto concreto acota la protección a aquellos funcionarios públicos contra los que se pueda ejercer “resistencia activa grave”.

⁸⁴ El artículo 2 de la referida LOFCS, por su parte, establece que “son Fuerzas y Cuerpos de Seguridad: a) Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado dependientes del Gobierno de la nación. b) Los Cuerpos de Policía dependientes de las Comunidades Autónomas. c) Los Cuerpos de Policía dependientes de las Corporaciones Locales”. Tiene relevancia también, no en la delimitación de los sujetos protegidos, pero sí en la aplicación de penas establecida en el art. 551, el artículo 7.2: “Cuando se cometa delito de atentado, empleando en su ejecución armas de fuego, explosivos u otros medios de agresión de análoga peligrosidad, que puedan poner en peligro grave la integridad física de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, tendrán al efecto de su protección penal la consideración de autoridad”.

⁸³ *Ibidem*, p. 305.

4. La tipificación como falta

También de la regulación del artículo 634, que podríamos considerar equivalente al delito de atentado en el apartado de las faltas podemos extraer algunas conclusiones:

“Los que faltaren al respeto y consideración debida a la autoridad o sus agentes, o los desobedecieren levemente, cuando ejerzan sus funciones, serán castigados con la pena de multa de diez a sesenta días.”

En este tipo, incluido en el Título IV del Libro III del Código Penal, que lleva la rúbrica, de acuerdo con su Título correlativo en el Libro II, de “Faltas contra el orden público”, ya no se hace referencia a los funcionarios públicos, lo cual reduce el ámbito de protección de este abstracto colectivo, puesto que únicamente aparecen castigadas penalmente las agresiones graves a funcionarios públicos en el artículo 550. No podemos mostrarnos de acuerdo, por lo tanto, con LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN cuando afirman que la falta presenta una delimitación exclusivamente cuantitativa de respecto de sus correspondientes delitos⁸⁵.

Dicho esto, nos sorprende considerablemente la sentencia del Juzgado de Instrucción número Tres de Jaén, que condenó por el art. 634 el menosprecio verbal realizado contra un médico⁸⁶. Sin dejar de ser una anécdota, consideramos que es un dato bastante elocuente a la hora de valorar en su justa medida la capital importancia que tiene la determinación del sujeto pasivo no sólo en el análisis de la normativa

⁸⁵ LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid, 1996, p. 214. Hay que precisar, para ser justos, que los autores hablan como delito de referencia de la falta del art. 634 el delito de resistencia del art. 556, y que, en ese caso sí que podríamos hablar de una diferencia exclusivamente cuantitativa de los tipos.

⁸⁶ *Diario Médico*, 27 de septiembre de 2005. En concreto, la sentencia dice que “la expresión utilizada para denunciar los hechos resulta ser inadecuada, desproporcionada y afecta a la autoridad que representa la actividad pública que desarrolla el médico”. El término empleado por el paciente hacia el doctor había sido “veterinario de mulos”, al redactar en el mostrador una queja por la que consideraba haber recibido una deficiente asistencia sanitaria.

vigente sino también en relación con la relevancia social del colectivo médico.

5. Tratamiento específico del bien jurídico protegido y del sujeto pasivo del delito

1º.- El bien jurídico protegido

La vaguedad nominal del Título XXII en el que se incardina al atentado (Delitos contra el orden público) ha dado pie a una amplia literatura que busca precisar cuál es el bien jurídico protegido por los delitos que contiene.

Sí que parece una cuestión pacífica la consideración de que el Código Penal de 1995 ha desterrado lo que podríamos llamar el “principio de autoridad clásico”⁸⁷ como único integrante de la protección, para ir absorbiendo como tal el concepto de orden público⁸⁸. Sin embargo, como señala CUERDA ARNAU, el bien jurídico configurado de ese modo tiene escasa utilidad, incluso como “bien jurídico categorial”⁸⁹, y la pregunta que se plantea a continuación es obvia: ¿qué es, entonces, a efectos penales, el orden público?

Y es en respuesta a ello donde podemos encontrar casi tantas opiniones como autores y, casi también, podríamos afirmar, tantas interpretaciones jurisprudenciales como sentencias.

⁸⁷ En contraposición a pronunciamientos, por ejemplo, la STS 161/1997, que distingue una reformulación más acorde con la Democracia y sus organismos como “dignidad del ejercicio de la función pública”. En este sentido, resulta interesante la crítica realizada por CARRETERO SÁNCHEZ (Op. Cit.) a las posturas que destierran tal nomenclatura: “En el fondo de las tesis que se alejan del principio de autoridad late un recelo injustificado al ejercicio de la misma por sus agentes, olvidando que en un Estado democrático y social de Derecho la autoridad es legítima, está controlada por el Poder Judicial y debe sujetarse en todo momento a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico”. En realidad, consideramos que se trata de un mero problema nominal, más que de fondo.

⁸⁸ LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, Op. Cit., p. 200 y VIVES ANTÓN/CARBONELL MATEU, *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª Ed. Valencia, 199, p. 847

⁸⁹ CUERDA ARNAU, *Los delitos de atentado y resistencia*, Tirant on line (www.tirantonline.com), TOL349.199, Epígrafe III, p.1

El primer gran bache que hemos de superar es la determinación de la amplitud del concepto⁹⁰, que oscila entre el aparente carácter omnicompreensivo de la nomenclatura del Título XXII⁹¹ y las posturas más restrictivas, generalmente comunes tanto en la doctrina científica como en la jurisprudencial. Y como consecuencia de esto, nos encontramos con intentos de acotamiento que se acercan a la reformulación del bien jurídico protegido, como el que ensaya MUÑOZ CONDE⁹²: “*protección de la tranquilidad en las manifestaciones colectivas de la vida comunitaria*” como fin último del delito. VIVES ANTÓN, por su parte, hace expresa referencia al concepto primigenio del Derecho revolucionario francés, contemplando “*la dignidad de la función pública*” como bien jurídico protegido en la regulación del delito de atentado⁹³. CUERDA ARNAU incide, para terminar aceptando esta “*protección del ejercicio de las funciones públicas*”, en el elemento externo de legitimación de esas funciones públicas, frente a la protección de la autoridad en abstracto⁹⁴. JAVATO MARTÍN acota la protección al “*correcto desenvolvimiento de las funciones públicas*”, refiriéndose al concepto de orden público no como bien jurídico protegido sino como *ratio legis*⁹⁵.

En la jurisprudencia reciente encontramos algunas definiciones que tienden a ampliar todavía más este elemento, llegando éste a configurarse como “*la garantía del buen funcionamiento de los servicios y funciones públicas*”⁹⁶ o el “*normal funcionamiento*

de las prestaciones relativas al interés general que la Administración debe ofrecer a los ciudadanos”⁹⁷.

En relación con el tema que nos ocupa, y teniendo en cuenta nuestro propósito de *lege ferenda*, estimamos conveniente tomar posición en este debate, tratando por una parte, de averiguar si el ejercicio desempeñado por profesionales sanitarios se encuentra dentro del bien jurídico protegido por el Título XXII del Código Penal y, por otra parte, intentando formular un bien jurídico específico de cara a una hipotética reforma legal.

Con respecto al primer punto, baste destacar de momento la especial importancia de que goza la sanidad en el ámbito de la función pública. Dentro de sus “Principios rectores de la política social y económica”, en el art. 43, la Constitución española reconoce el derecho de protección de la salud, y establece como competencia de los poderes públicos a la organización y tutela de la salud pública a través de medidas preventivas, prestaciones y servicios necesarios.

Consideramos, en la línea doctrinal que concibe el bien jurídico protegido del Atentado como “*la dignidad de la función pública*”, que son esta disposición constitucional y las leyes que lo desarrollan las que permiten al personal sanitario gozar de una protección penal específica⁹⁸.

⁹⁰ A este respecto, es muy interesante la batalla dialéctica mantenida entre OCTAVIO DE TOLEDO y MUÑOZ CONDE, comentada en CUERDA ARNAU, *op. Cit.*, Epígrafe III, p. 2 y 3 y, con mayor detalle por JAVATO MARTÍN, *Op. Cit.* Pp. 328 y 329.

⁹¹ CUERDA ARNAU, (*en Op. Cit.*, Epígrafe III, p. 2), en este sentido llega a hablar de la “escasa utilidad sistemática de la rúbrica del Título XXII”, llamando a centrarse en la configuración de los tipos más que en la nomenclatura del Título.

⁹² MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, 2002, p. 590.

⁹³ VIVES ANTÓN/CARBONELL MATEU, *Op. Cit.*, p. 847.

⁹⁴ CUERDA ARNAU, *Op. Cit.*, p. 3.

⁹⁵ JAVATO MARTÍN, *Op. Cit.*, pp. 342-343.

⁹⁶ En este sentido, SSTS de 2 de marzo de 2002 y 15 de marzo de 2003.

⁹⁷ STS 4 de diciembre de 2007.

⁹⁸ A pesar de que se trata de una cuestión que excede los planteamientos de este trabajo, podríamos entrar aquí a valorar si, entendiendo que también la actividad de los profesionales de la sanidad privada está ampliamente regulada por nuestro ordenamiento jurídico, y que, en todo caso, esta actividad está obligatoriamente sujeta a las normas de los mismos Colegios Profesionales que reglan la actividad de los médicos del SNS, y que por lo tanto podemos entender que incluso la sanidad privada tiende al cumplimiento de estos fines constitucionales, a pesar de constituir un producto de la iniciativa privada (con todo lo que ello implica), no sería conveniente pensar en extender la protección específica también a este colectivo.

Y en el mismo sentido, la SAP de Barcelona de 23 de mayo de 2008, refleja nuestra duda tomando partido del siguiente modo: “Nosotros consideramos que la relación existente dentro de un centro docente, entre los profesores y los alumnos, poco tiene que ver con el orden público y que no alcanzamos a ver ningún tipo de justificación al hecho de que una misma actividad, como es el ejercicio de la actividad docente, tenga una regulación claramente diferenciada en función de que los que la imparten ostenten o no la cualidad de funcionarios públicos.

Al hilo de las agresiones a médicos y demás personal sanitario y su incardinación dentro del delito de atentado, podríamos hablar del bien jurídico protegido, refiriéndonos específicamente a este asunto, como el ejercicio de actividades destinadas a satisfacer derechos de los ciudadanos reconocidos constitucionalmente, o, sin apartarnos demasiado del enfoque que MUÑOZ CONDE adoptaba ante el concepto de orden público, como la garantía de tranquilidad o paz en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana, entendiendo como tales las prestaciones sanitarias a las que se refiere el artículo 43 CE.

Sin embargo, aunque estamos convencidos de la existencia de un bien a proteger que excede de los intereses meramente individuales, no podemos dejar de mostrarnos críticos con la sistemática del Código Penal, que ha dado pie a una ampliación cada vez mayor del ámbito de protección de la norma en la Jurisprudencia. Se han ido relajando los requisitos que se estimaban necesarios para considerar una acción susceptible de ser calificada como delito de atentado, y de las críticas a la restricción del bien jurídico protegido hemos llegado a una concepción que permite incluir dentro del bien lesionado un catálogo de actividades que excede, en nuestra opinión, de la voluntad del legislador.

2º.- El sujeto pasivo

No cabe duda de que, encontrándonos ante un delito especial por razón del sujeto pasivo, este elemento, estrechamente relacionado con el bien jurídico protegido, merece un estudio detenido. Ese intenso lazo de unión entre ambos elementos viene dado por el concepto “función pública” y quienes la desempeñan, y por el carácter protector de la función, y no del sujeto, que posee la norma vigente⁹⁹, que no ampara personalmente al destinatario de la agresión (para lo cual habría que acudir al tipo correspondiente al bien lesionado en concreto: homicidio, lesiones, amenazas...) sino que únicamente lo protege en tanto que

representante del bien jurídico que se ampara, y que es precisamente esa función pública.

Hemos visto con anterioridad qué sujetos enumera el artículo 550 del Código Penal, pero nos preguntamos, al hilo del debate anterior sobre el bien jurídico protegido (que sería estéril sin la relevancia práctica que tiene su puesta en relación con los sujetos pasivos), si cabe la posibilidad de acotar su alcance de algún modo. Dado que además, uno de los objetos de este trabajo es poner de manifiesto la necesidad de salvaguardar un sector concreto de la función pública (el sanitario), entendemos no sólo posible sino además urgente realizar tal delimitación.

En el sentido del voto particular de la STS de 4 de diciembre de 2007, al que dedicaremos una reflexión en el siguiente epígrafe, se manifiesta la Audiencia Provincial de Barcelona en sentencia de 23 de mayo de 2008, que concluye que no existe Atentado en el caso de una agresión a un profesor de un centro público por parte de un alumno. Fundamenta su resolución precisamente en esa delimitación del sujeto pasivo a la que nos referimos.

En primer lugar, restringe el alcance del concepto de orden público mediante la simple y eloquente técnica de enumerar los capítulos del Título XXII del Libro II del Código Penal. Y, efectivamente, resulta extraño catalogar una agresión a un profesor por un alumno junto a los delitos de sedición, el tráfico de armas y el terrorismo. En segundo lugar, considera que ampliar el tipo penal de Atentado a supuestos como el tratado lleva a concluir que, dado el carácter de autoridad que dota a la función de profesor su capacidad de coerción, cualquier acto de desobediencia por parte de un alumno sería constitutivo de infracción penal. Y concluye que atender de forma exclusiva o primordial a la cualidad de funcionarios públicos de los primeros supone que podría llegar a plantearse si las decisiones de los profesores en su actividad docente podrían, en su caso, llegar a ser calificadas de Prevaricación¹⁰⁰.

⁹⁹ Lo que es acreditado por la habitual aplicación del concurso ideal de delitos en los casos de atentado: una misma acción lesiona por un lado, la función pública, y por otro, al sujeto que la representa.

¹⁰⁰ En este sentido, el ponente José Grau Gassó pone el siguiente ejemplo: “Ante una situación relativamente frecuente como lo es la decisión de castigar a todos los alumnos de una clase por lo que pudiera haber realizado uno solo o varios de ellos que no

Sin dejar de considerar algo arriesgados los ejemplos citados por la Audiencia Provincial de Barcelona, claramente trasladables de la actividad docente a la actividad médica -y por tanto de los maestros al personal sanitario como sujetos pasivos del delito de Atentado-, lo cierto es que se confirma el carácter conflictivo de la cuestión, que oscila desde la apreciación de que un médico tiene carácter de autoridad hasta la determinación -como en la sentencia comentada- de que un maestro de un centro público (o un médico del SNS, voto particular de la STS de 4 de diciembre de 2007) no es, a efectos penales, ni siquiera funcionario público.

Por último, la implicación de este problema de localización del sujeto pasivo del Atentado va más allá del problema calificador de los tribunales, y afecta a la seguridad jurídica. La condena por este delito exige, además de la calidad de autoridad, agente o funcionario público de la víctima, la conciencia del autor del delito de que, efectivamente, se está atacando a alguno de esos sujetos¹⁰¹. Dado que ni los mismos aplicadores profesionales del derecho se ponen de acuerdo acerca de los casos en que efectivamente hay que resolver, que los sujetos atacados están protegidos por el art. 550, tal vez sea considerado exigir al ciudadano medio ser consciente de que, al realizar un acto de los mencionados en este artículo, está, efectivamente, ofendiendo los intereses que desde el precepto se pretende resguardar.

IV. LA CONDENA COMO ATENTADO DE LOS ATAQUES A DETERMINADOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS.

Los Tribunales están acogiendo las calificaciones del Ministerio Público cuando la víctima de la agre-

han podido ser identificados, se podría plantear si dicha resolución (...) es manifiestamente injusta y arbitraria a los efectos del delito de prevaricación. De hecho, examinada dicha cuestión desde el punto de vista estrictamente penal, parece evidente que incurre en arbitrariedad quien impone o extiende una sanción a terceras personas que no han tenido ninguna participación en los hechos que han motivado dicha decisión.

¹⁰¹ VIVES ANTÓN/CARBONELL MATEU, *Op. Cit.*, p. 849, con cita de la STS de 27 de septiembre de 1986.

sión es un médico¹⁰² o un maestro. Esta imputación no es exclusiva de una zona geográfica, o de un solo órgano judicial, sino que las sentencias que lo reconocen están diseminadas por todo el territorio nacional: por tanto, se trata de una solución que empieza a dotarse de cierto precedente jurisprudencial, gozando ya muchas de estas decisiones de los efectos de la “cosa juzgada” y del valor que el sistema de fuentes del art. 1.6 del Código civil ha previsto para ésta.

No es extraño que los cambios demográficos, tecnológicos, económicos, sociopolíticos u otros, evidencien en más de una ocasión que la normativa preexistente no alcanza a subsumir tipos y relaciones privadas, de tal modo que, al judicializar una controversia, ésta ha merecido una respuesta insatisfactoria¹⁰³ por no contener la Ley los elementos precisos para motivar las penas o sanciones que racionalmente cupiera esperar.

En este caso y puesto que es notable que el cambio legislativo aún tardará en producirse, dicha Jurisprudencia tendrá que ser asumida en algún sentido, dentro de la decisión que, en nuestra opinión, merece ser adoptada por el legislador.

1. Estudio de los Antecedentes

Tal como hemos expuesto nuestra Introducción, cada día en la prensa se recogen noticias que denotan la violencia en la sanidad y en las aulas¹⁰⁴ producida

¹⁰² Debemos destacar la curiosidad que despierta la divergencia entre las estadísticas y la jurisprudencia: a pesar de que los datos estadísticos apuntan a que el personal de enfermería es el que más episodios violentos padece, no es muy numerosa la jurisprudencia respecto a la condena como atentado de estos hechos.

¹⁰³ Como ejemplo de ello pueden reseñarse las modificaciones del Código Penal dirigidas a perseguir los delitos perpetrados a través de Internet, y que motivaron la creación de Unidades Tecnológicas en la Policía Nacional encargadas de llevar a la práctica los rastreos de IPs y webs, previa solicitud de la autorización judicial pertinente.

¹⁰⁴ Nos parece adecuado el paralelismo, insistimos, puesto que ambos supuestos participan de la misma imprecisión y han sido los Tribunales y el Ministerio Fiscal quienes los han incluido en la misma categorización, partiendo de una base común: es el Estado quien ha dispuesto la creación de los Centros y las plazas que ocupan los funcionarios de la educación y los sanitarios, en cumplimiento de la prestación de un servicio público constitucionalmente previsto.

hacia los prestadores directos del servicio. Dichas acciones son contrarias al ordenamiento jurídico penal, mereciendo reproche a través de los delitos o faltas de lesiones, amenazas, vejaciones injustas. Esto alcanza al conocimiento de cualquiera, pese a que el “*desconocimiento de la ley no excusa su cumplimiento*”. Esto consiste en la introducción de un punto de inflexión con arreglo al que dejaría de ser solamente aplicable este “régimen general y común” y se sumaría una “excepción” atendiendo a la cualidad de “prestador público” que en conexión con el origen de ese servicio importa para la Sociedad.

Si hay una conclusión sucinta de lo que hasta ahora hemos tratado de exponer, es que nos hallamos ante una situación que no debe ser sostenida u ocultada. El respeto tradicional al médico y al maestro se está perdiendo, pero también es cierto que ese respeto no se fundaba en el temor ni en la proscripción, o lo que es lo mismo, en la autoridad que éstos tenían sobre lo que debía hacerse. Si bien su intervención podía ordenar y organizar comportamientos, esto se hacía desde un enfoque paternalista y no dejaban de ser recomendaciones, tal vez, algo más agravado en el caso de los educadores, que al fin y al cabo sientan las bases en el expediente escolar de las futuras aspiraciones profesionales de los estudiantes (en todo caso una interpretación “indirecta” del autoritarismo).

A nivel fáctico, compatibilizar estos factores, creencias y tradiciones con el esquema penal previsto para las infracciones contra la autoridad, podría resultar alarmista y técnicamente forzado, lo cual se desprende del estudio de la STS de 4 de diciembre de 2007, como veremos.

Ya hemos avanzado que el art. 43 CE no reconoce un derecho a la salud directamente invocable ante los tribunales sino la obligación del Estado de garantizarla al ciudadano del modo previsto por las Leyes y en régimen de igualdad: que todos los beneficiarios accedan en las mismas condiciones al SNS. En cuanto a la educación, sí que es un derecho público reconocido entre aquéllos directamente ejercitables, por hallarse incardinado dentro de la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título I de la Constitución. Sin embargo, consideramos que a penalmente tal distinción sistemática carece de importancia, en tanto

que el legislador es libre, dentro de ciertos límites, de escoger los bienes jurídicos a proteger por la legislación penal¹⁰⁵, y no cabe duda de la especial importancia que, al margen de los derechos de primera generación, han adquirido la educación y la salud como prestaciones públicas.

Los factores sociológicos y el sentimiento de los dañados refiriendo la sensación de que algo funciona mal -puesto que antes no se daban estas agresiones y ahora cada vez se dan con mayor frecuencia- precognizan que está comprometido el buen funcionamiento de los mecanismos existentes -y que inciden por igual en los públicos y en los privados-; puesto que su finalidad es la satisfacción de un derecho constitucional, lo que debería hacerse buscándose en primer lugar la expresión que proteja esta función garantista del Estado, a nuestro parecer, examinando si procede recurrir a los bienes jurídicos ya protegidos o si deben ampliarse o advertirse otros, sin traspasar la barrera del principio de intervención mínima.

2. La Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2007

La resolución que denomina este apartado supone un hito en la Jurisprudencia dado que es la primera vez que el alto Tribunal condena por Atentado y se hace partícipe de lo que viene sucediendo en la Jurisprudencia Menor a la hora de penalizar la agresión a un médico. El especial interés que despierta su estudio no deriva únicamente de este hecho, sino también del voto particular formulado por el Magistrado Andrés Martínez Arrieta, que pone en evidencia, una vez más, la escasa utilidad práctica de la sistemática del Código Penal y el poco consenso existente en relación con el fin protector de la norma.

1º.- Fundamentos de la sentencia

a) El bien jurídico protegido en el Delito es el orden público, entendido como “aquella situación que

¹⁰⁵ LUZÓN CUESTA, *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, 11ª Edición, Dykinson, Madrid, 2000. El autor afirma que la observancia del principio de intervención mínima “obliga, para adecuar el Derecho penal a la realidad social, a despenalizar conductas que no se consideran dignas de represión penal, pero al mismo tiempo, a sancionar nuevas formas de criminalidad”.

permite el ejercicio pacífico de 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”.

b) Los sujetos pasivos son la *autoridad pública, sus agentes y los funcionarios públicos*. Frente a lo que, como veremos inmediatamente, opone el magistrado disidente, la Sala acentúa la diferencia existente entre los dos primeros sujetos (quienes tienen mando o ejercen jurisdicción o quienes actúan bajo sus órdenes) y el tercero (cuyos caracteres remite a la regulación del artículo 24.2 CP), con el fin de acreditar la voluntad del legislador de incluir bajo la protección de este precepto no sólo a quienes están directamente encargados del mantenimiento del Orden en sentido estricto, sino también a todos aquellos que desempeñan una actividad a la que se refieren como “*función pública*”.

c) La sentencia trata de redefinir a continuación lo que debemos entender por función pública, echando mano de la Jurisprudencia de la Sala y exponiendo algunos ejemplos casuísticos que sustentan su interpretación. Así, destaca la relevancia de que aquél de quien se predica la función pública “*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*”, o, con carácter más abstracto, contempla que “*cualquier actuación de estas entidades donde exista un interés público responde a ese concepto amplio de función pública*”¹⁰⁶.

Con el fin de mostrar la amplitud de la figura, cita, entre otras, la consideración de que la Sala entendió que constituía función pública la desempeñada por el presidente de una sociedad mercantil cuya función consistía en la preparación de la venta de una empresa pública¹⁰⁷ y la desempeñada por un farmacéutico titular en tanto que “*siempre está en relación*

*con los correspondientes organismos públicos del área de salud respecto a los asegurados*¹⁰⁸”. Y, desde luego, no tiene dudas acerca de la cualidad de funcionarios públicos de médicos y enfermeros de la Seguridad Social¹⁰⁹.

Centrándose en la legislación positiva, la sentencia vuelve al mencionado artículo 43 de la Constitución y dos normas que lo desarrollan: la Ley 14/1986, General de Sanidad, y la Ley 41/2002, de Autonomía del Paciente, que tienden a confirmar lo anteriormente expuesto con una curiosidad que consideramos interesante destacar: a pesar de que no existe en el discurso adoptado por la Sala en su argumentación la necesidad de ello, introduce, mediante la cita del artículo 9.2 de esta última disposición legal, el elemento de la coerción. Puesto que no parece dar excesiva importancia a este elemento, que simplemente parece arrojar al aire, su mera aparición en este contexto puede llevar a conflicto con la postura demostrada por la propia Sala, dado que precisamente desde el principio parecía restar significado a este elemento, más propio de autoridades y sus agentes que de “*simples*” funcionarios públicos.

d) Y, por último, el TS reconoce la posibilidad, en el mismo sentido que nuestro texto quiere dar a entender: de un exceso en la reacción penal con la asunción por el Código de un concepto tan amplio del orden público. Un exceso frente al que, como mero aplicador del derecho, se muestra crítico pero se reconoce inerte, constatando la ausencia de base legal para restringir tal reacción.

2.- Voto particular

Como ya hemos adelantado, el magistrado Martínez Arrieta fundamenta su oposición a la apreciación del 550 en agresiones a personal sanitario en un exceso en la ampliación del concepto de orden público, mostrándose disconforme con la extensión de tal figura a cualquier actividad prestacional que desarrolle el Estado. Destacando el perfil teleológico de la interpretación de la norma, el Magistrado se muestra

¹⁰⁶ Las citas, contenidas en la sentencia estudiada, provienen de la STS 1292/2000 y de la STS 68/2003, respectivamente. En el mismo sentido, ver SSTS 1590/2003 y 866/2003.

¹⁰⁷ STS 1590/2003.

¹⁰⁸ STS 573/2002.

¹⁰⁹ En este sentido, SSTS de 15 de noviembre de 1973, 15 de junio de 1979, 7 de abril de 1981 y 20 de mayo de 1993.

partidario de una reducción del bien jurídico protegido al orden público entendido en sentido estricto, basando su postura en la necesidad de controlar con especial cuidado los límites de un concepto cuyo mantenimiento puede suponer la restricción de los derechos y libertades de los ciudadanos. Esta delimitación del concepto, evidentemente, debe extenderse también a los sujetos protegidos, que serán, según esta concepción, sólo los funcionarios encargados del mantenimiento del orden público.

Es decir, que entiende que los ataques objeto de la protección penal en el delito de atentado son sólo aquellos que puedan recibir los funcionarios que actúan en la actividad administrativa dirigida a ordenar y controlar este orden público, para garantizar el ejercicio de los derechos constitucionales de los ciudadanos, dejando fuera del círculo, por lo tanto, todas aquellas funciones de prestación estatal que no se identifiquen con la autoridad en el sentido clásico: representada por los funcionarios de policía, los integrantes del poder judicial, agentes encargados de funciones de inspección y control...

En resumen, el voto particular se centra en establecer una distinción clara entre la función pública - no siempre protegida por las disposiciones del Título XXII y el orden público en sentido estricto-, verdadero objeto de protección penal, puntualizando la relevancia de esa capacidad de coerción sobre la que la sentencia pasaba de puntillas.

3. Toma de postura

En definitiva, el juzgador se encuentra, en los casos de agresiones a médicos, en un cruce de caminos en el que debe optar entre sancionar la agresión sin tener en cuenta especialidad alguna en el sujeto pasivo, y extender el alcance subjetivo del artículo 550 en la medida que considere oportuno en función del bien jurídico que estime protegido por la norma: dilema expuesto de manera elocuente en la resolución que nos ocupa, o en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona que abordábamos en el epígrafe anterior, y que, presumimos, será objeto de contradicción jurisprudencial mientras no se aclare de modo llano el alcance del delito de atentado.

Es un dato importante, puesto que relaciona directamente el estudio de esta resolución con la problemática que referíamos en nuestro punto anterior: la consideración, tanto en la fundamentación jurídica de la sentencia como en los motivos del voto particular, de que el legislador se ha excedido a la hora de determinar el campo de actuación del Derecho penal. Porque el literal del 550 extiende su protección a cualquier funcionario público; o, dicho de otra manera, y de modo más acorde con lo que parece querer expresar la sentencia comentada, parece haber consenso en que la Ley se queda corta a la hora de poner límites al concepto de función pública, y como consecuencia se produce una aparentemente indeseada ampliación de la cobertura de la norma penal.

Incluso compartiendo algunos de los puntos del voto particular, hemos de decir que en la mencionada bifurcación del camino debemos mostrarnos conformes con el sentido de la sentencia. De hecho, es precisamente esa postura crítica con la norma pero estricta en su aplicación la que refleja la necesidad de modificaciones en la ley que exponemos en el siguiente apartado. Porque, efectivamente, consideramos que tal vez la reacción penal que supone la calificación como atentado de las agresiones contenidas en el art. 550 a un médico o enfermero sea excesiva, pero también estimamos que, basándonos en la propia sistemática del Código Penal (con excepción de la rúbrica del Título de referencia), que sólo incluye expresamente a los funcionarios públicos en el referido artículo y no en los demás, y en el literal del artículo 24, no podemos excluir a médicos y enfermeros, en tanto que funcionarios públicos, del ámbito de protección.

Es, por lo tanto, una interpretación forzada aquella que pretende que el concepto de funcionario público al que se refiere el magistrado disidente en el voto particular únicamente incluya a aquellos que poseen cierta capacidad de coerción. En realidad, el argumento termina siendo contradictorio, puesto que acaba resolviendo que únicamente están bajo el amparo del art. 550 las autoridades públicas y sus agentes, eliminando al tercero de los sujetos enumerados en la disposición.

Y, sin embargo, sí que compartimos, de *lege ferenda*, su crítica a la excesiva reacción penal derivada de lo que entendemos como una posible imprevisión del legislador, o una derivación perversa de una cuestión meramente sistemática. Hacemos nuestro, en este caso, sobre todo por sus consecuencias sociales, el posicionamiento de la SAP de Barcelona de 27 de mayo de 2008, según el cual resulta complicado entender que la agresión a un médico o enfermero, independientemente de su gravedad, resulte típica dentro de un Título del Código Penal en el que también están incardinados la sedición, la tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos y los delitos de terrorismo. Lo cual, es cierto, hace que nos preguntemos si realmente el legislador pensaba en los supuestos a los que venimos refiriéndonos, al introducir el concepto de funcionario público en el art. 550.

4. Necesidad de protección del colectivo médico y resolución de las contradicciones jurídicas de la cuestión

Uno de las propuestas de este trabajo es demostrar que no es una cuestión pacífica que en el delito de atentado se proteja exactamente a todos los representantes de la función pública, y que por lo tanto existe la posibilidad de un defecto en la reacción penal, en aquellos casos en los que se delimite excesivamente el ámbito de protección de la norma. Puesto que el estudio realizado se basa principalmente en las agresiones a los sanitarios, debemos destacar en este sentido que la necesidad de regulación específica viene dada por nuestra estimación de que ese sector de la función pública en concreto sí que es digno de amparo penal.

Es consecuente, además, que, al igual que lo sucedido en el caso de la regulación penal específica que ha recibido la denominada violencia de género, esta cuestión responde también al impulso político de buscar una solución a un problema social creciente, tanto en número de casos como en conciencia de su realidad.

Es imperativo, por tanto, fijarse en las estadísticas de agresiones a médicos y personal sanitario¹¹⁰ y la estimación de la existencia de una necesidad normativa: un precepto que resuelva las contradicciones interpretativas anteriormente mencionadas e introduzca una respuesta penal precisa al problema tratado y que acabe con la desprotección del colectivo médico ante una situación cada vez más frecuente. Al mismo tiempo, hay que poner en cuarentena cualquier punición que pueda considerarse desproporcionada o excesiva (de acuerdo a la legislación vigente como interpreta el Tribunal Supremo, según *ut supra*).

V. PROPUESTAS PARA EL LEGISLADOR.

Según ha quedado patente el “*fenómeno de las agresiones*” es de la suficiente envergadura, proporcionalidad y magnitud, como para concretar una intervención legislativa. Ésta deberá seguir respaldada por los Colegios de Médicos y Enfermeros como encargados de promocionar su PROFESIONALISMO, la normativa y Planes de Prevención de Riesgos; y complementada por, tal vez, un régimen de infracciones y sanciones que diseñen las Administraciones Sanitarias y, por supuesto, por una la reforma procesal. Ello en atención al problema multifactorial y pluridisciplinar que hemos comprobado que existe.

Por fin, y puesto que no puede discutirse una Ley en un solo día, y quienes esto suscriben no desean incurrir en arrogancia, creemos que sí deben ser tomadas en cuenta unas sucintas orientaciones, en base a este trabajo. Nuestras sugerencias son:

- a) Las agresiones a médicos y enfermeros y demás personal sanitario tienden a dificultar la consecución de fines de interés público (que, no olvidemos, están constitucionalmente amparados), en tanto que bajan la calidad de los servicios, merman la profesionalidad del personal empleado en tal fin y, en definitiva, impiden que la

¹¹⁰ *Volvemos a insistir en el estudio realizado por MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, Op. Cit.*

prestación sanitaria se desenvuelva con la eficacia requerida.

b) La labor desempeñada específicamente por médicos y enfermeros, debe de ser susceptible de protección penal específica, en tanto que el bien jurídico a proteger trasciende el interés individual de estos profesionales.

c) La única regulación que permite actualmente la punición de ese bien jurídico protegido que excede de la mera protección personal es el delito de atentado.

d) La calificación como Atentado de las agresiones a médicos y enfermeros plantea los siguientes problemas:

- Supone una reacción penal excesiva, en atención a las concepciones más estrictas de lo que debemos entender como orden público, lo cual hace que jueces y magistrados se muestren en ocasiones reticentes a aplicar el tipo delictivo correspondiente, dejando sin castigo la agresión al bien jurídico del que hablamos.
- Tiene como consecuencia la distinta protección que, a efectos penales, se da a los profesionales del sector público y a los del sector privado, cuando en realidad podemos admitir que los fines prácticos que satisfacen ambas actividades son idénticos.
- Tal calificación exige una interpretación forzada del concepto de orden público.
- Esa extensión del concepto implica la necesidad de ampliar correlativamente el ámbito de los posibles sujetos pasivos, hecho que, llevado a un extremo, dejaría vacío de con-

tenido el tipo delictivo: porque entrarían TODOS los funcionarios, desde el personal administrativo, hasta los conserjes y bedeles, a quienes también se agrede, y al final el Delito se vaciaría de contenido.

- Además, la aparente ambigüedad del art. 550 permite que existan sentencias tan contradictorias como las aquí expuestas, y que fluctúan entre considerar al médico o enfermero como autoridad, y la percepción de que ni siquiera tienen carácter de funcionarios públicos.

e) Por lo tanto, partiendo de la idea de que existe un bien jurídico a proteger, y de la inconveniencia de que éste se proteja bajo la rúbrica actual, debería legislarse autónomamente y tomar carta de naturaleza.

Las posibilidades que se presentan cuando nos enfrentamos al estudio de esta reforma son varias: la previsión de un subtipo agravado por razón del sujeto pasivo de cada una de las conductas atentatorias (homicidio, lesiones, amenazas e injurias); la introducción de una circunstancia agravante genérica expresamente dirigida a la protección de la función pública en sentido amplio en los delitos contra las personas; la formulación de un tipo específico, dentro de los delitos contra el orden público, alejado de la regulación actual en el sentido indicado, etc.

Lo esencial, tras lo expuesto, es garantizar que el Código Penal contemple una protección específica del bien jurídico que hemos analizado, y que no se permita ni que -merced a la normativa existente- las agresiones a estos valores queden impunes, ni que existan dudas, tanto jurisprudenciales como sociales, sobre la proporción de la reacción penal ante las agresiones al personal sanitario, que pueden salir caras a la seguridad jurídica.