

CONSULTA 2/2008

SOBRE LA CALIFICACIÓN JURÍDICO-PENAL DE LAS AGRESIONES A FUNCIONARIOS PUBLICOS EN LOS ÁMBITOS SANITARIO Y EDUCATIVO

I.- PLANTEAMIENTO DE LA CONSULTA.

La reiteración de noticias referidas a agresiones y amenazas producidas contra personas que ejercen sus funciones en el ámbito de la sanidad y de la enseñanza, ha generado en la actualidad un amplio debate social sobre las medidas preventivas y represivas precisas para hacer frente a tales manifestaciones violentas.

Diversas Comunidades Autónomas vienen desarrollando iniciativas con el objeto de prevenir y atender a los profesionales afectados, mediante la elaboración de protocolos de actuación, publicación de guías de orientación, asesoramiento jurídico y personación en las causas judiciales, e incluso a través de la adecuación de las infraestructuras y el establecimiento de nuevos diseños en los centros sanitarios.

Dicho fenómeno ha trascendido al ámbito jurídico-penal, manifestándose, por un lado, a través de las divergentes concepciones sobre la tutela penal aplicable, expresadas en diversas resoluciones judiciales dictadas en procedimientos en los que se han enjuiciado dichas agresiones, y, por otro, en las demandas específicas de protección planteadas por los colectivos profesionales afectados, interesando la imposición de mayores sanciones penales a dichas conductas, concretamente mediante la aplicación a dichos colectivos de la tutela penal que otorga el delito de atentado.

La Fiscalía Superior consultante se dirige a la Fiscalía General del Estado ante las diferentes posiciones manifestadas en las Juntas de Fiscalías Provinciales de su territorio celebradas al respecto, que son reflejo de la complejidad jurídico-penal que deriva de la interpretación de los ambiguos términos en los que el art. 550 CP define el delito de atentado, castigando como reos del mismo a *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.*

Este precepto ha sido interpretado por la Sala II del Tribunal Supremo (SSTS 16-6-1998, 4-6-2000, 20-12-2000, 12-1-2001, 21-1-2002, 13-9-2002, 29-5-2003, 19-7-2007, en las que se citan otras muchas), cuya jurisprudencia establece que para la existencia del delito de atentado es preciso la concurrencia de los siguientes elementos:

- a) que el sujeto pasivo de la acción típica sea autoridad, agente de la misma o funcionario público;
- b) que la acción contra tales sujetos se realice cuando los mismos se hallen en el ejercicio de las funciones propias de sus cargos o con ocasión de ellas, actuando dentro del marco de la legalidad, toda vez que la extralimitación o exceso en el ejercicio de sus funciones priva al sujeto pasivo de la especial protección que la ley le dispensa, perdiendo su condición pública y convirtiéndolo en un particular (SSTS 14-2-1995, 26-1-1996, 26-9-2007);
- c) que la acción consista en el acometimiento, empleo de fuerza, intimidación grave o resistencia activa también grave, y
- d) que el sujeto activo tenga conocimiento (elemento subjetivo) de la calidad de autoridad, agente de la misma o funcionario público, de la persona sobre la que ejerce la violencia o intimidación, y el dolo específico de menoscabar el principio de autoridad, que puede ser

directo, cuando el sujeto busca primordialmente tal ofensa a dicho principio, o “*dolo de consecuencias necesarias*”, si no se quiere principalmente el vejamen de la autoridad, pero se acepta el mismo, como consecuencia necesaria de una actuación en la que se persiguen otros fines. Se presume la concurrencia del expresado elemento subjetivo, cuando el mismo se infiera lógicamente de la constatación de los componentes objetivos del tipo, de acuerdo con las reglas de la experiencia, salvo que se acredite en la causa la existencia de un móvil distinto (SSTS 1-6-1987, 28-11-1988, 16-6-1989, 14-2-1992, 21 y 16-1-2002, 9-6-2004, 4-12-2007).

Aunque la presente consulta tiene por objeto concretar las circunstancias que deben concurrir en los hechos y las condiciones que han de reunir los profesionales que ejercen funciones públicas en la sanidad y en la educación para estar amparados -como sujetos pasivos- por la tutela penal que dispensa el delito de atentado, es preciso significar previamente que las acciones descritas -acometimiento, empleo de fuerza, intimidación grave o resistencia activa también grave-, ejecutadas contra los mismos, no exigen un resultado lesivo del sujeto pasivo. Si concurre, se penará independientemente, con aplicación de las reglas concursales correspondientes (STS 15-3-2003, 19-7-2007, entre otras muchas).

La jurisprudencia ha señalado que el atentado se perfecciona con el simple ataque en cualquiera de las cuatro formas previstas en el tipo, incluso cuando el acto de acometimiento no logre su objetivo, calificando este delito como de pura actividad, de forma que aunque no se llegue a golpear o agredir materialmente al sujeto pasivo, el delito se consuma con el ataque, acometimiento o grave intimidación, que puede consistir en un mero acto formal de iniciación del ataque o en un movimiento revelador del propósito agresivo (STS. 15-3-2003 y 2-10-2006).

También conviene destacar que el vigente Código Penal, incorporó en el art. 550 la expresión “*activa*”, predicándola de la resistencia grave que constituye una de las formas del delito de atentado, junto al acometimiento, empleo de fuerza o intimidación, frente a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos; mientras que el art. 556 CP cuando regula el delito de resistencia, lo hace sin exigir especial calificación en la misma, equiparándola a desobediencia grave, y únicamente referida a la autoridad o sus agentes, no mencionando a los funcionarios públicos entre los sujetos pasivos de estos delitos -resistencia y desobediencia grave-.

Por tanto, no todo acto agresivo contra quien ostente la condición de autoridad, agente o funcionario público será constitutiva del delito de atentado, el cual, en todo caso, solamente puede producirse mediante una ofensa grave contra alguno de dichos sujetos pasivos. Cabe la posibilidad de que la conducta agresiva sea de escasa lesividad, y, por tanto, constitutiva de falta de coacciones, amenazas, vejaciones, injurias o incluso que tenga carácter meramente administrativo. La graduación de la gravedad de la conducta deberá ser valorada en cada caso.

La Fiscalía Superior consultante sostiene la aplicación del delito de atentado cuando se produzca alguna de dichas acciones -concurriendo los elementos señalados- contra cualquier funcionario público en el ámbito de la sanidad o de la enseñanza. Fundamenta su posición en el tenor literal del texto legal, el cual, salvo la calidad de autoridad, agente de la misma o funcionario público que debe ostentar el sujeto pasivo, no impone ninguna otra limitación. Además, resalta la circunstancia de que el legislador ha optado por mantener dicho precepto sin modificación, pudiendo haberlo cambiado en alguna de las numerosas reformas operadas en el Código penal desde su entrada en vigor.

Tal interpretación no es compartida por todas las Fiscalías Provinciales del territorio de la Superior consultante, estimando alguna de ellas que el bien jurídico protegido por el delito de atentado es el orden público, entendido como la tranquilidad o paz en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana, limitando, por tanto, la tutela penal que otorga dicho tipo penal, a la actuación de las autoridades y funcionarios encargados de preservarla.

La discrepancia entre ambas posiciones deviene de la diversa concepción de dos cuestiones que, aunque íntimamente relacionadas, seguidamente se analizan por separado con el objeto de concretar el ámbito de sujetos pasivos tutelados por el delito de atentado: la primera está referida al bien jurídico protegido por el tipo penal, toda vez que su determinación es necesaria para precisar cuáles son los comportamientos - empleo de fuerza, intimidación grave o resistencia activa también grave- que afectan al mismo; y la segunda, a concretar el concepto de funcionario público como sujeto pasivo del delito de atentado.

II.- EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR EL DELITO DE ATENTADO.

El legislador ha agrupado diversas figuras en el Título XXII del Libro II del Código penal, bajo la rubrica de "*Delitos contra el orden público*", entre las que se encuentra el delito de atentado -arts. 550 al 555-. Dicha ubicación determina, por expresa decisión legislativa, la vinculación del bien jurídico protegido por este delito al concepto de orden público, aunque como seguidamente se expone, existen otros valores afectados también tutelados por dicho delito.

El concepto de orden público no sólo es de difícil concreción, sino que puede ser objeto de diversas acepciones. Así, desde una concepción

estricta se le identifica con la preservación de la seguridad ciudadana a través de las potestades coercitivas de la administración y normas de policía; desde una posición más amplia se hace referencia al mismo *“como sinónimo de respeto de los principios y valores jurídicos y meta-jurídicos que están en la base de la convivencia social y son fundamento del orden social, económico y político”* (STC 66/1995, de 8 de mayo). Hay otras concepciones que asimilan el orden público al orden jurídico, particularmente en materia de adecuación de sentencias extranjeras al *“orden público, es decir, con el Derecho del Estado -español-“* (STC 265/1988).

La jurisprudencia más reciente relaciona el orden público con el libre ejercicio de los derechos y deberes fundamentales, que el art. 10.1 CE proclama como fundamento del orden político y de la paz social. Así, en la STS 4 de junio de 2000 se expresa que *“en una sociedad democrática, en la que rigen una jerarquía de valores distinta a las de un régimen autoritario, no es adecuado identificar el bien jurídico protegido con el principio de autoridad, sino en la necesidad de que los agentes públicos, que actúan al servicio de los ciudadanos, gocen de la posibilidad de desempeñar sus funciones de garantía y protección sin interferencias ni obstáculos”*, en el mismo sentido se pronuncia el ATS 22 de marzo 2002. La STS 4 de diciembre de 2007 define el orden público como la *“situación que permite el ejercicio pacífico de los derechos y libertades públicas y el correcto funcionamiento de las instituciones y organismos públicos, y consiguientemente, el cumplimiento libre y adecuado de las funciones públicas, en beneficio de intereses que superan los meramente individuales”*.

La noción que se mantenga sobre el concepto orden público tiene incidencia en la determinación del sujeto pasivo en el delito de atentado, toda vez que si se entiende que la finalidad de la incriminación de estas

conductas es la preservación de la seguridad ciudadana (orden público en sentido estricto), puede sostenerse que las autoridades, agentes y funcionarios a los que se refieren los arts. 550 y ss. CP son únicamente aquellos que ejercen funciones relacionadas con la conservación de ese orden; mientras que si se adopta una concepción amplia del orden público, el ámbito de sujetos pasivos puede extenderse, en principio, a todas las autoridades y funcionarios definidos como tales en el art. 24 CP, tengan o no asignado aquel tipo de atribuciones.

Como se indicaba *supra*, la inclusión sistemática en el Código Penal del delito de atentado, vincula a dicho delito con el orden público que rubrica el Título donde está ubicado. Sin embargo, el bien jurídico protegido por dicho delito no es el orden público en sentido estricto -que afecta a las normas de policía-, toda vez que para su existencia no se requiere una alteración efectiva del mismo, como sí se produce en otras infracciones reguladas en el mismo Título -ej. desordenes públicos-. Por ello, la jurisprudencia ha sustentado el objeto de tutela del delito de atentado en su afectación al orden público en relación con otros valores, que tradicionalmente se concretaron en el principio de autoridad, entendido como atributo personal que amparaba el prestigio de las personas que ostentaban determinados cargos.

La aprobación de la Constitución de 1978 supuso un cambio en la concepción del bien jurídico protegido por el delito de atentado. La interpretación jurisprudencial del texto punitivo ha ido sustituyendo progresivamente dicha específica tutela del principio de autoridad como atribución personal, por un concepto de protección de las funciones públicas realizadas por las personas a las que ampara. Así, la STS de 18 de febrero de 2000 expresa que “*el bien jurídico protegido [del delito de atentado] más que el tradicional principio de autoridad, lo constituye la garantía del buen funcionamiento de los servicios y funciones públicas*”.

Igualmente la STS de 4 de junio de 2000 señala que *“en una sociedad democrática, en la que rige una jerarquía de valores distinta a las de un régimen autoritario, no es adecuado identificar el bien jurídico protegido con el principio de autoridad, sino en la necesidad de que los agentes públicos, que actúan al servicio de los ciudadanos, gocen de la posibilidad de desempeñar sus funciones de garantía y protección sin interferencia ni obstáculos, siempre que actúen en el ejercicio legítimo de su cargo. En caso contrario, se resentiría la convivencia ciudadana que se vería seriamente afectada, por acciones que suponen un peligro para la misma y que deben ser atajadas y perseguidas”*.

En el mismo sentido se pronuncia la citada STS de 4 de diciembre de 2007, que identificando la noción del orden público con *“el ejercicio pacífico de los derechos y libertades públicas y el correcto funcionamiento de las instituciones y organismos públicos”*, expresa que con el delito de atentado se sancionan *“los hechos que atacan al normal funcionamiento de las prestaciones relativas al interés general que la Administración debe ofrecer a los ciudadanos. Aun cuando la mención a las Autoridades y a sus agentes como sujetos pasivos pudiera dar a entender que el delito de atentado se refiere exclusivamente a actos dirigidos contra quienes se caracterizan por tener mando o ejercer jurisdicción o contra quienes actúan a sus órdenes o bajo sus indicaciones (artículo 24 del Código Penal), la consideración de los funcionarios públicos como tales sujetos pasivos, amplía necesariamente al ámbito de estos últimos. Una limitación en atención al cumplimiento de funciones derivadas de resoluciones en las que se actúe con tal mando o jurisdicción, no encuentra precedentes definitivos en la jurisprudencia, que, por el contrario, se ha orientado a considerar como sujetos pasivos a los funcionarios públicos en cuanto vinculados al cumplimiento o ejecución de las funciones públicas antes referidas.*

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

Por tanto, de conformidad con la anterior jurisprudencia, se puede concluir que el bien jurídico protegido por el delito de atentado es el orden público en sentido amplio, en cuanto las conductas que le afectan están dirigidas a menoscabar la actuación de los sujetos expresados en la norma penal en el ejercicio regular de prestaciones relativas al interés general.

III.- EL CONCEPTO PENAL DE FUNCIONARIO PÚBLICO.

Expresan las SSTS de 19 de diciembre de 2000 y 22 de enero de 2003, citadas en la STS de 4 de diciembre de 2007, que el concepto de funcionario publico está *“nutrido de ideas funcionales de raíz jurídico-política, acorde con un planteamiento político-criminal que exige, por la lógica de la protección de determinados bienes jurídicos, atribuir la condición de funcionario en atención a las funciones y fines propios del derecho penal y que, sólo eventualmente coincide con los criterios del derecho administrativo”.*

Efectivamente, es reiterada la jurisprudencia que mantiene que el concepto de funcionario público contenido en el art. 24.2 CP, según el cual *“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”*, es más amplio que el que se deriva del derecho administrativo como evidencia la misma expresión *“se considerará”* funcionario público, omitiendo la concreción de quiénes efectivamente ostenten tal condición, de lo que se colige que lo que se pretende, más que dar una definición conceptual, es determinar quiénes

son las personas que ostentan tal cualidad a los efectos de aplicación del Código penal.

La STS de 4 de diciembre de 2007, con cita de las SSTS de 10 de julio de 2000, 27 de enero de 2003, 28 de febrero y 23 de mayo de 2005, también expresa que *“se trata de un concepto más amplio que el regulado por el derecho administrativo, pues sus elementos son exclusivamente el relativo al origen de su nombramiento que ha de ser por una de las vías que el artículo 24 enumera, y de otro lado, la participación en funciones públicas, con independencia de otros requisitos referidos a la incorporación formal a la Administración Pública o relativos a la temporalidad o permanencia en el cargo”*.

En el mismo sentido la STS de 5 de abril de 2002, que otorga la condición y calidad de funcionario público a efectos penales al gerente de una sociedad mercantil municipal, nombrado por designación directa de un órgano de la misma, mantiene que *“mientras que para el Derecho administrativo los funcionarios son personas incorporadas a la Administración pública por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el derecho administrativo, por el contrario, el concepto penal de funcionario público no exige las notas de incorporación ni permanencia, sino la mera participación en la función pública (...) en el ámbito del derecho penal lo que importa es proteger penalmente el ejercicio de la función pública en orden a sus propios fines, garantizando a un tiempo los intereses de la administración (y su prestigio) y los de los administrados. Y en torno a la función pública y al origen del nombramiento gira la definición penal de funcionario: lo es el que participa del ejercicio de una función pública y por cualquiera de las tres vías de designación que recoge el precepto, de las que nos interesa en este caso el <<nombramiento de autoridad competente>>. Nada importan en este campo ni los requisitos de selección para el ingreso, ni la categoría por*

modesta que fuere, ni el sistema de retribución, ni el estatuto legal y reglamentario, ni el sistema de previsión, ni aun la estabilidad o temporalidad (STS de 11 de octubre de 1.993 y las que en ella se citan)”.

A efectos penales, ni siquiera es preciso que la relación jurídica que une al funcionario con la Administración tenga carácter administrativo. Así lo expresa la STS de 27 de enero de 2003, que considera funcionario público a una persona nombrada por autoridad competente en un contrato laboral, señalando que *“se trata de un concepto muy amplio que abarca a todas las personas en las que concurran los dos requisitos que se deducen del propio texto de tal precepto:*

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

2º. Ha de existir una designación pública para el ejercicio de tal función, en cualquiera de las tres formas previstas en el propio art. 24.2 CP: por disposición inmediata de la ley, por elección o por nombramiento de autoridad competente. Véanse las sentencias de esta sala, entre otras muchas, de 12-6-1990, 5-2-1993, 11-10-1993, 13-6-1995, 30-12-1996, 19-5-1998, 5-6-1998, 10-7-2000 y 27-2-2001”.

No existiendo tal designación pública en el nombramiento de aquellas personas que prestan sus servicios como empleados de empresas o instituciones privadas, aunque éstas -en concierto o mediante cualquier otra formula de relación con la Administración- participen en el ejercicio de funciones sociales, los trabajadores contratados por las mismas no

ostentan la condición de funcionarios públicos a efectos penales, toda vez que su designación no responde a ninguna de las tres formas expresadas en el art. 24.2 CP *-disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente-*.

IV. APLICACIÓN DEL CONCEPTO PENAL DE FUNCIONARIO PÚBLICO EN LOS ÁMBITOS SANITARIO Y EDUCATIVO.

Son numerosas las resoluciones de las Audiencias Provinciales que consideran sujetos pasivos de delitos de atentado a los funcionarios públicos en los ámbitos docente y sanitario. En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo, en las causas que han sido objeto de recurso de casación. Así lo estimó la STS de 26 de febrero de 1991 referida a la agresión a un catedrático de anatomía de una Facultad de Medicina, estimando *“que ostentaba la condición de funcionario público, conforme a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 119 del Código Penal [de idéntica redacción al actual art. 24 CP] y con la Ley General de Educación, lo que era conocido por el procesado que era estudiante de esa Facultad y examinado por un Tribunal que presidía el citado Catedrático al que agredió y lesionó con ocasión de las funciones docentes que ejercía la víctima que anteriormente le había examinado”*.

En el ámbito de la sanidad pública, la STS de 20 de mayo de 1993, con referencia a otras anteriores de 15 de noviembre de 1973, 15 de junio de 1979 y 7 de abril de 1981 *-que declaraban que los médicos de la Seguridad Social, los farmacéuticos y enfermeras que por disposición legal se incorporaban a la prestación de un servicio social a cargo del antiguo Instituto Nacional de Previsión, reunían los requisitos necesarios para alcanzar el carácter de funcionario público a efectos penales- otorga el carácter de funcionario público a un médico sustituto que prestaba servicio*

en una unidad de urgencias de la Seguridad Social *“porque dicha actividad funcional pública debe referirse a ejercitar alguna actividad que por su carácter social y trascendencia colectiva está encomendada al Estado, provincia o municipio, o entes públicos dependientes más o menos directamente de los mismos, y no puede dudarse de tal cualidad a los Servicios de la Seguridad Social, Instituto Nacional de la Salud, o su correlativo si se halla transferido a una Comunidad Autónoma, vinculados a la administración pública”*.

Aunque la generalidad de la jurisprudencia está referida a supuestos en los que el funcionario público es el sujeto activo del delito enjuiciado, no hay razón alguna para establecer una distinción entre un concepto de funcionario público como sujeto activo y otro como sujeto pasivo. En este sentido se pronuncia la citada sentencia de 4 de diciembre de 2007, al indicar que *“se trata de proteger el ejercicio de la función pública en su misión de servir a los intereses generales, de manera que la condición de funcionario a efectos penales se reconoce con arreglo a los criterios expuestos tanto en los casos en los que la correcta actuación de la función pública se ve afectada por conductas delictivas desarrolladas por quienes participan en ella, como en aquellos otros casos en los que son acciones de los particulares las que, al ir dirigidas contra quienes desempeñan tales funciones, atacan su normal desenvolvimiento y perjudican la consecución de sus fines característicos. A través, pues, de la incidencia del concepto, se defienden tanto los intereses de la Administración como los de los ciudadanos”*.

Son numerosas las sentencias en las que el Tribunal Supremo ha apreciado la condición de funcionario público como sujeto activo de diversos tipos delictivos a personal sanitario, baste citar las SSTS de 7 de noviembre de 2001, en la que se confirma la condena a un médico por cohecho; de 4 de diciembre de 2001, que se desestima el recurso de

casación interpuesto por un médico condenado por un delito de uso de información privilegiada; o la de 28 de febrero de 2002, referida a la condena a un médico por delito de falsedad.

V.- DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO COMO SUJETO PASIVO DEL DELITO DE ATENTADO.

Existen opiniones que no comparten que un concepto de funcionario público tan amplio como el que ha expresado sea aplicable al delito de atentado (v. auto AP de Sevilla 2/12/2005, sentencia AP de Girona 28/9/2005 y voto particular STS 4/12/2007), estimando que debe restringirse el ámbito de los sujetos pasivos tutelados por dicho delito, el cual solamente otorga protección penal a los funcionarios públicos que actúan en la actividad administrativa dirigida a ordenar y controlar el poder público, en cuanto garante del ejercicio de los derechos de los ciudadanos.

Es decir, para esta posición, el tipo penal únicamente protege aquellas actividades ejercidas por funcionarios que inciden en la libertad de los ciudadanos, asegurando el normal funcionamiento de los valores democráticos y el correcto ejercicio de los derechos fundamentales, entendiendo por tales, las actividades desarrolladas por funcionarios de policía, integrantes del poder judicial o los que realizan actividades de control o inspección, en expresión de la citada sentencia AP de Girona “*el núcleo duro tradicional de la actividad administrativa*”, quedando fuera del ámbito de protección del delito de atentado, sin perjuicio de la que otorgan otros tipos penales -lesiones, contra la libertad, etc.-, las actividades realizadas por los funcionarios desconectadas de este concepto estricto de orden público.

Según dicho criterio, no podría castigarse como atentado la respuesta agresiva a un funcionario público por un acto médico, que puede desarrollarse sin variar su naturaleza en el ámbito de estructuras sanitarias privadas, como tampoco la agresión a un funcionario público dedicado a la educación en relación con actos académicos que no tenga el expresado carácter de inspección o control administrativo.

Tal interpretación restrictiva no encuentra apoyo ni en la ley ni en la jurisprudencia, toda vez que el art. 24.2 CP considera funcionarios públicos a efectos del Derecho Penal a las personas que -por disposición legal, elección o nombramiento de Autoridad- participan en el ejercicio de funciones públicas, siendo reiterada la doctrina del TS que no impone ninguna limitación, dado que lo *“verdaderamente característico y lo que les dota de la condición pública, es la función realizada dentro de un organigrama de servicios públicos”* (STS de 16-6-2003).

También se argumenta en defensa de la expresada posición restrictiva del concepto de funcionario público, que su ampliación afecta al principio de igualdad, por cuanto una misma agresión ejecutada contra un profesional de la sanidad o de la educación -que son los que nos ocupan- que no sea funcionario público, e incluso contra la misma persona que, en régimen compatibilidad, ejerce su profesión en el ámbito privado, se vería privada de la hiperprotección penal del delito de atentado. Sin embargo, hay que señalar que dicho razonamiento olvida que el núcleo del delito de atentado está constituido por el ataque a la función pública que encarna el sujeto pasivo y cuyo respeto es necesario para la convivencia en una sociedad democrática. Es decir, el tipo penal solamente despliega su protección cuando la agresión se produce contra una persona que ostenta la condición de funcionario público, con motivo del ejercicio de la actividad que como tal realiza, o con ocasión de ella.

Es decir, no se puede obviar que el ataque al funcionario público con ocasión del desempeño de su labor en la prestación de un servicio público en el ámbito de la sanidad o la educación, no afecta únicamente a su integridad personal, sino que genera también un daño social, en cuanto incide directamente en el régimen de prestación de un servicio reconocido constitucionalmente.

En la misma línea crítica se pronuncian quienes expresan que podría darse el caso de que, siendo varios los profesionales agredidos simultáneamente, unos fueran víctimas de atentado y otros sólo de lesiones, según su relación de servicios con la Administración. Dicho argumento también debe ser rechazado, por cuanto desconoce que consecuencia de la naturaleza del bien jurídico protegido, es que la ejecución de una acción agresiva -acometimiento, empleo de fuerza, intimidación grave o resistencia activa también grave- frente a varios agentes o funcionarios públicos, no da vida a tantos atentados como agentes existan, sino a una sola infracción, porque el bien jurídico es uno y único, aunque sean varios los agentes. Cuestión distinta es que la realidad de una o múltiples agresiones den vida a otro delito -contra la integridad física-, en concurso ideal con el delito de atentado, y en esta situación en virtud de la propia substantividad del ataque causado, puedan existir y existan tantos delitos -por ej. de lesiones- como víctimas, unidos, como ya se ha dicho, en concurso ideal con un único delito de atentado.

No obstante lo expuesto hasta ahora, hay que reconocer que dicha amplitud conceptual de funcionario público, unida al aumento de la presencia de la Administración, directa o indirectamente, en la vida pública determina un considerable incremento de los sujetos pasivos tutelados y, por tanto, puede generar una reacción penal excesiva, contraria a las orientaciones tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo sobre el principio de intervención mínima o de "*ultima ratio*" del Derecho

penal, tendentes a reducir su ámbito a aquellos supuestos que tengan suficiente entidad como para afectar a los principio básicos de convivencia de una sociedad democrática.

En este aspecto y en el ya expresado de la designación pública del nombramiento mediante alguna de las formas previstas en el art. 24 CP, es donde encuentra la limitación el círculo de sujetos pasivos tutelados por el delito de atentado. Es decir, este delito sólo se producirá cuando la acción descrita en el tipo penal esté dirigida contra funcionarios públicos en el ejercicio de actividades que afecten al bien jurídico protegido: el orden público referido al ejercicio regular de prestaciones de interés general que la Administración debe garantizar a los ciudadanos.

Por tanto, el funcionario público, para ser sujeto pasivo beneficiario de la tutela penal otorgada por el delito de atentado precisa, además de tal condición definida en el art 24.2 CP, realizar sus funciones en materias que afecten a dichos principios básicos, que se pueden identificar con el orden político y la paz social proclamados en el art. 10.1 CE.

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

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

Sin embargo, no quedan amparados por la protección penal que otorga el delito de atentado, sin perjuicio, en su caso, de la valoración de otras circunstancias que puedan afectar a la responsabilidad penal, los profesionales de la salud o de la educación que aún prestando servicios públicos o sociales, los realicen como empleados de empresas o instituciones privadas relacionadas con la Administración en régimen de concierto o mediante cualquier otra formula de relación jurídica similar, toda vez que los mismos no ostentan la cualidad de funcionarios públicos en los términos expresados en el art. 24 CP.

VI. CONCLUSIONES.

En virtud de todo lo expuesto, cabe establecer las siguientes conclusiones:

Primera.- El bien jurídico protegido por el delito de atentado es el orden público en sentido amplio, en cuanto las conductas que le afectan están

dirigidas a menoscabar la actuación de las personas encargadas del normal funcionamiento de actividades relativas al interés general que la Administración debe prestar a los ciudadanos.

Segunda.- El concepto de funcionario público a los efectos de ser considerado sujeto pasivo del delito de atentado es el expresado en el art. 24.2, cuando el acometimiento, empleo de fuerza, intimidación grave o resistencia también grave dirigido contra los mismos, incida en el ejercicio de las funciones públicas realizadas en actividades vinculadas a los principios básicos de convivencia, orden político y la paz social de una sociedad democrática.

Tercera.- Las actividades realizadas por funcionarios públicos en el ámbito del derecho a la educación reconocido en el art. 27 CE y del derecho a la salud regulado en el art. 43 CE, a las que se refiere y desarrolla la legislación básica vigente, constituidas por la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, y la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, constituyen materias que afectan a los principios básicos de convivencia en una sociedad democrática, y por tanto, al bien jurídico protegido por el delito de atentado.

Cuarta.- Las agresiones ejecutadas contra funcionarios públicos en el ámbito de la sanidad y de la educación, consistentes en acometimiento, en empleo de fuerza, intimidación grave o resistencia activa también grave, quedan incluidas en el ámbito de la tutela penal arbitrada por el delito de atentado, siempre que concurren los demás elementos que configuran tal delito.

Quinta.- Los trabajadores o empleados de empresas o instituciones privadas, aunque estas -en concierto o mediante cualquier otra fórmula de relación con la Administración- participen en el ejercicio de funciones sociales, no ostentan la condición de funcionarios públicos a efectos

penales, toda vez que su designación no se realiza por alguna de la tres formas expresadas en el art. 24.2 CP *-disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente-*, precisas para adquirir la condición de funcionario público a efectos penales.

Por todo ello, en lo sucesivo, los Sres. Fiscales en el ejercicio de sus funciones se atenderán al contenido de la presente Consulta.

Madrid, 25 de noviembre de 2008
EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO

**EXCMOS. E ILMOS. SRES. FISCALES SUPERIORES Y FISCALES
JEFES PROVINCIALES.**