

EL DELITO DE ATENTADO EN EL ÁMBITO SANITARIO: PROBLEMAS PRÁCTICOS PARA SU TIPIFICACIÓN, PRUEBA Y SANCIÓN.

*Pablo Cabo Pérez
Noemí García Esteban
Eva Fernández Piedralba
Servicio Jurídico
Servicio de Salud del Principado de Asturias*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Marco normativo. 3. Algunos problemas prácticos. a) Levedad de las consecuencias de la agresión. b) Lugar o momento en el que se produce la agresión. c) Categoría profesional de la víctima y naturaleza del vínculo que le une con la administración. d) Extralimitación o exceso en el ejercicio de las funciones públicas por parte del personal sanitario. e) Prueba de los hechos en ámbitos reservados. f) Concurso ideal con el delito o falta de lesiones. g) Pena accesoria de prohibición de aproximación a la víctima. 4.-Bibliografía.

RESUMEN

La comunicación pretende analizar la aplicación práctica en nuestros juzgados y tribunales del tipo delictivo del artículo 550 del Código Penal, examinando los principales obstáculos que en ocasiones esgrimen defensas, Ministerio Fiscal, órgano jurisdiccional instructor y juzgador para la tipificación del delito, su prueba y sanción. Los principales argumentos a los que nos enfrentamos frecuentemente tienen que ver con la levedad de las consecuencias de la agresión, el lugar o momento en el que se produce esta, la categoría profesional de la víctima o la naturaleza del vínculo que la une con la administración, la extralimitación o exceso en el ejercicio de las funciones públicas por parte del personal sanitario, la prueba de los hechos en ámbitos reservados, el concurso con el delito o falta de lesiones y la pena accesoria de prohibición de aproximación a la víctima que puede imponerse como pena accesoria en determinados casos.

PALABRAS CLAVE

Delito; atentado; sanitario; problemas; prácticos

1. INTRODUCCION

El estudio del delito de atentado en el ámbito sanitario tiene un trasfondo social de creciente importancia en la última década. Así, de un tiempo a esta parte, en las relaciones que se establecen entre ciudadanos y profesionales, otrora presididas por el respeto mutuo, han ido tomando cierto protagonismo las conductas agresivas (en lo verbal y en lo físico) que alteran dicha relación.

En una Orden publicada por la Consejería de Salud y Consumo de la Comunidad de Madrid¹, se

¹ ORDEN 212/2004, de 4 de marzo, del Consejero de Sanidad y Consumo, por la que se establecen las directrices y

señala que una encuesta realizada en el seno de la Unión Europea indicaba que, el 4 por 100 de los trabajadores aseguraba haber sido víctima alguna vez de violencia física real por parte de usuarios del sistema, y muchos otros empleados decían haber sufrido amenazas e insultos por parte de aquéllos. Mi práctica profesional me revela que dichos episodios violentos suele producirse, en mayor medida, en la Atención Primaria, Servicios de Salud Mental y Urgencias.

Me dejaron particularmente impactado los datos que arrojaba un estudio de reciente publicación² sobre la agresiones producidas al personal sanitario del servicio de urgencias en un hospital comarcal que revelaba que el 58,2% del personal de urgencias fue agredido, ya fuera física o verbalmente, con una asociación significativa entre categoría profesional y agresiones sufridas en la que destacaban especialmente el colectivo de enfermería que aglutinaba el 39% del total de agresiones.

Si bien el 75% de tan elevado número de agresiones lo fueron verbales, siendo el 25% restante físicas, resulta desalentador que en el 71,7% no se hubiera notificado la agresión a su mando superior ni al servicio de prevención, lo que sin duda revela un desánimo o desconfianza del personal sanitario en cuanto a la eficacia de los mecanismos de nuestro sistema sanitario y judicial dispone para atajar dicho problema.

Los Colegios Profesionales y los Servicios de Salud suelen editar guías en las que se ofrecen a los facultativos recomendaciones de cómo deben actuar cuando sufran en primera persona una agresión física o verbal pero la realidad revela que, normalmente, el sanitario se queda con los golpes y los atacantes no reciben adecuada sanción, bien porque no se denuncian los hechos o porque la justicia no suele ser demasiado rigurosa a la hora de dirimir estas actitudes. Así, la especial sensibilidad que generan dichos casos en nuestra sociedad contrasta con la reacción, muchas veces tibia, del orden penal ante estas agresiones que suelen calificarse como falta, y no como delito, y solventarse con una simple multa de escasa cuantía. Leve castigo que muchas veces llama a la reincidencia.

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 central de seguimiento.

2 Vid. Caracterización de las agresiones producidas al personal sanitario del servicio de urgencias en un hospital comarcal. Palamós. Enfer. Glob. Vol. 12 no.30 Murcia abr. 2013

Es este, precisamente, el objeto de nuestra comunicación. Aportar una visión práctica acerca de las trabas que, en multitud de ocasiones, ponen defensas, jueces y fiscales para que las agresiones al personal sanitario sean calificadas y penadas como delitos de atentado y las batallas que los servicios jurídicos de la Sanidad Pública se ven obligados a librar para cambiar esa natural inclinación.

No obstante lo anterior, para poder descender a la aplicación real del artículo 550 del Código Penal, a pié de juzgado, se hace imprescindible aportar unas breves notas teóricas sobre los elementos del tipo delictivo en orden a una mejor comprensión de cuanto se expondrá más adelante.

2. MARCO NORMATIVO

El Código Penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre) define en su artículo 550 el tipo penal al señalar que *“son reos de atentado los que acometan a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, o empleen fuerza contra ellos, los intimiden gravemente o les hagan resistencia activa también grave, cuando se hallen ejecutando las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas”*.

Así, de dicho precepto, en unión a la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo³, se extrae que son elementos del delito de Atentado:

1º) El carácter de autoridad, agente o funcionario del sujeto pasivo, conforme aparecen definidos estos conceptos en el art. 24 CP y su interpretación jurisprudencial expansiva.

2º) Que se halle éste en el ejercicio de su cargo o que la agresión se produzca con ocasión del ejercicio de sus funciones, pues en este delito no se pretende proteger a la persona del funcionario, sino a la función que éste desempeña, precisamente por el carácter público de ésta.

3º) Conocimiento por parte del agresor de la cualidad y actividad del sujeto pasivo.

4º) Dolo de ofender, denigrar o desconocer el principio de autoridad: el dolo, en el delito de atentado, requiere solamente el conocimiento de que la acción típica desde el punto de vista objetivo se

3 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, 21-1-2014, entre otras.

ejecuta contra una autoridad o uno de sus agentes en relación con las funciones propias de sus cargos. De esta manera, el propósito de atentar contra la autoridad no requiere una especial decisión del autor, diferente a la decisión de realizar la acción. Es decir, no es un elemento volitivo especial, sino un elemento cognitivo, que se da con el conocimiento del carácter de autoridad, agente o funcionario de la persona intimidada o acometida. El que sabe que intimida o acomete a una persona que ejerce como autoridad tiene, por lo tanto el propósito de atentar contra la misma⁴.

5º) Concurrencia del acto típico, constituido por:

a) el acometimiento: es decir, que basta con que se emprenda una acción directamente dirigida a atacar a la autoridad, a sus agentes o funcionarios, advirtiendo la jurisprudencia que el atentado se perfecciona incluso cuando el acto de acometimiento no llegue a consumarse. Lo esencial, por lo tanto, es la embestida o ataque violento.

b) el empleo de fuerza.

c) la intimidación grave: conducta que se identifica con la *vis moralis*; y que ha sido definida por la doctrina como amenaza de un mal grave e inmediato capaz de infundir miedo o temor.

d) la resistencia activa grave: que presupone una actividad del funcionario o autoridad dirigida a ejercitar un acto propio de su función, en tanto que por medio de la fuerza el sujeto activo se dirige a impedir o a evitar la actuación del funcionario público

Estas conductas son sancionadas en el artículo 551 del Código Penal con penas de prisión de 2 a 4 años y multa de 3 a 6 meses si el atentado fuera contra autoridad y de prisión de 1 a 3 años en los demás casos, previéndose en el 550.2 una pena de hasta 6 años cuando el atentado se dirija contra determinadas autoridades gubernativas, parlamentarias o judiciales que no es al caso.

Igualmente, en el artículo 552 se contemplan dos tipos agravados, el empleo de armas o medios peligrosos y prevalerse de la condición de funcionario del agresor, que tienen como efecto la imposición de la pena superior en grado a la que corresponda según

⁴ SSTS 1-6-1987, 28-11-1988, 16-6-1989, 14-2-1992, 21 y 16-1-2002, 9-6-2004 y 4-12-2007

la categoría del sujeto pasivo sea la de autoridad o la de funcionario o agente.

Por último, señalar que, como ha reiterado la jurisprudencia⁵, la notoria extralimitación del sujeto pasivo en el ejercicio de sus funciones le priva de la especial protección de la norma del artículo 550 del Código Penal y le convierte en un mero particular.

Por su parte, las discrepancias de criterio en las distintas fiscalías tuvieron como respuesta la Consulta 2/2008 de la Fiscalía General del Estado de 25 de noviembre de 2008 que analiza de manera prolija la cuestión concluyendo, entre otras, que:

a) Las agresiones ejecutadas contra funcionarios públicos en el ámbito de la sanidad⁶ 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, y debiendo interpretarse el concepto de “funcionario” en sentido amplio.

b) Exceptúa a los profesionales de la salud⁷ que aun prestando servicios públicos, los realicen como empleados de empresas o instituciones privadas relacionadas con la Administración en régimen de concierto o fórmula jurídica similar, ya que entiende que no ostentan la cualidad de funcionarios públicos en los términos expresados en el artículo 24 del Código Penal.

c) 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. En el caso de que la conducta agresiva sea de escasa lesividad, será constitutiva de falta de coacciones, amenazas, vejaciones, injurias o incluso que tenga carácter meramente administrativo, dejando la graduación de la gravedad de la conducta deberá ser valorada en cada caso.

Estas son, *grosso modo*, las indicaciones que la Fiscalía General del Estado dirigió a los fiscales en 2008.

⁵ SSTS 14-2-1995, 26-1-1996, 29-9-2007

⁶ y de la educación

⁷ o de la educación

3. ALGUNOS PROBLEMAS PRÁCTICOS

Descendiendo al escenario práctico, nuestro ejercicio profesional nos revela que las agresiones que sufren los profesionales de la salud son frecuentemente minusvaloradas y tipificadas como faltas de los artículos 617 (Falta de Lesión), 620 (Faltas de amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve) e incluso en algunos casos del 634 (Falta contra el orden público), todos ellos del Código Penal, con sanciones de multa de hasta 60 días (cuya cuantía habitualmente no supera los 12 euros/día) o localización permanente de 12 días como máximo.

Los servicios jurídicos de la sanidad pública a menudo nos embarcamos en la cruzada de articular una acusación particular tendente a una mayor sanción de dichas agresiones. Veamos seguidamente las dificultades que habitualmente nos encontramos para que jueces y fiscales secunden nuestra petición de castigo de la agresión como delito de atentado, y no como una falta de los artículos 617, 620 o 634 del Código Penal.

a) Levedad de las consecuencias de la agresión

Fiscales y jueces instructores frecuentemente banalizan las agresiones al personal sanitario sobre la base de la levedad que, en ocasiones, tienen sus consecuencias. Así, se tiende a identificar al delito de atentado con una agresión más severa o importante, lo que lleva a tipificar dichas agresiones como falta, cuando en ocasiones se trata de auténticos atentados.

Algunos ejemplos prácticos con los que nos hemos encontrado son los siguientes. Paciente que acude a la consulta del médico en el Consultorio Periférico de Boal, mostrando disconformidad con la atención que recibió y con la medicación que constaba en un volante, diciéndole al médico “*ya estoy harto de ti*”, profiriendo amenazas como “*te voy a matar, hijo de p..., sal a la calle y lo arreglamos fuera*” y dando puñetazos sobre la mesa. Al oír el altercado, la enfermera del centro entra en la consulta del médico y se pone junto a la mesa de este, continuando el acusado dando voces y puñetazos al mobiliario mientras se incorporaba por encima de la mesa arrinconando a médico contra la pared. Cuando la enfermera trata de mediar, pidiendo al acusado que se calmase y solicitándole que le dejara ver el volante, éste le lanza un puñetazo que la enfermera intenta esquivar, lo-

grándolo solo de manera parcial ya que finalmente el puñetazo impacta en su mano izquierda⁸.

En este asunto el juez instructor, como también el fiscal, entendieron que la agresión no era de la suficiente entidad para su tipificación como delito de atentado ya que la denunciante requirió únicamente de una primera asistencia facultativa, por lo que, concluidas las diligencias previas, le dio el trámite del juicio de faltas. El servicio jurídico del SESPA hubo de recurrir en reposición y posterior apelación a la Audiencia Provincial de Asturias a fin de que se transformara el procedimiento en abreviado ya que entendíamos que la levedad de las consecuencias de la agresión no determinan la calificación o no como delito de atentado, sino que únicamente sirven de criterio de delimitación entre la falta y el delito de lesiones.

Así señalábamos en nuestro recurso que “*frente a toda la jurisprudencia, el instructor parece pretender convertir el delito de atentado en un delito de resultado, cuando estamos en presencia de un delito de mera actividad y cuyo resultado dañoso, si se produce dará lugar a otro delito o falta de lesiones. Es más, el tipo penal del atentado se consuma con el mero acometimiento, sin necesidad de que exista resultado dañoso alguno. Citamos, por todas la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2006 (rec 1038/2005) cuando, al referirse a los elementos objetivos del delito de atentado, exige que exista:*

(...) *c) un acto típico, en este caso, de acometimiento, equivalente a embestida, ataque o agresión, sin ser preciso que el efecto perseguido con tal actuación agresiva se perfeccione, construyéndose el tipo del injusto como delito de actividad, pues de producirse un resultado lesivo debería pensarse separadamente. Propinar una bofetada, puñetazo o fuerte empujón al sujeto pasivo, integraría este delito según praxis jurisprudencial...*”

La Audiencia Provincial de Asturias acoge esta tesis señalando “*El apelante considera que los hechos objeto del proceso no son constitutivos de falta, sino que pueden serlo de un delito de atentado. El argumento inicial de las resoluciones impugnadas, al que alude también el Ministerio Público en su informe de 27 de septiembre último, radica en que, conforme al dictamen médico-forense de sanidad de*

⁸ Diligencias Previas nº 198/2012 tramitadas por el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº1 de Luarca y Procedimiento Abreviado 198/2012 tramitado ante el Juzgado de lo Penal nº2 de Avilés

19 de agosto, el resultado lesivo presenta una gravedad relativa, pero dicho delito (arts. 550 y siguientes del C. Penal) es de mera actividad y se consume con el simple acometimiento”.

Tanto basta el acometimiento que, en otro asunto, esta vez a cargo del Servicio Jurídico del Principado de Asturias se llegó a tipificar y sancionar como delito de atentado un mero intento de agredir sin ni siquiera existir impacto del arma agresor con el agente. En este caso, dos guardas rurales del Principado de Asturias patrullaban por la Sierra del Sueve, considerado espacio natural protegido, cuando observan a un ciudadano que está realizando unas obras para convertir una pequeña cabaña en un chalet. Los guardas se acercan y cuando preguntan al ciudadano que está haciendo, éste, casi sin mediar palabra agarra una hoz y trata de agredir a uno de los guardas lanzando la hoz contra él, si bien el guarda logra apartarse a tiempo. Como vemos, un supuesto en el que la agresión no llega a producir no ya un resultado leve, sino que ni siquiera produce lesión alguna, es tipificado como delito de atentado y penado con un año u seis meses de privación de libertad.

Lo mismo ocurrió en otro asunto a cargo del Servicio Jurídico del SESPA en el que una ciudadana comparece en el Centro de Salud de la Fresneda (Siero) solicitando ayuda porque su hijo llevaba bebiendo toda la semana y estaba causando altercados. La médico y la ATS acuden al domicilio, de suerte que una vez accedieron a la casa, el acusado las aborda cogiendo el maletín de la médico y lanzándolo contra la pared profiriendo expresiones malsonantes, al tiempo que comenzó a empujarlas, por lo que ambas salieron del domicilio. El acusado sale de su domicilio y se dirige al lugar en que se encontraban la médico, ATS y su madre, portando con un palo de un metro de largo y cuatro centímetros de grosor y en una actitud agresiva las acometió blandiendo el palo, refugiándose las tres en el interior del vehículo de la médico, comenzando el acusado entonces a golpear con el palo el vehículo causándole daños⁹. El fiscal calificó los hechos como falta de daños y el juez instructor señaló juicio de faltas, lo que fue objeto de recurso, si bien en esta ocasión el juez instructor rectificó su criterio en reposición y le dio el trámite del procedimiento abreviado. Finalmente el juzgador calificó el incidente como delito de atentado y fue sancionado con pena de prisión de tres meses al concurrir una exigente incompleta.

En definitiva, no parece que los fiscales tengan claro el criterio unificador contenido de la Consulta 2/2008 de la Fiscalía General del Estado de 25 de noviembre de 2008 como tampoco los jueces instructores parecen hacerse eco de la abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁰ al respecto, que entiende 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 consume 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”*¹¹.

En definitiva, se ha de distinguir bien entre la levedad o gravedad del resultado de la agresión y la levedad o gravedad de la acción agresora en sí misma, que es a lo que se refería de Consulta 2/2008 de la Fiscalía General del Estado cuando señala que las conductas agresivas de escasa lesividad no darían lugar a un delito de atentado, de suerte que el primer parámetro sirve de criterio delimitador entre la falta y el delito de lesiones (el precisar más de una primera asistencia médica), y el segundo acota el ámbito del delito de atentado respecto de las faltas de amenazas, coacciones, injurias o vejaciones injustas de carácter leve e incluso respecto de la falta contra el orden público (piénsese que puede dar origen a un delito de atentado una agresión grave que no arroja efecto lesivo alguno, como ocurrió en el asunto de los guardas rurales al que nos referimos anteriormente).

b) Lugar o momento en el que se produce la agresión

Otra de las circunstancias que inciden en la calificación de una agresión como delito de atentado es el lugar o momento en que se produce esta. En efecto, el artículo 550 del Código Penal protege a los funcionarios cuando *“se hallen ejecutando las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas”*.

Pocas dudas caben cuando la autoridad, agente o funcionario es agredido en el ejercicio del cargo, lo que supone que en ese momento está realizando las actividades propias de la función pública que le estén atribuidas.

⁹ Diligencias Previas nº 426/2012 del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 4 de Siero y Procedimiento Abreviado 19/2013 del Juzgado de lo Penal nº2 de Oviedo

¹⁰ SSTS 15-3-2003 y 2-10-2006

¹¹ Consulta 2/2008 de la Fiscalía General del Estado de 25 de noviembre de 2008

Mayores dudas surgen, sin embargo, cuando se la agresión se produce con ocasión del ejercicio de sus funciones, ampliándose la protección de autoridades, agentes y funcionarios a circunstancias en las que no están ejerciendo su actividad administrativa, si bien la agresión trae su causa de esta.

Así sucedió en el caso de un médico de atención primaria de Gijón que, en su descanso reglamentario, abandona el Centro de Salud para ir a tomar un café en un bar al otro lado de la calle. Cuando entra en el local, se encuentra con el marido de una paciente quien, no conforme con el juicio clínico del doctor, le agarra por la camisa y le dice “*tu no vas a darle el alta a mi mujer*”, tras lo que le propina dos bofetadas¹².

La misma suerte correría una agresión perpetrada contra una autoridad, agente o funcionario fuera de su horario de trabajo si el motivo de la agresión guarda relación con decisiones adoptadas en el ejercicio de su función pública.

No estarían protegidos por el delito de atentado, en cambio, aquellos que, aun siendo autoridades, agentes o funcionarios, padecieran la agresión en su ámbito privado. Tal podría ser el caso de un médico que, estando en nómina de la sanidad pública, tiene igualmente consulta privada y es agredido por un paciente descontento con la atención dispensada en esta segunda. Ello podría dar lugar a una falta (de lesiones, coacciones, amenazas, vejaciones o injurias, según el contenido de la agresión) o incluso a un delito de lesiones o de daños, pero nunca a un delito de atentado, pues la agresión se produce con absoluta desconexión del servicios público.

c) Categoría profesional de la víctima y naturaleza del vínculo que le une con la administración

Otro de los elementos del delito de atentado que no parece tener una interpretación unánime a pié de juzgado es el del concepto de funcionario público a efectos de este delito. El artículo 24.2 del Código Penal define el concepto de funcionario a efectos penales en los siguientes términos: “*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*”

Una abundante jurisprudencia¹³ considera el concepto penal de funcionario debe entenderse en un sentido más amplio que el regulado por el derecho administrativo. Desde esta casi unánime interpretación jurisprudencial se parte de la consideración de que en el Derecho Penal no sólo puede ser funcionario quien estatutariamente tenga esa condición desde el punto de vista administrativo, sino que va más allá, sería cualquier persona que participe en el ejercicio de funciones públicas y que sea designado públicamente.

No obstante lo anterior, otros jueces temen que dicha amplitud conceptual del funcionario público, unida al aumento de la presencia de la administración, directa o indirectamente, en la vida pública determine un considerable incremento de los sujetos pasivos tutelados y, por tanto, pueda 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.

Llegados a este punto, resulta claro que el personal estatutario fijo de los Servicios Públicos de Salud, en cuanto se define como una relación funcional de carácter especial¹⁴, encaja a la perfección en la consideración penal de funcionario, si bien podrían existir dudas respecto a otro tipo de personal como el que tiene una relación laboral o el de naturaleza temporal, como así ocurre frecuentemente en algunos juzgados de instrucción.

Así fue en el caso de una Técnico de Rayos de un hospital asturiano que atiende a un paciente al que trata de tumbar en la camilla de la sala de rayos. El paciente presenta una importante intoxicación alcohólica y se muestra muy agresivo, primero verbalmente y después tratando de propinar un puñetazo a la Técnico, que inicialmente los esquiva, hasta que uno le impacta en la cara. En este asunto el Juzgado de instrucción opinaba que los hechos no podían ser calificados como delito de atentado ya que la agredida no tenía la condición de funcionaria al tratarse de personal temporal, entendiéndose que “*no puede ampliarse tanto el concepto de funcionario público del artículo 24.2 del Código Penal como para comprender a otros empleados públicos distintos del funcionario de carrera*”, y resolviendo que el procedimiento a seguir es el del juicio de faltas.

¹³ SSTS 10-7-2000, 27-1-2003, 28-2-2005, 23-5-2005 y 4-12-2007, entre otras.

¹⁴ Artículo 1 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud

¹² Diligencias Previas 89/2014 del Juzgado de Instrucción nº2 de Gijón

El Servicio Jurídico del SESPA recurre esta decisión invocando una reiterada doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo¹⁵ y de la Audiencia Provincial de Asturias que reconoce la condición de funcionario público a los efectos del delito de atentado a todos los profesionales y empleados de la sanidad pública sobre la base de que lo relevante es la naturaleza pública de la función o servicio que desempeñen aunque el vínculo que les une con la administración no sea de naturaleza estrictamente funcional sino de índole laboral.

La Audiencia Provincial de Asturias acoge esta tesis que sin embargo parecen no tener clara todos los jueces instructores.

Otras sentencias del Tribunal Supremo¹⁶ van más allá, amparando en este concepto penal de funcionario también al personal temporal, al señalar que *“el concepto penal de funcionario público no exige las notas de incorporación ni permanencia, sino la mera participación en la función pública (...) 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”*. Es más, algunas llegan a afirmar que a efectos penales, ni siquiera es preciso que la relación jurídica que une al funcionario con la Administración tenga carácter administrativo¹⁷.

En definitiva lo verdaderamente característico y lo que les dota de la condición pública, es la función realizada dentro de un organigrama de servicios públicos, y no la naturaleza del vínculo que les une con la administración¹⁸.

Estas dificultades para amparar a todo el personal sanitario bajo el paraguas del delito de atentado, con independencia del vínculo que le une con la administración, han sido superadas en aquellas comunidades autónomas en las que se ha reconocido por disposición legal la condición de autoridad a los profesionales sanitarios como ocurre, por ejemplo, en Aragón tras la entrada en vigor de la Ley 9/2013, de 28 de noviembre, de Autoridad de Profesionales del Sistema Sanitario y de Servicios Sociales Públicos de Aragón.

15 Por todas, las SSTs de 20-5-1993 y 4-12-2007 y Auto de la Audiencia Provincial de Asturias nº 252/2013, de 16 de abril (Apelación 209/2013)

16 SSTs 11-10-1993, 5-4-2002

17 STS 23-1-2003

18 STS 16-6-2003

d) Extralimitación o exceso en el ejercicio de las funciones públicas por parte del personal sanitario.

Otro argumento utilizado por las defensas en este tipo de pleitos es el de que la agresión fue precedida de una extralimitación de la autoridad, agente o funcionario en el ejercicio de sus funciones, lo que le privaría de la protección que el delito de atentado confiere toda vez que dicho tipo penal pretende salvaguardar el buen funcionamiento de la administración pública, esto es, que la conducta del agresor no altere el normal desarrollo de las funciones públicas atribuidas al sujeto agredido, lo que no se produciría si este se hubiere excedido al ejercitar aquellas.

Habitualmente las defensas utilizan este argumento apoyándose en actuaciones inocuas del funcionario, como ocurrió en el asunto del Centro de Salud de Boal¹⁹ en el que se alegaba que la discusión y posterior agresión traía su causa en una información que el médico de atención primaria había hecho constar en el volante relativa a los padecimientos mentales del acusado, información relevante para el especialista y que claramente no excedía los límites de sus funciones, como así apreció la Audiencia Provincial de Asturias.

Pero sí existiría tal extralimitación, por ejemplo, en el caso de que el médico hubiere divulgado públicamente dicha información del paciente de manera contraria al carácter confidencial del historial clínico y cometiendo un posible delito de revelación de secreto.

En conclusión, para quedar amparados por el delito de atentado, la actuación de los funcionarios públicos ha de desenvolverse en parámetros legales y ser proporcional a los fines que justifican su intervención. En otro caso, si no ejercen legítimamente sus funciones y realizan acciones no conformes a derecho pierden la especial protección del artículo 550 del Código Penal. No pierden toda protección, simplemente dejan de merecer la condición de autoridad, agente o funcionario para ser considerados como cualquier otro particular, lo que no excluye que, si son agredidos, pudiéramos estar ante una falta de coacciones, amenazas, vejaciones o injurias o ante una falta o delito de lesione, según en qué consistiere tal agresión.

19 Diligencias Previas nº 198/2012 tramitadas por el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº1 de Luarca y Procedimiento Abreviado 198/2012 tramitado ante el Juzgado de lo Penal nº2 de Avilés

e) Prueba de los hechos en ámbitos reservados

En ocasiones, la dificultad para hacer prosperar la acusación particular deviene de lo endeble de la prueba cuando las agresiones tienen lugar en ámbitos reservados, como la consulta médica o el domicilio de un paciente, en el que muy frecuentemente no podemos contar con la prueba principal que, en estos casos, suele ser la testifical, y desde luego no existe más documental que el informe de asistencia médica al agredido.

Para ilustrarlo me viene a la mente el caso de una ATS de un equipo de atención primaria de Oviedo que acude al domicilio de un paciente diabético y con movilidad limitada para realizarle las curas de una herida ulcerosa en un pie. Una vez accede al domicilio del paciente, y mientras la ATS está efectuando las oportunas curas, el hermano del paciente comienza a recriminarle su tardanza en acudir al domicilio y la desidia de su atención. La sanitaria disculpa su tardanza en el hecho de que se ha tenido que hacer cargo del cupo de una compañera que está de baja. El hermano del paciente continúa con actitud hostil, realizando comentarios fuera de lugar sobre los servicios y empleados públicos, su profesionalidad y la manera en que está efectuando la cura, a lo que responde la ATS e iniciándose una discusión que llega a ser muy acalorada, hasta el punto que el acusado le dice a la ATS que abandone su casa, a lo que ella responde que lo hará cuando termine de realizar la cura a su hermano, como es su obligación. El acusado, preso de la ira, agarra a la ATS por ambos brazos y la zarandea, lanzándola contra un armario. Acto seguido, y no satisfecho con lo anterior, toma a la sanitaria por un brazo y por el pelo y la arrastra por el pasillo de la casa hasta la puerta, lanzándola al descansillo del edificio²⁰.

El acusado, con el solo testimonio de la víctima y los informes médicos de atención a la víctima y del forense, y existiendo dos testimonios que negaban lo ocurrido, el del acusado y su hermano, fue condenado a un año de prisión como autor de un delito de atentado y a tres meses de prisión por un delito de lesiones.

La defensa recurre apoyándose en la bien conocida doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que entiende que la mera declaración de la víctima no es suficiente para desvirtuar el principio de presunción

²⁰ Diligencias Previas 4325/2010 del Juzgado de Instrucción nº 4 de Oviedo y Procedimiento Abreviado 82/2011 del Juzgado de lo Penal nº 3 de Oviedo

de inocencia, si bien en este caso, en la oposición a la apelación, se hizo valer con éxito otra doctrina jurisprudencial muy relevante para la defensa de nuestro personal de atención primaria y domiciliaria, y es la relativa a la prueba de los delitos en ámbitos reservados²¹.

Dicha doctrina entiende que la sola declaración de la víctima puede constituir una actividad probatoria hábil para enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia siempre que se den los siguientes requisitos:

a) Ausencia de incredulidad subjetiva, lo que excluye todo móvil de resentimiento, enfrentamiento o venganza. En este punto, no se alegó ni acreditó por el imputado ninguno de estos elementos, ni existían denuncias cruzadas, ni altercados anteriores entre ambos. Un elemento esencial para esa valoración de la credibilidad de la víctima es la inmediatez a través de la cual el tribunal de instancia forma su convicción, no sólo por lo que el testigo ha dicho, sino también su disposición, las reacciones que sus afirmaciones provocan en otras personas, la seguridad que transmite, en definitiva, todo lo que rodea una declaración y que la hace creíble, o no, para formar una convicción judicial.

b) Verosimilitud, que se da cuando las corroboraciones periféricas abonan la realidad del hecho. En este caso, no hay que olvidar que existen elementos externos a la propia declaración de la víctima que apoyan su versión, como es:

- La existencia cierta de las lesiones que aduce, constatadas por el informe del médico forense y por la atención médica dispensada a la víctima tras el suceso por sus compañeros del Centro de Salud.

- El reconocimiento por parte del acusado, en su declaración en el juicio oral, de que ya había tenido un altercado con otra enfermera del SESPA apenas un par de semanas antes por el que había sido condenado en juicio de faltas.

c) Persistencia y firmeza del testimonio, resultando que en el supuesto de autos la víctima había

²¹ Sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias nº 176/99 de 3 de mayo, nº 459/99 de 18 de octubre, nº 311/03 de 27 de octubre y nº 85/04, de 8 de marzo, del Tribunal Supremo SSTs 434/99, 486/99, 862/2000, 104/2002, 470/2003; así como del Tribunal Constitucional, SSTC 201/89, 160/90, 229/91, 64/94, 16/2000, entre otras

mantenido siempre el mismo relato en su denuncia policial, en la declaración habida en las diligencias previas y posteriormente en el juicio oral sin contradicción.

Haciendo suya esta tesis, la Audiencia Provincial confirmó la sentencia de instancia, añadiendo que si no se aceptara la validez del testimonio de la víctima como suficiente para enervar el principio de presunción de inocencia en los términos antes expuestos se llegaría a la más absoluta impunidad de innumerables ilícitos penales en los que por parte de su autor se busca precisamente un escenario reservado o en el que la víctima carece de otros medios probatorios dadas las circunstancias en que se produce el ilícito.

f) Concurso ideal con el delito o falta de lesiones

Es igualmente frecuente que las defensas de los agresores utilicen el argumento de que la falta o delito de lesiones queda subsumida o absorbida por el delito de atentado, de suerte que no puede articularse una acusación que solicite la condena separada de ambas infracciones.

Este argumento fue esgrimido en apelación por la defensa en el asunto de la agresión a la ATS del Centro de Salud de Boal antes citado. De contrario, el Servicio Jurídico del SESPA alegaba la compatibilidad de ambos tipos y su sanción separada en estos términos:

“Mantiene el recurrente la incompatibilidad de que concurra un delito de atentado del artículo 550 del Código Penal en concurso con cuatro faltas de lesiones (art. 617.1 del CP), injurias (art. 620 del CP), amenazas (art. 620 del CP) y vejaciones injustas, y ello, dice, porque la conducta infractora de uno se subsume en otros.

A este respecto, conviene recordar a la contraparte que el bien jurídico que se pretende proteger en el delito de atentado es bien distinto al que salvaguardan las faltas antes mencionadas. En efecto, tal y como tiene bien establecido el Tribunal Supremo en jurisprudencia constante hasta nuestros días, el delito de atentado protege el principio de autoridad (o día más bien la garantía del buen funcionamiento de los servicios y funciones públicas), mientras que la falta de lesiones pretende salvaguardar la integridad física de las personas, dándose un concurso ideal de delitos y/o faltas que se penan por separado”.

Y se citaba una abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo²² que abona esta tesis, entre otras, la Sentencia de 11 de Abril de 2000 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, Rec. 1801/1998 (LA LEY 6063/2000) cuando señaló que: *“El hecho de que el acusado haya sido considerado, además, autor de un delito de atentado por haber acometido a los agentes lesionados no es, en modo alguno, obstáculo para que se le condene por las dos faltas de lesiones asimismo cometidas, que están en una relación de concurso ideal con el atentado. La pretensión de que los delitos o faltas contra las personas que se puedan perpetrar con ocasión de un delito de atentado, sean estimadas consumidas por éste es absolutamente inabordable pues la coincidencia de unas y otras infracciones no dan lugar a un concurso de normas sino a un concurso ideal de delitos, como ya hemos dicho, que debe ser resuelto por las reglas contenidas en el art. 77 CP(...)”.*

Tesis que comparte igualmente la Audiencia Provincial de Asturias²³ que desestimó el recurso de apelación.

No obstante, es necesario precisar que pese a que el agresor acometa a varios funcionarios o agentes, ello no da vida a tantos atentados como funcionarios o agentes existan, sino a una sola infracción, pues el bien jurídico es uno y único, aunque sean varios los sujetos pasivos atacados, pero sí daría lugar a tantos delitos de lesiones como funcionarios o agentes las hayan padecido.

g) Pena accesoria de prohibición de aproximación a la víctima.

La práctica profesional en el Servicio Jurídico del SESPA revela que jueces y fiscales no suelen poner mayores trabas a una petición de pena accesoria que suele incluirse en su escrito de calificación por la acusación particular, la prohibición de aproximación a la víctima.

No es esta una pena que pueda imponerse por el delito de atentado, pero sí por las faltas de los artículos 617 (Falta de Lesión), 620 (Faltas de amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve) o por el delito de lesiones, infracciones que frecuentemente

²² SSTs 11-4-2004, 15-3-2003, 19-7-2007, entre muchas otras

²³ Por todas, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 8ª) de 18 de Diciembre de 2008, Apelación 184/2008.

acompañan al delito de atentado, tal y como establecen el artículo 57, en relación con el 48, ambos del Código Penal. En el caso de las faltas, la prohibición de aproximación a la víctima puede establecerse por hasta seis meses. Cuando concurre un delito de lesiones puede prolongarse hasta los diez años.

Como digo, jueces y fiscales no suelen negarse a esta pena accesoria, si bien en los dos últimos años han surgido algunas reticencias a acoger esta pretensión sancionadora sobre la base de que ello lesionaría el derecho a la salud y a la asistencia sanitaria del paciente agresor por cuanto dicha pena implica, de facto, el traslado del paciente a otro Centro de Salud en tanto dure la condena.

Así ocurrió en el caso de la agresión en el Centro de Salud de Boal al que nos hemos referido anteriormente²⁴. La juez, secundada por el fiscal, sentenció que *“Por lo que respecta a la petición de imposición de medida de alejamiento interesada por la acusación particular, por tiempo de 6 meses, no se accede a la adopción de la misma (...) entraría en colisión con la restricción con la libertad deambulatoria que con la imposición de tal medida de alejamiento interesada se impondría al acusado, con su derecho a la salud y a recibir asistencia médica adecuada y pertinente(...)”*

Tal pronunciamiento de la sentencia fue recurrido en apelación por el Servicio Jurídico del SESPA, ya que entendíamos que *“(...)Resulta claro que la pena accesoria de prohibición de aproximación a la víctima y otras personas o lugares (incluido el de trabajo), salvo en el supuesto de que derive de un ilícito relativo a la violencia doméstica, no es de aplicación automática, sino que queda a la apreciación que el juez haga de su procedencia en función de la gravedad de los hechos y el peligro que el delincuente represente.*

Pues bien, esta parte entiende que de la prueba practicada se deriva suficiente gravedad en los hechos como para justificar la imposición de dicha pena accesoria, y ello en base a los siguientes motivos:

(...) Los hechos descritos son lo suficientemente graves como para acordar la imposición de la pena accesoria, tal y como se desprende de la documental

(folios 1 a 13, 21, 26 y 27 de los autos) y las testificales de Doña M.A.M. (ATS del C.S. de Boal), Don I.P.M. (Médico del C.S. de Boal), Doña E.G.G. (Auxiliar administrativo del C.S. de Boal) y Doña M.L.P.G. (paciente), y también del propio relato de hechos declarados probados por la sentencia apelada, en la que se deja constancia de que el acusado monta un altercado en el Centro de Salud de Boal en el que amenaza al médico con expresiones del tipo “te voy a matar, hijo de p..., sal a la calle y lo arreglamos fuera” y arremete a la enfermera propinándole un puñetazo (...)

La violencia de dichos hechos, unidos a que no es el primer incidente que Don G.M.V. causa en el centro de salud, habiendo amenazado previamente a la auxiliar del centro (D^a. E.G.G.), hechos menos graves por lo cual fue condenado por una falta de amenazas en cuya sentencia sí se impuso la pena accesoria ahora instada, y a que su constante actitud perturba gravemente el servicio público que se dispensa en dicho consultorio médico, son elementos más que suficientes que justifican la imposición de la pena accesoria de prohibición de acercamiento que solicitamos.

Por último, la pena accesoria interesada no supone para el acusado un menoscabo de su derecho a la asistencia sanitaria tal y como argumenta la sentencia apelada, sino únicamente una molestia, ya que no se le denegaría su derecho a la asistencia sanitaria sino que solo se acordaría su traslado como paciente a otro centro de salud para sus consultas ordinarias, lo que para el implicaría únicamente una molestia por tener que desplazarse para acudir a su médico de cabecera, y no la privación de su derecho. Entendiendo, obviamente, que en el caso de precisar atención médica urgente se estaría ante una circunstancia justificada para acudir al Centro de Salud de Boal sin que ello comportara quebrantamiento de condena alguna”.

La Audiencia Provincial de Asturias no se ha pronunciado aún sobre este asunto.

4. BIBLIOGRAFÍA

- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud

²⁴ Diligencias Previas nº 198/2012 tramitadas por el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº1 de Luarca y Procedimiento Abreviado 198/2012 tramitado ante el Juzgado de lo Penal nº2 de Avilés

- *Consulta 2/2008 de la Fiscalía General del Estado, de 25 de noviembre de 2008, sobre la calificación jurídico-penal de las agresiones a funcionarios públicos en los ámbitos sanitario y educativo.*
- *Orden 212/2004 de 4 de Marzo, del Consejero de Sanidad y Consumo de la Comunidad de Madrid (BOE 78/2004 de 1-04-2004).*
- *Fondo jurisprudencial del Servicio Jurídico del Servicio de Salud del Principado de Asturias*
- *La Ley, Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía (Repertorio acumulativo anual de estudios doctrinales). ISSN: 0211-2744. Inicio: 1980. Periodicidad: Trimestral. Editorial La Ley. España.*
- *Bases de datos jurisprudenciales La leydigital y laleydigitalpenal.es. Editorial La Ley. España.*
- *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi. ISSN: 1139-0581. Inicio: 1930, Final: 2009. Periodicidad: Semanal. España*
- *Base de datos jurisprudencial ARANZADI MASTER y ARANZADI EXPERTOS. Editorial Aranzadi. España*
- *ORTELLS ABUYÉ, NATIVITAT: Caracterización de las agresiones producidas al personal sanitario del servicio de urgencias en un hospital comarcal, Enfermería Global versión On-line ISSN 1695-6141, Vol. 12 no.30 Murcia abril de 2013.*
- *CORAL SAINZ PINÓS, PABLO FEDERICO: Protocolo de actuación frente a situaciones conflictivas con los ciudadanos en centros de atención primaria. Medicina y Seguridad del Trabajo, versión impresa ISSN 0465-546X vol.57 no.222 Madrid ene.-mar. 2011.*
- *SOTO NIETO, FRANCISCO: Atentado por acometimiento. Diario La Ley, Nº 6545, Sección Columna, 8 Sep. 2006, Año XXVII, Ref. D-193, Editorial LA LEY.*
- *ARÓSTEGUI MORENO, JOSÉ: Los delitos de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos en el derecho penal español. Noticias Jurídicas. Septiembre 2008*

