

Breves consideraciones sobre la regulación del delito de desacato en el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1992

MAITE ALVAREZ VIZCAYA

Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: I.- Introducción. Modelos legislativos en Derecho comparado II.- Problemas que suscita la actual regulación del delito de desacato III.- Soluciones que aporta el Proyecto de Código penal de 1.992. Crítica IV.- A modo de conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

La protección de que deben ser objeto los sujetos que representan a la Administración pública, los funcionarios públicos, así como los Ministros y demás autoridades, es un tema de gran actualidad. La tradicional figura del delito de desacato ha recibido un aluvión de críticas, que parafraseando a Pizzorusso (1), podríamos calificar de verdadero «ataque en masa», realizado tanto desde los medios periodísticos, afectados en muchas ocasiones por la aplicación de este tipo delictivo, como desde el ámbito científico. Fenómeno que no es privativo de nuestro país, puesto que con anterioridad, otros como Italia, se han visto inmersos en idéntica polémica. Antes de adentrarnos en la problemática que aquí se ha suscitado, creo conveniente aludir, aunque sea sucintamente, a la realidad legislativa de otros ámbitos jurídicos para comprobar cómo se ha resuelto la protección de los funcionarios públicos y autoridades frente a los ataques de carácter vejatorio o conminatorio provenientes de los particulares.

(1) PIZZORUSSO, «Attaco», pp. 92-94. Para comprobar lo cierto de la afirmación, consúltese la amplia reseña de los recursos de inconstitucionalidad que se han planteado en Italia contra el delito de «oltraggio» Cfr. GROSSO, «I delitti», pp. 317 y ss.

Las distintas legislaciones de los países europeos nos muestran dos modelos de tutela claramente diferenciados entre sí; diferencias que provienen desde su origen y que ponen de manifiesto dos concepciones en la protección de los órganos estatales (1 bis).

En primer lugar encontramos el que podría denominarse *modelo latino*, en el que se integrarían las legislaciones de Francia e Italia. Todas ellas tienen un mismo tronco común, el Derecho romano, ubicándose concretamente el origen del delito de desacato en los delitos de Lesa Majestad (2). Conciben estos ordenamientos las ofensas dirigidas contra la autoridad como un tipo autónomo, desvinculado, al menos hasta cierto punto (3), de los delitos contra el honor, y por ello con un objeto de tutela propio. Interés que gira, generalmente, alrededor de la idea de *prestigio* de la Administración pública como elemento indispensable para preservar su regular funcionamiento, «ratio legis» a la que se encamina la protección penal (4), es decir, el pacífico y fluido desarrollo del ejercicio de la función pública, que podría ser alterado si se permitiese la vejación, el insulto proferido contra quienes la llevan a cabo, cuando se hallan en el ejercicio de sus funciones o la ofensa se produzca con ocasión de las mismas.

Este modelo legislativo ha sido objeto de duras críticas fundamentalmente en Italia (5), debidas, en primer lugar a la, en opinión de algu-

(1 bis) Una amplia referencia a los modelos en Derecho comparado en ALVAREZ VIZCAYA, *Libertad*, pp. 35 y ss.

(2) Sitúan el origen del delito de desacato entre los Delitos de Lesa Majestad, OCTAVIO DE TOLEDO, «*El bien jurídico*», p. 115; CUELLO CALON, *Derecho penal*, T.II, vol. I, p. 167; GARRAUD, *Traité*, p. 536; GARÇON, *Code*, T.I, p. 794; MERLE/VITU, *Traité*, p. 322; PAGANI, «*Oltraggio*», p. 147. Lógico origen común, ya que como señala TOMÁS Y VALIENTE en «*Introducción*», p. 24, por medio de la recepción romano-canónica, estos países poseen un ordenamiento jurídico común desde la Baja Edad Media.

(3) No puede hablarse de total desvinculación, dado que la estructura típica, tanto del delito de *oltraggio* como del de *outrage*, se configura, por una parte, con base en los delitos contra el honor; de otra, las dudas que plantea el interés protegido por éstos, así como su redacción legal, que ubica en ellos las ofensas de carácter privado dirigidas contra un funcionario público. Ello permite la confusión de intereses tutelados y, en consecuencia un ámbito, no sólo colindante, sino en algunas hipótesis solapado con la tutela del honor personal de los funcionarios públicos y autoridades.

(4) *Vid.* por todos PALAZZO, «*Oltraggio*», pp. 850-851; SALTELLI/ROMANO DI FALCO, *Commento*, p. 279; RICCIO, «*Oltraggio*», p. 828 y VANNINI, *Quid iuris?*, p. 5.

(5) La casi exclusiva referencia a la doctrina italiana se debe a que los autores franceses siguen un sistema de análisis meramente exegético, lo que da lugar a una práctica ausencia de dogmática. Como pone de relieve MIR, «*Dogmática creadora*», pp. 654-657. «En Alemania y en Italia faltó la pronta cristalización política y, consiguientemente, legislativa de las ideas liberales que en Francia tuvo lugar gracias a la revolución de 1789. Ello produjo una importante consecuencia en el terreno de la metodología jurídico-penal. Mientras que en Francia la realización de las concepciones liberales en el derecho positivo permitió ya desde finales del siglo XVIII el paso de un planteamiento metódico iusnaturalista a una estricta vinculación al Derecho vigente (Escuela de la Exé-

nos autores, discordancia existente entre el objeto de tutela de este delito y los valores que se desprenden de la norma constitucional (6); y en segundo lugar, a la excesiva amplitud que se ha producido en la aplicación del ámbito típico amplitud favorecida por la propia letra de la ley. Para constituir el injusto es suficiente que el funcionario (7) se halle en el ejercicio de las funciones públicas o bien que la ofensa se ejecute fuera de su presencia pero con motivo de su ejercicio (8). Con base en esta descripción típica se ha producido, por parte de los tribunales, una interpretación que cabría calificar de amplia. Ampliación que ha venido dada por la vía de considerar que ciertos funcionarios se hallan en el ejercicio permanente de sus funciones, a lo que se añade la utilización de un concepto desmesurado de funcionario público (9). Por ello la doctrina, y no

gesis), en Alemania como en Italia, al hallarse la legislación penal anclada todavía en el espíritu del Antiguo Régimen y en contradicción, por tanto, con la filosofía política del Estado liberal, que se apoderó de la mayor parte de las mentalidades cultas, la ciencia hubo de mantener su atención por el Derecho natural racional, único que reflejaba las aspiraciones de la época».

(6) El delito de «outrage» proviene del Código penal francés de 1810 y el de «oltraggio» encuentra su antecedente más reciente en el Código Rocco. Es evidente que ambos Códigos responden a un espíritu que se halla bastante alejado de los valores e ideales que pueden desprenderse de los actuales ordenamientos constitucionales de ambos países. De ahí que, fundamentalmente, en Italia se halla producido un fructífero debate sobre la posible inconstitucionalidad de este tipo delictivo; debate que tiene básicamente su origen en las siguientes causas: en primer lugar, al cambio político-cultural que se produce en la década de los sesenta, junto a la creciente sensibilidad del poder judicial por los problemas referentes a la adaptación del sistema jurídico a la realidad constitucional. En segundo, por la proliferación de funcionarios como consecuencia de la progresiva expansión del Estado a, cada vez, mayor número de sectores de la actividad económico-social. Lo que conduce a una ampliación de los sujetos afectados por la conducta típica y en consecuencia, a la sanción de conductas de escaso desvalor social. *Vid.* por todos, PALAZZO, «*Questioni*», pp. 1309-1310.

(7) Aunque las descripciones típicas de los delitos de «outrage» y «oltraggio» hacen referencia a sujetos que no coinciden, estrictamente, con nuestro concepto de funcionario público, esta distinción sería de mayor relevancia a efectos de Derecho Administrativo, sin embargo, en el ámbito del Derecho penal, la inexistencia de dicha coincidencia puede calificarse de irrelevante, puesto que en todo caso aludimos a sujetos que ejercen funciones públicas en el marco de la Administración del Estado.

(8) Las conductas básicas de desacato vienen recogidas en el Art. 341.1 del Código penal italiano: «Chiunque offende l'onore o il prestigio di un pubblico ufficiale, in presenza di lui e a causa o nell'esercizio delle sue funzioni, è punito con la reclusione da sei mesi a due anni», y en el art. 222 del Código penal francés: «Lorsqu'un ou plusieurs magistrats de l'ordre administratif ou judiciaire, lorsqu'un ou plusieurs jurés auront reçu, dans l'exercice de leurs fonctions ou a l'occasion de cet exercice, quelque outrage par paroles, par écrit ou dessin non rendus publics, tendant, dans ces divers cas, à inculper leur honneur ou leur délicatesse, celui qui leur aura adressé cet outrage sera puni d'un emprisonnement de quinze jours a deux ans. Si l'outrage par paroles a eu lieu à l'audience d'une cour ou d'un tribunal, l'emprisonnement sera de deux à cinq ans».

(9) BRICOLA, «*Tutela penale*», p. 576.

sólo la doctrina científica sino que a esta propuesta también se ha sumado la Corte constitucional (10), ha planteado su reconducción con base en una serie de criterios intentando una delimitación de la descripción típica que permita a los tribunales una interpretación «más racional» del tipo delictivo.

Así, y en función del mencionado objeto de tutela, se entiende que no es suficiente el hecho de que la ofensa se perpetre cuando el funcionario se halle en el ejercicio de la función pública, sino que además será necesario que aquella se conecte con ésta, lo que Palazzo denomina *nexo de conexión psicológico* (11), es decir, solamente aquellas ofensas ejecutadas con motivo del ejercicio de la función pública —ya sea en presencia o ausencia del funcionario— podrán constituir el injusto típico. Las ofensas e imputaciones de carácter estrictamente privado deberán ubicarse en el ámbito de los delitos contra el honor. A ello se añade una limitación en cuanto al número de sujetos afectados por la conducta típica: únicamente integrarán el tipo aquellos que ostenten la condición de autoridad; así, para Bricola, sólo deberán ser objeto de tutela los miembros pertenecientes a cuerpos políticos, administrativos y judiciales de relevancia constitucional que «ejerciten los momentos más significativos de la soberanía» (12) por ser quienes la representan más directamente; y los agentes de la autoridad, puesto que al ejercer el poder coactivo de la Administración, resultan más expuestos al vituperio y la ira de los ciudadanos (13). En las restantes hipótesis de ofensas dirigidas contra funcionario público, se considera que, dada la extensión que en la actualidad ha alcanzado la prestación de servicios públicos, extender la protección penal a estos sujetos, por vía del delito de desaca-

(10) La Corte Constitucional italiana se posicionó por vez primera frente a los diversos planteamientos de inconstitucionalidad del delito de «oltraggio» en sentencia de 19 de julio de 1968 (n. 109), confirmándose reiteradamente su planteamiento en sentencias de 28 de noviembre de 1972 (n. 165), 14 de abril de 1980 (n. 51), como más significativas. La Corte afirma la constitucionalidad del delito, lo que no empece a que reconozca la necesidad de un cambio en su configuración legal, cambio que adecue el tipo a las exigencias de la sensibilidad político-social de la sociedad actual, claramente diversas de las imperantes en el momento de la promulgación del Código. Como textualmente dice en la primera de las que hemos mencionado: «Compete al legislador decidir si no corresponde al actual estado de la conciencia social y al espíritu informador de la Constitución republicana la exigencia de modificar (...) una materia legal, como la que está en examen, que se resiente mucho de la ideología del régimen en el cual tiene su origen».

(11) PALAZZO, «*Oltraggio*», p. 859.

(12) BRICOLA, «*Tutela penale*», p. 576. Si bien el propio autor reconoce que será necesaria una ulterior concreción de quienes son aquellos sujetos que ejercitan estos momentos más significativos de la soberanía.

(13) BRICOLA, «*Tutela penale*», p. 576. En el mismo sentido FLORA, «*Il problema*», p. 56; PALAZZO, «*Questioni*», p. 1331.

to, resulta ciertamente desmesurado, cuando no poco acorde con el principio de *ultima ratio*.

Opción radicalmente distinta es la que ofrece el que puede denominarse *modelo germánico*. En él pueden agruparse aquellos países como Austria, Suiza y Alemania, en los que el legislador no ha sentido la necesidad de dispensar una tutela diferenciada frente a las conductas ofensivas dirigidas contra los funcionarios públicos, ubicándose éstas, en consecuencia, en el ámbito de los delitos contra el honor de los particulares; es decir, carentes de un bien jurídico propio y diferenciado del honor de los particulares. Tutela diferenciada que como indica Noll, podría asociarse con antiguas reminiscencias del delito de Lesa Majestad, lo que a su entender no se halla en consonancia con la tradición Suiza (14), por ello, no existe diferencia alguna entre la ofensa dirigida a un particular y la dirigida contra un funcionario o una autoridad, aunque este sea el propio Presidente Federal (15). Panorama similar es el que ofrece la legislación austríaca (16) en la que la única diferencia existente en estas conductas se reduce a una mera cuestión de procedibilidad (17).

El Código penal alemán ofrece una regulación un tanto diferente a la acabada de mencionar. Siempre sobre la base común de considerar estas conductas como delitos contra los particulares, prevé en el § 187a un tipo cualificado sobre las conductas básicas contra el honor cuando la ofensa se dirige contra alguna de las personas que se encuentran en la «vida política del pueblo» (18). Parágrafo que se incluyó por la Ley de Reforma penal de 30 de agosto de 1951 (19).

(14) NOLL, *BT*, T.I, p. 249.

(15) NOLL, *BT*, p. 109, éste tendrá que querellarse como un particular, únicamente se aprecian las diferencias propias de cada cantón en cuanto al procedimiento así si el hecho tiene lugar en Zurich deberán dirigirse, ofendido y ofensor, primero al juez de paz para intentar llegar a una conciliación *Cfr.* LOGOZ, *Commentaire*, pp. 241-242.

(16) Como indica el propio legislador austríaco, en la propuesta de nuevo Código penal, debe efectuarse una «demolición de privilegios» y es por ello que se excluyen esta clase de delitos del elenco de incriminaciones, REGIERUNGSVORLAGE, p. 249.

(17) Según prescribe el § 117, cuando el ofendido sea un funcionario público, para la interposición de la querrela se deberá recabar el permiso del superior jerárquico.

(18) § 187a: «(1) Wird gegen eine im politischen Leben des Volkes stehende Person öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten von Schriften (§ 11 Abs.3) eine üble Nachrede (§ 186) aus Beweggründen begangen, die mit der Stellung des Beleidigten im öffentlichen Leben zusammenhängen, und ist die Tat geeignet, sein öffentliches Wirken erheblich zu erschweren, so ist die Strafe Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren.

(2) Eine Verleumdung (§ 187) wird unter den gleichen Voraussetzungen mit Freiheitsstrafe von seches Monaten bis zu fünf Jahren bestraft».

(19) El nuevo parágrafo dio lugar a una cuestión de constitucionalidad interpuesta por el *Landgericht* de Traunstein y que fue resuelta por el Tribunal Constitucional alemán en sentencia de 30 de noviembre de 1955 (BverFGE 4, 325). Los argumentos aducidos sobre su posible inconstitucionalidad eran dos: en primer lugar, se pensaba que

Este término debe interpretarse restrictivamente. Como es evidente, no coincide con el concepto de funcionario público, por tanto no será suficiente con ostentar dicha condición para aplicar el tipo, ni tampoco bastará con tomar parte en tareas de interés público (20). Pueden agruparse en esta categoría las personas que durante un tiempo determinado toman parte en los asuntos fundamentales de la vida política del Estado, en su conformación, en la promulgación de leyes, en las relaciones internacionales, etc... Carece de importancia el hecho de que el sujeto llegue a esta posición de influencia por vía directa —elecciones generales—, o indirecta —a través de nombramiento de autoridad competente—, lo relevante es que su actividad política afecte al desarrollo de la vida en comunidad (21).

II. PROBLEMAS QUE SUSCITA LA ACTUAL REGULACIÓN DEL DELITO DE DESACATO

La legislación española, en lo que respecta a la protección dispensada a los funcionarios y autoridades por los insultos y menosprecios de que puedan ser objeto, puede incardinarse en el que hemos denominado

con este párrafo se estaría creando un grupo de ciudadanos privilegiados, puesto que disfrutarían de una especial protección de su honor. Especial tutela que colisionaría con el principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, reconocido en el art. 3.1 de la Constitución alemana. En segundo lugar, se alegaba la dificultad de delimitación y comprensión del término «personas que participan de la vida política del pueblo», ya que su indeterminación expone a interpretaciones arbitrarias y, en consecuencia, puede afectar al principio de seguridad jurídica. El alto tribunal denegó el recurso entendiendo que la protección dispensada por el § 187a no viene motivada por una especial consideración del honor de estos sujetos, sino por el hecho de que la acción ofensiva se lleve a cabo de una determinada manera, es decir, se ejecute públicamente y en relación a la posición del injuriado en la vida pública. La finalidad de la norma se encamina a la protección del sujeto en su obrar público, teniendo en cuenta, que el riesgo de padecer determinadas agresiones contra su honor aumenta considerablemente respecto a ciudadanos particulares.

De otra parte reconoce que si bien la expresión utilizada puede presentar dificultades, la considera suficientemente determinada, a lo que añade que el Derecho penal no «puede renunciar a utilizar conceptos generales, necesitados en mayor medida de una especificación a través del juez», puesto que sin éstos «no podría tener en cuenta el legislador la multiformidad de la vida».

(20) DALCKE/FUHRMANN/SCHÄFER, *Strafrecht*, § 187a, nm.2; RUDOLPHI, *SK*, T.II, § 187a, nm.3; SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, § 187a, nm.2.

(21) Para una amplia enumeración de los sujetos que cabe encuadrar en esta categoría *Cfr.* RUDOLPHI, *SK*, T.II, § 187a, nm.3 y SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, § 187a, nm.3. A modo de ejemplo pueden mencionarse al Presidente de la República, miembros del Gobierno, miembros del Parlamento, y los Magistrados del Tribunal Constitucional.

modelo latino. La regulación del delito de desacato en nuestro vigente Código penal se nos presenta problemática. Ello no sólo por la discusión a que da lugar la cuestión de cuál es el interés jurídicamente tutelado en el mismo, sino también por la complejidad que representa su descripción típica. El hecho de que ésta se constituya con base, preferentemente, en las conductas de injuriar, insultar y calumniar —conductas que configuran los delitos contra el honor de los particulares— da lugar a una colisión, no sólo aparente, con estos delitos. Ello facilita que la discusión en ellos planteada sobre la existencia o no de un dolo específico o especial elemento subjetivo del injusto —*animus iniuriandi*— se traslade a este delito. Asimismo suscita serios problemas la posible colisión con el derecho a la libertad de expresión reconocido en el art. 20 de la Constitución, así como la amplitud de sujetos afectados por la conducta típica. Veamos, aunque sea someramente, cada una de estas cuestiones.

La interpretación del interés jurídicamente tutelado ha girado sobre distintas ideas. Debido a su tradicional ubicación (22), mayoritariamente, se vino entendiendo, fundamentalmente por la doctrina emanada del Tribunal Supremo (23), que el interés tutelado es el *orden público*; orden público que además es entendido en un sentido amplio, haciéndolo equivalente al *orden social* necesario para el pacífico desarrollo de la convivencia ciudadana. Este concepto se halla estrechamente relacionado con la tutela del *principio de autoridad* (24) de tal forma que, en muchas ocasiones, no se especifica cuál es el interés directamente tutelado por la norma (25). Parece que más bien responde a la idea de que lo di-

(22) Desde el Código penal de 1850, en donde se ubica el delito de desacato en el Título III del Libro II «Delitos contra la seguridad interior del Estado y el orden público», en su Capítulo III «De los atentados y desacatos contra la autoridad, y de otros desórdenes públicos», y si exceptuamos la Reforma de 1944 y la actual regulación en donde de la denominación del Título desaparece el concepto de orden público, siempre este delito se ha relacionado con el concepto de orden público. Incluso en los Proyectos de 1980 y 1983, retoma dicha ubicación, pasando a denominarse «Delitos contra los poderes y orden públicos». A ello puede añadirse que la falta de desacato siempre se ha situado en el Título relativo a las «Faltas contra el orden público».

(23) A modo de ejemplo, *Cfr.* SS de 10 de junio de 1964 (JC 1167); 7 de abril de 1965 (JC 622); 16 de junio de 1969 (JC 1341); 28 de enero de 1970 (JC 91); 13 de noviembre de 1970 (JC 1236). *Vid.* más ampliamente ALVAREZ VIZCAYA, *Libertad*, pp. 125 y ss.

(24) *Vid.* por todos GROIZARD, *Código penal*, T.III, pp. 391 y 473; CUELLO CALÓN, *PE*, 11.^a ed., T.II, p. 6; RODRÍGUEZ DEVESA, *PE*, 11.^a ed., T.II, p. 165.

(25) La confluencia de ambas ideas se vislumbra ya tempranamente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo como pone de relieve la sentencia de 17 de enero de 1.887 (JC 45) en donde manifiesta que «la sanción penal de este acto justiciable, (...) se impone por motivo de orden público y por el respeto debido al principio de autoridad». Doctrina que se ha mantenido a lo largo del tiempo, a modo de ejemplo *Vid.* ss. de 11 de junio de 1958 (JC 639); 16 de noviembre de 1977 (JC 1137); 15 de diciembre de 1980 (JC 1412); 12 de diciembre de 1981 (JC 1475).

rectamente vulnerado con la manifestación ofensiva, sería el principio de autoridad, siendo la finalidad última de protección o *ratio legis*, la salvaguarda del orden público (26) que podría verse menoscabado si se permitiese la realización de estas conductas.

Sin embargo, a partir de la promulgación de la Constitución de 1978, la penetración de los principios democráticos en la consideración de las funciones de la Administración ha obligado a la doctrina penal a revisar críticamente la validez del concepto de orden público como objeto digno de tutela por el delito de desacato. Esta labor se ha encauzado por dos vías. En primer lugar, sus esfuerzos se han encaminado a la búsqueda de un bien jurídico coordinado con los valores que se desprenden de la Constitución. En este sentido cabe mencionar las propuestas de aquellos autores, como Muñoz Conde, que intentando paliar la amplitud que este concepto de orden público representa y que, precisamente por ello, dificulta la correcta delimitación del ámbito típico, incumpliendo la función básica asignada a este concepto por la dogmática penal, proponen un concepto restringido de orden público, entendiendo por éste «la alteración en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana» (27). De tal forma que, si dicha alteración no llega a producirse, según Octavio de Toledo, estaríamos extramuros del ámbito típico del delito de desacato. Para la sanción de estos supuestos no cabría más que acudir a los delitos contra el honor con la preceptiva aplicación de la agravante prevista en el n.º 16 del art. 10 (28).

Otros autores entienden que lo tutelado es la *dignidad de la función pública*. Dignidad que se desliga completamente del principio de autoridad y, por ello, del orden público, para centrarse en la tutela de las condiciones que permitan un correcto desarrollo de los servicios públicos (29).

(26) Cfr. ANTOLISEI, «*Il problema*», pp. 118 y ss., para quien al indagar el objeto de tutela de un delito, generalmente, se resalta y aísla un único bien jurídico, lo que implica una cierta deformación de la realidad, puesto que, el legislador a la hora de redactar la norma penal, ha tenido presentes múltiples intereses. Por ello, en su opinión, sustituir el criterio de «objeto de tutela» por el de «scopo», ofrece una guía más segura en la interpretación de los tipos, ya que en los casos problemáticos, es decir, cuando varias normas protegen idéntico bien jurídico, las dudas pueden ser eliminadas si se analiza la finalidad perseguida por aquél con su incriminación. Para este autor, ello se debe a que la finalidad nunca falta en la norma, lo que no puede predicarse del objeto de tutela.

(27) MUÑOZ CONDE, *PE*, p. 674. Si bien el propio autor matiza que «Este concepto restringido de orden público no es estrictamente tenido en cuenta por el legislador, al regular esta materia, ya que en algunos delitos de este grupo (especialmente en los desacatos) se utilizan otros criterios que nada tienen que ver con él.»

(28) OCTAVIO DE TOLEDO, «*El bien jurídico*», p. 134.

(29) En este sentido y, como propuesta de «lege ferenda», MUÑOZ CONDE, «*Delitos*», p. 177, nota 32, quién mantiene que «en los delitos de atentado y desacato se protege sólo de un modo indirecto el orden público entendido como tranquilidad en las manifestaciones colectivas, siendo fundamental, guste o no, el ejercicio y la dignidad de

Por otro lado, aunque esta postura pueda parecer totalmente novedosa la idea ya fue sugerida, en 1949, por Jaso Roldán quien, en patente disconformidad con la doctrina y jurisprudencia dominantes en la época, mantuvo que tanto el atentado como el desacato «son delitos que atacan el *normal funcionamiento de la vida del Estado*, que exige que las personas que aparecen como titulares de sus órganos, en cuanto tales, gocen de una especial protección, derivado del hecho de que estando encargados de la ejecución de las leyes en sentido amplio, es frecuente su contacto con la esfera de los intereses de los particulares y que, como consecuencia de su función, lesionen los mismos, siendo necesario ponerlos a cubierto de las reacciones de los que, sintiéndose agraviados, reaccionan, no por las vías legales, sino ilegítimamente y a veces de forma peligrosa» (30).

Un segundo planteamiento, realizado en muchas ocasiones por los mismos autores, conduce, a través de un replanteamiento crítico del sentido del delito de desacato, a proponer de *lege ferenda* la descriminalización de estas conductas por considerar que el posible bien jurídico tutelado no se halla necesitado de protección penal, en definitiva, estas conductas no se adecuan al principio de *ultima ratio* que debe informar al Derecho penal (31).

Por otra parte, hay que señalar, que las posturas comentadas se adecuan a cada uno de los dos modelos legislativos a los que se ha aludido anteriormente. La primera de ellas, partiendo de la permanencia (32) del tipo penal

la función pública.» (Subrayado del autor). Aquí también cabría incardinar la tesis mantenida por VIVES ANTÓN. Este autor, a diferencia de MUÑOZ CONDE, entiende que el delito de desacato es un delito pluriofensivo, donde se tutela la dignidad de la función y el honor del funcionario público, VIVES ANTÓN, *PE*, p. 161.

(30) JASO ROLDÁN, *PE*, T.II, p. 92. En el mismo sentido, BUSTOS, *PE*, p. 489; QUERALT, *PE*, p. 565, si bien este autor hace referencia a la *capacidad de prestar servicios* que posee el Estado como objeto de tutela, no creo que exista dificultad alguna en asimilar este concepto al de regular funcionamiento de los servicios públicos; OCTAVIO DE TOLEDO, «*el interés protegido*», p. 103; MORILLAS CUEVA, «*El art. 20*», p. 684. Estos dos últimos autores entienden que este sería de *lege ferenda* el interés a tutelar.

(31) Así, por ejemplo, QUINTERO OLIVARES, «*pervivencia*», p. 183, para quien «el delito de desacato parece más un *refuerzo de sumisión* que una protección de la dignidad de la función, que por demás entiendo innecesaria en ese modo». En el mismo sentido de descriminalizar estas conductas BERDUGO, *Honor*, p. 90; MORILLAS CUEVA, «*El art. 20*», pp. 684-85 y 689-90; OCTAVIO DE TOLEDO, «*El bien jurídico*», p. 133; El mismo, «*De nuevo*», p. 126; QUERALT, *PE*, vol. II, p. 642.

(32) Buena parte de la doctrina se halla más predispuesta a mantener la descriminalización de estas conductas, sólo que, quizás en atención al principio de conservación de las normas, intenta hallar de *lege lata* una explicación plausible del delito, buscando un interés de tutela que permita su adecuación no sólo a los actuales valores imperantes, sino que además sea capaz de cumplir las exigencias de los principios de *ultima ratio* y de subsidiariedad del Derecho penal. En mi opinión, ante la dificultad que esta labor implica dada la estructura típica del delito y su ubicación sistemática, que en muchas oca-

pero adecuando tanto su espíritu como la letra de la ley a los valores que se desprenden del actual sistema constitucional, se acerca al denominado modelo latino, en el que por origen histórico parece que puede encuadrarse, al menos en lo que al delito de desacato se refiere, la legislación española. La segunda, sin embargo, manteniendo la derogación del delito, se acerca, inexorablemente, al modelo germánico, bien en su modalidad más «igualitarista» —Suiza y Austria—, bien concediendo la creación de una figura cualificada sobre los delitos contra el honor, cuando la conducta se dirija contra una autoridad —sistema alemán—.

Como ya indicamos, no es el bien jurídico el único problema que plantea el desacato. Si bien es cierto que éste es el elemento nuclear del delito y el que posibilita la correcta delimitación del ámbito típico, no es menos cierto que las críticas más acerbas se han centrado en su posible colisión con el derecho a la libertad de expresión. Colisión que se produce por la lábil interpretación que su actual redacción permite. El hecho de que la descripción típica se conforme, básicamente, con las conductas que a su vez constituyen los delitos contra el honor, permite el solapamiento de estos ámbitos delictivos. Así, ante una manifestación de carácter calumnioso (por ejemplo, la imputación de una malversación de fondos públicos dirigida contra un funcionario público), aún demostrando la veracidad de la misma, lo que por la propia estructura de la calumnia daría lugar a la atipicidad de la conducta, se convierte ante la existencia de un dolo específico «ánimo de vejar el principio de autoridad» (33), en una injuria y, en consecuencia, en una conducta típica de desacato. De ahí que no constituya una falacia la afirmación de que este delito se constituye en una mordaza a la libertad de expresión (34).

siones conduce a un esfuerzo que puede parecer estéril, la doctrina, en una declaración de auténtica sinceridad, propone aquello que verdaderamente subyace en su pensamiento: la descriminalización de estas conductas. Un único motivo es el que mueve a esta tajante afirmación: la incapacidad del interés tutelado propuesto de delimitar el contenido de injusto.

(33) La exigencia de un especial elemento subjetivo del injusto, necesario para conformar el tipo subjetivo en el delito de desacato o «ánimo de vejar a la autoridad» es reconocido por la doctrina, aunque por distintas razones. Así, parece que algunos autores hacen derivar su exigencia de la estructura del delito, basada, como es sabido, básicamente, en los delitos contra el honor. Su influencia en la interpretación del delito sería tal, que esa especial característica, que generalmente se predica de la injuria —*animus iniuriandi*— se trasvasa a éste. Vid. CUELLO CALON, *Derecho penal*, T. II, vol. I, p. 174 y PUIG PEÑA *PE*, 7.^a ed.), p. 118; QUERALT, *PE*, vol. II, p. 644. Razones distintas mueven a otros autores como MORILLAS CUEVA, para quien la necesidad de este *animus* no obedece tanto al influjo de los delitos contra el honor, sino más bien al deseo de imponer cortapisas a la desmesurada interpretación de que ha sido objeto este delito; así, si la persona que profiere las expresiones injuriosas no obra movida por esa intención de perjudicar a la autoridad no incurrirá en desacato, sino simplemente en un delito contra el honor, «*El art. 20*», p. 686. Para una amplia referencia sobre el problema del tipo subjetivo cfr. ALVAREZ VIZCAYA, *Libertad*, pp. 240 y ss.

(34) Limitación que se refuerza con la tradicional inadmisión de la figura de la *exceptio veritatis* a este delito, Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, *PE* (9.^a ed.), p. 826, si bien es

Si a ello unimos que el originario *telos* normativo se halla, a mi entender, absolutamente desvirtuado (35) por razón de la amplitud que se puede atribuir al término *funcionario público*, no cabe más que concluir que la reforma de este delito es una tarea inaplazable para el legislador. Veamos a continuación cómo la ha abordado en el Proyecto de Ley Orgánica del Código penal.

III. SOLUCIONES QUE APORTA EL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE 1992. CRÍTICA

La propuesta que el legislador penal ofrece, en este nuevo Proyecto de Código penal de 1992, parece alejarse, al menos en primera instancia, de los dos modelos legislativos a los que hicimos referencia para adoptar la tesis tradicional mantenida tanto por el legislador del XIX, como por la doctrina de la época, es decir, considerar el *orden público* como el objeto de protección del tipo. Así parece desprenderse de la ubicación del delito en el Título XIX «Delitos contra los poderes y orden públicos» (36), retomando antiguas denominaciones de la legislación precedente.

El legislador ha tenido en cuenta las múltiples críticas de que ha sido objeto este delito, fundamentalmente, las encaminadas a poner de relieve la excesiva amplitud del ámbito típico, pasando a considerar exclusivamente como desacato aquellas conductas de carácter vejatorio o conminatorio dirigidas contra una autoridad o un funcionario público cuando éstos se hallen en el ejercicio de sus funciones y la acción se ejecute en su presencia. La posibilidad de delito, como hecho típico de desacato, cuando la injuria, calumnia o amenaza sean proferidas fuera de su presencia y con ocasión del ejercicio de sus funciones queda excluida, lo que permite afirmar que la figura «deja de constituir un límite penal a la libertad de información» (37).

Por otra parte la propuesta legislativa parece alejar, definitivamente, cualquier sombra de duda sobre la posible tutela, en estos delitos, del honor de los funcionarios públicos o autoridades. Ello se desprende de su insistencia en la ubicación sistemática de esta figura y de la propia

cierto que tanto la doctrina como la jurisprudencia han ido admitiendo paulatinamente su aplicación.

(35) Inicialmente la tutela dispensada por el delito de desacato se hallaba prevista para aquellos sujetos que se encontraban cercanos al poder —la autoridad—, no alcanzando a los funcionarios públicos. Su inclusión en el ámbito típico da lugar en la actualidad a que el número de sujetos potencialmente afectados por la conducta sea ingente, lo que en mi opinión desvirtúa el sentido que pudiese tener el delito ya en sus orígenes más remotos —Delito de Lesa Majestad—, como forma de protección de los órganos que representaban el poder real y, en consecuencia, al rey mismo; ya posteriormente, cuando la figura del rey es sustituida por el Estado.

(36) Denominación que se toma de los Proyectos de 1980 y 1983 sólo que, a diferencia de estos, aquí varía notoriamente la redacción del tipo.

(37) *INFORME*, p. 185.

declaración del legislador en la Exposición de Motivos, en la que expresamente manifiesta que cuando «el funcionario afectado quiera, en cuanto ciudadano, ejercer la acción penal por el delito del que haya sido víctima (calumnia, injuria, amenaza)» ello le será permitido, es decir, se contempla expresamente la posibilidad del concurso ideal de delitos (38). A pesar de que se omite cualquier mención a la misma, parece obvio que si le está permitido al funcionario querrellarse por un delito contra el honor, también podrá tener acceso a la protección que brinda la vía civil a través de la L.O. 1/1982 de 5 de mayo.

Ahora bien, si esta reforma puede ser loable por lo que supone, al menos *prima facie*, de restricción de un ámbito típico absolutamente desmesurado y que propicia la inseguridad jurídica, quizás un análisis mesurado de la misma no conduzca a soluciones de las que cabría felicitarse.

Si lo que se pretende tutelar efectivamente es el orden público, la primera cuestión a resolver será la de qué debe entenderse por éste. Esta conexión con el orden público, según se afirma en el Informe elaborado por el Consejo General del Poder Judicial (39), se establece con su concepción estricta. Puede entenderse que se hace referencia no a la cláusula genérica de orden público —excesivamente indeterminada para delimitar correctamente el injusto— sino al concepto de orden público de carácter restringido ya aludido, y sostenido por Muñoz Conde, enten-

(38) A pesar de esta afirmación no queda claro si nos encontramos ante una mera declaración de intenciones o ante una realidad normativa. En la mencionada Exposición de Motivos se declara expresamente que se podrá acceder a la acción penal por un delito contra el honor de los particulares ya que es una «posibilidad que expresamente se contempla y que el derecho vigente desconoce», pues bien, salvo error u omisión por mi parte, no he encontrado en el texto legal disposición alguna en la que expresamente se prevea la mencionada acción legal. Omisión que de ser cierta, permitiría resucitar, una vez más, idéntica polémica a la que suscita la legislación actualmente vigente relativa a la posibilidad o no, por parte del funcionario, de querrellarse como particular afectado en su honor. Cuestión que excede con mucho del ámbito procesal, puesto que en definitiva lo que en ella subyace es la posibilidad de que nos encontremos ante un delito pluriofensivo en el que no se tutela exclusivamente un bien jurídico de carácter institucional —independientemente de por cuál se opte—, sino que a éste habría que añadir el honor del funcionario público como sujeto particular y desposeído de esta condición.

Todo ello sin mencionar la cuestión relativa a la pena que se impondrá al autor del hecho de encontrarnos ante un concurso ideal de delitos. Penalidad que a mi entender resulta excesivamente grave en atención al desvalor de acción llevado a cabo por el sujeto. En este punto también encontramos discordancias entre el texto legal y la Exposición de Motivos. En ésta expresamente se declara que la pena correspondiente al delito de desacato «se determina tomando como base la correspondiente infracción contra el honor o la de las amenazas, a cuya penalidad se añade una multa», pero cuando acudimos al texto normativo, sorprendentemente, hallamos que en el n.º 2 del art. 507 se declara que «A los reos de desacato se les impondrá la pena de la correspondiente infracción común, en su mitad superior, y si la misma no tuviere señalada pena privativa de libertad, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año».

(39) *INFORME*, p. 185.

diendo por tal «la tranquilidad o paz en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana». Ello puede conducir a soluciones diferentes: en primer lugar, si consideramos el desacato como un delito de lesión, siempre y cuando no se produjese la alteración en las mencionadas manifestaciones de la vida ciudadana nos encontraríamos ante una conducta atípica como desacato. En caso de producirse dicha alteración podría plantearse, en muchas ocasiones, un problema de concurso, que en una primera aproximación podría ser de leyes, entre estas conductas y el delito de desórdenes públicos. Ahora bien, de una somera comparación entre este delito y el de desacato se desprende una notoria diferencia: en los artículos 509 y siguientes se exige en la descripción típica la producción de un tumulto, de una alteración que sean idóneos para alterar o turbar gravemente la paz pública o los actos públicos; en definitiva, nos encontramos ante conductas aptas para la alteración del orden público (40), mientras que en el delito de desacato no se exige directamente la producción de un altercado de estas características para configurar el injusto típico, lo que pone en cuestión si efectivamente es el orden público el interés directamente tutelado por esta norma penal.

En segundo lugar, considerándolo como un tipo de peligro, que cabría caracterizar, siguiendo la terminología de Torio, como delito de peligro hipotético (41), sería suficiente para configurar el tipo de injusto, que la acción ofensiva o conminatoria implicase un peligro para el orden público (42). Posibilidad, que a mi entender debe descartarse, ya que

(40) Aquí el legislador, a mi entender, está manejando un *concepto material*, o *restringido de orden público*, es decir, se intenta la tutela del orden en la calle, de la tranquilidad de la vida en comunidad. Concepto que difiere del que podría denominarse *orden público formal*, o *amplio*, que hace referencia al orden general de la sociedad. Sobre la evolución y distinción de ambos conceptos Cfr. IZU BELLOSO, «*Los conceptos de orden público*», pp. 234 y ss. Sobre lo que debe entenderse por «orden público en la calle» y sus implicaciones en lo que podría denominarse política penal de orden público, Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, «*Crítica de la política*», pp. 51 y ss.

(41) Descartamos hallarnos ante un delito de peligro abstracto dado que éstos se configuran como acciones generalmente peligrosas, según un juicio de experiencia, para determinados bienes jurídicos, pero que no necesitan generar específicamente un peligro en la situación concreta. Como pone de relieve ROXIN, *Política criminal*, p. 51, los delitos de puesta en peligro «sólo se justifican dogmáticamente cuando fallos de comportamiento exclusivamente, sin consideración a las consecuencias, conmocionan tan fuertemente el sentimiento de seguridad jurídica de la población, que la perturbación social sólo puede suprimirse a través de la pena.» En los delitos de peligro hipotético es necesaria «la ejecución de una acción peligrosa, idónea para producir un peligro para el bien jurídico protegido. No es bastante, por ello, la coincidencia formal entre acción y descripción ofrecida por el legislador.» TORIO, «*Los delitos de peligro*», p. 838.

(42) La estructura de los delitos de peligro hipotético responde a lo que Torio denomina una «realidad tridimensional»: en primer lugar, nos encontramos ante un «momento lógico» en el que se describe la acción relevante para el Derecho penal en el sentido de cumplir el principio de legalidad; un segundo momento estaría constituido por la idoneidad de la acción para producir un peligro al objeto de protección, peligro, que a diferencia de los tipos de peligro concreto, debe caracterizarse como «probabilidad

únicamente en determinados supuestos de desacato, generalmente los producidos ante los agentes de la autoridad y, sólo en algunas ocasiones, la acción sería idónea para generar ese potencial peligro al orden público, es decir, apta para generar una posible alteración o turbación de la paz pública.

Parece más lógica la opción según la «que aun descontando el peligro para el orden público, la figura comporta una *lesión* del buen funcionamiento de la función pública que justifica constitucionalmente su especificidad» (43). Es decir, cabría concebir el desacato como una figura, cuyo interés *inmediatamente* tutelado sería el *regular funcionamiento* de los servicios públicos (44), y cuya *ratio legis*, o *última finalidad* de protección, estaría constituida por la salvaguarda del *orden público*. Aquí podría entenderse la referencia al concepto de orden público en su sentido formal o amplio, aquél imprescindible para el buen funcionamiento de la vida social. Concepto genérico aplicable a casi todos los delitos y, por ello, imposibilitado de caracterizarse como objeto de tutela directa (45).

Estas consideraciones ponen de nuevo en conexión el tipo legal con las últimas aportaciones de la doctrina penal española en cuanto al interés tutelado por este delito. En consecuencia, si la conducta llevada a cabo por el autor no lesiona ese regular funcionamiento de la función pública deberíamos concluir que la conducta es atípica como desacato. Seguiría vigente, en todo caso, un delito contra el honor, que pasaría a ser contra los particulares. Piénsese en la siguiente hipótesis: el particular que se dirige, cuando se halla en el ejercicio de sus funciones, a un

de un daño o lesión» y, en tercer lugar, hallamos una dimensión normativa o valorativa. Momento axiológico en el que debe valorarse la idoneidad, según juicio «ex ante», de la acción para la producción del peligro y su contradicción con el tipo penal. TORIO, «*Los delitos de peligro*», pp. 839 y ss.

(43) *INFORME*, pp. 185. Bien es cierto que el Consejo se muestra vacilante en cuanto a la estructura del tipo, pues si como he indicado habla de lesión del buen funcionamiento de la función pública a continuación añade: «Parece claro que en los supuestos previstos en el tipo, se da ese peligro para la función pública que fundamenta la especificidad», luego no queda claro si nos encontramos, en su opinión, ante un tipo de lesión o de peligro.

(44) Entiendo más correcta la expresión *regular funcionamiento* de la Administración, siguiendo a Bricola, que la de «buen funcionamiento», dado que ésta última implicaría, de un lado, el *óptimo funcionamiento* de las instituciones, cosa deseable pero utópica; y de otro, porque el buen funcionamiento es un principio exigible a cualquier tipo de organización, ya sea pública o privada. Por ello, regular debe hacerse sinónimo de *eficacia e imparcialidad* en la gestión de los recursos públicos, es decir, máxima adhesión al interés público. Cfr. BRICOLA, «*Tutela Penales*», p. 569.

(45) Esta concepción del orden público difiere de lo que se ha venido entendiendo como cláusula general de orden público o, lo que en expresión de Martín Retortillo se denomina *orden público trivializado*, concepto desorbitado que se deriva de la Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959 y que amplía notoriamente la lista de actos contrarios al mismo, Cfr. MARTÍN RETORTILLO, *La cláusula de orden público*, p. 44.

funcionario insultándole por el, a su juicio, mal funcionamiento del servicio y el funcionario no prestándole atención continua con su labor. Aquí, en todo caso, podría hablarse de un peligro para el fluido decurso del servicio pero no de su alteración, luego la conducta podría calificarse como atípica, desde la perspectiva del desacato, pero cabría la interposición de una querrela por ser atentatoria del honor del sujeto.

Sin embargo, antes de finalizar con esta sucinta referencia al objeto de protección es necesario mencionar cuál parece ser la opinión del legislador, manifestada en la Exposición de Motivos del Proyecto. Este entiende que «El desacato entraña una *perturbación del necesario sometimiento al Estado de Derecho* (46), que en el atentado es física y aquí verbal, pero cuya impunidad, en el plano político-criminal, daría lugar a hacer más difícil la tarea de los que tienen que tomar y hacer cumplir decisiones más o menos importantes.» En mi opinión, caben distintas interpretaciones de este párrafo, en función de dónde hagamos recaer el acento de la argumentación: en primer lugar, puede que se este haciendo referencia —«sometimiento al *Estado de Derecho*»— al concepto de orden público en sentido formal, es decir, al orden general de la sociedad necesario para la convivencia y desarrollo de la misma. Los ciudadanos deben someterse a los límites que impone el Estado de Derecho, lo que les permite desarrollar sus actividades en la comunidad. A este respecto cabe reproducir idénticos argumentos a los utilizados anteriormente, este concepto bien de orden público formal, bien de sometimiento al Estado de Derecho no nos es útil como bien jurídico o interés digno de tutela dado que por su amplitud no es capaz de delimitar correctamente el ámbito del injusto, a lo debe añadirse que desde esta perspectiva este interés podría predicarse de todas y cada una de las infracciones recogidas en el Código penal (47).

Se deduce una segunda posibilidad si hacemos recaer el peso de la argumentación en el término «*sometimiento*», éste posee ciertas connotaciones que cabe asociar a lo que tradicionalmente un sector de la doctrina y de la jurisprudencia ha denominado principio de autoridad. En la idea de sometimiento a la autoridad establecida subyace un pensamiento autoritario que podría caracterizarse por el acatamiento acrítico a las decisiones tomadas por aquella, en definitiva, por un mero asentir a todo aquello que provenga de la autoridad. No parece acorde esta tutela pretendidamente dispensada por el desacato con el modelo de Administración prestacional que caracteriza, o debiera caracterizar según se desprende de la Constitución, a la Administración española.

(46) El subrayado es mío.

(47) En todo caso estaríamos ante un interés de protección mediata. Cabría hablar de orden público formal como *ratio legis* o en la terminología de ANTOLISEI como «scopo» o fin último de protección del delito. Cfr. nota 26.

Por último, una tercera solución interpretativa sería la que proviene de hacer hincapié en la frase «*hacer más difícil la tarea de los que tienen que tomar y hacer cumplir decisiones más o menos importantes*», aquí parece que el legislador está pensando en el desarrollo de las tareas administrativas, es decir, en posibilitar la tutela del regular funcionamiento de la Administración.

Cuestión distinta, pero no menos relevante, es la relativa a los sujetos afectados por la conducta típica (48): esta recae sobre cualquier autoridad, funcionario público o agente de la autoridad, lo que vuelve a poner de manifiesto idénticos problemas a los que plantea la actual redacción del desacato. El ámbito típico de este delito se ve desbordado por razón del aumento del número de posibles sujetos afectados por la conducta típica. A este respecto cabe señalar dos cuestiones estrechamente relacionadas entre sí, pero de distinto carácter: en primer lugar la que hace referencia al número de sujetos afectados por las acciones ofensivas o conminatorias; y, en segundo, la relativa a la importancia o clase de funciones que los mismos llevan a cabo.

Por lo que respecta a la primera cuestión, casi no es necesario señalar, por evidente, que el número de funcionarios públicos que hoy día integran la Administración Pública ha sufrido un incremento que desborda, con mucho, cualquier previsión que hubiera podido hacerse hace escasas décadas. Si a ello unimos que el actual modelo de Estado se caracteriza por la asunción de una serie de servicios que según concepciones del liberalismo clásico se entendían como privados —sanidad, enseñanza...—. Obtenemos como consecuencia una ampliación del ámbito típico que nos conduce a cuestionar si en realidad, en la mayoría de situaciones que teóricamente pueden encuadrarse como desacato se produce una afectación al bien jurídico tutelado. Afectación, que se vislumbra tan remota, que políticamente se demuestra innecesaria la sanción penal para estos supuestos, sin olvidar la ineludible referencia al principio de *ultima ratio*. Es evidente que injuriar a un funcionario perteneciente al servicio de limpieza municipal puede alterar, aunque sea momentáneamente, la ejecución de su tarea. Ahora bien, ¿debe considerarse esta conducta suficientemente relevante como para ubicarse dentro del ámbito típico del delito de desacato? O formulado de otra forma ¿cabe entender que el sujeto con su acción crea un riesgo ilícito de entidad suficiente como para lesionar el interés jurídicamente tutelado?

A mi entender este tema se halla indisolublemente unido a la clase de funciones que ejecutan los mencionados funcionarios. Al caracteri-

(48) La falta de alusión, que en principio parecería más correcta, al sujeto pasivo, al titular del bien jurídicamente protegido, es una omisión consciente, puesto que si éste debe delimitarse en función del interés tutelado, en este caso, e independientemente del bien jurídico que se entienda protegido, el sujeto pasivo de la conducta será siempre la Administración pública, por ello es preferible utilizar la expresión sujetos afectados por la conducta típica que la de sujetos pasivos.

zarse la Administración como prestadora de servicios, cabe plantear si realmente es necesario ampliar el ámbito de protección a todos los funcionarios que llevan a cabo el ejercicio de los servicios públicos, o por el contrario, esta especial tutela debiera restringirse, de algún modo, a aquellas funciones más relevantes, o ligadas de especial manera a los poderes tradicionales del Estado y, en consecuencia, únicamente a los funcionarios o autoridades que los ejecutan, quedando los sujetos restantes, a estos efectos penales, bajo la consideración de particulares. No tenemos más que pensar en la injuria dirigida a un profesor universitario que ostenta la categoría de funcionario público, cuando se encuentra en el efectivo ejercicio de sus funciones, e idéntica conducta ejecutada también contra un profesor que ejerce sus funciones en una Universidad privada no ostentando, en consecuencia, tal categoría, y en ambos casos achacándoles su deficiente conocimiento de la materia que imparten. El desvalor que dicha conducta produce es, en mi opinión, en ambos casos idéntico, no comprendiendo la oportunidad de deslindar ambas acciones en responsabilidades penales distintas —delito de desacato, en el primer supuesto y, delito de injuria, en el segundo—, por el mero hecho de que en un caso el sujeto se encuentra actuando como funcionario público y en el otro como particular.

Podría cuestionarse si desde la perspectiva del regular funcionamiento de la Administración, como interés tutelado, estas actuaciones de los particulares no obstaculizan de «algún modo» el normal desenvolvimiento del desarrollo de los servicios públicos. La respuesta debe ser, sin lugar a dudas, afirmativa, pero ello no debe entrañar que la respuesta que se de a estos casos tenga que ser forzosamente la vía penal, ni tampoco exclusivamente la tipificación de estas conductas como desacato porque también es una utopía que un servicio —público o no— funcione sin alteración alguna —otra cosa es la gravedad de las alteraciones en cuestión—.

En segundo lugar, por lo que se refiere a la ausencia de definición legal del concepto de «agente de la autoridad», concepto que únicamente fue definido en el Código penal de 1928 (49), y aunque tal hecho no tiene en principio mayor trascendencia, ya que, como entiende mayoritariamente la doctrina, para ostentar la categoría de agente de la autoridad se debe ser funcionario público, es decir, cumplir los requisitos de

(49) Artículo 213 del Código penal de 1928: «Para los efectos penales se reputará Autoridad quien, por sí solo, o como miembro de alguna corporación o Tribunal, ejerza jurisdicción propia.

Se reputarán también Autoridades los funcionarios del Ministerio Fiscal.

Se considerarán agentes de la Autoridad no sólo los funcionarios que con tal carácter dependan del Estado, de la provincia o el Municipio, sino los de otras entidades que realicen o coadyuven a fines de aquéllos y los que tengan a su cargo alguna misión general o determinada y, en disposición reglamentaria o nombramiento expedido por Autoridad competente o delegada de ésta, se exprese el carácter de tal agente».

nombramiento a ellos exigibles (50), si parece deseable que una vez especificados los conceptos de autoridad y funcionario público a efectos penales, lo fuese también esta categoría, lo que evitaría posibles confusiones a la hora de delimitar quien la ostenta. A lo que debe añadirse que se evitarían los problemas que pudieran suscitarse de cara al error de tipo.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Conviene por último, que a modo de conclusiones recapitemos sobre las ideas que hemos ido exponiendo. El Derecho penal pretende la protección de bienes jurídicos concebidos como intereses básicos del individuo o de la sociedad necesarios para el desarrollo de todas las personas, de aquellos intereses necesitados de tutela, ante los ataques más graves dirigidos contra los mismos. Por ello sólo aquellas conductas que contengan un alto grado de lesividad para un determinado bien, serán objeto de atención por parte del ordenamiento jurídico penal.

En este contexto, es cuestionable la figura del desacato que se configura como el último peldaño en una escala de protección que el Código penal español dispensa a una serie de sujetos y órganos, en razón de la especial relevancia que los mismos ostentan en el conjunto de las Instituciones democráticas. La pregunta que aquí cabe hacerse es si efectivamente esta protección penal debe extenderse a todos y cada uno de los miembros de los órganos institucionales del Estado, o por el contrario esta tutela privilegiada únicamente debe dispensarse a aquellos verdaderamente relevantes para el funcionamiento del sistema democrático.

La protección otorgada por el legislador puede interpretarse desde dos vertientes distintas: de un lado, quiere sancionar estas conductas debido a que los sujetos a quienes se dirigen las expresiones vejatorias son funcionarios públicos: la tutela se dispensaría con base, exclusivamente, en el cargo que ostentan. Un segundo punto de vista lo constituiría, la pretensión de proteger la función que estos sujetos llevan a cabo, es decir, la función pública en general.

En la primera de las hipótesis no cabe otorgar una mayor tutela penal a estos sujetos por el hecho de que se hallen revestidos de la condición de autoridad o de funcionario público, puesto que ello generaría

(50) Vid. en este sentido, RODRÍGUEZ DEVESA, *PE*, p. 1129; CEREZO MIR, «*Los delitos de atentado*», p. 321; QUINTANO RIPOLLES, *Comentarios*, p. 69; QUERALT, «*El concepto Penal*» p. 507; EL MISMO, *PE*, vol. II, p. 575. En contra ORTS GONZÁLEZ, *El delito de usurpación*, p. 67, para esta autora los agentes de la autoridad no deben ostentar, necesariamente, la categoría de funcionarios públicos, «Es más, en principio, genuinamente el agente de la autoridad no es funcionario público, por cuanto, no requiriendo la cualidad de funcionario público, integra aquella una categoría conceptual distinta y autónoma respecto a ésta».

una desigualdad en el trato dispensado respecto a los ciudadanos particulares de difícil justificación (51).

Desde la segunda de las perspectivas, el objeto de tutela se centraría en el necesario respeto al ejercicio de la función pública, condición indispensable para que estos sujetos puedan ejercerla regularmente y sin interrupciones; en definitiva, posibilitar las condiciones necesarias de dignidad que faciliten un fluido y pacífico ejercicio de los servicios públicos. El hecho de que la tutela penal se dirija a la función y no a las personas que la encarnan, consigue eludir el problema que se plantearía de cara al principio de igualdad.

Según esta última línea de tutela deberían considerarse como delictivas estas conductas cuando se dirigen contra cualquier funcionario público, si realmente ante cualquier vejación dirigida contra éstos se conmueve el mencionado regular funcionamiento. Pero podemos plantearnos si éste interés, cuando encarna en los funcionarios públicos, es suficientemente relevante como para ser objeto de atención por el Derecho penal; si es necesario usar el instrumento coercitivo por excelencia para asegurar el regular funcionamiento de la función pública cuando los sujetos afectados son estos últimos.

Es representativo acudir a la regulación establecida en otros ordenamientos jurídicos continentales para comprobar que países con estables sociedades democráticas (Suiza, Austria, Alemania) carecen de una regulación penal específica al respecto. Al parecer consideran que el respeto hacia los poderes públicos no es necesario sustentarlo a golpe de Código penal. Y no por ello en estos países los poderes públicos dejan de gozar de la confianza y el respeto de los ciudadanos.

Luego no parece deducirse la *necesidad* de protección penal del que se denomina «regular funcionamiento de la Administración», al menos desde esta configuración, puesto que en la inmensa mayoría de las situaciones, la acción llevada a cabo por el autor no hará peligrar dicho funcionamiento, ya que por su alteración no cabe entender la paralización momentánea y breve del mismo, sino únicamente aquellas situaciones que conduzcan a un anormal funcionamiento del servicio público. A ello puede añadirse que debido a la inmaterialidad del interés tutelado, se hace prácticamente indemostrable averiguar cuándo éste es efectivamente conculcado.

No puede dejar de constatarse que la realidad cotidiana ofrece múltiples muestras de ataques furibundos, dirigidos contra miembros del Poder Ejecutivo y del Legislativo, que precisamente por la clase de funciones que ejercen se ven sometidos, en mayor medida, a la crítica de los ciudadanos, llegándose en ocasiones a la vejación personal y, sin embar-

(51) Ello podría colisionar, con la igualdad contemplada como valor superior del Ordenamiento Jurídico en el art. 1.1.º, sino con el mandato constitucional recogido en el art. 14, que proclama la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, planteándose la cuestión con base en el principio de no discriminación.

go, el número de causas por delito de desacato que se incoan por este motivo son verdaderamente escasas. Como acertadamente expresa Quintero Olivares «las razones de esa renuncia tácita a reaccionar a través del derecho penal no pueden ser otras que de coherencia con los principios esenciales de la democracia; ni su función, ni su persona, ni el sistema democrático necesitan el auxilio del derecho penal para existir, subsistir y ser eficaces» (52). En esta misma línea puede argüirse que quizás repele a la sensibilidad del ciudadano actual el hecho de que la pena que corresponde al delito de desacato sea la privativa de libertad. No parece acorde con los parámetros existentes que el hecho de injuriar o calumniar a una persona, por muy autoridad que sea, acarree como consecuencia inevitable la prisión, es decir, la privación de uno de los derechos fundamentales por excelencia del ser humano, como es la libertad personal.

Las Administraciones públicas de acuerdo con el mandato constitucional recogido en el art. 103.1 CE, deben «servir con objetividad los intereses generales», y actuar conforme a los principios de eficacia y jerarquía, entre otros, además de con sometimiento a la ley y al Derecho. Desde esta perspectiva, es decir, desde una actuación eficaz y regular de los servicios públicos, es desde la que se logra el respeto y la confianza de los ciudadanos, precisamente porque ello significa a su vez un respeto hacia los mismos. Una Administración así concebida difícilmente se verá afectada por la crítica o la palabra soez, que aunque se perpetre, no conseguirá hacer mella en el prestigio y confianza así obtenidos. El sometimiento a la ley y al Derecho es una característica que cabe predicar de los funcionarios públicos y autoridades con respecto a la Administración o al Estado. Aquella, por cuestiones de eficacia, es decir, de funcionamiento interno, debe guiarse por el principio de jerarquía, cosa muy distinta sería intentar transplantar dicho modelo a las relaciones entre ciudadano y Administración. De lo contrario estaríamos retomando caducos esquemas de lo que debe entenderse por Administración pública que cristalizarían, y ello si sería coherente, en la tutela del principio de autoridad a través de la norma que regula el delito de desacato. Sólo desde esta perspectiva este bien jurídico sería plausible. En modo alguno desde una concepción de las Administraciones públicas como entes puestos al servicio de los ciudadanos.

No deja de resultar curioso que para la pretendida tutela del regular funcionamiento de las Administraciones públicas se crea todavía que la vía adecuada sea el delito de desacato. Contrasta con su profusa aplicación la escasa persecución de otras conductas como la malversación de fondos públicos, corrupción, favorecimiento de fraude en las subvenciones... cuya realización no sólo pone en evidencia un irregular funcionamiento de los servicios públicos, sino que su falta de persecución puede acarrear un grave descrédito a aquellas administraciones que las consenten.

(52) QUINTERO OLIVARES, «pervivencia», p. 185.

La tutela que se desprende de los artículos 471, 472, 484, 485, y 492 (53) del Proyecto, claramente se dirige a la protección de aquellos órganos de relevancia constitucional fundamentales en la organización del Estado. El hecho de que esta tutela se amplíe a todas aquellas personas que mantienen una relación estatutaria con la Administración, funcionarios públicos, carece de sentido. Si como acertadamente expresa Tomás y Valiente la «característica de todo Derecho penal consiste en ser reflejo de la estructura sociopolítica de una época y pieza activa para la conservación de la misma» (54), en mi opinión esta propuesta de regulación del delito de desacato no es reflejo de la sensibilidad que actualmente impera en nuestra sociedad. En un momento en que la doctrina penal reivindica la estricta aplicación del principio de última *ratio* (55) que se traduce en el intento de despenalizar todas aquellas conductas que o bien, no supongan un grave ataque a bienes jurídicos necesitados de tutela, bien, éstos no sean lo suficientemente relevantes como para obtener dicho grado de protección, pudiendo ser amparados por otras ramas del ordenamiento jurídico menos gravosas y afflictivas, no encuentro motivos suficientes como para afirmar la necesidad de hacer recaer el peso de la sanción penal a aquellas conductas ofensivas dirigidas contra cualquier funcionario público. La injuria dirigida a éste no tiene, en la mayoría de ocasiones, capacidad lesiva suficiente para hacer mella en el regular funcionamiento de la Administración. Al fin y al cabo, guste o no, lo único que se consigue es tutelar privilegiadamente a éstos por su condición.

(53) En los mencionados artículos se establece la tutela dispensada a los distintos órganos del Estado, Jefe del Estado, Regente, Organos constitucionales, etc., ante las injurias, calumnias, difamaciones y amenazas de que puedan ser objeto.

(54) «*El Derecho penal*», p. 24.

(55) Cfr. BRICOLA, «*La riscoperta*», pp. 73 y ss.

BIBLIOGRAFIA CITADA

- ALVAREZ VIZCAYA, Maite: *Libertad de expresión y principio de autoridad*. Barcelona, 1993.
- ANTOLISEI, Francesco: «*Il problema del bene giuridico*». Scritti di Diritto penale. Milano, 1955, pp. 97-128.
- BERDUGO, Ignacio: *Honor y libertad de expresión*. Madrid, 1987.
- BRICOLA, Franco: «*Tutela penale della Pubblica Amministrazione e principi costituzionali*». Temi, 1968, pp. 563-582.
- «*La riscoperta delle pene private nell'otica del penalista*». Política del Diritto, 1, 1985, pp. 71-94.
- BUSTOS RAMIREZ, Juan: *Manual de Derecho penal. Parte Especial*. Barcelona 1986.
- CEREZO MIR, José: «Los delitos de atentado propio, resistencia y desobediencia». *Revista de Estudios penitenciarios*, 173, 1966, pp. 319-372.
- CUELLO CALON, Eugenio: *Derecho penal. Parte Especial*, T. II, (2.^a ed). Barcelona, 1941.
- *Derecho penal. Conforme al Código penal, texto refundido de 1944. Parte especial*. T. II (11.^a ed). Barcelona, 1961.
- DALCKE/FUHRMANN/SCHÄFER: *Strafrecht und Strafverfahren*. (37.^a ed). Berlín, 1961.
- FLORA, Giovanni: «*Il problema della costituzionalità del reato di oltraggio a pubblico ufficiale*». *Archivio giuridico*, 1976, I, pp. 21-60.
- GARRAUD, René: *Traité théorique et pratique du Droit pénal français*. T.IV, (3.^a ed). Paris, 1922.
- GORIZARD, Alejandro: *El Código penal de 1870 concordado y comentado*. T.III. Burgos, 1874.
- GROSSO, Carlo Federico: «*I delitti di oltraggio*». En *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*. Diretta da BRICOLA, Franco/ZAGREBELSKY, Vladimiro. Vol. I (P.E.). Torino, 1984, pp. 305-320.
- INFORME y votos agregados del Consejo General del Poder Judicial*. Madrid, 1992.
- IZU BELLOSO, Miguel José: «Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978». *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 58, 1988, pp. 233-252.
- JASO ROLDAN, Tomás: *Derecho penal (PE)*, T. II. Madrid, 1949.
- LOGOZ, Paul: *Commentaire du Code pénal suisse. Partie speciale*. Vol. I, T. II, Neuchatel, 1955.
- MARTIN RETORTILLO, Lorenzo: *La cláusula de orden público como límite —impresciso y creciente— del ejercicio de derechos*. Madrid, 1975.
- MERLE, Roger/VITU, André: *Traité de droit criminel. Droit pénal special*. Paris, 1982.
- MIR PUIG, Santiago: «Dogmática creadora y política criminal». *Revista jurídica de Cataluña*, 1978, pp. 649-663.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo: «El art. 20 de la Constitución y los delitos de desacato». *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1981, pp. 669-690.
- MUNOZ CONDE, Francisco: *Derecho penal. Parte Especial*. (8.^a ed). Valencia, 1990.
- «Delitos electorales». *Cuadernos de Política Criminal* (2), 1977, pp. 165-179.
- NOLL, Peter: *Schweizerisches Strafrecht. Besonderer Teil*, I. Zurich, 1983.
- OCTAYO DE TOLEDO, Emilio: «El bien jurídico protegido en los Caps. VI y VIII del Tít. II del Cp». CPC, n.º 1, 1977, pp. 115-134.
- «De nuevo sobre el interés protegido en atentados, desacatos y figuras afines». *Cuadernos de Política Criminal* (11), 1980, pp. 103-146.
- ORTS GONZALEZ, M.^a Dolores: *El delito de usurpación típica de funciones públicas*. Córdoba, 1987.
- PAGANI, Pietro: voz «Oltraggio contro l'Autorità». En *Digesto italiano*, vol. XVII. UTET, 1904-1908, pp. 146-208.

- PALAZZO, Francesco Carlo: voz «Oltraggio» en *Enciclopedia del Diritto*. Vol. XXIX, 1979, pp. 849-978.
- «Questioni di costituzionalità in tema di oltraggio a pubblico ufficiale». En *Giurisprudenza Costituzionale*, 1980, pp. 1309-1333.
- PIZZORUSSO, Alessandro: «Attacco in massa contro il reato di oltraggio». *Qualegiustizia*, 1971, pp. 92-94.
- PUIG PEÑA, Federico: *Derecho penal. Parte Especial*. 7.^a ed. actualizada por ORTIZ RICOL. Madrid, 1988.
- QUERALT, Joan: *Derecho penal español. Parte Especial*. Barcelona, 1987.
- «El concepto penal de funcionario público». *Cuadernos de Política Criminal* (27), 1985, pp. 477-507.
- QUINTANO RIPOLLES, Antonio: *Comentarios al Código penal*. 2.^a ed. puesta al día por GIMBERNAT ORDEIG. Madrid, 1966.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: «Sobre la pervivencia del delito de desacato». En Homenaje al Prof. José Antonio Sainz Cantero. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n.º 13, 1987, pp. 181-187.
- REGIERUNGSVORLAGE EINES STRAFGESETZBUCHES samt Erläuterungen*. Wien, 1971.
- RICCIO, Stefano: voz «Oltraggio alla pubblica amministrazione». En *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XI, 1965, pp. 827-834.
- RODRIGUEZ DEVESA, José María: *Derecho penal Español. Parte especial*. Valladolid, 1965.
- *Derecho Penal Español. Parte Especial*. (9.^a ed.) Madrid, 1983.
- ROXIN, Claus: *Política Criminal y estructura del delito. Elementos del delito en base a la política criminal*. Trad. de Bustos Ramírez y Hormazábal Malaréc. Barcelona, 1992.
- RUDOLPHI, Hans-Joachim: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. Band II. Besonderer Teil [pp. 80-358].
- SALTELLI, Carlo/ROMANO DI FALCO, Enrico: *Commento teorico-pratico del Nuovo Codice penale*, vol. III (artt. 241-498). (2.^a ed.) Torino, 1940.
- SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst: *Strafgesetzbuch Kommentar*. (23.^a Auflage). Berlin, 1988.
- TOMAS Y VALIENTE, Francisco: *Introducción y notas a BECCARIA, Cesare: De los delitos y de las penas*. Madrid, 1982.
- *El Derecho penal de la Monarquía Absoluta (s. XVI-XVII-XVIII)*. Madrid, 1969.
- TORIO LOPEZ: Angel: «Los delitos de peligro hipotético. (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)». *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Fasc. III, 1981, pp. 825-847.
- VANNINI, Ottorino: *Quid iuris? Manuale di esercitazioni pratiche in diritto penale. Vol. VIII. Problemi relativi al delitto di oltraggio*. Milano, 1951.
- VIVES ANTON, Tomás Salvador y otros: *Derecho penal. Parte Especial*. (2.^a ed), Valencia, 1988.

