UNIVERSIDAD DE DEUSTO
FACULTAD DE DERECHO

CONFIGURACION Y ANALISIS DEL DELITO DE DESACATO

Tesis doctoral presentada por
Dñª. Mª. TERESA ALVAREZ VIZCAYA

Dirigida por el Catedrático
Dr. D. ANGEL TORIO LOPEZ

Deusto, Septiembre 1.990

UNIVERSIDAD DE DEUSTO

Facultad de Derecho

CONFIGURACION Y ANALISIS DEL DELITO DE DESACATO

M. Teresa Alvarez Vizcaya

INDICE

INTRODUCCION..... I

CAPITULO PRIMERO: EVOLUCION LEGAL DEL DELITO DE DESACATO..... 1

I. Aproximación histórica al origen del delito de desacato: los delitos de lesa majestad..... 2

II. Evolución de la figura del desacato en la codificación española..... 9

1. El Código penal de 1.822..... 9
2. El Código penal de 1.848..... 15
3. La Reforma de 1.850..... 18
4. El Código penal de 1.870..... 24
5. El Código penal de 1.928..... 28
6. El Código penal de 1.932..... 33
7. El Texto Refundido de 1.944 y regulación actual..... 35
   A. Texto Refundido de 1.944..... 35
   B. Regulación actual..... 38
8. Los Proyectos legislativos de 1.980 y la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código penal de 1.983..... 38

III. Conclusiones..... 41

Notas al Capítulo Primero..... 45

CAPITULO SEGUNDO: EL DELITO DE DESACATO EN EL DERECHO COMPARADO..... 59

I. Introducción..... 60

MODELO LATINO: previsión específica del delito de desacato..... 64

II. FRANCIA..... 65

1. Regulación legal del delito de "outrage"..... 65
2. Intereses protegidos según la doctrina en el delito de "outrage"..... 70
3. Elementos constitutivos del delito..... 71
   - A. Configuración del "outrage"..... 71
   - B. Sujetos afectados por la conducta típica..... 73
   - C. Modos de ejecución de la conducta ofensiva..... 77
   - D. Ejercicio de la función pública..... 80
   - E. La presencia del ofendido..... 83
   - F. El elemento subjetivo..... 86
4. "Outrage realizado durante la audiencia de los Tribunales (art. 222 ult. pfo. y art. 223 ult. pfo.). Tipo cualificado..... 87
5. "Outrage à la Justice": arts. 226 y 227

del Código penal..... 89
6. Coordinación del delito de "outrage" con la Ley de Prensa de 29 de julio de 1.881..... 91

III. BELGICA..... 94

IV. ITALIA.....100

1. Evolución legal del delito de "oltraggio"....100
   A. La regulación del delito de "oltraggio" en los Códigos pre-unitarios.....100
   B. El Código Zanardelli (1.889).....102
   C. Regulación actual: Código Rocco (1.930).....105
2. El bien jurídico protegido en el delito de "oltraggio".....109
3. Elementos constitutivos del delito.....110
   A. Sujetos afectados por la conducta: análisis de los arts.357 y 358 del Código penal.....111
      a. Función y servicio públicos.....113
      b. El funcionario como sujeto activo del delito de desacato.....116
   B. La conducta ofensiva.....117
   C. Presencia del ofendido y ejercicio de la función pública.....119
      a. Presencia del ofendido. Significado de la expresión "al cospetto" del art. 342 cod. pen. Modalidades equiparadas a la presencia inmediata del funcionario..120

b. Ejercicio de la función pública.....122
D. El elemento subjetivo.....125
E. Circunstancias que agravan la conducta.....126
a. Imputación de un hecho determinado...127
b. Violencia y amenazas.....128
c. Presencia de una o varias personas...129
4. Exceso en el ejercicio de la función: actos arbitrarios. (art. 4 D.L.L. de 14 de septiembre de 1.944 n. 288).....131
A. Antecedentes y fundamento.....131
B. Concepto de acto arbitrario.....133

MODELO GERMANICO: Ausencia de una figura típica de desacato.....136

I. SUIZA.....137

II. AUSTRIA.....140

III. ALEMANIA.....144

IV. Conclusiones.....149

Notas al Capítulo Segundo.....154

CAPITULO TERCERO: EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE DESACATO.....195

I. Introducción.....196

II. Funciones y concepto de bien jurídico.....199

III. La posición de la doctrina española sobre el bien jurídico protegido en el delito de desacato.....210
1. La protección del principio de autoridad.....211
2. La tutela de la dignidad de la función pública.....218
3. El honor del funcionario como bien jurídico concurrente.....223
4. La tutela del regular funcionamiento de la Administración pública.....225

IV. Doctrina jurisprudencial.....228
1. El orden público. Concepción amplia, equivalente a orden social.....231
2. El principio de autoridad.....232
3. Protección concurrente del honor del funcionario.....239
4. Función pública.....241

V. Recapitulación.....244

VI. Exposición del debate en la actual doctrina italiana sobre el bien jurídico protegido en el delito de "oltraggio".....247
1. El prestigio de la Administración pública como bien jurídico protegido en el Código Rocco (1.930): la opinión del legislador.....248
2. Tesis mantenidas por la doctrina italiana....249
A. El prestigio y el normal desenvolvimiento de la actividad de la Administración como elementos conformadores del bien jurídico protegido en el delito de desacato.....250
B. El prestigio de la Administración como bien jurídico específico.....255
C. El prestigio del funcionario como bien jurídico protegido: DE SANCTIS.....258
D. La tesis de BRICOLA: replanteamiento del bien jurídidoc protegido a la luz de la Constitución italiana.....260
E. Problemas planteados por la posible inconstitucionalidad del art. 341 cod. pen.....264
a. La inconstitucionalidad del art. 341 por violación del principio de igualdad de todos los ciudadanos.....265
b. La parcial inconstitucionalidad del tipo en razón de si la conducta se ejecuta con motivo de las funciones o por cuestiones personales.....268
c. El delito de desacato como elemento disfuncional dentro del ordenamiento jurídico.....271

d. La inconstitucionalidad del art. 341 cod. pen. por conculcar el principio de igualdad de los funcionarios.....273
e. Doctrina de la Corte Constitucional: la constitucionalidad del art. 341.....275

VII. Consideraciones críticas y toma de postura.....277

1. Excurso: principios que deben regir el funcionamiento de la Administración pública: art. 103.1 CE.....278
2. Consideraciones críticas a los bienes jurídicos propuestos por la doctrina.....282

Notas al Capítulo Tercero.....294

CAPITULO CUARTO: ANALISIS DE LOS ELEMENTOS QUE INTEGRAN LA CONDUCTA CONSTITUTIVA DE DESACATO.....318

I. Introducción.....319

II. La injuria y la calumnia como elementos integrantes del delito de desacato.....322

1. La calumnia.....324
A. Clases de calumnia por su propagación....328
B. Problemas que plantea su ausencia como modo comisivo en el art. 245 del Cp.....330
2. La injuria.....334
A. Clases de injurias.....338
B. Las injurias dirigidas contra funcionarios públicos y agentes de la autoridad: su relación con la falta prevista en el art. 570.2.....339
3. El insulto.....341
4. La amenaza como forma comisiva del delito de desacato.....342
A. Concepto de amenaza: Exteriorización del propósito de causar un mal.....343
B. Delimitación de la amenaza constitutiva de desacato con la intimidación generadora de atentado. La amenaza como mal de futuro.....349
C. Clases de amenazas.....351
5. Excurso: La amenaza a los Ejércitos o a sus Instituciones, armas, clases o cuerpos determinados (art. 242 Cp).....353

III. Valoración sobre los elementos que integran la acción.....356

IV. El ejercicio de funciones públicas.....358
1. El ejercicio de la función pública.....360
2. El ejercicio permanente de funciones públicas.....363
3. El requisito de "con ocasión" del

ejercicio de la función.....365
4. Ausencia de este requisito en el art. 245 Cp.....368
5. El exceso en el ejercicio de la función pública.....371

V. Los requisitos de "presencia" y "escrito dirigido" al ofendido.....377

1. La circunstancia de que la conducta se realice "en presencia".....378
2. El escrito dirigido a la autoridad y a los funcionarios públicos.....383
3. Valoración de estos requisitos.....383

VI. Los sujetos afectados por la conducta típica.....386

1. El art. 119 del Cp. Autonomía del concepto penal.....389
   A. Antecedentes legislativos del art.119....390
   B. Autonomía del concepto penal de funcionario público. Similitudes y diferencias del mismo respecto al concepto mantenido por el Derecho Administrativo.....393
      a. Autonomía del concepto penal de funcionario.....394
      b. Breve análisis comparativo del concepto de funcionario público en Derecho penal y Derecho Administrativo. Amplitud del concepto penal.....395

c. Fundamentación de la autonomía del concepto.....397
2. Exámen del art. 119 del Código penal.....399
A. El funcionario público. Concepto legal: análisis del art. 119 pfo. 3º del Cp.....399
a. Modos de adquisición de la condición de funcionario. Por disposición inmediata de la ley.....400
b. Por elección.....403
c. Por nombramiento de autoridad competente.....404
d. Participación en las funciones públicas.....406
B. El funcionario de hecho.....408
C. La autoridad.....409
a. La autoridad en sentido individual: art. 119 pfos. 1º y 2º.....411
a'. Ejercicio del mando.....412
b'. Jurisdicción propia.....413
b. La autoridad en su acepción colectiva: los organismos (art.119.1º)....414
a'. Corporaciones.....414
b'. Tribunales.....417
D. El agente de la autoridad. Concepto.....417
3. Problemática específica que plantean estos sujetos en relación con el delito de desacato.....419
A. Equivocidad en el uso del término autoridad.....420
a. Falta de delimitación de los conceptos funcionario/autoridad en la doctrina jurisprudencial.....420

b. La autoridad eclesiástica.....422
B. Supuestos de cualificación. Problemas que plantea la autoridad como sujeto activo del delito de desacato.....423
a. Subordinación jerárquica.....423
b. Desacato entre autoridades.....426

VII. El tipo subjetivo.....429

1. La configuración del dolo en el delito de desacato.....431
2. El error de tipo. La comisión culposa del delito.....436
3. El elemento subjetivo del injusto en los delitos contra el honor: el "animus iniuriandi".....443
4. El elemento subjetivo en el delito de desacato: el ánimo de ofender el principio de autoridad.....448
5. La postura del Tribunal Supremo: El delito de desacato como delito de tendencia: el ánimo de menospreciar el principio de autoridad.....453

VIII. Conclusiones.....459

Notas al Capítulo Cuarto.....472

CAPITULO QUINTO: LA ANTIJURIDICIDAD. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION CON ESPECIAL REFERENCIA A LOS ARTICULOS 461 Y 8.11 DEL CODIGO PENAL.....513

I. Introducción.....514

II. Intrepretación tradicional de las causas de justificación en el delito de desacato. La "exceptio veritatis".....516

1. Configuración legal de la "exceptio". Su inclusión en el Capítulo correspondiente a los "Delitos contra el honor".....516
2. Análisis de la "exceptio veritatis".....519
   A. Imputación de hechos.....520
   B. Veracidad o falsedad de la imputación.....523
   C. Funcionarios públicos por hechos concernientes al ejercicio de su cargo.....525
3. Ambito de aplicación de la "exceptio veritatis" y su significación.....527
   A. La "exceptio" y la conducta constitutiva de calumnia.....530
   B. Ambito de aplicación de la "exceptio veritatis" en la injuria. Posición de la doctrina.....532
   C. Fundamento de la admisisón de la prueba de la verdad en el delito de desacato.....535
   D. Análisis de la jurisprudencia.....538

4. Naturaleza jurídica de la "exceptio veritatis".....541
A. La "exceptio" como causa de justificación.....541
B. Causa de exclusión de la punibilidad. Excusa absolutoria.....542

III. Reinterpretación de las causas de exclusión de la antijuridicidad del desacato. Colisión de derechos.....543

1. La libertad de expresión y la información veraz.....545
A. Colisión de derechos. Libertad de expresión "versus" derecho al honor (art. 20.4 CE).....549
B. Planteamiento del Tribunal Supremo: solución del conflicto de derechos a través de los elementos subjetivos del tipo. "Animus iniuriandi versus animus criticandi".....553
2. El art. 8.11º. Ejercicio legítimo de un derecho.....558

IV. Conclusiones.....561

Notas al Capítulo Quinto.....564

CAPITULO SEXTO: AUTORIA, PARTICIPACION Y GRADO DE DESARROLLO.....577

I. Las distintas figuras del delito de desacato. Delito común y delito especial impropio.....578

1. La autoría y coautoría en el desacato.....584
2. La participación.....588
   A. La inducción.....589
   B. La cooperación.....590
   C. El encubrimiento.....592
3. La participación en los supuestos de delito especial impropio: el funcionario público como autor del delito.....593
4. Responsabilidad derivada de la comisión del delito por medios de difusión mecánicos: arts. 13 y 15 del Cp.....598
   A. La posible incriminación culposa derivada de la responsabilidad que genera el art. 15 del Cp.....601

II. El grado de desarrollo del delito.....605

1. Consumación del hecho delictivo: la percepción de la ofensa o de la amenaza.....605
2. Formas imperfectas de ejecución. Distinción con base en el medio comisivo: realización oral o escrita del delito de desacato.....610
   A. Ejecución oral del delito de desa-

cato. Inadmisión de formas imperfectas punibles.....613
B. Ejecución real o escrita del delito. Admisión de la tentativa y de la frustración.....614

III. Recapitulación.....615

Notas al Capítulo sexto.....618

CAPITULO SEPTIMO: PENALIDAD Y PROBLEMAS CONCURSALES.....630

I. La penalidad del delito de desacato.....631

1. La pena correspondiente a cada uno de los supuestos de desacato.....632
2. Comparación de la penalidad del delito de desacato con la de los delitos que le sirven de sustrato material.....634
3. Consideraciones sobre la penalidad en el desacato: constatación de la disfuncionalidad de la misma a la luz del bien jurídico protegido por este delito.....636
4. La graducación de la pena en el Proyecto de Cp de 1.980 y en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código pe-

nal de 1.983.....639

II. Problemas concursales.....640

1. El concurso de leyes.....641
2. El concurso de delitos.....651
   A. El concurso real en el delito de desacato. Especial referencia al concurso con el delito de atentado.....652
   B. Concurso ideal de delitos.....655
      a. Afectación de varios sujetos por la conducta ofensiva o conminatoria: inadmisión del concurso ideal.....657
      b. La posible afectación del honor del funcionario público: ¿concurso ideal de delitos?.....658

III. Breve referencia a la responsabilidad civil.....665

Notas al Capítulo séptimo.....673

CAPITULO OCTAVO: CONSIDERACIONES DE POLITICA CRIMINAL.....677

I. Consideraciones de politica criminal.
La abolición del delito de desacato.....680

II. Propuestas de reforma.....691

III. A modo de conclusión.....695

Notas al capitulo octavo.....701

CONCLUSIONES.....705

ABREVIATURAS.....731

BIBLIOGRAFIA.....733

INTRODUCCION.

I. El presente trabajo se centra en el estudio del delito de desacato regulado en los arts. 240 y siguientes del Código penal; consistiendo éste en las injurias, calumnias o amenazas dirigidas contra una autoridad o un funcionario público cuando se hallan en en el ejercicio de sus funciones, o bien, con ocasión de las mismas. Diferenciándose de aquellas acepciones más amplias que las técnico penales, como las recogidas en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua para quien, además de su sentido forense, el desacato puede definirse como "Irreverencia para con las cosas sagradas" o "Falta de respeto a los superiores", aunque en todo caso guardan una íntima relación.

El interés en el examen de este tema viene dado por la convergencia de razones de distinta índole que pueden agruparse en cuatro apartados diferentes. En primer lugar, aduciremos razones de naturaleza dogmática. Un delito como el de desacato, que cuenta con ciento cincuenta años de vigencia en nuestros códigos, no ha merecido aún, por parte de la doctrina penalística española, un estudio específico y sistemático que aporte una visión teórica integrada del mismo, en contraposición a la abundante jurisprudencia existente sobre él.

En segundo lugar, hemos de referirnos a razones de tipo sociológico. En la dinámica de la sociedad actual, la unidireccionalidad de las relaciones entre el soberano -incluyendo en dicho concepto el aparato burocrático- y el súbdito, ha decaído en favor de una intercomunicación entre los representantes del poder del Estado y sus ciudadanos. Por ello, la concepción tradicional de acatamiento de una autoridad monolítica se ha trastocado en dos sentidos distintos. Por una

parte, una concepción del Estado como Estado democrático, que promueve la intensificación de la participación crítica de sus ciudadanos en sus órganos, recoge, a cambio, una mayor adhesión de estos a sus instituciones, pudiendo permitirse aligerar las medidas de autoprotección. Por otra, la conversión de un Estado abstencionista -el Estado policia- en un Estado asistencial -el Estado social-, conduce a la aparición de una Administración intervencionista que se configura como un servicio público y cuya dimensión y ámbito de actuación crece incontenibleмente. La inversión conceptual de quién es el siervo y el aumento del número de personas -funcionarios públicos- que pueden verse afectadas por la conducta típica, nos situan ante unas coordenadas bien distintas a las que existían cuando el delito de desacato se incluye en el código penal.

En tercer lugar, encontramos razones de orden axiológico. La positivización de la libertad y de la igualdad como valores superiores del ordenamiento jurídico y la preminencia constitucional de sus concreciones a través de los derechos fundamentales, conduce a la reconsideración de la tensión dialéctica entre las garantías al principio de autoridad con el principio de igualdad y las libertades de pensamiento y expresión. En último término, podemos entender la figura penal del desacato como uno de los criterios de medición del grado de receptibilidad del Estado ante un valor fundamental: la tolerancia respecto a la pluralidad de opiniones.

Finalmente hallamos razones de política criminal. La polémica actual sobre el mantenimiento del delito de desacato en el catálogo de conductas criminalmente punibles, se presenta como la laguna a la que

afluyen las insuficiencias técnicas del tipo y la desconexión del mismo con la realidad del tiempo en que ha de ser aplicado y con los contenidos valorativos del ordenamiento jurídido vigente. La ciencia del Derecho penal, debe ofrecer una respuesta a estas insufiencias, brindando al legislador los materiales que le permitan optar por la, cuando menos, ineludible reforma del delito o, simple y llanamente, por su derogación.

La polémica actual sobre su mantenimiento en el catalógo de conductas punibles es una muestra sobre lo insatisfactorio de su contenido y de la necesidad de un replanteamiento crítico de esta figura. Su origen histórico e interpretación tradicional, ligados a una concepción autoritaria, le dota de anacronismo cuando no de dudosa constitucionalidad.

A través del presente estudio se trata de indagar cuál es el bien jurídico protegido por esta figura. Lo que significa que debe estudiarse cuál ha sido el objeto de protección con anterioridad y cuál puede mantenerse en el actual contexto cultural, político y constitucional.

Por otro lado se analizará la idoneidad de la configuración típica para proteger aquél bien jurídico y si se considera digno de protección penal en qué extensión y frente a qué tipo de ataques.

II. Para abordar el estudio de este delito se ha acudido, en primer lugar al análisis histórico, a fin de de hallar el origen de esta figura delictiva en los Códigos penales del siglo XIX, rastreando su evolución legal hasta la actualidad.

A continuación se ha procedido con el análisis jurídico comparativo, evitando la mera yuxtaposición de Códigos y centrandonos en el estudio de aquellas figuras afines en los sistemas de nuestro círculo de cultura.

Entrando ya en el estudio de la figura del desacato se adopta una perspectiva material que parte de la averiguación del objeto jurídico de protección a fin de poder abarcar posteriormente, en un interpretación teleológica, el alcance de la configuración típica.

En el análisis concreto de la figura se ha procedido a un análisis técnico-jurídico de los elementos del delito de acuerdo con las categorías sistemáticas propias de la teoría del delito.

III. Este delito, calificado por algunos autores como delito de carácter político, tiene su origen en los denominados "crimen laese maiestatis" cuya regulación se remonta al Derecho romano. Aparece por primera vez en el periodo de la codificación, en la Reforma de 1.850, para ser en el Código penal de 1.870, en el que encuentra su regulación definitiva, configuración típica que apenas ha sufrido modificaciones sustanciales desde entonces (1).

Su origen, en la codificación, se ve ligado estrechamente a la ruptura revolucionaria que durante el siglo XIX operó la transformación del Estado absoluto de las postrimerías del Antiguo Régimen, en un Estado de corte liberal. Este naciente Estado, que sufrió los vaivenes de la dialéctica entre fuerzas reaccionarias, liberal-moderadas y progresistas, necesitaba

perentoriamente la consolidación de su aparato político-burocrático. En este contexto era necesaria la protección de todos aquellos sujetos que ostentaban la representación del Estado, cualquier ataque dirigido contra los mismos, podía poner en tela de juicio un aparato aún carente de estructura y falto de consolidación. Es por lo que en un primer momento el "telos" normativo iba encaminado a la tutela del principio de autoridad.

En la década de los años cuarenta y debido a las graves circunstancias políticas que padece el país, se continua con una interpretación similar. El nuevo poder que ve la luz tras la contienda civil, también necesita reafirmarse y para ello, entre otros instrumentos, no encuentra mejor modo que proteger a sus representantes ante manifestaciones que puedan cuestionar su legitimidad. Lo que vendría a significar poner en tela de juicio al Estado mismo, encarnado en las personas que lo representan: autoridades y funcionarios públicos.

Sin embargo, hoy día, la sociedad española ha sufrido en un corto periodo de tiempo una profunda transformación, transformación que ha supuesto, debido al cambio de las coordenadas histórico-políticas, entre otras, la recuperación de una serie de libertades y derechos que se hallaban cercenados por el régimen político anterior.

Si a ello se añade la nueva configuración del Estado, calificado por el art. 1 de la CE como social y democrático de Derecho, lo que conlleva una redifinición de lo que debe entenderse por Administración pública, abandonándose su perfil como mera gestora para

pasar a configurarse como una macro Administración intervencionista y asistencial, donde los funcionarios se convierten en meros agentes ejecutores de servicios públicos al servicio del ciudadano. Obtenemos como resultado que el delito de desacato, cuyo origen se encuentra en preservar a ultranza el principio de respeto a los representantes del Estado, comience a ser cuestionado en la actualidad. LLegándose incluso a proponer la derogación del mismo.

Es por este motivo por lo que se demuestra como ineludible exigencia realizar un estudio dogmático y de política criminal, renovados, de esta figura delictiva.

IV. El análisis comparativo de esta figura jurídica persigue encuadrarla en un marco más amplio que el del propio Código penal español.

Se ha pretendido ayudar a ampliar las orientaciones e interpretaciones sobre el sentido de la incriminación del desacato a través del contraste de las particularidades que presentan los distintos ordenamientos jurídicos.

De la comparación de los distintos Códigos estudiados, se constata la existencia de dos sistemas que cabría calificar de opuestos. De un lado, el denominado "modelo latino", en el que encuadramos países como Italia, Francia y Bélgica, donde encontramos figuras similares a nuestro delito de desacato (2). De particular interés resulta el estudio del sistema italiano más próximo a la tradición española en esta clase de infracciones que la que ofrecen otras legislaciones europeas. Tanto el delito de "oltraggio" como el de

"outrage", se configuran como tipos autónomos, independientes de los delitos contra el honor, y por ello, buscando la tutela de un bien jurídico distinto a estos. Con estas figuras jurídicas se pretende la salvaguarda del prestigio de la Administración pública como interés diferenciado del honor personal de las personas que la representan, los funcionarios públicos y autoridades.

Mientras que en el denominado "modelo germánico", integrado por Suiza, Austria y Alemania (3), predomina la atipicidad de las conductas ofensivas dirigidas contra los funcionarios públicos concebidas como tipos autónomos. Nos hallamos ante ordenamientos en que la injuria ejecutada contra los funcionarios públicos se sanciona de idéntica forma que la llevada a cabo contra los particulares.

No se percibe la necesidad de una especial protección de estos sujetos, unicamente, en algunos supuestos, se establece alguna peculiariedad en cuanto a los requisitos procesales, pero que no afectan en modo alguno a la ley sustantiva.

V. El análisis dogmático del tipo de desacato se iniciará con el estudio del bien jurídico que parece protegerse en la figura en cuestión.

La importancia del bien jurídico en el análisis dogmático del delito es algo incuestionable. Cobra especial relevancia a partir de la llamada escuela neoclásica o neokantiana del Derecho penal que, influenciada por la filosofía suroccidental alemana, pretende recuperar para el derecho -para el Derecho penal- su adscripción a las ciencias del espíritu y de los

"valores". Su búsqueda del sentido o sustrato material teleológico quedará reflejada en la nueva comprensión de las categorías dogmáticas del delito (4) Pero su función no se agota en ser instrumento interpretativo. Las orientaciones actuales destacan su función político criminal como limitación y orientación del "ius puniendi", como criterio al que ha de someterse el legislador en la decisión de penalizar las conductas intolerables. El bien jurídico se concibe hoy en conexión a los valores jurídico constitucionales o de contenido sociológico (5). La fijación del contenido del bien jurídico require, por tanto, una indagación de los valores reconocidos por la Constitución como han puesto de relieve, entre otros, RUDOLPHI y BRICOLA (6).

El hecho de que el sustrato material del delito se configure con base en la injuria, calumnia y amenaza, conduce a una notable confusión respecto al interés tutelado. Para la delimitación del mismo se ha optado por un método de carácter teleológico, siguiendo una línea de análisis técnico-jurídico de los distintos elementos del delito.

La primera cuestión a la que debemos enfrentarnos es a la identificación de un bien jurídico específico, distinto del honor, para así justificar la autonomía del tipo penal, o por el contrario, indagar si nos encontramos ante una simple agravación de las conductas contra el honor de los particulares, cualificación proveniente del hecho de que la conducta ofensiva se dirige contra un funcionario público o una autoridad.

La primera opción, tanto desde una perspectiva histórica como de una sistemática, encuentra más apoyo.

Histórica, porque el delito de desacato entronca claramente con los delitos de lesa majestad ya regulados en el Derecho romano. Sistemática por dos órdenes de razonamientos: de un lado, su inserción en el modelo latino, países que a su vez se entroncan con la tradición romana y que configuran un tipo autónomo para estas conductas, similares al desacato, configuración típica que tiene como objeto de protección el prestigio de la Administración pública. De otro, la propia estructura del Código penal manifiesta que lo que pretende tutelarse en los arts. 240 y siguientes, guarda mayor relación con la salvaguarda de los órganos que configuran la estructura del Estado, que con el honor de los funcionarios públicos que los encarnan. La jerarquía tutelar que se desarrolla a los largo de todo el Título II del Código penal "Delitos contra la seguridad interior del Estado", así lo confirma.

La segunda de las opciones haría semejar el desacato a la estructura de los delitos contra el honor. Configuración que le acercaría a la regulación de los países encuadrados en el modelo germánico, y que llevaría a plantearse la posible colisión con el art. 14 de la Constitución española que regula la igualdad de todos los españoles ante la ley (7).

VI. El análisis del tipo de desacato, de acuerdo con el sistema técnico-jurídico de la teoría del delito intentará fijar el alcance de los elementos típicos desde una perspectiva teleológica en relación al objeto de protección.

El estudio de los elementos normativos que integran la descripción típica debe realizarse en función de su propio contexto sistemático, esto es como

elementos conformadores de un tipo dirigido a la protección de un determinado bien jurídico. Interpretación teleológica, en función del objeto de protección, que supone un proceso que podríamos calificar de alimentación recíproca, sin que pueda afirmarse que una primera aproximación es previa a la segunda. Intuitivamente ambos se tienen en cuenta.

Así mismo, deberá procederse al análisis de los conceptos de funcionario público y de autoridad, todo ello sin perder de vista que el concepto de Administración Pública hoy sostenido difiere notablemente del que se mantenía a finales del siglo pasado, cuando el desacato halló su estructura definitiva como delito. El hecho de que la Administración se configure actualmente como "asistencial" conlleva una serie de consecuencias que habrán de ser tomadas en cuenta. Su capacidad para la prestación de servicios públicos le obliga a mantener un número de funcionarios impensable en otro momento histórico. Ello va a traer como consecuencia que el número de posibles sujetos afectados por la conducta típica sea desmesurado, por lo que habrá que cuestionarse si ello no desvirtua el "telos" normativo de la figura (8).

Posteriormente analizaremos los aspectos subjetivos finales en apartado correspondiente al tipo subjetivo. Estudio que deberá abarcar no sólo la configuración dolosa del delito (9), sino que se mostrará más complejo por la posible existencia de un elemento subjetivo especial, el "animus" de desacatar (10).

Una vez más, se reflejará en la configuración esta vez del tipo subjetivo, la influencia que las formas de conducta que integran la descripción típica

tienen en la interpretación doctrinal y jurisprudencial. Tradicionalmente el tipo subjetivo de los delitos contra el honor se ha configurado con base en la concurrencia del dolo, elemento al cual se añade el "animus injuriandi" como elemento subjetivo especial para poder configurar plenamentente el tipo subjetivo de estos delitos.

Su influencia, la de los delitos contra el honor, es de tal magnitud, que ha conseguido trasvasar la existencia de este elemento también al desacato, pergeñandose en él como ánimo de desprestigiar a la autoridad o al principio de autoridad, en interpretaciones más tradicionales.

La necesidad de indagar cómo se configura el elemento subjetivo en este delito se demostrará compleja e ineludible. Habremos de analizar qué elementos deben ser abarcados por el mismo y si después de ello existe aún, o no, necesidad de acudir a la teoría del "animus" para dar plenitud al tipo subjetivo de esta figura.

La amplia configuración que de las formas comisivas culposas se efectúa en nuestro Código penal, a través de la genérica claúsula del art. 565, hace que deba resolverse la posibilidad de que el desacato admita o no dicha forma comisiva. Cuestión de trascendencia sobre todo, de cara a los supuestos de error de tipo vencible (11).

VII. A caballo entre los elementos subjetivos típicos y la antijuridicidad se tratará la cuestión relativa al derecho de libertad de expresión.

Tradicionalmente la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido entendiendo que el "animus" de atacar el principio de autoridad, en algunas ocasiones, puede verse paliado por la concurrencia de distintos "animi", así, el "animus criticandi", "iocandi", etc. En aquellas hipótesis en que se de prevalencia a alguno de estos, no habrá lugar al delito por falta de tipo subjetivo. Estaríamos ante supuestos de atipicidad.

Sin embargo, desde parámetros dogmáticos, esta solución puede cuestionarse. El tipo cumple una función de llamada, "función indiciaria" sobre la antijurididad de la conducta, cuya confirmación o no deberá resolverse en sede de causas de justificación. Esto es, si el sujeto que realiza la imputación o la ofensa, actúa en el ejercicio legítimo de un derecho, derecho a emitir libremente su pensamiento, su opinión, puede que no sea precisamente el tipo subjetivo el lugar más adecuado para solventar la cuestión.

La constante referencia a la libertad de expresión viene motivada por dos ordenes de razones distintas. En primer lugar, por ser el ejercicio legítimo de un derecho la causa de justificación que comunmente concurre en el delito de desacato. Aún cuando puedan suscitarse ocasiones en que cabría, desde un plano teórico, hablar de legítima defensa por ejemplo, la realidad nos muestra como es aquella causa de justificación la que se aprecia practicamente en exclusiva.

En segundo, porque es precisamente la acusación de amordazar la libertad de expresión de los ciudadanos, la crítica que se realiza, sobre todo desde los medios de comunicación, a este delito. Ciertamente el análisis de la jurisprudencia a lo largo del tiempo,

pone de relieve distintas flexiones ideológicas que se perciben en la interpretación de este tipo. En ocasiones la aplicación del mismo se ha utilizado para coartar el desahogo, ciertamente a veces grosero, de los ciudadanos ante el irregular, tardío y poco eficaz funcionamiento de los servicios públicos, o del comportamiento arbitrario de las autoridades.

De ahí, la necesidad de ubicar correctamente desde un plano dogmático las consecuencias que de cara a la teoría del delito conlleva el ejercicio de este derecho.

VIII. La imperiosa necesidad de delimitar un ámbito típico desmesuradamente amplio, ha conducido a la doctrina bien a la proposición de una serie de criterios rectores para su necesaria reforma, bien a propugnar la descriminalización de estas conductas, por considerarlas disfuncionales en el actual contexto socio-político en el que deben ser aplicadas.

Quizás en una sociedad autoritaria en la que la autoridad debe ser respetada por el hecho de ostentar un cargo público, sin otro mérito ni reconocimiento que el de pertenecer al aparato estatal, en definitiva, de encontrase del lado de quien ostenta el poder, pueda tener justificación esta norma penal.

Pero en un Estado caracterizado por la promoción del pluralismo político, por la salvaguarda y promoción de los derechos y libertades fundamentales que pertenecen a todo ciudadano, y en la que la Administración se concibe como un ente prestador de servicios públicos, cabe entender que la crítica a su gestión pueda ser realizada libremente por los mismos. El hecho

de que cuando se ejercite la misma, se pueda incurrir en algún exceso no es óbice para hacer recaer sobre el autor todo el peso y el estigma que significa la aplicación del Derecho penal (12).

NOTAS A LA INTRODUCCION.

(1) Vid. infra Capítulo primero.

(2) Vid. infra Capítulo segundo, pp. 64 y ss.

(3) Vid. infra Capítulo segundo, pp. 137 y ss.

(4) GALLAS, La teoría, pp. 8 y ss.

(5) QUINTERO OLIVARES, PG, pp. 291 y ss.

(6) RUDOLPHI, "aspectos", p. 344 y BRICOLA, Teoria, pp. 7 y ss. Profundiza este planteamiento en "Legalità e crisi", especialmente en pp. 225 y ss.

(7) Vid. infra Capítulo tercero, VI.E y VII.2.

(8) Vid. infra Capítulo cuarto, VI.

(9) TORIO, "Racionalidad", pp. 506 y ss., en donde el autor indica que "el dolo es elemento subjetivo codeterminante del injusto".

(10) Vid. infra Capítulo cuarto, VII.

(11) Vid. infra Capitulo cuarto, VII.2.

(12) Vid. infra Capítulo octavo.

CAPITULO PRIMERO. EVOLUCION LEGAL DEL DELITO DE DESACATO.

Trazar la linea evolutiva del delito de desacato a lo largo de la historia, es labor más propia de un historiador del derecho, entre otros motivos por la carencia que cualquier otro ajeno a esta materia tiene de los instrumentos básicos para poder afrontar esta tarea con el mínimo de dignidad y solvencia que toda investigación requiere. Sin embargo, y a pesar de ser consciente de las limitaciones que suponen tanto mis conocimientos, como la finalidad que se pretende en este trabajo, creo necesario, al objeto de aproximarme a una mejor ubicación de la figura que va a ser objeto de análisis, intentar esbozar y encontrar un hilo conductor de ésta desde sus antecedentes más remotos hasta el periodo de la codificación.

I. Aproximación histórica al origen del delito de desacato: los delitos de lesa majestad.

En el ámbito jurídico que podríamos denominar de influencia latina -Francia, Italia, España-, es mayoritaria la doctrina que ubica el origen del delito de desacato entre los que el Derecho romano denominaba Delitos de lesa majestad (1).

El "Estado" romano giraba alrededor del concepto de "maiestas" (2), integrada a su vez por los de "potestas" y "dignitas" características de la suprema autoridad del Estado, "potestad y dignidad entendidas como poder del imperio, el uno, y como decoro, el otro, eran en la tradición estatal romana las connotaciones esenciales de la soberanía y todo acto que atentase contra ellos era considerado como crimen de lesa

majestad, tanto si menoscababa o paralizaba la potestad del imperio, cuanto si ofendía al decoro de la autoridad pública." (3).

En su origen, y siguiendo el análisis de KÜBLER, los "crimen lesae maiestatis" se configuran como ofensas a la "maiestas" del pueblo romano y de sus representantes (4). En ellos confluían tres ordenes de delitos: en primer lugar los crímenes de alta traición, entre los que se encontraban comprendidos aquellos tendentes a turbar el orden constitucional del Estado (5) (entre otros, sedición, traición, etc.); en segundo, los delitos de lesa majestad en sentido propio, perteneciendo a éste las injurias dirigidas a los magistrados o a las funciones que estos ejercían. En último lugar, los delitos contra los poderes públicos, donde se encuadran las formas delictivas encaminadas a turbar el pacífico y regular ejercicio de las funciones públicas (6).

Concretamente, situamos el embrión de lo que hoy conocemos por delito de desacato en la segunda modalidad de delitos de lesa majestad: las injurias dirigidas contra los magistrados (7). Ahora bien, hemos de tener en cuenta que el concepto de injuria manejado en Roma, difiere notablemente del actual. En él se comprenden no solo los ataques verbales dirigidos a menoscabar el honor o la dignidad del sujeto, sino también los reales, esto es, la violencia física (8).

Por lo que será considerada injuria a magistrado, toda ofensa dirigida contra el mismo, que se concretará, bien en ofensas verbales, bien en violencias físicas que puedan causarle lesión o incluso la muerte.

La configuración que de los crímenes de lesa majestad se efectúa en el Principado, lleva a concebirlos como delitos contra el Emperador y no tanto como delitos contra el Estado (9). La base de esta transformación responde a una doble motivación: de un lado, la atribución de carácter divino al Emperador; y de otro, a la progresiva identificación de éste con el Estado (10). Por lo que no creo sea aventurado afirmar que las conductas dirigidas contra los magistrados, suponían un ataque directo contra el Emperador, pues estos lo representan, lo que a su vez conlleva un ataque dirigido contra el propio Estado, ya que éste se identifica con el Emperador.

A través de la Recepción, esta regulación se recoge en Las Partidas aunque de forma fragmentada, pues no todos los supuestos de injurias dirigidas contra magistrado van a considerarse delitos de lesa majestad. Tampoco aquí hemos de olvidar que el término injuria, causar deshonra, continúa entendiendose de forma amplia, esto es, al igual que en el Derecho romano comprende tanto la lesión moral como la física dirigida al sujeto (11).

Es en la Partida VII, Tít.II "De las traiciones" en su Libro I "Que cosa es Traycion, e onde tomo este nome, e quantas maneras son della" donde se recoge el supuesto más grave de ataque a magistrado y otros "funcionarios" reales, consistente en la causación de su muerte (12). Como claramente indica el inicio de la citada Ley "Laesae Majestatis crimen, tanto quiere dezir en romance, como yerro de traycion que faze ome contra la persona del Rey.", por lo tanto la muerte del "Judgador", así como la de los otros oficiales reales consignados será considerada como un ataque

directo y frontal a la persona del soberano.

En un segundo escalón, esto es, excluídas como conductas constitutivas de delito de lesa majestad, pero en cierto modo asimiladas a ellas, tenemos en la Partida II, Tít. XVI "Como el pueblo deue guardar al Rey en sus Officiales, e en su Corte, e en los que vienen a ella" (13), un segundo grupo de conductas consistentes en deshonrar a los oficiales reales, que será tanto como ofender a la figura real (14), esta deshonra puede cometerse tanto de hecho como de palabra y se deberán tener en cuenta las siguientes circunstancias: quién es la persona que realiza la ofensa, qué oficial la recibe, cuál fue la clase de ofensa y de qué manera se efectuó, en qué lugar se produjo y por último el tiempo en que se llevó a cabo.

Es evidente que aunque no se encuentren recogidas estas conductas como delitos de lesa majestad, al menos guardan una gran similitud con aquellos. Se protege a estos sujetos contra actos que afecten a su honra, porque la ofensa a ellos dirigida les trasciende para afectar directamenta a la persona real, que es la que fundamenta toda la estructura de poder existente. En definitiva, se sigue identificando, al igual que en Roma, a la persona real con el Estado.

Un tercer peldaño de la protección dispensada en Las Partidas a las personas allegadas a la "administración", lo encontramos de manera dispersa en la Partida Tercera. En ella se ubican unos supuestos de agravación con respecto al delito común de injurias, para los casos en los que estas se dirijan contra escribanos públicos de villa o ciudad (15), o las efectuadas contra sellador de ciudad o villa (16).

La regulación establecida por Las Partidas se escalona, por tanto, en tres peldaños, diferenciados en función del grado de lesividad de la conducta injuriosa. De un lado, encontramos los supuestos de ataque más grave contra los "Officiales del rey", -causación de la muerte-, que integrarán los delitos de lesa majestad; de otro, las deshonras, de palabra o de hecho, dirigidas también contra estos, y que se asimilan a los anteriores por afectar a la persona real, y por ello serán merecedores de pena muy grave; y por último, supuestos en los que la pena común de injuria se agrava por dirigirse la conducta contra determinados oficios reales.

Encontramos una regulación hasta cierto punto paralela en la Legislación real recogida en la Novísima Recopilación, en el Libro XII, Título X "De los que resisten à las justicias y sus Ministros", Ley IV "Pena de los que acometieren para herir, matar ó deshonrar á los Officiales contenidos en las anteriores leyes" (17). En ella se penan los actos tendentes a herir, matar -en definitiva acometimientos que no lleguen a causar la muerte-, o deshonrar, con o sin armas, dirigidos contra los oficiales reales. Seguidamente, en la Ley IX (18) se establece una causa de desafuero para los militares que incurrieren en resistencia formal a los Justicias o cometieren contra ellos desacato de palabra u obra.

Una norma de parecido carácter, y en la que también se hace alusión al término desacato, es la recogida en el mismo Libro, Título XI "De los tumultos, asonadas y conmociones populares", Ley IV "Conocimiento de las Justicias ordinarias en causas de motín, desórden popular, ó desacato á los Magistrados,

con derogación de todo fuero", en la que Carlos III declara que la realización de estas conductas conllevará la pérdida de fuero, sea de la clase que fuere, y quedarán los infractores sujetos a la justicia ordinaria.

La causación de deshonra se entiende ligada a la resistencia y a la desobediencia, circunstancias que como pone de relieve GARCIA GOYENA, atacan la tranquilidad y el orden públicos (19). También es de resaltar cómo en la ya citada Ley IV se equipara la tentativa de muerte o lesión con la de deshonrar o denostar, equiparación que desde la perspectiva actual no deja de causar asombro por lo poco cotejable de las conductas, al menos en cuanto al grado de lesividad de las mismas. Quizás por ello, la pena a imponer se deja al arbitrio del juez, con el fin de poder aquilatar cada una de las circunstancias en que se cometa el hecho (20).

Para una mejor comprensión de la legislación del Antiguo Régimen, no debemos pasar por alto que el concepto de "administrar" el reino, difiere notablemente del moderno concepto de Administración. El Estado no se estructuraba conforme a las funciones ejercidas por cada Oficial del Rey. En un mismo sujeto podían, y de hecho recaían, actividades de muy diverso signo: administrativas, judiciales, militares, etc. (21).

La formulación de la teoría de la separación de poderes junto con la convulsión que supusieron los acontecimientos que dieron lugar a la Revolución Francesa, trastocan completamente el concepto de Administración pública, dando paso al concepto de moderna Administración. El aparato jerárquico que antes se encontraba en manos del soberano, pasa a los órganos que

representan la voluntad popular (22) y "el funcionario, como partícipe de uno de los tres poderes, es recubierto, en el bien y en el mal -así como lo eran los notables colaboradores del soberano- del prestigio de la autoridad pública" (23). El esquema no varía sustancialmente con respecto al estadio anterior. Si bien ya no puede afirmarse que los funcionarios representan al poder -representación que ahora ostentarán los órganos elegidos por sufragio- si es cierto que ellos siguen siendo quienes ejecutan sus mandatos, en definitiva continúan con sus funciones de órganos aunque desde una diversa perspectiva.

Las características que antes se proyectaban sobre los colaboradores reales, por mimetismo, recaen en la nueva figura del funcionario pese a las distancias políticas existentes en la estructuración de ambos modelos de Estado. "Desde el punto de vista del Derecho penal, el heredero directo del concepto de 'maiestas' referido a la suprema autoridad del Estado 'romano', es el Estado que va a surgir de la Revolución Francesa" (24).

Los cambios en la concepción del Estado permiten que la codificación penal recoja una sistemática más homogénea de las diversas figuras constitutivas de los antiguos delitos de lesa majestad. Los delitos contra el Estado se reagrupan en función del objeto de tutela penal, en primer lugar, las conductas dirigidas a poner en peligro o destruir la soberanía del Estado; y en segundo, las que se proponen unicamente obstaculizar la vida y el desarrollo de cada una de sus funciones, como la administración pública o la administración de justicia (25).

II. Evolución de la figura del desacato en la codificación española.

A grandes rasgos, pueden sintetizarse en dos las características de la evolución del delito de desacato a lo largo de la codificación española. Una que podríamos denominar de carácter técnico jurídico, en la que la estructura del tipo delictivo se va perfilando a partir de la herencia recibida de la legislación del Antiguo Régimen, y en la que paulatinamente la conducta se va deslindando de los conceptos de resistencia y desobediencia, hasta alcanzar autonomía propia.

De otra parte, un elemento de carácter más bien político. Siendo, como es éste, un delito cuya connotación política es evidente, es de reseñar cómo una vez perfilada sus características técnico jurídicas (Cp 1.870), se mantiene inalterada su estructura a pesar de la multiplicidad de regímenes políticos, de diverso signo, que caracterizan la historia política de nuestro país desde el siglo XIX hasta la actualidad.

1. El Código penal de 1.822.

La lucha que se produce en España a comienzos del siglo XIX, entre las ideas provenientes del Antiguo Régimen y las nuevas corrientes filosóficas inspiradas en la Ilustración, se traslada como es lógico,

al Código penal que verá la luz en 1.822, en pleno "trienio liberal". En él se plasma de una parte la herencia recibida de las Partidas, Nueva Recopilación y Fueros; y de otra las ideas reformistas aportadas por el pensamiento ilustrado (26).

A pesar de que "se puede pensar que la aplicación del Código debió ser a lo más, breve, imperfecta y desigual" (27), el análisis del mismo constituye el punto de partida para el estudio de la regulación del delito de desacato, si bien la redacción del hecho típico efectuada por el legislador de 1.822 es más bien confusa y desdibujada, como a continuación comprobaremos.

La regulación que encontramos en el Título III "De los delitos contra la seguridad interior del Estado y contra la tranquilidad y orden público", Capítulo VI "De los atentados contra las autoridades establecidas, o contra los funcionarios públicos cuando procedan como tales; y de los que les usurpan o impiden el libre ejercicio de sus funciones, o les compelen en ellas con fuerza y amenazas", presenta un esbozo de lo que hoy día entendemos por delito de desacato, ya que la regulación legal adolece de una neta diferenciación entre las conductas constitutivas de atentado y desacato.

Son los artículos 328, 329 y 330 los que recogen las conductas de atentado-desacato ya que el Código no delimita claramente ambas figuras jurídicas, sino que mantiene la misma regulación para ambas, motivo por el cual parte de la doctrina (28) mantiene que el delito que tratamos no nace hasta la Reforma de 1.850. Esto es cierto en cuanto que el desacato, como figura

autónoma, no se deslinda de otras conductas contra la autoridad y en consecuencia no se perfila con nitidez, hasta dicho año, lo cual no empece a que ya en el Código que tratamos no exista un esbozo, aunque confuso, del mencionado delito.

En el art. 328 (29) se entremezclan dos tipos de conductas: la primera, se refiere a aquellos que amenacen con fuerza o con violencia o bien usen o tomen las armas de cualquier clase contra alguno de los funcionarios mencionados en el artículo 326, pfo.1º (30); la segunda, consistente en injuriar a los mencionados funcionarios.

Para ser penadas dichas conductas deberán ejecutarse cuando los sujetos se hallen ejerciendo sus funciones o por razón de su ministerio.

Los sujetos afectados por estas acciones han de ser o los funcionarios públicos que ennumera el art. 326, o cualquier otro funcionario público. Ambos supuestos difieren en cuanto a la penalidad, el primer caso se castigará con una pena de satisfacción pública más reclusión o prisión de un mes a un año, y el segundo con satisfacción pública más arresto de ocho días a dos meses. Esta diversidad en la sanción, queda justificada por el hecho de que, a pesar de la común denominación de funcionarios públicos, unos, los ennumerados en el art. 326, ostentan la categoría de autoridad, mientras que los restantes son funcionarios públicos, esto es, no ejercen jurisdicción propia.

Así pues, injuriar a un funcionario constituye una infracción contra la "seguridad interior del Estado y contra la tranquilidad y orden público". No

obstante, el mismo art. 328 añade que cualquier otra conducta deshonrosa dirigida contra los funcionarios, que no fuere constitutiva de injuria, deberá someterse al régimen común, esto es, integrará las conductas recogidas en el Capítulo I, Título II de la segunda parte, en el que se regulan los "Delitos contra la honra, fama y tranquilidad de las personas".

Distingue, por tanto, dos tipos de acciones: la conducta constitutiva de injuria contra autoridades y funcionarios públicos, que integrará los delitos contra la seguridad interior del Estado y en consecuencia será un delito público; mientras que las restantes conductas deshonrosas dirigidas contra los mismos se castigarán como delitos privados.

No obstante esta distinción, hay que resaltar el contenido del art. 329, precepto que desaparece posteriormente y que no ha tenido continuidad en ninguno de los, múltiples, códigos sucesivos.

El art. 329 dice textualmente:

> "Las penas prescritas en los tres artículos precedentes se entenderán sin perjuicio de las demás que con arreglo a los dos primeros títulos de la segunda parte correspondan a los delitos respectivos por el daño o injuria hecha a las personas."

Así, aquellos que injurien a un funcionario serán merecedores de una doble sanción, de una parte por el correspondiente delito contra la seguridad

interior del Estado; y de otra, por la ofensa al honor personal del sujeto. Con lo que parecen distinguirse dos vertientes lesivas diversas dentro del mismo hecho ofensivo: el contenido público de la conducta que afecta, según el encabezamiento del Título, a la tranquilidad y orden públicos; y una segunda faceta de la acción, de carácter netamente privado, en la que se manifiesta el ataque al honor del funcionario considerado como persona particular. Distinción que como apuntábamos, no se ha mantenido en ninguno de los Códigos posteriores.

Por último, el art. 330 recoge parte de la conducta que hoy integra el art. 240 del actual Código penal:

> "El que en presencia de alguna de las autoridades públicas, y cuando se hallen ejerciendo sus funciones, o por razón de su ministerio, les faltare al respeto debido con palabras, gestos o acciones insultantes o indecentes, (...), sufrirá un arresto de cuatro días a dos meses"

Se castiga el hecho de insultar a las autoridades públicas con menor pena que la que corresponde a la conducta descrita en el art. 328, de lo que se infiere que el legislador ha considerado que existe una mayor lesividad en el hecho de injuriar que en la acción de faltar al respeto e insultar. Distinción, que como comprobaremos, desaparece posteriormente para unificarse en un sólo artículo, equiparando ambas conductas e imponiendoles idéntica sanción.

De lo expuesto se deduce que el legislador del veintidos no delimita claramente, tal y como hoy día concebimos, el delito de desacato, lo cual no implica falta de regulación, al menos, de parte de la conducta. Concibe un solo tipo delictivo en el que se confunden conductas que hoy integran, diversificadamente, los delitos de atentado, desacato y desórdenes públicos. A esta conducta genérica contra la autoridad se le dota de una doble vertiente lesiva, de un lado el sujeto activo comete un delito contra la seguridad interior del Estado, seguridad que se ve amenazada al alterar o impedir el libre ejercicio de la actividad de los funcionarios, como nos da a entender el enunciado del Capítulo VI; de otro, el acto de injuriar al funcionario se contempla a su vez desde una perspectiva privada, y así al sujeto activo se le impondrá la pena correspondiente al delito contra el honor.

Tras la llegada de los Cien Mil Hijos de San Luis, Fernando VII deroga expresamente, en el Manifiesto de Puerto de Santa María, la obra legislativa del trienio liberal, de esta forma la situación penal española vuelve de un plumazo a su estado anterior, esto es, a la vigencia de las Partidas, Novísima Recopilación y los Fueros.

Como es sabido, en nuestra península, no volverá a promulgarse un nuevo Código penal hasta el año 1.848.

2. El Código penal de 1.848.

Aunque se derogó el Código penal de 1.822, el régimen absolutista sintió la necesidad de realizar un nuevo Código penal que sustituyera la legislación proveniente del Antiguo Régimen. Fruto de esta necesidad fueron los distintos Proyectos (31) que se elaboraron y que no llegaron a cuajar en ley alguna. Fue el 23 de diciembre de 1.845 cuando la Comisión General de Codificación entregó al Gobierno un Anteproyecto definitivo de Código penal, cuya deliberación en Cortes fue aplazada cerca de dos años, tras los cuales fue aprobado por estas practicamente sin discusión (32), entrando en vigor el 19 de marzo de 1.848.

En él desaparece toda referencia a conductas injuriosas o deshonorantes, dirigidas contra funcionarios públicos. Unicamente en el Título III de los "Delitos contra la seguridad interior del Estado y el orden público" en su Capítulo III "De la resistencia, soltura de presos y otros desórdenes públicos", los artículos 194 y 195 regulan la injuria grave dirigida contra alguno de los Cuerpos Colegisladores que se hallen en sesión, y la injuria o amenaza contra Senador o Diputado por las opiniones emitidas en el Congreso o en el Senado.

Autores como CASTRO y ORTIZ DE ZUÑIGA, en su comentario al art. 189 que regula el acometimiento y resistencia con violencia a la autoridad, ponen de manifiesto esta carencia: "En una proporción descendente de delitos ofensivos a la autoridad, parecía que después de la violencia y de la resistencia, debería

hacerse mención de las amenazas, de los insultos, del desacato, en fin; pero ni en este, ni en ningún otro artículo de este Libro 2º se encuentra la calificación de unos delitos que pueden ser muy graves según las diversas circunstancias que acompañen el exceso. En ninguno se halla tampoco la terminante sanción penal de un hecho que por más que se haya omitido en el catálogo de los punibles, la opinión pública, y no así como quiera, sino la opinión razonada y competente, se alarmará contra este silencio de la ley." (33).

Ante esta ausencia, para reprimir la conducta del que injuria o insulta a la autoridad o a un funcionario público, habremos de acudir forzosamente al Título XI "De los delitos contra el honor" Capítulo I "Calumnia" y Capítulo II "Injurias" con la posibilidad en su caso, de aplicar la agravante nº 16 del art. 10 ("Ejecutarlo en desprecio o con ofensa de la autoridad pública"), para los casos en que el sujeto ofendido esté constituido en autoridad.

A esta solución son remisos los autores anteriormente citados, por dos motivos: en primer lugar, la pena a imponer por el agravio ocasionado, no guarda proporción, en su opinión, con el exceso cometido; en segundo, al ser un delito privado, será necesaria la querella por parte del ofendido para que tenga inicio la causa penal. El hecho de que sea la autoridad misma la que deba interponer querella para salvaguardar su honor es algo que a juicio de los autores "repugna en todo caso a la razón, porque deprime y degrada a la autoridad, que tanto respeto y prestigio necesita para el ejercicio de su ministerio." (34). De lo que podemos deducir, entienden que existe algo de indisponible en dicha conducta ofensiva, que va más allá de lo que

puede dar la protección de los delitos contra el honor. La autoridad no sólo no debe, por su dignidad, rebajarse a la interposición de una querella para salvaguardar su honor, sino que tampoco debe dejarse en sus manos dicha facultad.

A pesar de ello, otros comentaristas de la época como VIZMANOS y ALVAREZ, no añoran la tipificación del delito de desacato, aunque no por ello dejan de propiciar la necesaria existencia del respeto a la autoridad pública (35).

Como hemos mencionado anteriormente, el Código de 1.848 únicamente regula la injuria o amenaza dirigida contra Senadores y Diputados, por las opiniones mantenidas en el Congreso o en el Senado (art. 195). Dichas conductas, al regularse en Capítulo distinto al de los delitos contra el honor, no sólo adquieren naturaleza de delito público, sino que asimismo el legislador pone de manifiesto que el interés protegido es diverso del tutelado en ellos. Características que no se asumen respecto a las restantes autoridades ni funcionarios.

Parte de la doctrina entiende que se revela más notable la ausencia del delito de desacato (36), si tenemos en cuenta la regulación que se efectúa en el citado art. 195. Pronto verá satisfechas sus espectativas, apenas dos años más tarde, con la reforma de que será objeto el Código en el año 1.850.

3. La Reforma de 1.850.

La reforma de que fue objeto el Código penal en 1.850 obedeció a móviles netamente políticos; se "pretendió evitar con ella que repercutiesen en España las agitaciones revolucionarias que conmovían por entonces Europa." (37), por ello suscitó numerosas críticas ya que se protegió a la autoridad de forma tan enérgica, en una época de marcado carácter liberal, como en los momentos de claro reaccionarismo político (38). Sin embargo en opinión de NUÑEZ BARBERO, no supuso un giro radical en la política de los gobiernos sino, únicamente, una "variedad de matiz, que yo llamaría 'autoritario', dentro de una misma política" (39).

Quizás la imperiosa necesidad sentida por el Gobierno de apuntalar el edificio estatal ante la turbulencia de los movimientos sociales, fue la causa desencadenante de la configuración del delito de desacato como figura autónoma (40). PACHECO, hace referencia a un incidente ocurrido entre Narváez y el Sr. Dn. Jorge Martínez, comerciante, que molesto porque el primero no le había atendido con la debida diligencia, le insultó, promoviéndose un altercado cuyo desenlace desconocemos, pero al que el citado autor atribuye la inclusión del delito de desacato en el Código penal (41). Si este hecho fue lo que motivó la penalización de esta conducta es algo que no podemos afirmar, pero si parece plausible, al menos, como indica GROIZARD (42) que tal acontecimiento precipitara la reforma del Código penal y que en ella se incriminase el desacato dirigido contra la Autoridad.

Había que reforzar el concepto de autoridad, a fin de afianzarla, frente a cualquier ataque que ésta pudiera recibir, temerosos ante un posible desmoronamiento del Estado. No sólo es preciso protegerla ante los ataques físicos de que pueda ser objeto, ni ante la desobediencia o resistencia a sus órdenes, sino también ante las agresiones dirigidas a mermar su prestigio o su dignidad en cuanto tal autoridad representante del gobierno (43).

El desacato viene regulado el el Tit.III "Delitos contra la seguridad interior del Estado y el orden público", en su Cap.III "De los atentados y desacatos contra la autoridad, y de otros desórdenes públicos" en los arts. 192, 193 y 194.

El art.192 nos ofrece el concepto de desacato y el catálogo de los sujetos afectados por la conducta:

"Cometen desacato contra las Autoridades:

1º Los que perturbaren gravemente el órden de las sesiones en los Cuerpos colegisladores, y los que injurian, insultan ó amenazan en los mismos actos á algún Diputado ó Senador.

2º Los que calumnian, injurian, insultan ó amenazan:

Primero. A un Senador ó Diputado por las opiniones manifestadas en el Senado ó en el Congreso.

Segundo. A los Ministros de la Corona ó á otra Autoridad en el ejercicio de sus cargos.

Tercero. A un superior suyo con ocasión de sus funciones.

En todos estos casos la provocación al duelo, aunque sea privada ó embozada, se reputará amenaza grave para todos los efectos de este artículo."

Como se ve el funcionario público no aparece entre los posibles sujetos afectados por la conducta injuriosa. Unicamente pueden ser objeto de desacato las autoridades anteriormente enunciadas, de lo cual cabe deducir que las calumnias, injurias, insultos y amenazas dirigidas contra un funcionario público se sumarán al régimen común de los delitos contra el honor.

Nos hallamos ante una doble regulación: las conductas dirigidas contra la autoridad serán constitutivas de un delito público, y ésto porque "la causa de elevarse a la categoría de público el delito de que se trata es el daño que la sociedad sufre con su perpetración, es el mal que resulta al Estado de que la autoridad pública sea ultrajada y vilipendiada y cohibida en el libre ejercicio de sus atribuciones. La pena que se imponga por estos delitos no tiene más objeto que castigar y reparar la ofensa causada a la sociedad y el peligro en que se la ha puesto: por el contrario la pena de la calumnia o injuria causadas a particulares prescinde completamente de la sociedad y atiende tan solo a satisfacer la ofensa privada." (44). Estas mismas conductas dirigidas contra un funcionario público, constituirán un delito privado.

De esta doble protección jurídica se deduce también un doble bien jurídico, de una parte el ataque a las autoridades se considera constitutivo de una

lesión del orden público (45) según se deduce de la enunciación del Capítulo, donde se equiparan los desacatos y atentados contra la autoridad a "otros desórdenes públicos", lo que parece poner en evidencia que dichas conductas también pueden originar un desórden público; luego parece que el bien jurídico que se pretende tutelar es el orden público. De otra parte, al estar excluídos los funcionarios del elenco de sujetos afectados por la conducta injuriosa y seguir el régimen general de delitos contra el honor, pensamos que el legislador entiende que el ataque contra ellos unicamente ocasiona una lesión en su honor personal, y que dicha acción no posee un trascendencia pública, sino que exclusivamente tiene repercusión en el ámbito de lo privado, o bien, que dicha trascendencia pública no tiene entidad suficiente.

Esta regulación no satisface a la doctrina, como ponen de relieve los comentarios efectuados por CARDENAS.

Para dicho autor, el que injuria o calumnia a una autoridad comete dos clases de delitos que atentan a dos situaciones distintas: "... uno a la sociedad y otro a la persona directamente ofendida,..." (46). Por tanto el sujeto activo comete dos delitos diferentes y deberá afrontar dos responsabilidades también diversas, una por el delito público y otra por el privado. La excepción a esta regla vendría dada cuando la ofensa dirigida contra la autoridad sea estrictamente personal, sin relación alguna con el cargo público ejercido, en cuyo caso unicamente existirá el correspondiente delito contra el honor, injuria o calumnia, y en consecuencia no se ve afectada la esfera pública (47).

Otro problema que se plantea CARDENAS, es la defectuosa regulación del art. 391.1º del Código penal:

> "Nadie será penado por calumnia ó injuria sino á querella de la parte ofendida, salvo cuando la ofensa se dirija contra la Autoridad pública, corporaciones ó clases determinadas del Estado."

Según esta disposición las acciones lesivas contra el honor personal de las autoridades que se encuentran en el ejercicio permanente de sus funciones, adquieren la cualidad exclusiva de delitos públicos y por ello no será factible la vía de la querella, unicamente aplicable a las ofensas privadas. Regulación que el autor califica de absurda (48) ya que no se le alcanza el interés que puede tener el Estado en el castigo de unas conductas que a su juicio afectan a bienes de carácter eminentemente personal. Lo que denota el desmedido afán proteccionista del legislador, de cara a la autoridad.

La solución propuesta por este autor, responde a la ya mantenida en el art. 329 del Código penal de 1.822, en donde se regulaba la doble sanción (por comisión de un delito público y otro privado -contra el honor-) para el infractor contra las autoridades.

Además recrimina la oscuridad del criterio utilizado para distinguir que autoridades ejercen permanentemente sus funciones y cuales no (49). Ciertamente la redacción del art. 194 es bastante confusa y más bien tautológica, ya que según el texto legal ejercen funciones permanentes las "autoridades de funciones

permanentes o llamadas a ejercerlas en todo caso y circunstancias". Lo cual no aclara nada.

Participa de la misma opinión VICENTE y CARAVANTES, para quien se ha "dado á estos casos sobrada latitud, y contraria á la general inteligencia que se tiene sobre los actos que constituyen el ejercicio de las funciones públicas" (50).

La crítica a la regulación establecida por la Reforma de 1.850 no proviene exclusivamente del pensamiento doctrinal. También los prácticos del Derecho, como lo demuestra el Informe emitido por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, encuentran fallas en las disposiciones referentes al delito de desacato.

Muestra el Ilustre Colegio su disconformidad ante la unidad de pena establecida para todas las ofensas dirigidas contra la autoridad sin tener en cuenta el rango jerárquico de la misma, "fundándose en que la autoridad es la misma, cualquiera que sea el grado en que se ejerza, (...), y en que la eficaz protección que nace de la severidad del castigo no se dispensa á la dignidad, sino al principio de autoridad.". Sin embargo, es consciente de que la dureza de la pena no va a proporcionar un mayor aumento del respeto por parte de los ciudadanos hacia la autoridad. La penalidad deberá establecerse en función de la dignidad y categoría de la persona ofendida, con lo que nos encontramos ante un tratamiento jerárquico del delito, cuanto más cerca se halle la autoridad del centro del que emana el poder, más dignidad, de mayor prestigio se verá revestida, en definitiva mayor será su autoridad. Aunque a su juicio "se ha exagerado el principio de respeto debido á la Autoridad á expensas de otros principios no menos respetables" (51).

Será el Código penal de 1.870 donde el legislador nos ofrezca una regulación del delito de desacato que se mantendrá practicamente inalterada hasta la actualidad.

4. El Código penal de 1.870.

La nueva realidad jurídico-política que se instaura en España con la promulgación de la Constitución de 1.869, produce una disfuncionalidad entre los principios que emanan de ésta y el resto del ordenamiento jurídico entonces vigente. Se intentará una adaptación de las normas legales a la nueva forma constitucional implantada en el país, adaptación de la que no será excluído el Código penal (52), cuya reforma dará lugar al Código penal de 1.870.

Los objetivos del legislador al encarar la redacción del nuevo Código, quedan enmarcados dentro de dos grandes líneas: en primer lugar, una modificación de orden político motivada por el cambio constitucional sufrido en el país, al que antes aludíamos, que se plasmará en una mayor protección tanto en el ámbito de los poderes políticos como de los derechos individuales, reconocidos y protegidos por la nueva Ley Fundamental; y en segundo, una reforma de carácter técnico, motivada fundamentalmente por el avance de la ciencia jurídica, y encaminada a la corrección de preceptos técnicamente defectuosos (53).

Se considera a GROIZARD (54) el autor que

influyó decisivamente en la redacción de este Código, que como es sabido se aprobó con carácter de provisionalidad aquel verano de 1.870, y se mantuvo vigente casi cincuenta años.

En lo que al desacato se refiere, contiene importantes novedades que darán impronta definitiva a este delito, que se mantendrá practicamente inalterado hasta nuestros días.

Es en el Libro II del Código penal, Tít.III "Delitos contra el orden público", Cap.V "De los desacatos, insultos, injurias y amenzas a la Autoridad, y de los insultos, injurias y amenazas á sus agentes y á los demás funcionarios públicos" en los arts. 266 a 270, donde se regula el delito de desacato.

En una primera aproximación cabe resaltar la diferente denominación con respecto a la anterior redacción del Código de 1.850, denominación que alude a los sujetos susceptibles de desacato. Mientras que en aquél únicamente se hacía referencia a los "atentados y desacatos contra la autoridad", el Código de 1.870 efectúa una importante modificación al ampliar el número de sujetos afectados por la conducta lesiva, incluyéndose en el capítulo a los funcionarios públicos y a los agentes de la autoridad. Parece que el legislador pretende distinguir tres tipos de conductas diversas: en primer lugar los desacatos propiamente dichos; en segundo, los insultos, injurias y amenazas a la Autoridad; y por último, los insultos injurias y amenazas a los agentes de la autoridad y demás funcionarios públicos.

Estas últimas abandonan el régimen general de

delitos contra el honor para regularse dentro del nuevo capítulo (art.270) junto con las conductas lesivas para la Autoridad, lo que indica un cambio de criterio en el legislador que considera que existe un interés digno de protección específico en relación a los ataques verbales a todo funcionario público, más allá de su particular honor personal. Postura diversa a la del Código anterior.

Este cambio quizás también este motivado por el hecho de que si la regulación de dichas conductas se establece en el capítulo referente a los delitos contra el honor, queda al arbitrio del funcionario la interposición de querella contra sus ofensores, mientras que al regularse estas conductas en el título referente a los delitos contra el orden público el procedimiento se iniciará de oficio, lo que se considera necesario porque "La soberanía del Estado, desconocida, ultrajada, afrontada en uno de sus atributos, cuyo prestigio necesita conservar y enaltecer para llenar los altos fines de su misión, no puede dejar a la voluntad individual, en caso alguno, la defensa o el abandono de los intereses públicos." (55).

Los comentaristas, en general (56), circunscriben la denominación de "desacato" única y exclusivamente a la conducta descrita en el art. 266.1º del Código penal (57), entendiendo que el resto de conductas descritas constituyen únicamente insultos, injurias, y amenazas a los agentes de la autoridad y demás funcionarios públicos, pero no propiamente desacatos. "tan sólo la Autoridad ha de ser (sic) desacatada; no serán desacatados los funcionarios; éstos podrán ser injuriados o calumniados." (58). La doctrina fundamenta la importancia de la distinción en base al art. 349

nº 6 de la Ley provisional sobre Organización del Poder Judicial de 1.870, en la que se establece que será competencia de la jurisdicción ordinaria, en detrimento de la de Guerra y de la Marina, el conocimiento de los delitos de desacato cometidos por sus aforados (59).

Dicha distinción, a mi modo de ver, unicamente ofrece relevancia desde el punto de vista procesal, como hemos visto expone la doctrina, ya que a todos los demás efectos, la doctrina de la época no efectúa una diferencia explícita en cuanto a los supuestos que denominan desacato, regulados en el art. 266, y el resto de conductas reguladas en los arts. 269 y 270 (60).

El delito de desacato se encuentra dentro del Título de los "Delitos contra el orden público", ubicación criticada por GROIZARD, ya que según él, bajo un mismo Título deben regularse sólo aquellas conductas que lesionen un mismo derecho, situación que no se produce en este caso, ya que aquí se regulan diveras especies que responden a distintos criterios de imputación según la modalidad de conducta, puesto que "la violencia pública es el criterio generador de aquellas incriminaciones" (hace referencia al delito de atentado) y "la falta de respeto a los representantes de los poderes" (61) la que funda la imputación del desacato. Sin embargo, incurre en cierta contradicción, ya que posteriormente al comentar el Capítulo V reconoce que "Los delitos comprendidos en este Capítulo no tienen la gravedad de los atentados, aunque también afectan al orden público, y pertenecen al mismo orden genérico de acciones punibles." (62). Con lo que implícitamente está admitiendo que el desacato lesiona en cierto modo el orden público.

Así mismo, es de nueva redacción el art.269 en el que se castigan las calumnias, injurias e insultos, ejecutados contra los Ministros y Autoridades, fuera de su presencia o en escrito que no estuviere dirigido a los mismos (63).

Se destaca, a su vez, la inclusión del último párrafo del art.266 (64) -en el que explícitamente se excluye que la simple publicación en la prensa de escritos injuriosos, constituya automáticamente delito de desacato-, a propuesta del diputado ALVARADO (65), ante el temor de que una intrepretación extensiva y abusiva del art.266 conllevara la desaparición, por vía judicial, del derecho de libertad de expresión. Párrafo original, ya que dicha regulación no procede del Código de 1.850, ni tampoco la encontraremos posteriormente, salvo en el breve lapso de vigencia del Código de 1.932.

Es este Código de 1.870 el que define y regula, casi definitivamente, salvo variaciones que a continuación veremos, el delito de desacato. Su regulación llegará hasta nuestros días, sin sufrir apenas alteraciones.

5. El Código penal de 1.928.

El Código penal de 1.928 ve la luz en plena dictadura del General Primo de Rivera. Su aprobación por una Asamblea Nacional, en sustitución del Parlamento disuelto por el general (66), nos da una idea del

clima político en que dicho Código se gestó.

De nuevo la necesidad de conjugar el régimen político implantado en el país con la legislación vigente, conduce a la creación de un nuevo Código penal, que será fiel reflejo del sistema político en que nace. BARBERO destaca su "clara impronta totalitaria o fascista" (67). ANTON, se muestra menos severo en su juicio ya que, aunque lo compara con el Código ruso y el Proyecto italiano, considera que su severidad es mucho menor que la contenida en aquellos (68).

La comisión redactora estuvo formada por abogados en ejercicio, magistrados, junto con los penalistas CUELLO CALON y SALDAÑA (69), discípulos estos últimos de VON LISZT, a quienes se debe la introducción de las medidas de seguridad y conceptos de peligrosidad, en consonancia con las tendencias europeas de la moderna política criminal (70).

Por ello las innovaciones introducidas en el Código giran alrededor de los siguientes parámetros: a) armonización de la legislación penal con la Constitución vigente, constante histórica en la mayoría de las reformas penales; b) introducción de las necesarias reformas técnicas para adecuar su articulado a los progresos producidos en la ciencia penal; y c) incorporación de diversos tipos que se hallaban recogidos en la legislación especial, así como los criterios apuntados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Por todo ello, como dice CUELLO CALON, más que ante una reforma del Código penal de 1.870, nos encontramos frente a un nuevo Código, debido a la profusión e importancia de las reformas que en él se han operado (71).

En cuanto al delito de desacato se producen varias modificaciones respecto al Código anterior. El encuadramiento del delito se mantiene en el Título de los "Delitos contra el orden público", Título III, en el Capítulo V, Sección Segunda, "Desacatos, injurias y amenazas a la autoridades, a sus agentes, a los funcionarios públicos y a las Corporaciones u organismos oficiales", en los arts. 324 a 329.

En opinión de SAN MARTIN (72), pocas novedades depara este nuevo Código en este campo con respecto al anterior de 1.870, siendo a su juicio la más significativa la inclusión del nuevo art.328, en el que se penan las conductas deshonrosas dirigidas contra las Corporaciones u organismos oficiales. Ciertamente las modificaciones no son numerosas en lo que respecta a "cantidad", pero no podemos decir lo mismo en cuanto a la "calidad" o contenido de las mismas. En lo que se refiere a la estructura y a la mayoría del contenido del capítulo, el legislador de 1.928 no efectúa una reforma sustancial con respecto al anterior Código. Sin embargo la inclusión de una parte de los supuestos, -que se excluían del tipo de desacato, como expresamente indicaba el antiguo art.266 últ. pfo.- en el nuevo art. 324 (73), no puede echarse en saco roto y pensar que se trata de un reforma de poca monta, sobre todo si tenemos en cuenta los difíciles momentos políticos que atraviesa el país y que conllevan un estado latente de inestabilidad social y política, que pueden reflejarse en muchas ocasiones en la prensa nacional, "aniquilada" en aquel momento, según JIMENEZ DE ASUA (74) por las reformas legislativas que se habían llevado a cabo, entre las que se puede incluir, sin duda, la derogación de aquel último párrafo del antiguo artículo 266, que aludía al ejercicio de la libertad de

expresión.

De lo que cabe deducir la preocupación del legislador (o quizás más bien del gobierno) por introducir dentro del campo de represión penal, aquellas conductas que en un momento determinado pudieran resultarle molestas. De esta forma, y con una interpretación extensiva del tipo de desacato, se podrían castigar las críticas exacerbadas que contra el gobierno o sus Ministros se dirigieren, integrando automáticamente el delito de desacato del art. 326 (75).

No debemos olvidar, que fue precisamente la alarma que suscitó una posible intrepretación extensiva del tipo en cuestión la que llevó a la introducción del mencionado párrafo en el texto legal de 1.870 (76). Finalidad claramente garantista, en orden a posibilitar el derecho fundamental de todo ciudadano a expresar libremente su opinión siempre y cuando esta sea razonada y se mantenga dentro de los límites que impone el Código penal, esto es, no suponga un ataque vejatorio o de menosprecio hacia el sujeto que se dirige. Límite que desaparece junto al último párrafo del art. 226 (CP 1.870).

Cabe destacar la introducción "ex novo" de la difamación en los delitos contra el honor que, consiguientemente, pasa a formar parte de las conductas que configuran la descripción típica del delito de desacato.

En lo que se refiere a la conducta consistente en injuriar, insultar o amenazar a los funcionarios públicos y agentes de la autoridad recogida en el art.327 (77) que concuerda con el art. 270 del Código

anterior, hemos de señalar la introducción de la calumnia como elemento del tipo, amén de que dichas conductas deberán ejecutarse cuando los sujetos afectados por las mismas se encuentren bien en el ejercicio de sus funciones, bien con ocasión de las mismas. Elementos intoducidos por influencia de la doctina jurisprudencial, que reiteradamente había declarado la necesidad de intrepretar el tipo con el requisito de que la conducta se ejecutase cuando el funcionario se hallare en el ejercicio de sus funciones, pues de lo contrario se produciría una hiperprotección de los funcionarios y agentes de la autoridad respecto a los Ministros y autoridades, que sólo podían ser desacatados en dichas ocasiones, mientras que los funcionarios podían serlo en cualquier ocasión si nos ateníamos a una intrepretación literal del antiguo art. 270 (78).

También es de nuevo cuño el 2º párrafo del art.327 en donde se pena la conducta ofensiva dirigida contra el funcionario público con ocasión del ejercicio de sus funciones pero fuera de su presencia.

Como ya indicaba SAN MARTIN (79), se regula por primera vez dentro del capítulo del desacato la injuria, calumnia, difamación a Corporaciones u organismos oficiales (80), así como la creación del art. 329 en donde se establece una nueva pena, común a todos los delitos descritos en el capítulo (81), pena de carácter pecuniario que habrá de sumarse a las respectivas privativas de libertad.

Podemos concluir que se mantiene básicamente la estructura del Código de 1.870. Las modificaciones que introduce el legislador de 1.928 en la regulación del delito de desacato, y que conviene destacar por su

relevancia, son: a) la incorporación de nuevas formas delictivas. Se crea el delito de desacato a Corporaciones u organismos oficiales art. 328, y se introduce la conducta consistente en injuriar, calumniar y difamar a funcionarios públicos fuera de su presencia. b) La supresión del último párrafo del antiguo art. 266. Pudiéndose castigar ahora como desacato aquellos escritos en la prensa periódica que se consideren, en su caso, ofensivos, aunque no vayan dirigidos directamente contra los Ministros o autoridades.

Esta reforma del Código penal, por su impronta autoritaria, no mereció un juicio favorable de la doctrina. Así, JIMENEZ DE ASUA se expresa con gran causticidad respecto a la misma. "La ley proyectadora no era acreedora de vigencia. Ya que es pródiga en el castigo de muerte, debió empezarse por resucitar la hoguera para sus voluminosas páginas." (82).

6. El Código penal de 1.932.

Al igual que en ocasiones anteriores, el cambio de las circunstancias políticas que se opera en el país, tendrá como consecuencia una nueva Constitución, la de 9 de diciembre de 1.931, lo que pondrá de manifiesto, una vez más, la necesidad de adaptar el ordenamiento jurídico en general, y el jurídico penal en particular, a la nueva norma fundamental en vigor.

El Decreto de 15 de abril deroga el Código de 1.928 y restaura el de 1.870. A pesar de que la

comisión de Derecho penal que colabora en la reforma y adaptación del citado Código de 1.870, siente como necesaria una reforma en profundidad del mismo, y más que una reforma, la creación de un nuevo Código penal, pues aunque se "estimase perfecta y adecuada a esta época una ley que por progresiva que fuere en los días de su nacimiento es hoy francamente insostenible como obra permanente" (83), debido a la premura de tiempo con la que han de ejecutar su obra y en la esperanza de que muy pronto se podrá contar con un Código de nueva planta, se limitan a efectuar una reforma del mismo. Esta se opera sobre unos puntos básicos: su adaptación a la nueva normativa constitucional; la corrección de errores técnicos; incorporación de las leyes complementarias existentes y por último se pone gran énfasis en la realización de modificaciones de carácter humanitario, ya que el anterior Código había sido prolijo en la aplicación de la pena de muerte, así como en el endurecimiento de las penas en la generalidad de los delitos (84).

El Código de 1.932, como ya hemos mencionado, supone una regresión al de 1.870, y en lo que al contenido y estructura del delito de desacato se refiere, mantiene inalterada su redacción con respecto al mismo.

Se regula en el Título III "Delitos contra el orden público", Capítulo V "De los desacatos,insultos, injurias y amenazas a la autoridad, y de los insultos, injurias y amenazas a sus agentes y a los demás funcionarios públicos" en los artículos 261 a 265. La única innovación existente con respecto a la regulación del Código de 1.870, es el cambio de nomenclatura cuando se hace referencia a los Ministros, que pasan a serlo

de la República y no de la Corona. Por lo demás la redacción del articulado se mantiene inalterada.

Se vuelve a restringir el ámbito de protección de la norma penal, excesivamente amplio tal y como era entendido anteriormente. Lo que pone de manifiesto la preocupación del legislador republicano por asegurar el libre ejercicio del derecho de libertad de expresión, sin mayores cortapisas que las que se derivan del propio Código: el debido respeto al honor de los demás.

7. Texto refundido de 1.944 y regulación actual.

A. Texto refundido de 1.944.

La contienda bélica iniciada el 18 de julio de 1.936, convulsionó profundamente a la sociedad civil española y junto con ella el ordenamiento jurídico que regía su convivencia.

El Texto refundido de 1.944, será producto, como en ocasiones anteriores, de la ideología del régimen político que lo sustenta. Su estructura no variará sustancialmente con respecto a la del Código de 1.870, en que está basado; será la labor hermeneútica de los tribunales de justicia y de la doctrina científica la que irá construyendo un cuerpo jurídico doctrinal adecuado a la ideología política imperante. Tanto el texto legal como las interpretaciones jurisprudenciales

se tiñen de un marcado carácter autoritario (85).

Las modificaciones legales afectarán en mayor medida a aquellos delitos considerados políticos (86), entre los que sin duda puede incluirse el desacato.

Pero éste, ya antes de la Reforma de 1.944, había sufrido modificaciones por Ley de 19 de febrero de 1.942 de Seguridad del Estado (BOE, 7 de marzo de 1.942), en virtud de la cual se modificaban, entre otros, los arts. 261, 262 y 264 del Código penal.

Así justificaba el legislador esta urgente reforma: "La sistemática lenidad con que los regímenes democráticos abandonaban al menosprecio público las más esenciales prerrogativas de la autoridad, tuvo su reflejo en las leyes penales y su repercusión en un ambiente de rebeldía habitual, (...). Delitos tan reprobados como (...) los desacatos, injurias, amenazas e insultos, en que padecía mucho más que la dignidad del ofendido la propia dignidad de los Poderes públicos, se solventaban facilmente con una liviana pena de arresto, objeto frecuente de numerosos indultos, acaso de escandalosas amnistías." (87).

De ahí, que la reforma introducida por la Ley de Seguridad del Estado, vaya encaminada, fundamentalmente, a un considerable aumento de las penas previstas en los citados artículos (88). Además reestructura el articulado, pero sin añadir ninguna novedad digna de reseña.

Una vez finalizada la guerra, y lograda una cierta estabilidad social, se promulgó el Texto refundido de 1.944, en el que el desacato pasa a encuadrar

se en el Título II "Delitos contra la seguridad del Estado", Cap. VIII "De los desacatos, insultos, injurias y amenazas a la Autoridad, y de los insultos, injurias y amenzas a sus agentes y a los demás funcionarios públicos", en los arts. 240 a 245.

La primera novedad a reseñar es el cambio de denominación del Título, que abandona el de "Delitos contra el orden público" para tomar el de "Delitos contra la seguridad interior del Estado", denominación que coincide con la de la reforma autoritaria de 1.850, en donde se aunaban ambos conceptos que posteriormente fueron desglosados en el Código de 1.870.

Referente a la tipificación del delito de desacato, apenas sufre variación en cuanto a su contenido con respecto al Código de 1.870. Si bien es notable el aumento de las penas con que se castigan estas conductas, la estructura del mismo se mantiene. Quizás el cambio más perceptible sea la introducción del nuevo art. 242, inexistente hasta esta fecha, en donde se regula la imposición de la misma pena que corresponde al desacato a los que profieran calumnias "contra el Movimiento Nacional encarnado en la Falange Española Tradicionalista y de las J.O.N.S., y a los insultos y especies lanzadas contra sus héroes, sus caídos, sus banderas y emblemas."

Artículo de marcada connotación política y que encaja perfectamente con los momentos de exaltación que se viven en el país por parte de la facción ganadora en la contienda civil.

B. Regulación actual.

Pocas modificaciones se han introducido posteriormente en la regulación de este delito. Continúa ubicado en el Tít.II "Delitos contra la seguridad del Estado", Cap.VIII "De los desacatos, insultos, injurias y amenzas a la Autoridad y de los insultos, injurias y amenazas a sus agentes y a los demás funcionarios públicos" en los arts. 240 a 245.

La única innovación digna de mención en estos últimos años, ha sido la supresión en el año 1.967, del contenido del art.242 y su sustitución por uno nuevo en el que se incriminan las injurias y amenazas al Ejército o a sus Instituciones, Armas, Clases o Cuerpos determinados (89).

8. Los Proyectos Legislativos de 1.980 y 1.983.

El proceso democrático iniciado tras la muerte de Franco, plasmará en la Constitución de 1.978 el marco jurídico de una nueva época y pondrá de manifiesto, como en ocasiones anteriores, la necesidad de reformar la legislación penal para adaptarla a la nueva situación política y social.

Sin embargo, esta necesidad de adaptación no se ha concretado aun en un nuevo Código penal. El legislador se ha limitado por el momento a numerosas reformas particulares, destacando como de mayor alcance

la Reforma urgente y parcial del Código penal (LO 8/1.983 de 25 de junio).

Los deseos de una reforma legal en profundidad, han quedado recogidos en sendos Proyectos de Nuevo Código penal, el de 1.980 y en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código penal de 1.983. Proyectos que a continuación vamos a analizar para observar qué novedades deparan en lo que a la estructuración del delito de desacato se refiere.

En el Proyecto de 1.980, el delito de desacato se ubica en el Título XII "Delitos contra los poderes y orden públicos", en el Capítulo V "De los desacatos a la autoridad y de las injurias y amenazas a sus agentes y a los demás funcionarios públicos", en los arts. 545 a 548.

Al igual que en los Códigos anteriores, el Proyecto parece mantener la distinción entre el desacato, regulado en el art.545 (90) y el resto de conductas consistentes en injuriar y amenazar a los demás funcionarios públicos y agentes de la autoridad (91). Aunque el título del Capítulo no lo haga constar, la conducta consistente en una calumnia se sigue manteniendo como forma de conducta constitutiva de desacato. La unica diferencia es la supresión de la mención al insulto.

Aumenta el número de sujetos afectados por la conducta, incluyéndose a los miembros del Consejo de Gobierno de las Comunidades Autónomas, y se hace mención explícita de las autoridades militares (art.545).

Quizás la modificación más reseñable sea el

modo en que se establece la penalidad del delito. Todos los supuestos de desacato reciben una pena superior en grado a la señalada al correspondiente delito de injurias, excepción hecha de las injurias y amenazas dirigidas contra agentes de la autoridad y demás funcionarios públicos (art. 548) en el que la pena será la correspondiente a la infracción común tomada en su mitad superior. De este modo se trata de evitar las deficiencias de la actual regulación, en donde determinados supuestos de desacato reciben menor sanción penal que las correspondientes infracciones comunes contra el honor.

Supone también una innovación respecto a la actual regulación, la inclusión de la calumnia como conducta constitutiva de desacato cuando se dirige contra funcionarios públicos o agentes de la autoridad, así como la exigencia de que estos se encuentren en el ejercicio de sus funciones cuando son ofendidos, o bien la ofensa venga motivada por el mencionado ejercicio de las funciones públicas.

En cuanto a la **Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código penal de 1.983**, cabe destacar como novedad reseñable con respecto al Proyecto anterior, la exigencia de que la conducta ofensiva sea cometida con publicidad (arts. 471,1º, 472,1º y 473).

Es de destacar la agravación prevista en el número 4 del art. 471 (92) -imposición de la pena en su mitad superior- cuando la conducta se dirigiere contra el Presidente del Gobierno, o el Senado, del Congreso, del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y del Consejo Supremo de Justicia Militar. Agravación inexistente en la regulación actual, en la

que la acción ofensiva dirigida contra estos sujetos recibe idéntica sanción penal que la que se ejecuta contra cualquier otra autoridad.

Por último en el art. 473 (concordante con el art. 548 del Proyecto de 1.980), desaparece la mención a los miembros de las Fuerzas Armadas como sujetos afectados por la conducta ofensiva.

III. Conclusiones.

A lo largo de la exposición que se ha llevado a cabo, parece evidente que se puede establecer el origen del delito de desacato entre los que el Derecho romano denominaba Delitos de lesa majestad, y más concretamente en la llamada "iniuria atrox", injuria dirigida contra los magistrados del pueblo romano. La causación de esta injuria, en función de su grado de lesividad, podía llevar aparejada la pena de muerte.

No hemos de olvidar que en el Derecho romano el concepto de injuria no es equivalente al actual, puesto que en él se incluían tanto las ofensas verbales como las reales, esto es, la causación de lesiones al sujeto.

A través de la Recepción del Derecho común, esta institución encuentra acomodo tanto en Las Partidas como en la Novísima Recopilación. La protección que en ellas se dispensa a las personas bien, cercanas a la persona del Rey -los Oficiales reales-, bien

adscritas de algún modo a los diversos y múltiples oficios reales, se escalona en tres estratos en función del grado de lesividad de la conducta. En un primer peldaño, encontramos los supuestos de ataque más grave, que serán incluídos en los delitos de lesa majestad, consistentes en causar la muerte a los oficiales del Rey. En segundo lugar, los supuestos asimilados a los anteriores y que en consecuencia se asemejan pero no son delitos de lesa majestad, consistentes en causar deshonra a los mencionados oficiales. Y por último, los casos en que la pena del delito de injuria se ve agravada por dirigirse contra sujetos que ostentan determinados oficios reales (sellador, escribano público).

Esta regulación, al igual que en su inmediata antecesora romana, no distigue entre el acometimiento, la resistencia y el ultraje, puesto que aquí también la injuria tendrá ese doble carácter de real y verbal. Este mismo fenómeno se aprecia en el primer momento de la codificación, esto es en el Código penal de 1.822.

El periodo de la codificación se va a caracterizar, como gráficamente expresa SALDAÑA refiriéndose al Código penal de 1.870, por el hecho de que los diversos Códigos penales y Proyectos, giran como satélites alrededor de cada Constitución (93). A cada reforma política se sucede un nuevo Código, necesario para adaptar el ordenamiento jurídico penal a la nueva coyuntura.

Esto hace patente, como bien expresa TOMAS Y VALIENTE "esa normal característica de todo Derecho penal consistente en ser reflejo de la estructura sociopolítica de una época y pieza activa para la

conservación de la misma" (94). Creo que estas palabras del ilustre profesor de Historia del Derecho, resumen de modo elocuente la evolución del ordenamiento jurídico penal en el periodo de la codificación española, y en las postreriores reformas.

Sin embargo, la regulación legal del delito de desacato, desde su inclusión en el Código penal en la Reforma de 1.850, y su posterior redacción en el Código de 1.870, apenas ha sufrido variaciones de relevancia, pese a la diversidad de los regímenes políticos que han regido los destinos del país desde hace más de un siglo.

Las únicas reformas efectuadas en él se han producido, bien en orden al aumento de la penalidad, en épocas de mayor autoritarismo político y en consecuencia mayor proteccionismo de los órganos del Estado; bien en el sentido de ampliar o restringir su campo de aplicación, desde la perspectiva de incluir o no como delito de desacato las declaraciones efectuadas en publicaciones periódicas. Reflejo, generalmente, de momentos sociales conflictivos.

La necesaria protección que cabe dispensar a los órganos que representan a la estructura estatal, se ha extendido, al menos en el ámbito de países que se mueven en la órbita de influencia del Derecho romano, no sólo a aquellas conductas tendentes a lesionar su integridad física, o a protegerlos de determinados ataques que puedan ocasionar un perjuicio al propio funcionamiento del Estado, sino también a protegerlos de aquellas conductas que supongan un ataque al prestigio que como representantes del propio Estado deben poseer, por el hecho de serlo. Diferenciándose estas

conductas de los delitos contra el honor, como vamos a tener ocasión de comprobar en el siguiente capítulo de este trabajo.

Esta especial protección abarca hoy, no sólo a los órganos más cercanos al poder -la autoridad-, sino que alcanza a todos los sujetos que configuran la moderna Administración, los funcionarios públicos. Motivo por el cual el número de sujetos que potencialmente pueden verse afectados por las conductas injuriosas o calumniosas, se ha visto aumentado notablemente, dado el incremento de los servicios y funciones que caracterizan lo que se ha dado en llamar el "Estado asistencial". Planteamiento que desborda notablemente la situación existente cuando se originó esta figura delictiva.

NOTAS AL CAPITULO PRIMERO.

(1) 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 TOMAS 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.

(2) Según MOMMSEN, Le droit penal, T.II, p.234, la voz "maiestas" designa una situación elevada, esto es, la preeminencia sobre el inferior, lo cual en Roma no significaba una relación de poder, sino un mayor prestigio. KÜBLER, "Maiestas", pp.542-44, señala que este concepto no es de fácil precisión, y ni siquiera es una noción propiamente jurídica. Etimológicamente proviene del término "maior" y es un atributo de las divinidades y del "paterfamilias". Se trata de un título reservado exclusivamente al Emperador. Cuando se atribuye al pueblo romano es por la convicción que se tiene de la superioridad del mismo sobre otros pueblos. Esta creencia viene motivada, bien por los éxitos externos obtenidos en las guerras, bien por el valor íntrinseco de que los dioses les han dotado.

(3) TAGLIARINI, Il concetto, p.37.

(4) KÜBLER, "Maiestas", p.544.

(5) Aunque la expresión "orden constitucional" puede resultar chocante cuando, como en este caso, va referida al Estado romano, es utilizada aquí siguiendo la nomenclatura empleada por PUGLIESE, "Linee generali", pp.733 y ss.

(6) KÜBLER, "Maiestas", pp.549-550. En el mismo

sentido TAGLIARINI, Il concetto, p.39.

(7) FERRINI, "Esposizione storica", p.343. El autor señala que tanto las ofensas como los ultrajes dirigidos contra magistrados pueden encuadrarse bajo el concepto de "crimina maiestatis", como explícitamente recoge la "Lex Iulia" al regular alguna de las modalidades de este delito. En el mismo sentido MOMMSEN, Le droit penal, T.II, pp.285 y ss. El supuesto más grave de injuria contra magistrado era la causación de su muerte, ya fuese consumada o tentada, recibiendo la denominación de "iniuria atrox".

(8) Sobre la concepción de las injurias en el Derecho romano Cfr.: FERRINI, "Esposizione storica", pp. 231 y ss., MOMMSEN, Le droit penal, T.III, pp.94 y ss. La regulación de la injuria básicamente proviene de las XII Tablas y se concibe como el atentado intencionado contra la personalidad de un sujeto. Este ataque puede ser dirigido tanto a la personalidad moral, como a la persona física, incluyéndose en el mismo lesiones de carácter menor: a) ruptura de miembro b) fractura de hueso y c) otras injurias.

(9) KÜBLER, "Maiestas", p.550. Incluso esta protección se extiende a los miembros de la familia imperial, MOMMSEN, Le droit penal, T.II, p.293. Una amplia exposición de la evolución del Derecho penal en la época del Principado puede verse en PUGLIESE, "Linee generali", pp.723 y ss.

(10) KÜBLER, "Maiestas", p.550. Esto tuvo como consecuencia la aproximación de estas conductas a los delitos de carácter religioso.

(11) Las injurias se regulan en la Partida VII, Título IX "De Injuriis", Ley I "Que cosa es deshonra, e quantas maneras son della" y siguientes. Se distinguen tres clases diversas de causar deshonra, la primera de palabra (P.VII, T.IX, L.I), la segunda de hecho, hiriendo con pie, palo o armas (P.VII, T.IX, L.6), y por último las denominadas injurias graves o atroces, que pueden ser de cuatro clases diversas, siendo la tercera "por razon de la persona que recibe la deshonra, ansi como si es fecha a

padre de su fijo, o al auelo de su nieto, o al Señor de su vassallo, o de su rapaz; o de aquel que el afforro, o de aquel que el crio; o al Judgador, de alguno de aquellos que el ha poder de apremiar, porque son de su jurisdiccion." (P.VII, T.IX, L.XX). Asimismo pueden cometerse por medio de escritos (P.VII, T.IX, L.III) o por remedijos o contenentes malos (P.VII, T.IX, L.IV).

(12) Catorce son concretamente las formas de traición, y es en la octava forma de la misma donde se especifica la conducta dirigida contra determinados oficiales reales: "La octaua es, si alguno matasse alguno de los Adelantados mayores del Rey, o de los Consejeros honrrados del Rey, o de los Caualleros que son establescidos para guardar su cuerpo, o de los Judgadores que han poder de judgar por su mandado en su Corte".

(13) El concepto de lo que debemos entender por "Oficio", así como de quienes son considerados "oficiales reales" lo encontramos en la Partida II, Título IX "Qual deue el Rey ser a sus Oficiales, e a los de su casa, e de su Corte e ellos a el", Leyes I y siguientes. Existe una gran diversidad entre estos, distinguiendose dos grandes grupos: "Los unos, que siruen en Casa del Rey: e los otros, de fuera;".

(14) Partida VII, Titulo XVI, Ley I "Como deuen ser guardados los Officiales de la Corte del Rey": "Conoscer, e guardar deue el Pueblo al Rey en sus Officiales, por la honra, e el bien que les el faze; e por los Officios que tienen del cotidianemente, en que le han de seruir, assi como mostramos en el titulo, que fabla: Qual deue el Rey ser a sus Officiales. Ca los unos han de guardar su anima, e los otros su cuerpo, e los otros le han de ayudar de consejo, e de obra, como mantenga su gente bien e derechamente. E pues que todas estas cosas toman a guarda, e a pro del su Pueblo, derecho es otrosi, que ellos sean por el guardados. E por ende ninguno non deue ser atruido a deshorrarlos, de dicho, nin de fecho: ca el que lo fiziesse erraria muy grauemente, porque el tuerto, e la deshonrra que les fuesse fecha non tañe a ellos solamente, mas al Rey, en cuyo seruicio e guarda estan, e merescen porende muy grand pena.". El subrayado es mío.

(15) Partida III, Título XIX, Ley XIV.

(16) Partida III, Título XX, Ley V.

(17) Regulación proveniente de la Ley 13, tít. 20 del Ordenamiento de Alcalá.

(18) Ley IX "Desafuero de todos los que hicieren resistencia á las Justicias, ó cometan desacato de palabra ú obra contra ellas".

(19) GARCIA GOYENA, Código criminal, T.I, p.206.

(20) GARCIA GOYENA, Código criminal, T.I, p.208.

(21) TOMAS Y VALIENTE, Gobierno, p.11.

(22) TAGLIARINI, Il concetto, p.46; RAMPIONI, Bene giuridico, pp.16 y ss.

(23) RAMPIONI, Bene giuridico, p.17.

(24) OCTAVIO DE TOLEDO, La prevaricación, p.167.

(25) TAGLIARINI, Il concetto, p.47.

(26) ANTON ONECA, "Historia", p.263; CUELLO CONTRERAS, "Análisis", p.91; RODRIGUEZ, Elementos, T.II, p.20; SAINZ CANTERO, "El informe", p.150.

(27) ANTON ONECA, "Historia", p.275. ALONSO Y ALONSO, "De la vigencia", pp.2 y ss., sostiene que jamás llegó a entrar en vigor debido a la resistencia que opusieron los magistrados, alegando la necesidad de obtener más tiempo para su debido estudio. Además, adujeron la falta de una Ley de Procedimiento, necesaria para su aplicación, así como la ausencia de establecimientos penitenciarios acordes con las disposiciones que marcaba el Código.

En contra de esta tesis ALVAREZ GARCIA, "Contribución", pp.229 y ss., quien mantiene la vigencia del Código en base al contenido de una Real Cédula otorgada por Fernando VII con fecha de 5 de febrero de 1.824, en la que se pretende aclarar las dudas sobre las sentencias recaídas en el "trienio liberal". En su art. 7 se declaran nulas y sin valor, todas las actuaciones seguidas en base al Código penal. De lo que parece deducirse, que aunque breve, el Código penal de 1.822 tuvo vigencia. En el mismo sentido: CASABO RUIZ, "El Código penal"; MISMO AUTOR, "La aplicación", pp.333-334; NUÑEZ BARBERO, La Reforma, p.10.

(28) CUELLO CALON, Derecho penal, T.II, vol.I, p.167; RODRIGUEZ DEVESA, PE,(9ª ed), p.822. Ambos autores opinan que el delito de desacato no ve la luz hasta la Reforma de 1.850. En contra JASO ROLDAN, Derecho penal, T.II, p.83, donde afirma que ya en el Código de 1.822 existian una serie de figuras que se corresponden con las conductas que actualmente denominamos atentado y desacato.

(29) Art. 328: "El que amenazare con alguna fuerza ó violencia, ó injuriare á alguno de los funcionarios públicos espresados en el primer párrafo del artículo 326, ó usare ó tomare contra ellos alguna arma, de cualquier clase que sea, cuando se hallen ejerciendo sus funciones ó por razon de su ministerio, dará también una satisfaccion pública y sufrirá una reclusión ó prision de un mes á un año; teniéndose presente, respecto de los casos en que no se comete injuria, lo prescrito en el capítulo primero, título segundo de la segunda parte. Si la fuerza fuere para obligar ó compeler á la autoridad pública á que haga alguna cosa, se obsevará lo dispuesto en los artículos 334 y 335. El que en igual caso cometiere igual delito contra cualquier otro funcionario público, dará la propia satisfacción, y sufrirá un arresto de ocho días á dos meses.

(30) Los funcionarios que ennumera el art 326,1º, son los siguientes: Diputado de Cortes, Secretario de Estado y del Despacho, Consejero de Estado, Magistrado ó juez, Gefe político ó Alcalde, General en gefe ó de división, Capitán ó comandante general de provincia, ó Gobernador militar, Prelado eclesiástico, ordinario, individuo de Diputación pro

vincial ó de ayuntamiento, ó cualquier otro funcionario que ejerza jurisdicción y autoridad pública, civil, militar ó eclesiástica.
Hemos de tener en cuenta que a pesar de que el Código de a este catálogo de sujetos la denominación de funcionarios, el mismo, se corresponde más bien con el concepto de autoridad, ya que en el inciso final del primer párrafo del citado art.326, se hace referencia "a cualquier otro funcionario que ejerza jurisdicción y autoridad pública", elemento consustancial al concepto de autoridad (art.119,1º del Código penal vigente). Avala esta interpretación no sólo el hecho de que el propio art.330 del Código cuando meciona a las autoridades públicas, se refiera a las citadas en el art. 326; sino también la penalidad que el propio art.328 atribuye a las injurias proferidas contra estos sujetos, que reciben mayor sanción, que las ofensas dirigidas a otros funcionarios públicos.

(31) Sobre los Proyectos anteriores al Código penal de 1.848, Vid. VIRTO LARRUSCAIN, El caso fortuito, pp.37 y ss.

(32) Fue discutido y aprobado del 10 al 16 de marzo de 1.848. En cuanto al autor de la redacción del Código penal, ha sido tradicional la atribución del mismo a PACHECO, sin embargo, hoy día, parece claro como demuestran CANDIL JIMENEZ, Dn. Joaquín Francisco Pacheco, pp. 10 y 17; VIRTO LARRUSCAIN, El caso fortuito, pp.256 y 257; GALLEGO DIAZ, El sistema español, pp.127 y ss.; que la redacción del Libro I y el correspondiente a las faltas, fue obra de SEIJAS LOZANO, mientras que los restantes Libros fueron obra, fundamentalmente, de CLAROS. Existen indicios de que PACHECO fue desvinculándose paulatinamente de la redacción del mismo, y en consecuencia su influjo de escasa relevancia. Sobre la figura de PACHECO, Cfr. TOMAS Y VALIENTE, "Joaquín", especialmente pp. 64 y ss. en cuanto a su influencia en el Código de 1,848, y la bibliografía allí citada.

(33) CASTRO y ORTIZ DE ZUÑIGA, Código penal, T.II, p.92.

(34) CASTRO y ORTIZ DE ZUÑIGA, Código penal, T.II, pp.93 y 95.

(35) ALVAREZ y VIZMANOS, Comentarios, T.I, p.145. "el hombre que hace alarde de menospreciar la autoridad pública y de faltar a todos los respetos que se deben, da idea de una audacia poco común, que las leyes necesitan refrenar muy poderosamente."

(36) CASTRO y ORTIZ DE ZUÑIGA, Código penal, T.II, p.93.

(37) BARBERO SANTOS, Política, p. 38.

(38) GROIZARD, El Código penal, T.III, p. 441.

(39) NUÑEZ BARBERO, La Reforma, p. 15. En el mismo sentido, BARBERO SANTOS, Política, p.37.

(40) TOMAS Y VALIENTE, Manual, p. 500.

(41) PACHECO, El Código penal, T.II, 2º ed., p.221. Con motivo de que la defensa del mencionado sujeto, en el proceso que tuvo lugar, fué llevada a cabo por PACHECO, éste omite cualquier comentario adicional sobre el mismo. También hacen mención a este incidente HIERRO, "delitos", p. 233 y JASO ROLDAN, PE, T.II, p. 83, para quien el citado suceso sirvió para avivar la polémica existente sobre la ausencia de protección de las autoridades. En este mismo sentido se pronuncia ANTON ONECA, El Código penal de 1.870, p. 230, quien no cree que éste fuese el motivo de la Reforma pero si pudo ser la ocasión de que la misma se efectuase.
Poca luz deparan todos ellos sobre lo realmente acontecido. Deducimos que el mencionado incidente sirvió para poner en evidencia la falta de un tipo específico que protegiese a las autoridades de los insultos y vejaciones de que podían ser objeto. Este hecho, pudo servir la legislador como pretexto para introducir en el Código penal el delito de desacato.

(42) GROIZARD, El Código penal, T.III, p. 474.

(43) Esta idea queda perfectamente reflejada en el pensamiento de VICENTE Y CARAVANTES, Código penal, p.303, "Carecía, pues la autoridad del prestigio y de la protección y defensa necesarias para hacerse respetar, lo que venía a redundar en daño de la causa pública, porque las violencias e insultos a la autoridad no son injurias particulares, sino que afectan al Estado y pueden ejercer una influencia perniciosa en su prosperidad."

(44) CARDENAS, El Derecho Moderno, T.IX, p.104.

(45) En este sentido Vid: "Dictamen emitido por el Fiscal de la Audiencia de Valencia", p. 104. "El desacato, es, pues, un ataque á ese orden público que requiere acatamiento y reverencia personal á la autoridad, cualquiera que sea su conducta,...".

(46) CARDENAS, El Derecho Moderno, T.IX, p.104. En el mismo sentido se manifiesta el Colegio de Abogados de Madrid en el "INFORME", p.446, "es innegable que además de la ofensa causada á la sociedad, y de cuya reparación debe encargarse, se causa otra á la persona directamente ofendida. Hay dos delitos, uno público y otro privado."

(47) CARDENAS, El Derecho Moderno, T.IX, p.105.

(48) CARDENAS, El Derecho Moderno, T.IX, p.106.

(49) CARDENAS, El Derecho Moderno, T.IX, pp.104-105.

(50) VICENTE Y CARAVANTES, Código penal, p.307. En el mismo sentido crítico se pronuncian GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN, Elementos, T.III, p.IX.

(51) "INFORME", pp.400-403.

(52) BARBERO SANTOS, Política, p.41.

(53) Vid., ANTON ONECA, "El Código penal", p.237; DORADO MONTERO, "Código penal", p.600; NUÑEZ BARBERO,

La Reforma, pp.36-53.

(54) ANTON ONECA, "El Código penal", p.235.

(55) GROIZARD, El Código penal, T.III, 2ª ed., p.719.

(56) DEL AGUILA BURGOS, "Desacato", p.473; GROIZARD, El Código penal, T.III, p.473; VIADA Y VILASECA, Código penal, T.II, p.271.

(57) Art. 266,1º: "Cometen desacato: 1º Los que, hallándose un Ministro de la Corona ó una Autoridad en el ejercicio de sus funciones ó con ocasión de éstas, los calumniaren, injuriaren, ó insultaren de hecho o de palabra en su presencia ó en escrito que les dirigieren, ó los amenazaren.
2º El funcionario público que, hallándose su superior gerárquico en el ejercicio de su cargo, lo calumniare, injuriare ó insultare de hecho ó de palabra en su presencia ó en escrito que le dirigiere, ó le amenazare."

(58) VIADA Y VILASECA, Código penal, T.II, p.271.

(59) GROIZARD, El Código penal, T.III, p.473.

(60) Art. 269: "Los que, hallándose un Ministro de la Corona ó una Autoridad en el ejercicio de sus funciones ó con ocasión de éstas, los calumniaren, injuriaren, insultaren de hecho ó de palabra, fuera de su presencia, ó en escrito que no estuviere á ellos dirigido, serán castigados con la pena de arresto mayor."
Art. 270: "Se impondrá también la pena de arresto mayor á los que injuriaren, insultaren o amenazaren de hecho ó de palabra á los funcionarios públicos ó á los agentes de la Autoridad en su presencia ó en escrito que se les dirigiere."

(61) GROIZARD, El Código penal, T.III, p.391.

(62) GROIZARD, El Código penal, T.III, p.473.

(63) Art. 269: "Los que hallándose un Ministro de la Corona ó una Autoridad en el ejercicio de sus funciones ó con ocasión de éstas, los calumniaren, injuriaren, insultaren de hecho ó de palabra, fuera de su presencia, ó en escrito que no estuviere á ellos dirigido, serán castigados con la pena de arresto mayor."

(64) Art. 266, últ. pfo.: "Por consecuencia de lo dispuesto en los dos números anteriores, la publicación en la prensa periódica de los escritos en ellos mencionados, no constituirá por sí sola delito de desacato."

(65) Citado por ANTON ONECA, "Los antecedentes", p.35.

(66) BARBERO SANTOS, Política, p. 55.

(67) BARBERO SANTOS, Política, p. 57.

(68) ANTON ONECA, "Los antecedentes", p. 55.

(69) BARBERO SANTOS, Política, p. 54.

(70) Vid., ANTON ONECA, "La generación", pp.337 y ss.

(71) CUELLO CALON, "El proyecto de Código penal", pp. 256-57.

(72) SAN MARTIN LOSADA, El Código penal, p. 133.

(73) La única variación existente entre el antiguo art. 266 y el art. 324, consiste en la supresión del último párrafo de aquél, en el que se excluía, en principio, como delito de desacato la publicación en la prensa periódica de los escritos mencionados en los párrafos anteriores, esto es, los dirigidos contra la autoridad y de carácter injurioso.

(74) JIMENEZ DE ASUA, El nuevo Derecho penal, p. 149.

(75) Art. 326: "Los que calumniaren, injuriaren o difamaren de hecho o de palabra a los Ministros de la Corona o a otras Autoridades en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de éstas, fuera de su presencia, o en escrito que no esté a ellos dirigido, por cualquier medio de difusión, serán castigados con la pena de dos meses y un día a un año de prisión."

(76) Vid. ANTON ONECA, "Los antecedentes", p.35.

(77) Art. 327: "Los que calumniaren, injuriaren, difamaren o amenazaren de hecho o de palabra a los agentes de la Autoridad o a los funcionarios públicos en su presencia o en escrito que les dirigieren, por cualquier medio de difusión, cuando se hallen ejerciendo sus funciones o con ocasión de éstas, serán castigados con la pena de cuatro meses a un año de prisión o de seis meses a ods años de destierro.
Si tales actos se ejecutaren contra el funcionario público y con ocasión del ejercicio de sus funciones, pero no en su presencia, ni en escrito que se le dirija, la pena será de dos meses y un día a seis meses de prisión o destierro de sies meses a un año."

(78) Así en la S. 22 de diciembre de 1.891 (JC 259): "Considerando, en orden á la infracción alegada del art. 270 del Código penal, que la recta interpretación de esta disposición legal no permite entender que se cometa el delito que en ella se pena en el caso que el funcionario ofendido no se halle en el ejercicio de sus funciones ni el hecho punible se realice con motivo ú ocasión de ella, porque existiendo la misma razón que tuvo la ley para exigir este requisito en todos los delitos de desacato, no puede lógicamente entenderse excluída en el caso del art. 270, por más que no se determine en él expresamente, según tiene declarado este Tribunal Supremo.". En el mismo sentido, esto es, exigiendo siempre para la causación del delito que el funcionario público o el agente de la autoridad se encuentren en el ejercicio de sus funciones, o que el hecho ofensivo se cometa con ocasión de las mismas, Vid: SS. 28 de octubre de 1.874 (JC 2463); 31 de enero de 1.877 (JC 3768); 6 de abril de 1.885 (JC 8832); 12 de junio de 1.889 (JC 435); 27 de marzo de 1.890 (JC 208); 30 de diciembre de 1.896

(JC 267); 26 de enero de 1.897 (JC 48); 5 de mayo de 1.899 (JC 155); 8 de octubre de 1.901 (JC 54); 25 de octubre de 1.901 (JC 86); 31 de diciembre de 1.901 (JC 199); 29 de octubre de 1.904 (JC 131); 2 de abril de 1.912 (JC 177); 4 de enero de 1.927 (JC 2).

(79) SAN MARTIN LOSADA, El Código penal, p. 133.

(80) Art. 328: "El que injuriare, calumniare, difamare o amenazare a Corporaciones u organismos oficiales, será castigado, en los respectivos casos, con las mismas penas señaladas en el artículo anterior."

(81) Art. 329: "En todos los delitos comprendidos en esta Sección, se impondrá además la pena de multa de 1.000 a 5.000 pesetas."

(82) JIMENEZ DE ASUA, El nuevo Derecho penal, p.153.

(83) Exposición de Motivos de la Ley de 27 de octubre de 1.932, por la que se declaró vigente el Código penal de 1.870.

(84) ANTEPROYECTO, p. 14.

(85) BARBERO SANTOS, Política, p. 72.

(86) Consideran el delito de desacato como delito de claro matiz político, CUELLO CALON, Derecho penal, T.II, 11ª ed., p.31; QUINTANO RIPOLLES, Compendio, T.II, p.15; SANCHEZ TEJERINA, Derecho penal, T.II, 4ª ed., p.31.

(87) Exposición de Motivos de la Ley de 19 de febrero de 1.942 de Seguridad del Estado.

(88) Las ofensas graves dirigidas contra la autoridad pasan a tener una pena que va de Prisión menor en grado medio a Prisión mayor en grado mínimo y multa de 1.000 a 5.000 pesetas. Cuando el culpable

fuere funcionario público jerárquicamente subordinado a la autoridad se impondrán las inmediatamente superiores en grado. Si no existiere dicha subordinación jerárquica, se impondrán en su grado máximo. Cuando las ofensas sean menos graves, se impondrán las penas anteriores en su grado mínimo.
Cuando las ofensas a la Autoridad se ejecutaren fuera de su presencia la pena a imponer será la de Prisión menor en grado mínimo y multa de 500 a 2.500 pesetas. Si el culpable fuere un funcionario público subordinado jerárquicamente, se impondrá la inmediatamente superior en grado; si no existiere subordinación jerárquica, la pena se fijará en su grado máximo.

(89) Art. 242: "Incurrirán en la pena de prisión menor los que injuriaren o amenazaren gravemente a los Ejércitos o a sus Instituciones, armas, clases o cuerpos determinados.
Cuando las injurias o amenazas a que se refiere el párrafo anterior no fueren graves se impondrá al culpable la pena de arresto mayor o multa de 75.000 a 150.000 pesetas."

(90) Art. 545: "Cometen desacato los que, hallándose un Ministro, miembro del Consejo de Gobierno de alguna Comunnidad Autónoma, o una autoridad, civil o militar, en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, los calumniaren, injuriaren o amenazaren de hecho o de palabra, en su presencia o en escrito que les dirijan.
Los reos de desacato serán castigados con la pena superior en grado a la señalada para la correspondiente infracción común y multa de seis a veinticuatro meses, sin que en ningún caso la pena pueda ser inferior a arresto de ocho a doce fines de semana y multa de seis a doce meses.
Si el culpable fuere funcionario público, jerárquicamente subordinado al ofendico, se le impondrá además la pena de inhabilitación especial de seis a diez años, y, si no existiere subordinación jerárquica, la de suspensión de dos a cuatro años".

(91) Art. 548: "Se impondrá la pena señalada para la correspondiente infracción común en su mitad superior, sin que en ningún caso pueda ser inferior a arresto de ocho a diez fines de semana, a los que calumniaren, injuriaren o amenazaren de hecho o de

palabra a los agentes de la autoridad, funcionarios públicos o miembros de las Fuerzas Armadas, en su presencia o en escrito que les dirigieren, cuando se hallaren en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas."

(92) Art. 471.4º: "Si la autoridad ofendida fuere el Presidente del Gobierno, o el del Congreso, del Senado, del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo o del Consejo Supremo de Justicia Militar, las penas señaladas en los párrafos anteriores se impondrán, respectivamente en su mitad superior."

(93) SALDAÑA, "La reforma", p. 14.

(94) TOMAS Y VALIENTE, El Derecho penal, p. 24.

CAPITULO SEGUNDO: EL DELITO DE DESACATO EN EL DERECHO COMPARADO.

I. Introducción.

La inclusión en este trabajo de un capítulo referido al estudio del Derecho comparado, no se debe a un mero prurito académico, sino que, como a lo largo de estas páginas vamos a tener ocasión de comprobar, el análisis de las leyes penales europeas en materia de delito de desacato, nos permite de un lado, poner de relieve la coexistencia de dos sistemas legales que responden a principios diversos en cuanto a la protección penal de la autoridad; de otro, ubicar la legislación española en un marco de referencia más amplio que el estrictamente nacional, constatando su pertenencia a uno de los modelos básicos en esta materia. Así mismo, el estudio de las distintas posiciones doctrinales y, en su caso jurisprudenciales, sobre aspectos controvertidos de este delito, nos ayudarán posteriormente a establecer algunos criterios de interpretación de la regulación española.

Los dos sitemas a los que aludímos y que conviven en el continente europeo, podríamos denominarlos, en función de su origen, como modelo latino y modelo germánico.

A pesar de la diversidad por la que se caracterizan en lo referente a la regulación de las conductas que implican actos de menosprecio hacia la autoridad y los funcionarios públicos, existe entre ambos un punto de confluencia. Este nexo se encuentra en la referencia al concepto de honor.

Tal y como hemos visto en el capítulo anterior al aludir al origen del delito de desacato y, a pesar de que en los países marcados por la tradición jurídica de origen romano se construye este delito como un tipo autónomo separado de la regulación correspondiente a los delitos contra el honor, no es menos cierto que el mismo posee un vertiente que lo liga de forma permanente con el concepto de honor. Concepto de honor que si en principio viene referido a los sujetos particulares, se transforma en una noción de prestigio cuando se predica de autoridades y funcionarios públicos, dando lugar a conceptos de difícil y ambigua delimitación, origen de conflictos a nivel interpretativo, como se tendrá ocasión de comprobar.

Esta diversidad de planos, no suficientemente delimitados, entre lo privado -honor como concepto referido a un individuo- y lo público -prestigio como concepto referido a sujetos que desempeñan funciones públicas-; y la diversidad de conceptos de honor manejados, son entre otros factores que se reseñaran, los que van a dar lugar a la conformación de los dos sistemas o modelos aludidos.

La regulación que ofrecen los países que se encuentran bajo el área de influencia del Derecho romano, como consecuencia del amplio concepto de injuria manejado por éste y de la escisión que se produce en su legislación entre conductas atentatorias al honor, de una parte, y delitos de lesa majestad, por otra, encaminados a la protección de la "maiestas" del Estado romano, "maiestas" que arropa a todos aquellos sujetos que directamente lo representan y que se encuentra ligada al concepto de "potestas". Se produce una escisión en el plano de los valores y de los intereses a proteger, que

se traduce en una tradición jurídica que llega hasta hoy, consistente en la diferenciación de bienes jurídicos protegidos; ante idénticas conductas, la distinta posición de los sujetos afectados (según sea autoridad, o en su caso funcionario, o no) determinará su calificación jurídico penal. Así, el hecho de ofender a un particular, a un ciudadano, dará lugar a un delito contra las personas, a un delito contra el honor, mientras que básicamente esta misma conducta, pero dirigida contra una autoridad o un funcionario público nos conducirá a un delito de desacato, ubicado en un Título distinto, generalmente denominado contra la autoridad o relacionado con el orden público.

Los países que encuadramos en el modelo germánico -Suiza, Austria y Alemania-, se basan, como puso de relieve von LISZT, en un concepto de honor distinto al mantenido por la tradición proveniente del Derecho romano. Mientras que en éste el honor consistía en el pleno goce de los derechos del ciudadano romano con cariz acusadamente individualista, la concepción germánica responde a un concepto de honor que tiene su raíz en la propia persona pero desde una doble perspectiva, añadiendo a la vertiente individual un componente social o relacional importante, tomando en cuenta el ámbito social en el que se desenvuelve el sujeto (1).

A esta concreta concepción del honor, hemos de añadir un segundo factor de gran importancia: el fuerte sentimiento "igualitarista" de hondo arraigo en las sociedades centroeuropeas. Como indica NOLL, el hecho de que los cargos públicos gocen de una especial protección penal de su honor, podría asociarse con antiguas reminiscencias del delito de lesa majestad, lo cual no se encuentra en consonancia con la tradición Suiza (2),

a la cual parece repeler esta prerrogativa. En parecidos términos se expresaba el Gobierno austríaco en su Propuesta de Código penal, declarándose partidario de una "demolición de privilegios" (3), al explicar la exclusión de una tipificación especial para las ofensas dirigidas conra autoridades y funcionarios de la República austríaca.

Este doble punto de partida conduce obviamente a considerar un atentado a la igualdad de los ciudadanos ante la ley, la concesión a determinados sujetos de una especial protección en su honor por detentar cargos bien en el aparato organizativo del Estado, bien en la vida pública general. Un concepto de "honor-prestigio" institucional, resulta ajeno a la tradición jurídica de estos países. Lo que lleva a un tratamiento igualitario de estas conductas ofensivas tanto cuando se dirigen contra particulares, como cuando van dirigidas contra autoridades o funcionarios públicos. En ambos casos nos encontraríamos ante delitos contra el honor.

Estas son, a grandes rasgos, las líneas básicas diferenciadoras entre ambos modelos legales, si bien cada una de las diversas regulaciones mantiene sus peculiaridades como a continuación comprobaremos.

MODELO LATINO: previsión específica del delito de desacato.

Dentro de este modelo vamos a analizar la regulación de tres países, Francia, Bélgica e Italia que aún poseyendo un origen común por lo que respecta a la génesis y desarrollo del delito de desacato, muestran marcadas diferencias entre ellos.

La regulación que encontramos del delito de desacato en estas tres legislaciones es, a grandes líneas similar. Las mayores diferencias, sin embargo, se hacen patentes en la construcción doctrinal que gira alrededor de esta figura. Desde esta perspectiva, podemos distinguir dos grupos: de un lado, el que configuran Francia y Bélgica, en donde los autores en la utilización del método exegético como sistema de análisis, se limitan a realizar un estudio, que desentraña, en algunos casos y peritaseme la expresión, con minuciosidad exasperante, cada uno de los elementos del tipo, pero sin llegar a una construcción dogmática que resuelva los problemas que la redacción legal pueda presentar. Se muestran más sensibles a la hora de realizar el innumerable elenco de sujetos afectados por la conducta típica, pero sobrevuelan con inusitada rapidez los aspectos referentes al bien jurídico protegido por la descripción típica. Su método formalista, en la preocupación por el respeto a ultranza del principio de legalidad, se convierte en un casuismo exacerbado a costa del debilitamiento -casi ausencia- de criterios teleológico materiales de interpretación.

Desde un óptica radicalmente diversa se

aproxima al problema la doctrina científica italiana. Como a lo largo de este trabajo se pretende mostrar, los autores italianos ofrecen la más rica aportación, en variedad y profundidad, en el estudio de esta materia, en concreto respecto a su delito de "oltraggio". Y no sólo en las cuestiones referentes al análisis del tipo penal, sino también han sido pioneros al abordar aspectos sustanciales del sentido del delito de desacato desde la perspectiva de un Estado democrático y de Derecho. Cuestión fundamental, si se tiene en cuenta el contenido político que marca la figura objeto de estudio.

II. FRANCIA.

1. Regulación legal del delito de "outrage".

Un breve repaso de los antecedentes legislativos de la actual regulación del delito de "outrage", nos ayudará a ubicar correctamente esta figura.

La regulación que de la conducta constitutiva del delito de "outrage" nos ofrece el Código penal francés tiene su antecedente más remoto, según manifiesta GARRAUD, en la regulación que de dicha conducta se efectuó en Derecho romano (4). Esta se sustentaba en la protección dispensada a derterminados sujetos, cualificados por el hecho de ejercer una función pública, contra las ofensas a ellos dirigidas, siempre y cuando se

encontrasen en el ejercicio de la función pública. Esta configuración es tomada por el Derecho francés (5), y permanece a lo largo de las épocas de influencia del Derecho común hasta finales del siglo XVIII.

La legislación que nace de la Revolución Francesa modifica de forma radical la filosofía que inspira estos delitos. El "outrage" ya no se considera que atenta contra la majestad del soberano ni contra los funcionarios públicos, sino que se concibe como una ofensa a la ley, entendida esta como expresión de la voluntad común. Lógico este cambio de perspectiva en el ámbito jurídico como consecuencia de la revolución política que inicia en Francia la instauración del nuevo modelo de Estado y la superación de las instituciones del Antiguo Régimen. La "drástica" abolición de la monarquía, en la filosofía de abolición de los privilegios, impedía seguir considerando el desacato como delito atentatorio a la majestad del soberano. Por ello el Código penal de 1.791 exige que la conducta ofensiva se ejecute cuando el funcionario público se encuentre en el ejercicio de sus funciones (6). La ley, pasa a concebirse como expresión del pueblo soberano, de la voluntad popular, luego el ataque dirigido contra los representantes de la misma o los miembros más destacados de la Administración, será el eje alrededor del cual gire el interés de protección. La majestad ya no se encuentra en la monarquía, sino en el pueblo soberano y, en consecuencia en quienes a través del voto popular acceden a ser los representantes del mismo.

Se introduce una variación con el Código penal de 1.810, en el que aún conservándose los anteriores principios que inspiraban la incriminación, amplía el ámbito de la conducta ultrajante (7). Ya no se

castigarán unicamente las conductas ofensivas cuando el sujeto se encuentre en el ejercicio de sus funciones, sino también cuando estas se realicen por razón de dicho ejercicio (8).

La regulación legal que del delito de "outrage" efectuó el legislador de 1.810, se ha mantenido practicamente inalterada hasta nuestros días.

En el Código penal francés vigente el delito de "outrage" se encuentra ubicado en el Libro III "De los crímenes, delitos y sus penas" Título I "Crímenes y delitos contra la cosa pública", Capítulo IV "Crímenes y delitos contra la paz pública" en la Sección IV, parágrafo 2 "Ultrajes y violencias contra los depositarios de la autoridad y de la fuerza pública", en los artículos 222 a 224 de dicho Código.

La infracción penal se caracteriza por la realización de una conducta tendente a lesionar el honor o la "délicatesse" de los magistrados del orden administrativo o judicial, los jurados (arts.222 y 223) (9), oficiales ministeriales, comandantes y agentes de la fuerza pública (art.224) (10), por medio de palabras, escritos y dibujos que no sean públicos, gestos, amenazas y envío de objetos, siempre y cuando estos o bien se encuentren en el ejercicio de sus funciones o la conducta se realice con ocasión de las mismas. Esta conducta básica recibe un incremento en su penalidad cuando los magistrados o los miembros del jurado padezcan el ataque ofensivo durante el periodo de audiencia (arts. 222 y 223 últimos párrafos). Incremento de pena que pone de relieve el interés del legislador en proteger la "institución" de la Administración de justicia.

Continuando con la regulación del Código penal, en los artículos 226 y 227, encontramos un supuesto específico de desacato que la doctrina francesa denomina "outrage a la justice". En los citados artículos se recogen dos supuestos diversos: en el primero de ellos se incrimina a los sujetos que publicamente y por medio de actos, palabras o escritos, busquen el descrédito de un acto o decisión juridicial, siempre que reúna las condiciones necesarias para perjudicar la autoridad de la justicia o su independencia, según explicita el propio texto legal. No se comprenden dentro de la conducta típica los supuestos en los que el sujeto activo se limita a realizar un mero comentario técnico o los casos en que dicho comentario vaya encaminado a la revisión de una condena (art. 226) (11). El segundo supuesto, regulado en el art. 227 (12), penaliza aquellos comentarios tendentes a ejercer presión sobre las declaraciones de testigos o sobre las decisiones judiciales, con anterioridad a que se haga pública la sentencia definitiva.

A esta regulación hemos de añadir el supuesto previsto en el Libro IV de las "Contravenciones de policía", concretamente en el art. R 40-2º (contravención de quinta clase). En él se incriminan los casos en los que, con igual intención de menosprecio hacia el honor y la "délicatesse", se dirijan palabras, gestos, amenazas, escritos o dibujos y envío de cualquier clase de objetos, contra ciudadanos encargados de un servicio público, siempre y cuando se encuentren en el ejercicio de sus funciones o bien la conducta venga motivada por las mismas (13).

Se rebaja a la categoría de contravención la comisión de idéntica conducta, pero dirigida a otra

clase de sujetos: los ciudadanos encargados de un servicio público, supuesto en que la sanción penal disminuye.

A esta regulación del delito de "outrage" que ofrece el Código penal francés (14), es necesario añadir, debido a los problemas que van a plantear algunos supuestos de doble regulación, la que establece la Ley de prensa de 29 de julio de 1.881. En ella, no solamente se recogen los delitos de difamación e injuria, al contrario de nuestra legislación en la que los delitos contra el honor se encuentran ubicados en el mismo Código penal, si no que en su parágrafo 3º "Delitos contra las personas, en los arts. 30 a 33, se regula la difamación dirigida contra los Tribunales, Cortes, Cuerpos de la Armada y Administraciones públicas (art. 30) (15), así como contra los miembros de un Ministerio, funcionarios públicos y depositarios o agentes de la autoridad pública, Ministros de los cultos reconocidos por el Estado, ciudadanos encargados de un servicio público o que hallan recibido un mandato público, así como contra jurados y testigos, por razón de su testimonio (art.31) (16). En el art. 33.1º de la citada Ley, se regulan los casos de injurias dirigidas contra los mismos sujetos. (17).

A la vista de la regulación legal, comprobamos que unicamente se considera delito de "outrage" las conductas recogidas en el Código penal y dirigidas contra los sujetos allí enunciados. Los supuestos ennumerados en la Ley de Prensa tienen el carácter de delitos contra las personas, son delitos dirigidos contra particulares, con la salvedad de que en función de la categoría de la persona ofendida la pena que se infligirá al sujeto activo será mayor que la consignada para las

mismas actuaciones llevadas a cabo contra el resto de los ciudadanos.

A continuación se analizará la regulación establecida por el Código penal. Los supuestos delictivos establecidos en la Ley de Prensa de 1.881 sólo serán objeto de atención en los casos en que se plantee un problema de delimitación con los delitos recogidos en la normativa general del Código penal.

2. Intereses protegidos según la doctrina en el delito de "outrage".

Dada la ubicación del "outrage" en la Sección IV "Resistencia, desobediencia y otras faltas contra la autoridad pública", la doctrina entiende que el bien jurídico protegido es la función pública a través de los funcionarios que la representan (18). El legislador pretende garantizar el respeto por las instituciones públicas, y esto se traduce en la represión de aquellas conductas injuriosas (entendiendo aquí el término injuria es su acepción vulgar y no jurídica) contra las personas que las representan (19). A través de ellas se realiza un ataque contra la dignidad, de la que se reviste todo sujeto por el hecho de realizar una función pública (20).

En opinión de GARRAUD, es evidente que la actual regulación se encamina a la protección de la función pública (21). De un lado el delito debe cometerse cuando el sujeto se encuentra en el ejercicio de sus

funciones o bien con ocasión de las mismas; de otro, sólo se castigan más gravemente las conductas dirigidas contra un sujeto cuando ostenta la cualidad de funcionario. "La ley no ha pretendido, en efecto, crear un privilegio personal en favor de ciertos individuos, sino proteger, en el hombre público, la encarnación de la idea del Estado y la función que el Estado confía a sus agentes;" (22).

3. Elementos constitutivos del delito.

A continuación veamos por separado tanto los elementos objetivos como subjetivos del delito de "outrage". Previo al análisis de los elementos del tipo, es necesario hacer una breve referencia al concepto de "outrage" mantenido por la doctrina francesa.

A. Configuración del "outrage".

El Código penal no explicita en ninguno de los artículos referentes al delito de "outrage" un concepto de lo que debe entenderse por tal. Ahora bien, en el art. 222 el legislador nos ha dado una característica esencial del mismo, la conducta del sujeto activo, para constituir delito de desacato, debe tender a "inculper leur honneur ou leur délicatesse" (de la persona ofendida). Esta expresión ha dado lugar a distintas interpretaciones en el seno de la doctrina y en el de la jurisprudencia (23).

Un grupo de autores opina que el legislador al adjetivar el "outrage" como conducta tendente a "inculper l'honneur ou la délicatesse", pensaba en dos clases diversas de ultraje: de un lado el regulado en el art. 222, en el que se exigiría mancillar el honor o la "délicatesse" del sujeto al cual va dirigida la ofensa; y de otro, el requerido en los restantes artículos, en los que dicha lesión no sería necesaria (24), por lo que cualquier acción de menosprecio dirigida contra los sujetos mencionados en los respectivos artículos constituiría un delito de "outrage". Opinión diversa mantienen autores como MERLE y VITU, para quienes la configuración legal de "outrage" es unitaria. El legislador en el citado art.222 enuncia las características necesarias para deducir el concepto de desacato y no ha tenido necesidad de reiterarlas en los artículos sucesivos, por lo que éstas son válidas para los restantes tipos (25).

En cuanto a la opinión jurisprudencial (26), los tribunales llevan a cabo una interpretación literal del texto legal, admitiendo que el "outrage" dirigido contra un magistrado o un jurado debe tender a mancillar su honor o su "délicatesse" -supuesto del ya citado art. 222 del Código penal-, condición que no es exigida en los restantes supuestos de desacato. Pero esta distinción sólo la mantienen a nivel teórico, y se desvirtua por la aplicación práctica que los tribunales franceses han efectuado del tipo en cuestión, considerando que todos los insultos, expresiones de menosprecio, groserías etc. poseen suficiente entidad como para lesionar el honor o la "délicatesse" de los sujetos ennumerados en el art. 222 (27).

Partidario de esta posición jurisprudencial GARÇON, acepta que el concepto de "outrage" no puede interpretarse en un sentido restrictivo: debe incluirse en él toda conducta tendente a menospreciar la función que ejerce el sujeto ofendido (28), a disminuir su autoridad moral, en definitiva, a dañar el respeto que debe rodear al ejercicio de la función pública (29).

Esta interpretación dota al concepto de "outrage" de una amplitud que entraña graves riesgos, como se ha encargado de manifestar GARRAUD (30). Desde esta perspectiva, tendrán cabida como delito de desacato cualesquiera clases de menosprecios, por nimios e insignificantes que estos sean. Por ello, para el citado autor "es necesario que las palabras, gestos o amenazas, constitutivas de desacato, presenten un carácter suficientemente grave para merecer esta calificación." (31).

B. Sujetos afectados por la conducta típica.

A continuación vamos a repasar someramente los sujetos afectados por la conducta. Se incluirán no sólo los señalados en los arts. 222 y siguientes del Código penal sino también los ennumerados en la contravención de quinta clase (art. R 40-2º). Excluímos de este análisis a los sujetos mencionados en la Ley de prensa de 29 de julio de 1.881, por ser conductas que no constituyen delito de "outrage" sino exclusivamente supuestos agravados con respecto a la injuria y a la difamación en razón del sujeto afectado por las mismas (32).

El Código penal francés en los arts. 222 a 224 y R.40-2º enuncia las categorías de personas afectadas por la conducta (33).

Los sujetos ennumerados son los siguientes: los magistrados del orden administrativo o judicial y los jurados (arts. 222 y 223); los oficiales ministeriales y los comandantes y agentes de la fuerza pública (art. 224) y por último los ciudadanos encargados de un servicio público (art. R.40-2º).

El legislador se ha abstenido de dar una definición de lo que debe entenderse por Magistrados, dejando a la jurisprudencia la labor de fijar el sentido de esta expresión en cada caso concreto (34).

Se entiende por **Magistrados del orden administrativo** a aquellos funcionarios que ejercen, por delegación directa de la ley, una parte de la autoridad pública que les otorga el poder de mando o "imperium" (35). Se incluyen en esta categoría: el Presidente de la República (36), Ministros, Secretarios y Subsecretarios de Estado, prefectos y sub-prefectos, alcaldes (37), miembros de la jurisdicción administrativa -Consejo de Estado, Tribunal de Cuentas, Tribunales Administrativos- comisarios de policía (38).

Quedan excluídos, y citamos sólo a los más significativos, los parlamentarios y los concejales (39).

Como **Magistrados del orden judicial** se incluyen todos aquellos consagrados exclusivamente a la administración de justicia. Así, los jueces de "siège" y los miembros del Ministerio Fiscal de las jurisdiccio

nes legalmente organizadas, sean permanentes, temporales o de excepción -jurisdicción penal, civil militar...- (40).

Quedan excluídos de este ámbito de protección las Comisiones disciplinarias de los Colegios de Abogados, de Notarios, Consejos de Universidad etc... (41).

Con respecto a los **Miembros** de un Jurado, integran esta categoría, no sólo los correspondientes a la jurisdicción criminal sino también los que toman parte en procesos pertenecientes a otras jurisdicciones, como por ejemplo los relacionados con materias de expropiación forzosa (42).

Bajo la denominación de **oficiales ministeriales** se encuentran aquellos sujetos que actúan como intermediarios o ejercitan profesiones reguladas legalmente con categoría de fedatarios públicos y cuyos servicios son obligatorios para el cumplimiento de ciertos actos. Su actuación es obligatoria, esto es, no pueden negarse a cumplir determinadas funciones cuando son requeridos para ello (43).

Se encuadran en esta categoría: los notarios, abogados del Consejo de Estado (44), procuradores, Secretarios de juzgado, "huissiers"... (45).

La distinción que efectúa el art. 224 entre comandantes y agentes de la fuerza pública, tiene su origen en la antigua redacción del Código penal. Antes los "outrage" dirigidos contra un comandante de la fuerza pública recibían una mayor sanción penal (46), pero a partir de la Ordenanza de 23 diciembre de 1.958 (nº 58-1.297), por la que se derogó el art. 225, ambas

categorías de sujetos se equiparan al unificarse la sanción penal para las conductas ofensivas dirigidas contra los mismos recogidas ambas en el actual artículo 224; por lo que la distinción entre ambos conceptos ha perdido la trascendencia que en un momento determinado pudo tener.

En palabras de BOUCHERON, el vocablo **Comandantes de la fuerza pública**, designa a todos los depositarios de la fuerza pública que posean el grado de comandante (47), concepto que poca luz depara por su condición de tautológico. Más acertado parece, distinguir como hace VOUIN, dos categorías de sujetos ambas comprendidas en el término comandantes: de un lado, quienes posean tal grado en las fuerzas armadas, ejerciendo un mando efectivo; de otro, los mandos de la gendarmería, incluídos brigadieres (48). La condición de comandantes se hace extensiva a todos los agentes de la fuerza pública cualquiera que sea su grado, que en el momento de la comisión de la ofensa ejerzan mando efectivo sobre otros agentes (49).

Se encuadran en el concepto de **agentes de la fuerza pública**, todas las personas investidas de una función pública, que ejecutan las órdenes de los magistrados del orden administrativo y judicial, constriñendo por la fuerza si fuera preciso, tanto para el cumplimiento de las mismas, como para la observación de la ley y de los reglamentos (50). Se ubican en esta categoría, entre otros, los funcionarios de policía, incluídos los agentes de la policía municipal, aquellos agentes a los que la ley haya atribuído algunas funciones de policía judicial... (51).

Los ciudadanos encargados de un servicio

público, se encuentran tutelados en una contravención de quinta clase. Se llega a este concepto por vía de exclusión. Comprende esta expresión a todas las personas, funcionarios o no, que no siendo magistrados, ni oficiales ministeriales, ni depositarios de la fuerza pública, participan en la administración general cumpliendo un servicio público, permanente o temporal, de manera que el ultraje dirigido contra ellos constituirá una falta contra la autoridad misma. Estan revestidos de una parte de la autoridad pública (52).

Para integrar esta categoría, no es suficiente con la participación en un servicio general, sino que forzosamente el sujeto debe ser depositario de la autoridad pública (53).

Entre otros, podemos nombrar a los funcionarios del Ministerio de educación, los directores de establecimientos psiquiátricos públicos, los funcionarios de prisiones etc. (54).

C. Modos de ejecución de la conducta ofensiva.

El "outrage" debe concretarse en un hecho externo, un acto caracterizado por el menosprecio (55), este se debe expresar según la ley, por medio de palabras, gestos, amenazas, escritos o dibujos y por último, también por el envío de cualquier clase de objetos.

A continuación analizaremos someramente cada una de estas formas de ejecución.

La doctrina ha especificado que el término

palabra debe entenderse como toda emisión de la voz humana, articulada o no, y que emana directamente de la persona, con lo cual se excluyen los ruidos producidos por instrumentos (que en todo caso pueden constituir desacato por gestos). Se incluyen tanto las palabras en lengua francesa como en lengua extranjera, así como los silbidos e imitación de los ruidos de los animales (56).

El delito es cometido por medio de **gestos**, cuando se realiza un movimiento del cuerpo, mímica o actitud que manifieste de forma suficientemente clara el menosprecio por las personas señaladas en la ley (57).

Sólo se incluyen los gestos que no implican violencia. En caso contrario, tendríamos que acudir a los tipos que preven el delito de atentado (58), ya que ello supondría un acto material ejercido sobre la persona del funcionario. Si los gestos constituyen amenaza, esta prevalece como medio comisivo (59).

Con respecto a la **amenaza**, aunque se recoge como modalidad propia de comisión, siempre deberá expresarse, inevitablemente de palabra, por medio de gestos, envio de objetos, o escrito (60). Esta, para constituir delito de "outrage", deberá tener, en opinión de GARRAUD, contenido ultrajante (61).

Esta consideración de la amenaza como modalidad autónoma de comisión conlleva problemas de interpretación. Así, en el supuesto más frecuente de que la amenaza se concrete por medio de palabras y se dirija contra un magistrado o un jurado. La cuestión se suscita ya que si bien los arts.224 y R 40-2º, unifican a

nivel de penalidad todas las modalidades comisivas, con lo cual no existe problema alguno en cuanto al medio por el cual se materialice el "outrage", sucede lo contrario en los supuestos previstos en los arts.222 y 223. En ellos se establece una pena más grave (art.222) para el "outrage" cometido por medio de palabras y dirigido contra un magistrado o un jurado, que en el supuesto de amenazas contra los mismos sujetos (art.223). ¿Cuál será el tipo aplicable?. GARRAUD (62) propone el siguiente criterio de distinción: cuando el carácter ultrajante de las palabras pronunciadas resulte de la amenaza misma, sin que esta vaya acompañada de términos injuriosos o de menosprecio, deberemos acudir al supuesto regulado en el art.223 -"outrage" cometido por medio de amenaza-; mientras que, si por el contrario a la amenaza se añaden palabras injuriosas, la regla a aplicar será la del art.222 (63).

Autores como MERLE Y VITU califican esta distinción de "sutil" y de difícil aplicación, por lo que proponen una solución más simple como es la supresión del término "amenazas" de la ennumeración legal (64). Otros como VERON, indican que el problema se debe resolver acudiendo al tipo que sancione la conducta con mayor pena (65).

Respecto a la comisión por medio de **escritos o dibujos no efectuados publicamente** esta expresión debe entenderse en un sentido amplio, incluyendose en la misma el envío dirigido a los sujetos enunciados, de cartas, dactilografías, fotocopias, emblemas etc. siempre y cuando no se hagan públicos, pues de lo contrario la regulación aplicable sería la establecida por la Ley de prensa de 29 de julio de 1.881 (66).

No existe dificultad alguna para que la conducta sea considerada "outrage" si la publicidad tiene lugar por alguno de los medios que expresamente preve la citada ley de prensa en los arts. 23 y 28 (67). El problema, a nivel de principio de legalidad, se suscita cuando el medio de difusión utilizado no es ninguno de los previstos en el mencionado texto legal. Situación, que hoy día puede ser frecuente dados los avances tecnológicos que permiten la utilización de modos de difusión no recogidos en los textos legales. En opinión de BOUCHERON nos encontraríamos ante una situación de hecho, que habriá que solventar teniendo en cuenta los restantes elementos de la infracción que dan lugar al delito de desacato (68). El citado autor parece querer indicarnos que en caso de que concurran los restantes elementos de la infracción, habrá lugar a delito de desacato.

Se incrimina también el envío de cualquier clase de objeto, siempre y cuando por su naturaleza o contenido puedan ser conceptuados como afrentosos o burlescos (69).

D. Ejercicio de la función pública.

A continuación vamos a analizar qué entiende la doctrina francesa por ejercicio de la función pública, así como los problemas que se plantean ante el irregular ejercicio de la misma por parte del funcionario público.

La conducta ofensiva unicamente será constitutiva del delito de "outrage" si se realiza cuando el

sujeto ofendido se encuentra en el ejercicio de sus funciones o bien, si aun no realizándolas, tiene como motivo las mismas.

El tratamiento legal que reciben ambas modalidades es idéntico, esto es, reciben el mismo reproche penal la conducta cometida en cualquiera de ambas circunstancias.

Se entiende que el desacato se ha cometido en **el ejercicio de las funciones públicas** cuando el ofendido actuaba en su calidad de funcionario o de hombre público (70). No es necesario que el sujeto se encuentre en el lugar destinado efectivamente al ejercicio de la función, basta con que esté actuando en el ejercicio de sus funciones (71). En este contexto es preciso reseñar que existen algunos sujetos que se encuentran **permanentemente** en el ejercicio de sus funciones por estarles encomendado un deber constante de vigilancia (por ejemplo, los gendarmes) (72).

El "outrage" se comete **con ocasión del ejercicio de las funciones públicas** cuando viene determinado por la función misma o por los actos cumplidos en ella por el sujeto en su calidad de funcionario (73). La ofensa tendrá que estar necesariamente unida al ejercicio de la función.

¿Qué sucede cuando la ofensa versa sobre un hecho referente a la vida privada?. La imputación de un hecho o cualquier acto de menosprecio referente a la vida privada, integrará el delito de desacato sólo en el caso de que el sujeto se encuentre en el ejercicio de sus funciones (74). Si por el contrario, el sujeto no se halla en el ejercicio de las mismas, la sola

referencia a la cualidad de funcionario, si se hace omisión de la referencia al ejercicio de la función, o de un acto que haga alusión a la misma, es insuficiente para dar lugar al "outrage" (75). En este caso la imputación será constitutiva de un delito de injuria o de difamación, pero no de desacato (76).

Cuando en el momento de la comisión del acto ofensivo el sujeto que recibe la ofensa no ejerce regularmente las funciones que tiene asignadas, esto es, comete un exceso en el ejercicio de las mismas, ¿puede considerares delito de desacato?.

La doctrina penal francesa se muestra unánime a este respecto. Considera que en los casos de exceso en el ejercicio de las funciones que tenga asignadas el funcionario persistirá el delito de "outrage". Será suficiente la mera apariencia de legalidad en el ejercicio de las mismas para la subsistencia del hecho delictivo (77). Como expone GARÇON "las protestas, incluso las más legítimas pueden y deben manifestarse en términos mesurados y nada puede autorizar el empleo de la invectiva y de la injuria". En todo caso, la ilegalidad del acto puede considerarse como una provocación, que tendrá como efecto, si fuese pertinente, atenuar la gravedad del delito, pero no excusar su ilegalidad (78). Esta protección de la "apariencia de legalidad" se basa en la exigencia de preservar el regular ejercicio de la Administración pública.

Unicamente se establece una excepción a esta regla general. Cuando el funcionario lleve a cabo su actuación incurriendo en flagrante ilegalidad (79) momento en que la protección que le dispensa el ordenamiento penal cede ante la manifiesta ilicitud de su

conducta. Solución lógica si se tiene en cuenta que la protección que se otorga al funcionario público no se basa en un privilegio personal, sino en su calidad de personalización de la función pública, del Estado, y por ello cuando se excede ilegalmente en su actuación viola las normas del ordenamiento jurídico, y pierde su condición de representante de la organización estatal.

Puede que gran parte de estos casos impliquen una actuación del funcionario contra intereses de un particular, que si no llegan a constituir delito, serán, al menos, ilegales y, donde cabría cuestionarse la eximente de ejercicio de un derecho. Pero al no utilizar la doctrina francesa las categorías jurídicas dogmáticas de corte germano, su argumentación adolece de casuismo y de falta de fundamentación.

E. La presencia del ofendido.

Uno de los elementos de la descripción típica del "outrage" consiste en que la conducta ofensiva deba ser "recibida" (être reçu) por el ofensor. Lo que induce a cuestionarse la identificación de los términos presencia y percepción.

Dos son las posibilidades a tener en cuenta: la primera en la que la percepción sería equivalente a la necesidad de presencia efectiva del ofendido; y la segunda, en la que bastaría la recepción o conocimiento de la ofensa por parte del ofendido, aunque sea de forma indirecta, lo que podríamos denominar desacato indirecto. Este último permitiría que las ofensas se vertiesen en ausencia del perjudicado.

Autores como CHAUVEAU/HéLIE, realizan una interpretación restrictiva de la norma legal, entendiendo que la ofensa debe dirigirse personalmente, en el caso de que sea oral, o directamente, en cualquiera de los otros supuestos, al ofendido (80). Lo que equivale a identificar presencia del ofendido con necesidad de percepción de la conducta ofensiva.

La jurisprudencia mantiene un criterio distinto (81). Los tribunales franceses admiten la comisión indirecta de la conducta ofensiva siempre y cuando se cumplan dos requisitos: en primer lugar será necesario que la persona ofendida haya tenido conocimiento del escrito injurioso o de las palabras vejatorias, y en la sentencia condenatoria quede suficientemente probado que este conocimiento ha sido efectivo. En segundo, que se demuestre que el culpable haya querido realmente que sus palabras o escrito llegaran a conocimiento del ofendido. Viene admitiéndose esta voluntad del ofensor, cuando éste vierte las ofensas ante una persona que sabe necesariamente transmitirá las mismas al ofendido (82). Luego cabe la comisión del desacato sin la presencia del ofendido. Basta con que éste llegue a tener conocimiento de la ofensa.

Esta postura de la "Court de Cassation" es criticada por la doctrina desde diversos planos.

En primer lugar, y desde la perspectiva del medio comisivo, GARRAUD entiende que este criterio no distingue entre el "outrage" cometido por escrito del efectuado por medio de la palabra. La doctrina jurisprudencial es perfectamente admisible cuando el desacato se comete por medio de escritos. En este supuesto cuando el escrito se envía a un tercero y éste por su

condición está casi obligado a darselo a conocer al sujeto al que se pretende ofender, se puede considerar que nos encontramos ante un desacato cometido directamente contra el funcionario (83).

Por el contrario cuando la conducta ofensiva se ha llevado a cabo de forma oral no entiende el citado autor, cómo podemos imaginar que se pueda producir una ofensa contra una autoridad, por ejemplo, cuando la misma se manifiesta ante un tercero encargado de repetir las palabras injuriosas. Como bien expone GARÇON las palabras se alteran facilmente y en muchas ocasiones se mantienen conversaciones confidenciales, sin que pueda dilucidarse claramente si el sujeto activo desea o no que se transmitan sus opiniones. Además de la versatilidad de las mismas y el proceso de adaptación que pueden sufrir en la trasmisión (84).

El delito de "outrage" se caracteriza por la relación personal y directa entre el ofensor y el ofendido, relación que queda desvirtuada en este supuesto (85).

También es criticada la solución jurisprudencial por VOUIN, quien como ya dijimos solo admite la existencia del tipo cuando la ofensa se produce en presencia del ofendido. Para dicho autor la solución propuesta por la jurisprudencia permite que se considere como "outrage" -y no como simple denuncia calumniosa-, la denuncia dirigida a las autoridades judiciales, imputando determinados hechos contra un funcionario público (con indepencia de su veracidad) siempre y cuando dicho escrito contenga expresiones de menosprecio (86). Lo que conduce a una excesiva ampliación de los términos de la descripción tipica.

F. El elemento subjetivo.

La doctrina francesa es unánime al considerar el delito de "outrage" como eminentemente intencional (87) por lo que solo se admite la comisión dolosa del mismo y se excluye la culposa. El conocimiento del sujeto activo debe abarcar los elementos del tipo. En primer lugar debe conocer que el sujeto hacia el que dirige la conducta ofensiva es alguno de los ennumerados en los preceptos legales, esto es, que se dirige a un funcionario revestido de una cualidad especial, no a una persona privada (88). En segundo, debe tener conciencia del carácter ultrajante u ofensivo de sus expresiones, escritos, dibujos... Cuando estos sean en si mismos deshonorantes éste se podrá presumir (89).

En los supuestos que hemos denominado de "outrage" indirecto, el ofensor tiene que conocer, asimismo, que sus expresiones o escritos van a ser ciertamente transmitidos a su destinatario último (90).

La ignorancia de la cualidad del sujeto al que se dirige la ofensa tiene como virtulidad hacer inaplicable el tipo de desacato; el hecho recibirá, en su caso, la calificación de difamación o injuria contra particulares (91), puesto que el sujeto activo desconoce uno de los elementos esenciales del tipo, como es la cualidad de la persona a la que se está dirigiendo. Lo que significa atipicidad por error de tipo, sea vencible o invencible, dado que no cabe comisión culposa.

Algun autor, como GOYET, parece exigir un elemento especial en el tipo subjetivo, ya que mantiene que el ofensor, además del conocimiento de los

elementos objetivos del injusto, debe tender a menoscabar la autoridad de la persona a la que se dirige (92). En contra de esta exigencia, se manifiesta GARÇON. Para este autor no es necesaria la exigencia de un elemento subjetivo especial, es suficiente que el sujeto activo conozca los elementos objetivos del tipo, pues de lo contrario se estaría obligando al juez a una investigación psicológica sobre los móviles del sujeto activo de difícil apreciación (93). Polémica que nos recuerda la problemática del "animus iniuriandi" en las injurias en el Cp español, a la que aludiremos en su momento (94).

Asímismo habrá de tomarse en consideración a la hora de calibrar la culpabilidad del sujeto, el modo y la forma en que se ha llevado a cabo la conducta ofensiva, así como el nivel intelectual del autor (95). Un comentario efectuado en determinado ambiente puede resultar ofensivo, mientras que en una situación de camaradería, no pasa de ser una manifestación jocosa. El contexto de la ofensa sirve para deducir la intención del sujeto y también para efectuar la valoración del contenido o capacidad ultrajante de la conducta.

4. "Outrage" realizado durante la audiencia de los Tribunales (art.222 ult. pfo. y art.223 ult. pfo.). Tipo cualificado.

En los últimos párrafos de los artículos 222 y 223 se recoge una circunstancia que agrava la penalidad del delito de "outrage": cuando la ofensa tenga lugar durante la audiencia del tribunal y se realice por

medio de palabras, la pena a imponer será de dos a cinco años de prisión (art.222); este mismo hecho, sólo que efectuado por medio de gestos, amenazas o envío de objetos, recibirá una sanción de un mes a dos años, también de prisión (art.223).

Esta cualificación solamente se aplica cuando la conducta se dirige contra magistrados y jurados y, no cuando la ofensa se dirige a otras personas que participan en el proceso (96).

De esta regulación destaca la ausencia de los escritos como medio comisivo para agravar la penalidad. Según GARÇON no significa que la presentación de los mismos durante el proceso quede impune. Habrá que distinguir dos supuestos distintos: en primer lugar la presentación de escritos ofensivos durante la celebración del proceso. Esta situación se puede reconducir sin dificultad al nº1 del art.222. En segundo, la lectura durante la audiencia, de conclusiones conteniendo expresiones de menosprecio. Esta conducta constituirá un verdadero delito de "outrage" ejecutado por medio de palabra del último párrafo del art.222 (97).

Es indiferente que los actos de menosprecio se dirijan individualmente a cada uno de los magistrados o miembros del jurado, que colectivamente a todo el tribunal o jurado (98). Es suficiente que los citados sujetos se encuentren en el ejercicio de sus funciones, con lo cual, como ya se indicó anteriormente, la ofensa puede referirse a situaciones de su vida privada o personal (99).

El fundamento de la citada agravación obedece en palabras de GARRAUD, a que se "ofende grave y

directamente la majestad de la justicia" (100). Esta referencia a la "maiestas" evidencia la importancia que se otorga a la función de juzgar y, la trascendencia del respeto al Poder Judicial, por su labor en la mediación de conflictos. Sin embargo, también deja entrever que la concepción que fundamentaba los delitos de lesa majestad sigue vigente.

El pronunciarse por la protección de la majestad de la Justicia, evoca antiguas concepciones en la configuración del Estaddo. Hoy día, ante un poder democráticamente constituído, parece más lógico, sobre todo cuando la misma doctrina nos habla de la función pública como bien jurídico a proteger en el delito de "outrage", basar la descripción legal en la protección del regular y digno ejercicio de la función de juzgar. Este sería, no sólo el fundamento último de la norma, sino deseablemente el bien jurídico digno de protección. De lo contrario la doctrina científica se habrá limitado a realizar un mero cambio semántico en cuanto al bien jurídico protegido en estos delitos, pero el trasfondo filosófico y político que los sustenta y, en consecuencia, los parámetros de interpretación, se habrán mantenido inalterados.

5. "Outrage à la Justice": arts. 226 y 227 del Código penal.

Las incriminaciones reguladas en los arts. 226 y 227 del Código penal, fueron incorporadas al texto legal, concretamente por la Ordenanza nº 58-1.298 de 23

de diciembre de 1.958, que en su art. 17 recoge ambos supuestos. Como indica VOUIN la descripción típica se corresponde fundamentalmente a la noción jurídica de la figura del Derecho anglosajón, denominada "Contempt of court" (101).

Ambos artículos responden a un mismo fundamento. Se incriminan los comentarios tendentes a perjudicar y desautorizar el crédito y la autoridad de la justicia. Se quiere proteger el correcto funcionamiento de la misma, así como la libertad de los partícipes en el proceso.

En el art. 226, se exige claramente la **publicidad** del comentario para que este sea constitutivo de delito, a lo que se añade que la acción se lleve a cabo en condiciones necesarias para lesionar la autoridad de la justicia o su independencia (102). Mientras que en el art. 227, incrimina los **comentarios tendentes a presionar** tanto a los testigos como a los jueces en el desempeño de su función.

Ambos tipos son infracciones de Derecho común, por lo que quedan excluídas del ámbito de aplicación de la Ley de prensa (103).

Se excluye del ámbito de la tipicidad tanto los comentarios puramente técnicos como los documentos destinados a conseguir la revisión de una condena o de un proceso (104).

6. Coordinación del delito de "outrage" con la Ley de prensa de 29 de julio de 1.881.

La Ley de Prensa de 29 de julio de 1.881, todavía vigente, regula junto a los supuestos de injuria y difamación -delitos contra el honor- algunos casos de agravación cuando el sujeto ofendido es una persona pública. Se plantean, por tanto, supuestos de coincidencia parcial o aparente entre las normas que regulan el delito de "outrage" en el Código penal y la citada ley.

Hemos de partir de la base, como indica mayoritariamente la doctrina (105), de que esta Ley no ha derogado la regulación del Código penal, como claramente expone el art. 68 de la misma (106).

No todos los supuestos recogidos en el Código penal presentan un problema de coincidencia. El conflicto de calificación se produce en la siguiente hipótesis: cuando las ofensas dirigidas a determinados sujetos (agentes de la autoridad, ciudadanos encargados de un servicio público) sean públicas y se efectuen con ocasión del ejercicio de sus funciones, (art. 31 de la Ley de prensa).

La importancia de establecer bajo que ley se encuentra regulado el hecho ofensivo en cuestión, radica en la posibilidad de aplicar la institución de la "exceptio veritatis". Esta despliega su virtualidad en los supuestos de injuria y difamación (107), pero no en los casos de "outrage", a lo que hay que añadir que en un caso nos encontraríamos bajo una ley común y en otro en el ámbito de una ley especial, con sus reglas

específicas en cuanto a procedimiento (108).

La doctrina y la jurisprudencia mantienen posiciones divergentes con respecto a esta situación de doble regulación.

Una parte de la doctrina considera que la Ley de Prensa deroga implícitamente, de manera parcial, los arts. 222 y siguientes del Código penal, por lo que será aplicable la Ley de 1.881 (109).

Otro sector doctrinal acude a las reglas generales del concurso de leyes para solventar el conflicto (110), por lo que será aplicable la regulación que mayor sanción imponga (111).

En cuanto a la jurisprudencia, la "Court de Cassation", en numerosas sentencias, ha dado preferencia a las normas del Código penal. Limita el ámbito de aplicación de la Ley de Prensa a los "outrage" cometidos en lugares o reuniones públicas, que presenten un carácter injurioso o difamatorio e impliquen crítica a las actuaciones de los funcionarios; mientras que, cuando las manifestaciones se traduzcan en groserías más que en críticas, serán los arts. 222 y siguientes los aplicables (112). Es decir, diferencia según la valoración de la expresión afrentosa, delimitando los respectivos ámbitos de cada figura.

Esta solución jurisprudencial es criticada por diversas razones. En primer lugar, porque restringe de manera intolerable la aplicación de la Ley de Prensa (113), extendiendo a su vez el ámbito de aplicación del delito de "outrage". Con la consecuencia que ello conlleva de no poder aplicar la "exceptio veritatis" y,

como pone de relieve BLIN, en una sociedad democrática, es necesario permitir la mayor amplitud posible en el ejercicio del legítimo derecho de crítica, dejando abierta la vía para demostrar que aquello que se imputa es cierto (114). La sanción penal sólo debe abatirse sobre el ciudadano cuando sus afirmaciones son notoriamente falsas o injuriosas.

De otro lado, autores como MERLE y VITU se oponen a la doctrina jurisprudencial, porque según su criterio el texto legal no realiza diferenciación alguna entre ofensas que tengan un contenido crítico y aquellas cuyo contenido sea meramente ofensivo o grosero (115). Luego donde la ley no distingue, tampoco puede distinguir el intérprete.

En mi opinión el planteamiento de la cuestión es erróneo, o al menos no se centra en sus debidos términos. Si como algún autor manifiesta (116), en el delito de "outrage" se protege la autoridad del Estado, mientras que con la Ley de prensa se ampara el honor y la dignidad de los sujetos en ella mencionados, el fallo de la argumentación se encuentra en la falta de concreción y delimitación de estos bienes jurídicos. Si el bien jurídico tutelado por este es la función pública, no podemos hablar de concurso con una norma que lo que pretende proteger es el honor de los particulares, bien sean ciudadanos que no representan los intereses del Estado, bien funcionarios públicos.

Al igual que en otros ordenamientos jurídicos, como veremos con posterioridad, confluyen dos órdenes de ideas que no facilitan la delimitación y aplicación del delito de desacato: de un lado, el hecho de que la

conducta que intregra el citado delito, esté constituída por la misma que en los delitos contra el honor; y de otro, que dicho delito se resiente de su origen -los delitos de lesa majetad- en los que primaba claramente la protección de la "maiestas" del soberano sobre el concepto de regular ejercicio de la función pública, concepto desconocido hasta la implantación de la moderna Administración.

El mero cambio de denominación de los Títulos bajo los que este delito se ubica, no conlleva, como en otro lugar pusimos de relieve, un cambio de mentalidad en el intérprete, que traiciona su intento de adaptación de caducas formas delictivas a nuevos parámetros jurídicos y constitucionales, retomando, muchas veces inconscientemente, antiguas formas de razonamiento, debido quizás a una falta de revisión seria de delitos, que como éste, poseen una gran raigambre jurídica, pero se encuentran necesitados de profunda revisión.

III.BELGICA.

La regulación que establece el Código penal belga para las conductas de desacato, es similar, podríamos decir que casi idéntica, a la establecida por el Código penal francés. Por ello me voy a limitar a realizar un breve repaso por su regulación, ya que la norma que incrimina el menosprecio dirigido contra las autoridades y funcionarios públicos, responde a idénticos principios que la anteriormente estudiada, y una mayor profundidad en el análisis, constituiría una inútil

reiteración.

El delito de "outrage" se regula en el Capítulo II "Des outrages et des violences envers les ministres, les membres des Chambres legislatives, les depositaires de l'Autorité ou de la force publique" del Título V "Des crimes et des délits contre l'ordre public commis par des particuliers" en los arts. 275 a 277 y art. 282.

El Código penal belga reune en un mismo Capítulo, el segundo como acabamos de señalar, los artículos referentes a las conductas dirigidas tanto a "ultrajar" como a causar violencia a diversas categorías de funcionarios públicos y autoridades. Esta unidad sistemática o de ubicación, da pie a considerar, como indican RIGAUX y TROUSSE, que existe identidad en el bien jurídico protegido. Se intenta tutelar la dignidad y la consideración debidas a la autoridad pública que puede verse lesionada por quienes ofenden o lesionan fisicamente a sus depositarios en razón de la función pública que desarrollan (117).

Sin embargo existe acuerdo en la doctrina al considerar el delito de "outrage" como un delito común, que reviste una especial gravedad -estaríamos ante una injuria agravada-, en función de la cualidad específica de los sujetos a quienes se dirige (118). El ataque se destina contra la autoridad, pero su nocividad, va más allá del plano puramente privado, hasta alcanzar uno distinto, el del orden público (119). Con este aserto, puede que los autores quieran indicarnos, que cuando se comete un delito de "outrage", no sólo se lesiona la dignidad de que la autoridad pública se encuentra revestida, sino que además se está produciendo un peligro

para el orden público, deducción que es una mera hipótesis, ya que los comentaristas belgas, al igual que sus colegas franceses, son escasamente prolijos a la hora de explicar y matizar la construcción dogmática de sus respectivos tipos penales.

Además se produce una disfunción en el plano de los intereses objeto de protección. Si como se afirma, el "outrage" es una injuria agravada, en principio el bien jurídico protegido por la norma penal debería ser el honor. La sanción a imponer sufriría una agravación en razón del sujeto que padece la ofensa. Ahora bien, si como también se afirma, su nocividad va más lejos, en realidad parece que se nos quiere indicar que el bien jurídico a proteger es diverso al honor, lo que se deduce de la simple ubicación sistemática del delito en el conjunto del Código penal.

Al igual que en el Derecho francés, tampoco el Código penal belga explicita lo que se entiende por "outrage", su concepto se deriva de una construcción doctrinal que asemeja a la del país vecino, y se entiende por tal "toda expresión de un pensamiento injurioso, que ataca directamente a un funcionario y a sus funciones" (120).

De esta definición se desprenden los dos elementos que caracterizan al delito objeto de estudio. Por un lado, un elemento de carácter material, que está integrado por la exteriorización de un pensamiento de carácter ofensivo. Este carácter ofensivo, dota al delito de "outrage" de un contenido amplio, ya que englobará todas las formas de atentado contra el honor (calumnia, injuria y difamación) (121). Esta expresión de menosprecio puede manifestarse por distintas formas

comisivas: hechos, palabras, gestos y amenazas (122).

El segundo elemento que se desprende del concepto de "outrage", manejado por la doctrina belga, es el elemento subjetivo, esto es, el "animus injuriandi", lo que también los autores belgas denominan un dolo especial (123). La necesaria existencia de este elemento supone, no sólo que el sujeto activo de la conducta conoce la cualidad específica de la que se encuentra revestido el sujeto hacia quien se dirige la conducta ofensiva, sino que además actúa movido por una voluntad de ultrajar, esto es, dirigiendo su actividad a obtener el resultado ofensivo por medio de sus actos o de las palabras proferidas.

La protección dispensada por el Código penal se gradua en función del diverso rango que ostentan los sujetos en el escalafón jerárquico dentro del organigrama de la organización administrativa.

De un lado, la protección se extiende a las autoridades superiores. La ofensa dirigida a estas recibe una sanción penal más grave según señala el art. 275 (124). De otro, se encuentran otros funcionarios públicos y agentes subalternos (art. 276) (125).

También hemos de reseñar, dentro de los sujetos protegidos por la conducta, la inclusión en el art. 282 (126) de los jurados y testigos por razón, bien desu función bien del testimonio que hayan presentado en el proceso.

A este cuadro genérico de sujetos hemos de añadir dos supuestos, que aunque de forma sucinta es necesario reseñar. En primer lugar, el "outrage" regulado

en el art. 277 (127), en el que se recogen los supuestos de ultrajes dirigidos contra los Cuerpos Constituídos, que reciben la misma sanción penal que los dirigidos individualmente contra los miembros de dichos Cuerpos, manteniéndose, a efectos de penalidad, las distinciones establecidas en los artículos precedentes. Debemos entender por dichos Cuerpos Constituídos, la reunión de mandatarios o funcionarios públicos a los que la Constitución, o las leyes, confieren una parte de la autoridad o de la administración pública (128), así las Cámaras legislativas o los Tribunales.

Aquí se puede plantear el problema de que los sujetos que los constituyen pertenezcan a categorías diferentes, esto es, que individualmente se encuadren, bien en el art. 275, bien en el art. 276, con lo que habrá que dilucidar cuál será la sanción a imponer. Para esta hipótesis RIGAUX y TROUSSE, establecen que la pena será la correspondiente al delito más gravemente sancionado, así, el supuesto recogido en el art. 275 (129).

En segundo lugar, en el art. 276 se hace referencia a "toda persona que tenga un carácter público". Según GOEDSSEELS, debemos entender por tal a toda persona que no ejerciendo ninguna de las formas pertenecientes al poder público, está, sin embargo, encargada por la autoridad misma, o bien por aquellos que la representen, de un servicio por razón del cual realizan actos reglamentados (por ejemplo: revisores de los "trams" de Bruselas encargados de mantener el orden en el desarrollo del servicio) (130).

La doctrina belga admite que cualquier persona puede ser sujeto activo del delito, incluso los

mismos funcionarios, así como también pueden ser incriminados por desacto los superiores jerárquicos respecto a la conducta ofensiva dirigida contra un inferior jerárquico (131).

Para la consumación del hecho delictivo, es requisito indispensable la presencia del sujeto ofendido (132).

IV. ITALIA.

1. Evolución legal del delito de "oltraggio".

Aunque sea brevemente, vamos a tratar la evolución legal del delito de "oltraggio" a lo largo de tres periodos diferenciados en la historia legal del ordenamiento jurídico penal italiano. A través de ellos se manifiesta como a pesar de los diversos y diferenciados avatares históricos la configuración de este tipo delictivo apenas sufre variación alguna.

A. La regulación del "oltraggio" en los Códigos pre-unitarios.

La distinción en diferentes capítulos de las conductas dirigidas bien a destruir o poner en peligro al Estado, bien a obstaculizar el desempeño de cada una de sus funciones, es recogida en los Códigos pre-unitarios italianos, en los que se dedica un Capítulo a los delitos contra la seguridad del Estado, y otro, a los delitos contra la Administración pública.

La regulación que se efectua del delito de desacato es practicamente similar en todos ellos (133),

salvo el Código Toscano, incluyéndose el desacato en unTítulo genérico "Degli oltraggi e delle violenze contro i depositari dell'autoritá è della forza pubblica". Como pone de manifiesto PESSINA, esta regulación se encuentra claramente influída por el Código penal francés de 1.810 (134), lo que conlleva, que al igual que en éste, los delitos cometidos contra el Estado acusen un rigor excesivo en su penalidad (135), debido a que nos encontramos ante gobiernos que no se sienten seguros (136) y deben reforzar sus instituciones, usando entre otros medios, el mayor castigo para las conductas dirigidas contra los miembros que conforman el organigrama estatal.

Se castigan como "oltraggio" las injurias dirigidas contra los magistrados del orden administrativo y judicial, cometidas cuando estos se encuentran en el ejercicio de sus funciones o por razón de las mismas (137). Redacción que guarda clara similitud con la propuesta por el legislador de 1.810.

Por el contrario en el Código penal Toscano de 1.853, no se regula el delito de "oltraggio" como figura autónoma, sino que se encuadra en el capítulo "De los delitos contra el buen nombre de otros", en el art. 369, en virtud del cual la pena ordinaria que se impone en los casos de difamación, libelo e injuria, se ve aumentada de 15 días a seis meses, cada una, cuando dichos actos fueren cometidos contra un "pubblico ufficiale" o contra un agente de la fuerza pública en el ejercicio de sus funciones o por causa de las mismas (138).

El desacato queda configurado como una simple figura agravada con respecto a los delitos contra el

honor.

En contraposición a la idea que aflora en los restantes Códigos, en donde el hecho de lesionar el honor o el prestigio de un funcionario público constituye una conducta autónoma, cabe deducir que el legislador toscano está pensando en proteger un interés diverso al amparado en los delitos contra el honor de los particulares.

B. El Código Zanardelli (1.889).

El Código que se promulga el 30 de junio de 1.889, conocido como Código Zanardelli, adopta el esquema que se proponía en la mayoría de los Códigos pre-unitarios: la división en dos grandes capítulos de las conductas que de una manera u otra atentan contra el Estado o su organización. De un lado nos encontramos con un Título que protege la seguridad del Estado, y de otro, aquél en que se recogen los delitos contra la Administración pública. El Código Zanardelli sigue particularmente la sistemática del Código Sardo-Piamontese (139), distinguiendo tres tipos de delitos contra el Estado: delitos contra la seguridad del Estado, delitos contra la Admnistración Pública, y por último, delitos contra la Administración de Justicia.

El delito de desacato viene regulado en el Libro II, Título III "De los delitos contra la Administración pública", Capítulo VIII "Del desacato y de los otros delitos contra personas revestidas de autoridad pública", en los artículos 194 a 199.

No se pretende realizar un análisis exhaustivo de la regulación del delito de desacato en el Código Zanardelli, pero si quisiera reseñar los aspectos más notorios de la misma.

En el art. 194 (140) se incriminan aquellas conductas consistentes en ofender el honor, la reputación o el decoro, de palabra o de hecho, de un miembro del Parlamento o de un "pubblico ufficiale", en su presencia y con motivo de las funciones que ejerce. A estos sujetos, añade el art. 197 los miembros de cualquier cuerpo judicial, político o administrativo, así como los magistrados (141).

Con respecto a la legislación pre-unitaria italiana, el Código Zanardelli presenta la novedad de exigir la presencia del ofendido como elemento del delito. Este sólo podrá cometerse en la presencia del funcionario y con motivo de las funciones que tiene asignadas (art. 194), en caso contrario, esto es, cuando la conducta que se lleva a cabo no esta motivada por las funciones que ejerce el sujeto, pero se realiza en el ejercicio de las mismas, la pena disminuye en un tercio (art. 196) (142). Distinción que desaparece posteriormente de forma definitiva, pasando a castigarse de igual modo las injurias dirigidas contra un funcionario público en su presencia y con motivo del ejercicio de las funciones públicas, que cuando la ofensa viene motivada por causas ajenas a la misma.

El Código diferencia la ofensa dirigida a un funcionario público o a un miembro del Parlamento, de la dirigida a un agente de la fuerza pública, recibiendo esta última menor pena (art. 194, 1º y 2º). Los agentes de la fuerza pública, último peldaño del escalafón admi

nistrativo, poseen, según se deduce del texto legal, un rango "menor" que los restantes miembros que integran la jerarquía administrativa, por ello el ataque al mismo se considera de menor entidad y recibe un menor castigo (143).

En el art. 198 (144) se deniega la facultad de probar la veracidad de los hechos imputados al ofendido. No obstante, la ausencia de la "exceptio veritatis" queda paliada por la posibilidad de alegar la naturaleza arbitraria del acto del funcionario, alegación que tendrá la virtualidad de excluir de responsabilidad penal al ofensor, tal y como recoge el art. 199 (145). Disposición que constituye una garantía de libertad para los ciudadanos en su relación con la autoridad y a la vez garantía del Estado respecto al funcionamiento de sus órganos (146).

Esta disposición se mantiene hasta la entrada en vigor del Código Rocco, en el que desaparece, para reaparecer de nuevo con el DLL de 14 de septiembre de 1.944 n. 288. La exclusión de la eximente de responsabilidad penal por actos arbitrarios del funcionario público en el periodo fascista, nos muestra el modo de entender la Administración y el Estado que tenía el legislador de 1.930; sus funcionarios encarnaban los más altos valores del Estado, de ellos no se podía concebir mácula alguna en su comportamiento, y en consecuencia, no debía dudarse de que ejercían intachablemente la función pública. Es patente la preferencia por mantener el principio de autoridad aún a costa de limitar los derechos de los ciudadanos ante actuaciones arbitrarias de los representantes de los poderes públicos.

C. Regulación actual: Codice Rocco (1.930).

Las nuevas concepciones autoritarias que invaden Europa aquellos años producen una convulsión del principio de separación de poderes y de la concepción del Estado que también afectará al Derecho penal.

El paso del Estado liberal al Estado fascista, y la consiguiente regresión del concepto de libertad individual conduce al refuerzo del poder estatal, concebido como unidad de poder con la consecuente indiferenciación entre actividad administrativa y actividad de gobierno (147). La tendencia a identificar los fines del régimen con los del Estado conlleva inevitablemente una supremacía de lo público sobre lo privado (148).

El Código Rocco será la expresión legal de la situación política en la que nace. En un momento histórico en que la separación de poderes se degrada a una mera distribución de competencias y en la que prevalece el concepto de unidad de la soberanía, el Estado y su aparato administrativo surgirán como centros de poder máximos, cuyo prestigio es necesario mantener incluso ante los ataques más nimios. Este autoritarismo se destila a lo largo de los artículos del Código (149), y se plasma en muchos casos en la agravación que diversos tipos tendrán en su penalidad. Curiosamente la estructura del Código penal no cambia, por el contrario se mantiene intacta. Será la labor hermeneútica basada, como es lógico, en principios ideológico-políticos y culturales diversos a los del anterior régimen político (150), y realizada, no sólo por el legislador en los Trabajos Preparatorios que acompañan al Proyecto de Código penal, sino también por los tribunales y la doctrina,

la que nos conduce a asegurar el carácter marcadamente autoritario con que se conciben determinados tipos penales, entre ellos el que es objeto de estudio en el presente trabajo. Autoritarismo que desafortunadamente no ha sido todavía desterrado del todo, en parte debido, a que el Código Rocco sigue vigente, aunque con serias modificaciones en algunos aspectos, y a la continuidad en la interpretación doctrinal pese a la promulgación de la Constitución de 1.948, y a la tendencia conservadora de la jurisprudencia; incluso, a pesar, de las reiteradas peticiones dirigidas al legislador desde diversas instancias (151), en el sentido de modificar la redacción del texto legal.

La base ideológica del nuevo Estado generará un nuevo concepto de Administración pública, entendida "en el sentido más amplio, comprendiendo la entera actividad del Estado y de los restantes entes públicos. Por ello, con las normas relativas a los delitos contra la Administración pública, se tutela no sólo la actividad administrativa en sentido estricto, técnico, sino, bajo un cierto aspecto, también aquella legislativa y judicial" (152).

En clara contraposición al concepto de Administración pública que se desprendía del Código Zanardelli. Aunque también éste tiende a dar una definición amplia de la misma, se muestra más respetuoso con la separación de poderes, intenta comprender cada función pública pero sin perder de vista que no es posible la equiparación de los órganos legislativos con los ejecutivos y jurisdiccionales y esto, porque el Parlamento no es únicamente un órgano dedicado a la emisión de leyes, sino que fundamentalmente es el depositario de la voluntad popular, y por lo tanto, el que garantiza

los derechos y libertades de los ciudadanos. Constituye un órgano del Estado pero situado "super partes" (153).

Como consecuencia del desmesurado concepto de Administración pública manejado por el régimen fascista, se producirá la correspondiente ampliación del concepto de funcionario público a efectos penales con la inclusión de nuevas figuras como la referente al "incaricato di un pubblico servizio" y la de "persona esercente di un servizio di pubblica utilità" (154). Ambas ausentes en el Código Zanardelli, cuyo art.207 (155) sólo reconocía como funcionarios a efectos de las leyes penales a los citados en la norma.

Los cambios que introduce el legislador de 1.930 se encaminan a procurar una tutela más enérgica de la actividad de los poderes públicos y de los órganos de la Administración (156). En palabras de RAMPIONI "la concepción autoritaria de las relaciones entre administración pública y ciudadanos constituye el fundamento lógico e histórico del sistema penal en exámen." (157).

El desacato viene regulado en el Libro II, Título II "De los delitos contra la Administración pública", Capítulo II "De los delitos de los particulares contra la Admiministración pública", en los artículos 341 a 344.

El texto de los citados artículos no sufre un cambio sustancial respecto a la legislación anterior a 1.930. Son de reseñar como modificaciones, el notable aumento del mínimo de la pena a imponer (158) que aumenta a seis meses; en segundo lugar, la unificación de los antiguos arts. 194 y 196, donde se diferenciaba la

ofensa cometida contra un funcionario en su presencia y por motivo de sus funciones de la efectuada en el acto del ejercicio público de las mismas, pero no por motivo de las funciones que se ejercen, distinción que desaparece, así como la disminución de pena que conllevaba el segundo supuesto; la nueva figura queda regulada en el art.341 (159).

El legislador justifica esta unificación por el hecho de que la ofensa efectuada en el acto del ejercicio de las funciones, aunque no se efectue por motivo de las mismas, no tiene porque ser atenuada ya que "al ser el agente conocedor de tal circunstancia y además el haberla elegido para la ejecución del delito, manifiesta una intensidad de dolo, muchas de las veces no menor de aquel que concurre en las otras hipótesis criminales." (160).

También se suprime el contenido del antiguo art. 199 en el que se regulaba la exención de pena por la ofensa realizada con motivo de un acto arbitrario por parte de un funcionario.

En el art.342 se recoge la segunda modalidad de desacato, caracterizada por los sujetos ofendidos, que en este caso puede ser cualquier Cuerpo político, administrativo o judicial o la autoridad pública constituída en colegio (161). Se trata de lo que podríamos denominar, desacato corporativo, frente al desacato individual que es el cometido contra un "pubblico ufficiale".

Para finalizar, en el art.343 se regula un supuesto paralelo al del art.222 del Código penal francés, en donde se castigan las ofensas al honor y al

prestigio dirigidas contra un magistrado en el momento de la audiencia (162).

Las modificaciones que acabamos de reseñar nos muestran la determinación del legislador de castigar cualquier conducta, independientemente del grado de intensidad del ataque y de su pontecialidad lesiva o de conmoción del interés protegido, siempre y cuando vaya dirigida contra funcionario público. Es indiferente el hecho de que la agresión tenga un carácter personal, esto es, que vaya dirigido contra la persona como individuo particular, no como funcionario; es suficiente el hecho objetivo de que éste se encuentre ejerciendo sus funciones para que el ataque al honor se considere dirigido contra la Administración. No interesa tanto la protección del normal desarrollo de las actividades administrativas, como la del prestigio formal de la Administración pública, y el aseguramiento de un incondicionado respeto-sumisión a la Administración como parte del Estado.

2. El bien jurídico protegido en el delito de "oltraggio".

Amplio ha sido el debate mantenido tanto por la doctrina como por los tribunales italianos en los que se refiere a la configuración, objeto de protección y constitucionalidad del delito objeto de atención.

De los prolíficos estudios efectuados se extraen sustanciales consecuencias que bien pueden

aprovecharse de cara a la interpretación de su homónima figura en Derecho español. Por ello, en el Capítulo Tercero de este trabajo, se realiza un estudio detallado de las diversas posturas mantenidas por la doctrina italiana sobre el problema que depara el bien jurídico protegido en el delito de "oltraggio", así como la cuestión que se ha planteado sobre la posible inconstitucionalidad del mismo. Para evitar inútiles reiteraciones, me remito a la exposición que se efectua en el ya mencionado Capítulo Tercero.

Unicamente reseñar que al igual que en el Código penal francés, el art. 341 del Código penal italiano en la propia descripción típica, hace referencia a que la conducta debe dirigirse a lesionar el honor o el prestigio de los funcionarios públicos ennumerados, centrándose el debate doctrinal en la delimitación de ambos conceptos.

Como se analizará en el próximo capítulo, será precisamente el prestigio de la Administración pública el concepto alrededor del cual girará la discusión sobre el bien jurídico protegido por este delito.

3. Elementos constitutivos del delito.

Para el análisis del delito de "oltraggio", seguiremos el mismo esquema que se utilizó al estudiar el Derecho francés. A continuación se expondrán cada uno de los elementos de la configuración típica.

A. Sujetos afectados por la conducta: análisis de los arts. 357 y 358 del código penal.

Cuatro son las clases de sujetos afectados por la conducta típica: los "pubblici ufficiali" (art.341), los empleados públicos que prestan un servicio público (art. 344), los Cuerpos políticos, administrativos y judiciales (art. 342) y por último los magistrados (art. 343).

Por lo que respecta a los conceptos de magistrado y Cuerpos políticos, administrativos y judiciales, no plantean problemas de relieve, ni en cuanto a su descripción ni delimitación; por ello vamos a centrar nuestra exposición en los conceptos de "pubblico ufficiale" y persona encargada de un servicio público, ambos conceptos conflictivos en el ordenamiento jurídico italiano en cuanto a su delimitación.

El concepto de lo que debe entenderse por "pubblico ufficiale" y por empleado público que presta un servicio público, al igual que sucede en nuestro ordenamiento jurídico, viene determinado por el propio Código penal en los artículos 357 y 358 nº 1.

Según el art. 357 tendrán la consideración de "pubblici ufficiali" todos aquellos empleados del Estado de cualquier ente público, que ejerzan temporal o permanentemente una función pública, legislativa, administrativa o judicial; así como, cualquier otra persona -un ciudadano particular- que temporal o permanentemente, bien gratuitamente o percibiendo una retribución, voluntaria u obligatoriamente, ejerza una función pública, legislativa, administrativa o judicial (163).

El art. 358 cod. pen., ofrece la definición de "encargados de un servicio público" (164). Distingue dos clases de encargados: de un lado, los empleados del Estado, o de cualquier ente público, que presten temporal o permanentemente, un sevicio público. En segundo lugar, cualquier otra persona, que también temporal o permanentemente, gratuitamente o percibiendo una retribución, voluntariamente o por obligación, presta un servicio público.

De esta descripción legal cabe resaltar, en primer lugar, que tal y como indica la propia letra de la ley, las definiciones que nos brinda el Capítulo II "Disposiciones comunes a los Capítulos precedentes" del Título II "De los delitos contra la Administración pública", despliegan su virtualidad a "efectos de la ley penal", esto es, su ámbito de aplicación será exclusivamente el del ordenamiento jurídico penal (165).

En segundo lugar, comprobamos que la diferencia fundamental entre la figura del "pubblico ufficiale" y la de encargado de un servicio público, se encuentra en que el primero ejerce una función pública, mientras que el segundo unicamente presta un servicio público. Habremos de analizar ambos conceptos para poder delimitar ambas figuras.

Adelantamos que el somero análisis que se va a realizar de los conceptos de función pública y servicio público, se efectúa única y exclusivamente desde la perspectiva y los intereses del Derecho penal. Ambos conceptos distan mucho de ser pacíficos, no sólo en el ámbito penalístico como se comprobará a continuación, sino y en mayor medida en el campo del Derecho Administrativo. Estudio que omitimos debido a que su

complejidad desborda con mucho el propósito, los límites y los intereses de este trabajo.

a. Función y servicio públicos.

Las posiciones adoptadas por la doctrina penal italiana respecto a los conceptos de función y servicio públicos, no son pacíficos.

Autores como VANNINI y MANZINI, hacen recaer el acento de distinción en el ejercicio de la potestas. Estaremos ante una función pública, y por tanto ante un "pubbblico ufficiale", cuando éste ejerza "una pública potestas"; la función pública es la expresión de la "potestas" del Estado o de cualquier otro ente público (166), luego los sujetos que cumplan una función relacionada con el Estado que no constituya ejercicio de potestad, estarán cumpliendo simplemente un servicio público.

MANZINI hece recaer el acento, fundamentalmente en el ejercicio de la autoridad. Integrarán la función pública "el conjunto de pensamientos, voluntad y acción que se despliega, con atribuciones de autoridad, en la esfera de los órganos legislativos, administrativos o judiciales, en relación al Estado, o a otros entes públicos, normalmente por obra de los "pubblici ufficiali" y excepcionalmente por particulares." (167). Mientras que en el servicio público no se ejercen funciones de autoridad, sino exclusiva o prevalentemente manuales y encomendadas a personas que no pertenecen a los organismos funcionales del Estado (168).

Para otros, como GRISPIGNI, la diferencia estriba en las diversas finalidades que ambas cumplen. Estaremos ante una función pública cuando la actividad se dirige a la satisfacción de necesidades públicas propias del Estado; mientras que por el contrario, será servicio público, si la actividad que se despliega va encaminada a la satisfacción de necesidades de los sujetos que conforman la sociedad, esto es, de los ciudadanos (169).

En un sentido similar, haciendo también hincapié en los diversos fines que conllevan ambos conceptos, pero con diversas matizaciones, se encuentran quienes piensan que la función pública es la actividad encaminada a realizar los fines propios del Estado, aunque vengan ejercidos por personas extrañas a la Administración pública (170). Mientras que el servicio público se caracteriza por el hecho de ofrecer prestaciones de carácter económico-social asumidas voluntariamente y en régimen de monopolio por el estado (171). En este sentido el servicio público respondería a fines colectivos no esenciales del Estado, pero desde una perspectiva económico-social.

Partiendo de presupuestos radicalmente distintos a los anteriores, se encuentra MALINVERNI. Este autor para llegar a la distinción entre función y servicio públicos, parte del análisis de los diferentes artículos del Código penal, en los que tanto los "pubblici ufficiali" como los encargados de un servicio público sean bien sujetos activos o pasivos del delito. De este estudio pormenorizado, individualiza tres ordenes de actividades propias de la categoría de "pubblico ufficiale": 1) el poder de coacción, 2) la capacidad de emitir documentos que hagan fé pública y 3) el desenvolvi

miento de actividades de notable importancia (172). Por exclusión, aquellos funcionarios que no puedan encuadrarse en ninguno de estos tres supuestos serán los que ejerzan un servicio público.

Son evidentes las dificultades que encuentra la doctrina para deslindar ambos conceptos, a ello debemos añadir que ni siquiera son pacíficos en el ámbito de la doctrina iuspublicista (173). Por ello,ANTOLISEI, desde una perspectiva ecléctica pretende salvar unas dificultades que de antemano reconoce como insalvables (174), debido a la multiplicidad de funciones que hoy en día desarrollan las modernas Administraciones, lo cual conlleva el crecimiento de lo que podríamos denominar zonas grises, esto es, actividades de la Administración de difícil encuadramiento en uno u otro concepto.

Deberá entenderse según ANTOLISEI, por "pubblico ufficiale" quienes forman o concurren a la formación de la voluntad del ente público, quienes poseen poder de autoridad y por último quienes estén revestidos de poder de certificación (175).

Parte de la base de que los "pubblici ufficiali", por el hecho de serlo poseen una mayor responsabilidad cuando infringen los deberes que les corresponden y en contraprestación el ordenamiento jurídico penal les asegura una mayor tutela cuando reciben determinados ataques por parte de los particulares.

b. El funcionario como sujeto activo del delito de desacato.

La dificultad de delimitar los conceptos de "pubblico ufficiale" y empleado público, no es la única que se plantea en lo que se refiere a los sujetos afectados por la conducta constitutiva de desacato. Desde la perspectiva del sujeto activo de la conducta habremos de plantearnos si el funcionario público (176) puede efectivamente actuar como tal o si dicha condición le impide aparecer como autor de desacato.

Es practicamente unánime la doctrina al afirmar que el funcionario público puede ser sujeto activo del delito de desacato (177).

En contra de esta opinión mayoritaria se pronuncia MANZINI, quien establece unas sutiles diferencias en función de si los "pubblici ufficiali" pertenecen o no al mismo departamento, o bien, en cuanto al grado que ocupen dentro del escalafón jerárquico (178). Distinción que tiene en cuenta fundamentalmente el principio de jerarquía y que como tal encuentra su verdadero significado entendiéndolo como principio organizativo de la Administración. Como pone de relieve GRISPIGNI (179), en el campo penal tal distinción no posee un gran valor, aunque quizás pueda tenerse en cuenta a otros efectos, como la posible justificación del hecho en base a criterios de disciplina o bien, que la conducta constituya un ilícito disciplinar, pero no a efectos de la admisión del delito de desacato.

La tesis mantenida por MANZINI significa tanto como afirmar que los órganos de la Administración nunca

pueden actuar ilícitamente ya que en el momento en que así obran pierden la condición de representantes del Estado o de la Administración (180), por lo que sólo podrán ser sujeto activo en cuanto ciudadano particular.

Más razonables son, a mi entender, las argumentaciones de PALAZZO y RICCIO. El primero de ellos observa que en la calificación legal del hecho no deben interferir los particulares deberes existentes entre los funcionarios por el hecho de serlo (181). El segundo, sitúa el criterio de resolución del posible conflicto, en la concepción que del bien jurídico se mantenga. Si lo que se pretende es ofender el honor/decoro de la Administración pública, deberá admitirse en todo caso el desacato entre "pubblici ufficiali" puesto que no se ofende al individuo sino al órgano que representa y éste puede ser ofendido por todos y cada uno de los miembros que conforman la Administración del Estado (182). Si lo que se mantiene como interés digno de protección es el honor/decoro de la Administración, desde una perspectiva enmarcada en el mantenimiento del principio de autoridad frente al ciudadano, -postura de la que en mi opinión parte MANZINI- es evidente que no tiene sentido la admisión del desacato entre "pubblici ufficiali" sobre todo en el supuesto de superior a inferior jerárquico, ya que la autoridad no puede ofenderse a sí misma (183).

B. La conducta ofensiva.

El delito de "oltraggio" se conforma como la ofensa del honor o del prestigio de los sujetos

enunciados en los arts. 341 y ss. del Código penal, como expresamente declara el citado artículo.

La fórmula utilizada por el legislador, es paralela a la empleada en la descripción del delito de injuria (art. 594 cod pen..) donde se hace referencia al honor y decoro de la persona.

El concepto de honor, es paralelo al del citado delito contra los particulares, entendiéndose, en un sentido subjetivo, como el sentimiento que los individuos poseen de sus propias cualidades morales con respecto al ámbito social en que se desenvuelven (184).

El concepto de prestigio es tomado, por la practica totalidad de los autores, de la definición que ofrece el propio legislador en los "Lavori preparatori" al Código penal, entendiendo por el mismo "aquella particular forma de decoro, que pertenece a la dignidad y al respeto, de los que la función pública debe encontrarse rodeada" (185). En consecuencia este último es un bien que pertenece a la función pública y no al individuo/funcionario.

Crítico con esta concepción del prestigio, PALAZZO, opina que sustentar la misma conlleva una ampliación excesiva del ámbito de aplicación del tipo que refuerza, de manera poco compatible con los principios que deben regir un ordenamiento democrático, el principio de autoridad. Además de que dicha interpretación es incompatible con la propia letra de la ley, que atribuye tanto el honor como el prestigio a los sujetos afectados por la conducta y no a la función pública. Para el citado autor el concepto de prestigio debe reconducirse a "las cualidades personales que son presumibles

en el sujeto por el hecho de estar investido de una determinada función pública." (186).

En cuanto a los medios para lesionar o poner en peligro el honor o el prestigio cualquiera será idóneo (187), aunque se habrán de tener en cuenta el lugar, modo y circunstancias que rodean el hecho. Nos encontramos ante un delito eminentemente circunstancial (188).

Para la consumación del hecho delictivo no será necesario que el sujeto (funcionario) se sienta ofendido (189).

Cabe la omisión siempre y cuando la misma este dirigida a ofender al sujeto (190). VANNINI exige tres requisitos para la aceptación de dicha modalidad de acción: en primer lugar, que se trate de un acto jurídicamente obligado a fin de evitar la ofensa del "pubblico ufficiale"; en segundo, que dicha omisión tenga efectivamente capacidad de ofender; y por último, que la misma esté guiada por el "animus iniuriandi" (191).

Por último, siempre y cuando se cumplan los restantes elementos del tipo, tendrán cabida las ofensas que hagan referencia a la vida privada de los sujetos ennumerados (192).

C. Presencia del ofendido y ejercicio de la función pública.

Nos restan de analizar la necesidad o no de la presencia del funcionario en la comisión del hecho

delictivo, así como, el requisito del ejercicio de funciones. Requisitos, que se encuentran estrechamente ligados entre sí.

a. **Presencia del ofendido. Significado de la expresión "al cospetto" del art. 342 cod. pen. Modalidades equiparadas a la presencia inmediata del funcionario.**

Por lo que al requisito de la presencia se refiere, podemos distinguir dos situciones diversas. En primer lugar, la que se denomina presencia inmediata, y la presencia mediata o equiparada a la anterior, como es el uso de medios telefónicos, telegráficos, escritos o dibujos realizados para lograr la comunicación (arts 341.2º y 342.2º).

El requisito de la presencia supone una relación de proximidad física, entre el ofendido y el ofensor, en el sentido de que en condiciones de normalidad puedan ambos verse y oírse (193).

A pesar de que este requisito no venga explicitado en el art.344 del Código penal ("oltraggio" a empleado público), la propia estructura de los diversos tipos de desacato enunciados por el legislador, conducen a interpretar que también en dicha modalidad es necesaria la misma (194), ya que más que ante un tipo diverso de desacato, estamos ante una modalidad del mismo que se diferencia del recogido en el art. 341 por el sujeto afectado por la conducta.

El requisito de la presencia del ofendido nos

conduce a la cuestión de si el mismo puede equipararse a la percepción de la ofensa por el sujeto. En este punto la doctrina se encuentra dividida. Para algunos autores como MANZINI, bastará para la consumación del delito el hecho de que el sujeto tenga posibilidad de percibirla, sin que sea necesaria la efectiva audición de la misma (195).

Otros sin embargo, son de la opinión, de que el requisito de la presencia exigido por la ley, requiere que el ofendido perciba la palabra ofensiva directamente (196).

En caso de que la ofensa se produjese en ausencia del funcionario, no estaríamos ante un delito de "oltraggio", sino ante una difamación, agravada en su caso por el hecho de cometer la ofensa contra un funcionario (art. 61 n.10). (197).

El art.342 cod. pen. utiliza una expresión particular para referirse a esta misma circunstancia: "al cospetto", que la doctrina hace equivalente al vocablo presencia (198). Algún autor, como MAGGIORE matiza esta opinión, entendiendo que el citado vocablo evoca una relación más estrecha que la que sugiere la simple presencia (199).

Este mismo artículo ("oltraggio" a cuerpo político, administrativo o judicial) obvia entre sus formas comisivas la posibilidad de ofensa por medio de sistema telefónico, preveyendo sin embargo el uso del telégrafo, o del medio escrito. Esto se debe a que la comunicación telefónica no puede ser recibida por todos los miembros de los organismos afectados a la vez (200), y si este tipo se caracteriza por la ofensa dirigida al

conjunto de miembros de un organismo, es claro que ante la imposibilidad de realizarla por medio del teléfono, no tenga lugar como medio comisivo.

Cuatro son las hipótesis que la ley ha previsto de presencia mediata: el uso del teléfono, del telégrafo, el medio escrito y el envío de dibujos. Este elenco se entiende de forma restrictiva, de modo que no puede darse una equiparación con otros medios por vía analógica (201). Estos medios son equiparados a la necesaria presencia del ofendido porque las ofensas producidas por su utilización son directamente perceptibles por el sujeto aunque no se de la presencia material de ofendido y ofensor (202). La comunicación debe ir dirigida, forzosamente, contra el funcionario (203), lo cual excluye como "oltraggio" el dibujo o escrito, por ejemplo, ubicado en la vía pública y ofensivo para un tribunal, ya que este se dirige "al público" en general pero no directamente al órgano que se pretende ofender.

En estos supuestos, para la realización del delito no es suficiente, como ya indica la propia descripción legal, que el sujeto se encuentre en el ejercicio de sus funciones, sino que la ofensa debe efectuarse por causa de las funciones que se ejerzan (204).

b. **Ejercicio de la función pública.**

Uno de los elementos fundamentales del delito de "oltraggio" y que determina la especificidad de éste, junto al de la cualidad de la persona ofendida, es la exigencia de que el acto ofensivo se produzca cuando los sujetos se encuentren en el ejercicio de sus

funciones.

Este nexo entre la ofensa y la función se determina, legalmente, de dos formas diversas: de un lado, y siguiendo la nomenclatura que utiliza PALAZZO, por la relación de contextualidad, en el sentido de que la ofensa debe ser contemporánea al ejercicio de la función o del servicio; y en segundo lugar, por la relación de causalidad psicológica, donde la ofensa debe venir motivada por razón de las funciones ejercidas (205).

Para considerar que estamos ante un delito de "oltraggio", es suficiente que la conducta ofensiva se haya llevado a cabo durante el ejercicio de las funciones del sujeto, no es necesario que la conducta haga referencia a las mismas. En consecuencia, puede versar sobre hechos referentes a la vida privada del ofendido (206).

Si la ofensa se produce fuera del ejercicio de las mismas, la acción podrá constituir un delito de injuria, pero no de desacato (207).

Se plantea un problema con respecto a los sujetos a los que tradicionalmente se ha venido considerando que se encuentran en el ejercicio permanente de funciones públicas, como las fuerzas de orden público. Algún sector doctrinal, entiende que debido a esta característica, siempre y en cualquier momento pueden ser objeto de desacato (208). Esta interpretación del tipo, que le confiere una amplitud desmesurada, tiene lugar por la confusión que se produce entre ejercicio permanente de funciones o servicios y actualidad de los mismos. El ejercicio permanente es una situación que a

determinados sujetos les viene impuesta por ley para que en ciertos momentos, cuando se verifiquen las condiciones necesarias, estén facultados para actuar, momento en que la función se actualiza (209). Partiendo de esta distinción, el delito de desacato unicamente podrá producirse cuando el sujeto se halle actuando en el ejercicio de su función, de lo contrario nos encontraríamos ante situaciones irracionales (210).

Resultaría paradójico que estos sujetos pudiesen ser objeto de desacato en cualquier momento por varias razones. En primer lugar, como ya se apuntó, porque supone una interpretación extensiva del tipo por vía de considerar el ejercicio de funciones más que como elemento delimitador, como elemento amplificador del mismo; en segundo, porque supone una contradicción con respecto al tan manido principio de autoridad que se quiere proteger (contradicción que a mi parecer se produce evidentemente en autores como MANZINI). Si se lleva hasta sus últimas consecuencias la protección y salvaguarda de dicho principio, lo lógico sería la constante protección de las autoridades o en su caso de los "pubblici ufficiali" como sujetos más cercanos al poder y en consecuencia detentadores de una mayor autoridad; sin embargo resulta paradójico que con la interpretación tradicional que se mantiene los sujetos que resultan protegidos en mayor medida sean precisamente los que se encuentran más alejados de los centros decisionales y por tanto detentadores de poder, como son las fuerzas de seguridad del Estado.

Para finalizar, añadir, que aún en el supuesto de que el "pubblico ufficiale" haya dejado de ser funcionario y haya cesado como tal, el art. 360 del Código penal (211) preve la subsistencia del delito siempre y

cuando la conducta ofensiva se refiera a alguno de los actos que ejecutó como funcionario.

En lo que respecta al que hemos denominado **nexo de causalidad psicológico** o acción cometida a causa del ejercicio de la función o servicio públicos, PALAZZO, utiliza esta denominación por considerar que este requisito pertenece, no tanto a los elemnentos objetivos, sino al subjetivo o psicológico. Se trata, a su modo de ver, "de un dolo legislativamente cualificado por su procedimiento de formación" (212).

El nexo causal entre la ofensa y la función o el servicio, debe probarse, no basta la mera presunción motivada por la cualidad del sujeto (213).

D. El Elemento subjetivo.

El delito de "oltraggio" unicamente admite la comisión dolosa (214). El dolo debe abarcar el conocimiento del significado ofensivo de las expresiones utilizadas; en segundo lugar, la posible o cierta percepción de la ofensa por parte del ofendido, así como el conocimiento de la cualidad del sujeto hacia quien se dirije (215).

Es suficiente con que el sujeto activo sepa que la persona a la que se dirije es un individuo revestido de cualidad pública, sin necesidad de que su conocimiento abarque el cargo especifico que éste ostenta (216).

Unicamente VANNINI defiende la necesidad y

existencia del denominado "animus iniuriandi". El citado autor plantea que "Además del dolo es necesario el 'animus iniuriandi', o sea, la intención de ofender el prestigio o el honor del 'pubblico ufficiale'. Es necesario, en otras palabras, un dolo intencional. Tal dolo queda excluído cuando el hecho se haya cometido con 'animus corrigendi, iocandi, o consulendi'." (217).

Esta exigencia es criticada, recientemente, por PALAZZO, para quien la antigua teoría denominada de los "animus", resulta inaceptable hoy día, ya que dogmáticamente es más conveniente el recurso a las causas de justificación: "parece más conforme a los principios del ordenamiento absolver del delito de injuria o de desacato no solo y no tanto porque el comportamiento ofensivo haya sido motivado por un fin 'social', sino porque y sobre todo tal fin 'social' se encuentre efectivamente reconocido por el ordenamiento jurídico, que consiente o incluso impone la ofensa en cuanto haya sido cometida en particulares situaciones de exención legislativamente indicadas." (218).

E. Circunstancias que agravan la conducta.

Tres son las circunstancias agravantes especificas que preven los artículos 341 y siguientes del Código penal italiano. Todas ellas tienen carácter objetivo, lo cual supone, en este caso, la comunicabilidad de las mismas a los partícipes en el delito (219).

Estas tres circunstancias son: la atribución de un hecho determinado (fatto determinato); la comisión del hecho por medio de violencia o amenazas y por

último la ejecución de la conducta en presencia de una o más personas.

a. **Imputación de un hecho determinado.**

El fundamento de esta agravante se encuentra en la mayor humillación que puede sentir el ofendido cuando lo que se le imputa es un hecho detallado y determinado, en vez de uno difuso y vago (220).

Esta fundamentación que a su vez es idéntica para esta misma circunstancia en el delito de injuria (221), no justifica a juicio de PALAZZO el incremento de pena en el delito de "oltraggio" ya que no parece que la atribución determinada y específica de un hecho, al menos en los casos en que el mismo haga referencia a actuaciones ajenas a la función o al servicio públicos, conlleve una mayor ofensa al prestigio de las instituciones, sino en todo caso una mayor turbación al funcionario como sujeto individual y no como integrante de la organización administrativa (222).

¿Qué se entiende por hecho determinado?. Es difícil precisarlo y son numerosas las distintas teorías que la doctrina y la jurisprudencia han mantenido al respecto (223). En síntesis podríamos decir que cuando se relata un hecho de forma precisa, describiendo las corcunstancias de lugar y tiempo (224) en que se ha desarrollado, esto es, cuando se encuentra individualizado (225), podemos decir que estamos ante un "fatto determinato".

El hecho debe ser en sí ofensivo (226), aunque

no es necesario que el mismo sea ilícito o antijurídico (227). Ahora bien, debe ser creíble y posible (228); el relato y consiguiente imputación de un hecho fantástico y con visos de inverosimilitud, no dará lugar nunca a la agravación. Además a juicio de GRISPIGNI, es indiferente la verdad o falsedad de la imputación (229), lo cual lleva a plantearnos la cuestión de la admisión en su caso de la "exceptio veritatis" o prueba de la verdad. El art. 5 del DLL de 14 de septiembre de 1.944 n. 288 , establece en su nº 1 que cuando la ofensa consista en la atribución de un hecho determinado referente al ejercicio de sus funciones, y la persona ofendida sea un "pubblico ufficiale", se admitirá la prueba de la veracidad del mismo (230). En este punto la doctrina se encuentra dividida, autores como MANZINI, niegan su aplicación al delito de "oltraggio" (231) ya que dicha excepción es sólo aplicable a los casos de injuria y difamación, como delitos contra los particulares; mientras que otros como ANTOLISEI, la admiten cuando el hecho imputado haga referencia al ejercicio de la función pública y no a causas personales (232).

Dada la diversa fundamentación de esta agravante con respecto a las otras dos que a continuación analizaremos, es compatible la concurrencia con las mismas (233).

B. Violencia y amenazas.

Esta agravante se fundamenta en la mayor peligrosidad que demuestra el sujeto activo con su conducta, así como la mayor gravedad del hecho, que puede poner en peligro la integridad física del ofendido (234).

Tanto la violencia como la resistencia tienen que ir encaminadas a ofender al funcionario, y ello para deslindar dicha agravación de los correspondientes delitos autónomos de violencia y resistencia (arts. 336 y 337 cod. pen.). Mientras que en estos la pretensión del sujeto activo se encamina a la constricción del funcionario para que efectúe un acto contrario a Derecho o bien lo omita, en el caso de las violencias o amenazas; o impedir que se ejecute un acto de la función, en el caso de la resistencia. En el desacato sólo tenemos un desahogo violento, una explosión de sentimientos hostiles (235).

La violencia física que se ejerza sobre el ofendido, no puede exceder en ningún caso el límite del simple golpe pues de lo contrario estaríamos ante un tipo delictivo diverso (236) bien contra la vida, bien contra la integridad física individual, agravado por el n.10 del art. 61.

c. Presencia de una o varias personas.

El hecho de que el delito de desacato resulte agravado por la presencia de una o varias personas, tiene un doble fundamento: de un lado, el mayor daño moral que causa al ofendido el hecho de que la ofensa sea efectuada ante terceros (237); de otro, conlleva un mayor desprestigio para las instituciones, debido al eco que adquiere el delito por el hecho de la concurrencia de diversos sujetos (238).

El supuesto recogido en el art. 342 -"oltraggio" dirigido contra un magistrado durante la

audiencia- no preve la agravante de presencia de terceros puesto que se trata de un requisito implicito en el tipo penal en cuestión. El hecho de que la ofensa, para poder constituir delito de desacato, deba ejecutarse durante la audiencia, conlleva implicitamente la necesaria presencia de otros sujetos durante la comisión de la misma.

La descripción legal no requiere la efectiva percepción por parte de los terceros de la ofensa pronunciada (239). Pero al menos deberá subsistir la posibilidad de dicha percepción.

No es pacífica la doctrina en lo que respecta a la concurrencia de la agravante cuando existan pluralidad de sujetos activos y pasivos en el delito. Algunos autores opinan que la agravante no concurre cuando los presentes sean sujetos activos del delito (240). Cuando la pluralidad proviene de los sujetos ofendidos, autores como RICCIO (241) creen que cada uno de ellos actúa como tercero con respecto a los otros. Otros como MANZINI, mantienen la opinión contraria, no se justifica en estos casos la agravación puesto que la ley se refiere a personas ajenas al hecho delictivo (242).

Puede ocurrir que los terceros que presencien la conducta ofensiva sean absolutamente necesarios para la comisión de la misma. ¿Se agrava en este caso el delito?. También en este supuesto es discrepante la doctrina, algunos autores son partidarios de la aplicación de la agravante (243), y otros le niegan ese carácter (244).

Esta circunstancia puede concurrir con cualquiera de las dos anteriores (245).

4. Exceso en el ejercicio de la función: actos arbitrarios. (art.4 del D.L.L. de 14 de septiembre de 1.944 n.288).

A. Antecedentes y fundamento.

El art. 4 del D.L.L. de 14 de septiembre de 1.944 regula el instituto de la reacción ilegítima a los actos arbitrarios del "pubblico ufficiale" o del encargado de un servicio público. Al autor de un ofensa dirigida contra estos sujetos, no le será aplicable el tipo de desacato cuando aquellos hayan dado lugar a la misma excediéndose de sus atribuciones con actos arbitrarios (246).

Como indica VENDITTI (247) esta figura responde antes a una cuestión filosófica-política que jurídica. Se encuentra estrechamente unida a la concepción del Estado que se mantenga (248).

Efectivamente, el antecedente más próximo de este art. 4, lo encontramos en los arts. 192 y 199 del Codice Zanardelli, Código que se corresponde con una visión del Estado liberal y más democrática que la que mantuvo el Código Rocco, pues las escasas modificaciones que este Código introdujo en la regulación del "oltraggio", no fueron de poca relevancia, como en concreto la derogación de esta causa de exclusión del delito.

La diferencia básica entre ambos Códigos en este punto estriba en que en el primero de ellos prima la exigencia de tutelar los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, derechos que se salvaguardan

contra cualquier manifestación de abuso o prepotencia del Estado (249); mientras que el Código Rocco responde a un modelo autoritario, en el que prima la defensa a ultranza de los órganos que representan al Estado, amén de un desprecio por las libertades individuales, lo que conduce a la represión de cualquier manifestación contra la autoridad, independientemente de que esta se haya ejercido justa o injustamente (250).

El legislador de 1.930 trató de enmascarar esta derogación acudiendo al expediente de la eximente de legítima defensa, al proponer esta figura como sustitutiva de los antiguos arts. 192 y 199 del Código Zanardelli, intentando demostrar que esta posee un campo de aplicación mayor que aquellos (251), y aunque este planteamiento ha sido seguido por algún sector doctrinal (252), es evidente que la sustitución de una figura por otra no conlleva, precisamente, ventajas para el actor, debido a los especiales requisitos necesarios para la aplicación de la legítima defensa, que en definitiva nos conduce a una aplicación más restrictiva (253).

El fundamento de esta exención se encuentra, en palabras de ANTOLISEI, en la "necesidad de garantizar la libertad de los particulares contra los excesos de los funcionarios, a lo que hay que añadir, que sería inicuo castigar comportamientos que constituyen una reacción psicológica natural frente a graves incorrecciones cometidas por quienes, justo porque representan la autoridad y la dignidad de la Administración pública, se encuentran, más que otros, obligados a obsevar el cumplimiento de la ley" (254).

B. **Concepto de acto arbitrario.**

Para exonerar al ofensor, el art. 4 requiere que el funcionario haya actuado excediéndose con actos arbitrarios a los límites de sus atribuciones, por lo que habremos de delimitar qué se viene entendiendo por actos arbitrarios.

El significado del concepto arbitrariedad es controvertido en la doctrina italiana. Para algún autor, será suficiente la **ilegitimidad objetiva** del acto, para considerarlo arbitrario (255). La ilegitimidad se refiere al acto en sí y por si mismo, la arbitrariedad al comportamiento del funcionario que lleva a cabo la actuación ilegítima. Aquí, se hace recaer el acento en la relación subjetiva entre el acto y el funcionario. No se trata de dos hechos diferentes -un acto ilegítimo preexistente al que se añade un 'plus', que constituiría la arbitrariedad- sino de un mismo fenómeno enfocado desde un plano objetivo y subjetivo. El arbitrio, como tal, cualifica exclusivamente la conducta (256).

Otros autores, sin embargo, parten del presupuesto de que la ilegitimidad del acto se encuentra implícita en la regulación legal, pues esta habla claramente de 'exceso', luego la arbitrariedad debe significar algo más (257). Desde esta perspectiva la arbitrariedad se caracterizaría por dos rasgos fundamentales: en primer lugar, por un elemento objetivo, que se traduce en la violación de la norma que regula el cumplimiento de la actividad o bien en las incorrecciones sobre los modos elementales de comportamiento dentro de los usos sociales; el segundo, de caracter subjetivo,

consistente en el conocimiento por parte del funcionario del exceso cometido (258).

En contra de esta opinión se manifiesta CRESPI, para quien "La legitimidad del acto no puede hacerse depender de la relación subjetiva que se produce entre aquel que lleva a cabo el acto y los presupuestos sustanciales que deberían justificarlo, en cuanto que es legítimo el acto que objetivamente corresponde a aquellos presupuestos, independientemente del convencimiento del 'pubblico ufficiale'." (259).

La jurisprudencia italiana, se ha decantado por un criterio subjetivo (260). Para considerar un acto como arbitrario, no será suficiente la mera ilegitimidad del mismo, el "pubblico ufficiale" debe exceder los límites de las funciones que le son atribuídas con conocimiento y voluntad de perseguir un fin extraño a sus funciones, o bien, adoptar medios o formas no consentidas por el ordenamiento jurídico.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la exención de responsabilidad en estos casos, son diversas las posturas mantenidas. ANTOLISEI, opina que nos encontramos ante una causa de justificación, y por tanto se excluye la antijuridicidad del hecho (261). Otros autores, como VANNINI, consideran que no podemos hablar de causa de justificación, ya que el sujeto con su actuación no intenta refrenar al funcionario, sino que actúa movido por la venganza, insultando u ofendiendo. Este comportamiento no puede encontrarse justificado (262). Estaríamos ante una causa que excluye la punibilidad (263). La doctrina jurisprudencial se decanta por considerarla como una eximente especial, que deja subsistir la antijuridicidad del hecho (264).

El art. 4 contiene una omisión en su redacción, no menciona al art. 344 del Cod. pen., lo que nos llevaría, realizando una intrepretación estricta de la norma, a que los casos en que la ofensa fuese dirigida contra un encargado de un servicio público, no habría lugar a la aplicación del citado art. 4, y por tanto subsistiría el delito de desacato. Dos son los argumentos que se han empleado para afirmar la inclusión del citado artículo en de los supuestos regulados en el art. 4: VANNINI indica que quien puede lo más, puede lo menos, luego si en éste se incluyen todas las normas referentes al delito de desacato también podremos incluir la única que se exceptua (265). Más consistente es el argumento que proporciona CRESPI, según este autor, la propia redacción del citado artículo nos da la clave para resolver el conflicto planteado, ya que menciona entre los sujetos que pueden actuar arbitrariamente a los encargados de un servicio público. Dicha mención no tendría sentido sino incluímos el art. 344 entre los supuestos de exclusión. Nos encontramos simplemente ante un olvido del legislador (266).

MODELO GERMANICO: ausencia de una figura típica de desacato.

Los tres países que se incluyen en el que hemos denominado modelo germánico -Suiza, Austria, Alemania-, se caracterizan por carecer en sus respectivos ordenamientos jurídicos de un tipo específico, que responda a las características del delito de desacato.

De esta ausencia se deriva el que las conductas injuriosas, o de menosprecio en general, dirigidas contra autoridades o funcionarios públicos tengan la misma consideración que las dirigidas contra los particulares, esto es, que todas ellas se consideren como delitos contra el honor.

A partir de esta base común, encontramos elementos diferenciadores en estos ordenamientos jurídicos. Mientras que en Suiza y Austria estas conductas reciben idéntico tratamiento que las dirigidas contra particulares, la legislación alemana, dentro de este mismo marco, introduce una mayor sanción penal cuando la ofensa se dirige contra una persona que "está en la vida política del pueblo".

Cabe resaltar, en este último caso, cómo la agravación no gira alrededor del concepto genérico de funcionario público, esto es, de persona ligada orgánicamente a la Administración del Estado, sino en torno a

un concepto más amplio, que como a continuación veremos, se caracteriza por la influencia que el sujeto despliega en la vida política de la República Federal. Concepto de matices muy distintos al defendido por los países que incluímos en el modelo latino.

I.SUIZA

El Código penal suizo carece de una regulación específica equivalente a nuestro delito de desacato. Unicamente en el § 296 del Título XVI "Crímenes o delitos que comprometan las relaciones con el extranjero" regula el supuesto de quienes publicamente ultrajen a un Estado extranjero a través de la persona de su jefe de Estado, su gobierno o sus agentes diplomáticos o delegados oficiales en alguna conferencia diplomática que se desarrolle en Suiza.

Las acciones dirigidas a injuriar o calumniar a una autoridad o a un funcionario público, se ubican necesariamente en el Título III "Infracciones contra el honor y contra el ámbito secreto o privado", § 173 y siguientes. Lo que implica, al carecer de un tipo autónomo, que estos hechos constituyen un ataque al honor de los sujetos -funcionarios- idéntico al causado contra los ciudadanos particulares.

El Código penal suizo regula tres supuestos distintos de delitos contra el honor; de una parte la difamación § 173 (267), la calumnia en el § 174 (268),

y por último como tipo residual, la injuria en el § 177 (269).

El titular del bien jurídico protegido por estas infracciones, es cualquier persona física (270), lo cual supone que se incluye en el ámbito de su aplicación a los funcionarios públicos del gobierno suizo, ya sea federal o cantonal. Cómo explícitamente observa LOGOZ, contrariamente a la regulación establecida por los códigos cantonales con anterioridad a la promulgación del Código penal Federal de 1.853, el código no establece una cualificación (agravación de la sanción penal) cuando las conductas dirigidas contra el honor, tienen por objeto a una autoridad o a un funcionario público (271).

Estos, cuando reciban una ofensa a título individual, esto es, como personas físicas, independientemente de que haga referencia a su actuación como representantes del Estado o a su vida privada, recibirán idéntica protección que un particular. Incluso el Presidente Federal deberá querellarse si es injuriado o difamado.

Esta falta de regulación específica, responde según NOLL, a la tradición suiza en la que los cargos públicos no gozan de una especial protección penal, en lo que a los delitos contra el honor se refiere, ya que si ésta se hiciese efectiva podría asociarse con el antiguo delito de lesa majestad (272), asociación que al parecer produce un sentimiento de rechazo tanto en la doctrina como en el legislador suizos.

Como hemos apuntado, víctima del delito puede ser cualquier persona física, determinada o al menos

determinable. En cuanto a "colectividades" se han de distinguir dos supuestos distintos. En primer lugar cuando la imputación o la ofensa se dirige contra **colectividades no organizadas**, como por ejemplo, contra los jueces en general o los funcionarios federales. En este supuesto y, desde el punto de vista procesal, no se encuentran como tal colectivo legitimados para interponer querella, ya que carecen de capacidad de actuación en el proceso. Unicamente en el caso de que sean determinables uno o varios sujetos de ese colectivo, podrán iniciar, a título individual, el proceso penal (273).

Cuando la ofensa vaya dirigida contra **órganos públicos** [Behörden], tendrá que interponer la querella, individualmente, cada miembro del correspondiente órgano ya que éste como tal, al carecer de personalidad jurídica, no tiene capacidad para ello (274). En este supuesto se encuadran el Consejo municipal, el Consejo Federal o el Consejo de gobierno. No se está protegiendo el honor de los órganos colectivos, sino individualmente el de cada uno de sus miembros.

El Código penal suizo, coherente con su defensa a ultranza de la igualdad de todos los ciudadanos en materia de protección del honor, no establece distinción alguna en cuanto a las condiciones de perseguibilidad del delito cuando los sujetos afectados son autoridades o funcionarios públicos. La regla general, que no conoce excepción, es que para el inicio del proceso será necesaria la querella por parte del ofendido, cabe a la legislación cantonal el establecimiento de las diversas modalidades de actuación (275).

II.AUSTRIA.

Al igual que en Suiza, el ordenamiento penal austriaco desconoce la figura del desacato. En el Título IV de la Parte especial "Acciones punibles contra el honor", unicamente se regulan los delitos de difamación, en el § 111 y el de injurias, § 115, careciendo el Código no sólo de un tipo específico para las conductas menospreciantes dirigidas contra la autoridad o los funcionarios públicos, sino también de una agravación de la penalidad cuando son estos los sujetos afectados. De lo que se deduce claramente que la protección dispensada por el Código penal ante los ataques al honor, es idéntica para funcionarios públicos que para el resto de ciudadanos. El bien jurídico protegido es el honor de las personas, independientemente de que ostenten un cargo público o sean simples ciudadanos.

Unicamente encontramos en este mismo Título un supuesto especial recogido en el § 116, y que se refiere a las injurias dirigidas contra una Corporación constitucional representativa, el Ejercito Federal, o una sección autónoma del mismo, o contra un órgano público (276).

Un somero análisis de la génesis y regulación de este parágrafo puede clarificarnos el por qué de la ausencia de un tipo autónomo equivalente a nuestro desacato en la legislación austriaca.

La regulación que se efectua de los delitos contra el honor, parte del presupuesto de que objeto de una injuria unicamente puede ser una persona física

(277). Debido a ello se consideró necesaria la inclusión del § 116 en el Código penal como tipo específico. En él se declaran punibles las injurias dirigidas contra personas jurídicas y determinadas instituciones. Como indica la propuesta del Gobierno de un nuevo Código penal, el fundamento de esta inclusión se encuentra en el hecho de que resultaría insatisfactorio dejar impunes las injurias dirigidas contra los altos organismos del Estado cuando falta una determinación de qué persona física ha sido afectada concretamente por la injuria (278).

El proyecto presentado por el Gobierno se declara partidario de la abolición de privilegios, pero no obstante, pretende evitar una disminución en la protección de las personas que encarnan o se encuentran tras los órganos del Estado. Lo que tampoco puede conllevar una protección más estricta -mayor sanción penal-, para estos supuestos que la prevista para las injurias dirigidas contra particulares (279).

Los órganos del Estado que gozan de esta protección (280), la disfrutan en tanto en cuanto no sea reconocible la persona individual afectada por la injuria (281), pues de lo contrario se ha de acudir a la regulación general del § 111. Por ello se excluye del elenco de órganos ennumerados en el § 116 a los órganos unipersonales -cualquier autoridad o funcionario público-, incluído el Presidente Federal, puesto que éstos como personas individuales ya son objeto de protección en el delito de injurias (282). Es más, si se incluyese en la regulación del § 116 a los sujetos pertenecientes a los órganos unipersonales, se estaría limitando su capacidad pasiva de injuria, puesto que uno de los requisitos que impone el citado parágrafo, es que la

injuria tenga lugar públicamente, requisito no exigido por el § 111 (283).

Presupuestos para la protección de los órganos mencionados son: en primer lugar que se cometa, bien una difamación, bien una injuria, en relación con las actividades públicas que desarrollan; y en segundo lugar, que las ofensas se hayan cometido públicamente.

Como expresamente menciona el propio § 116, es aplicable a este supuesto la norma general sobre la "exceptio veritatis" (§ 112) (284) y la eximente específica del § 114, impunidad motivada por ejercer un derecho o coacción en especiales circunstancias (285).

La única diferencia existente en estos delitos contra el honor, cuando la persona afectada es un particular o un órgano del Estado, estriba en las condiciones de perseguibilidad, en la legitimación para la persecución del hecho delictivo (§ 117).

Estos delitos, como regla general, unicamente son perseguibles a instancia de parte. Por lo que a nosotros nos interesa, caben resaltar dos excepciones a este principio general.

La primera, cuando los sujetos afectados son los mencionados en el § 116. En este caso el procedimiento se iniciará de oficio. Es lo que se denomina un delito de autorización [Ermächtigungsdelikt] (286). Queda excluída la acción privada, ya que para la iniciación del procedimiento será necesaria la autorización del Cuerpo representativo o del órgano público (en el supuesto de que la ofensa se dirija contra el Ejército, la autorización deberá recabarse del Ministerio Federal

de la Defensa Nacional).

En el caso de concurso ideal entre injuria a alguno de los órganos mencionados y a alguno o varios de sus miembros, no pierden los sujetos individuales el derecho de acusación particular (287).

Si los hechos se cometen contra un funcionario durante el ejercicio de sus funciones o en relación con actividades de su cargo, será el ministerio público quien persiga el hecho, pero es necesaria la autorización del lesionado y de su superior (288). El plazo para iniciar la acción comienza a computarse desde que el ofendido tiene conocimiento del hecho ofensivo (289).

El acusador público no tiene por qué analizar si la persecución del hecho es necesaria para los intereses públicos. Será el superior jerárquico del ofendido, el que concede la autorización, quien considere la necesidad o no de la interposición de la querella.

El funcionario puede sumarse en cualquier momento a la acusación (290) e incluso puede exigir la persecución como acusador particular, si el ministerio público no persigue el hecho a pesar de la autorización del superior; o bien, si no puede iniciar el proceso porque el lesionado declara en la acusación privada, expresa e irrevocablemente, que no quiere otorgar la autorización (291).

III.ALEMANIA

El Derecho alemán, en la regulación de los delitos contra el honor, recoge en su §187a una agravación de la penalidad con respecto a las conductas básicas de difamación [§ 186, üble Nachrede] y calumnia [§ 187 Verleumdung], cuando la conducta ofensiva se dirige contra las personas que se encuentran en la "vida política del pueblo".

Nos encontramos ante un delito contra el honor cualificado por el hecho de que la ofensa se encuentra dirigida contra unas personas determinadas (292).

La inclusión de este parágrafo en el Código penal alemán por la Ley de Reforma Penal de 30 de agosto de 1.951 dió lugar a una cuestión de constitucionalidad, que fue resuelta por sentencia de 30 de noviembre de 1.955 del Tribunal Constitucional alemán (293). La cuestión se suscitó con base a los argumentos aducidos por el "Landgericht" de Traunstein que consideraba este precepto anticonstitucional. Dos eran las razones, en su opinión, que daban lugar a la misma: en primer lugar, con este parágrafo se estaría creando un grupo de ciudadanos privilegiados, ya que disfrutarían de una especial protección en cuanto a su honor. Protección especial que chocaría frontalmente con el principio constitucional de igualdad de los ciudadanos ante la ley, y que además sería innecesaria ya que "Quien participa en la vida política, lo hace libremente y se expone con ello, voluntariamente, en mayor medida a la crítica pública."

En segundo lugar, considera que dada la dificultad de delimitación con respecto a lo que debe entenderse por "personas que participan en la vida política del pueblo", la utilización de este concepto excesivamente indeterminado estaba expuesto a interpretaciones arbitrarias.

El Tribunal declaró la constitucionalidad del § 187a con base a las razones que se exponen a continuación. Como punto de partida, establece que la protección dispensada por el citado parágrafo no viene motivada por una consideración especial del honor de estos sujetos, sino por el hecho de que la acción ofensiva se produzca de una determinada manera, esto es, se cometa publicamente 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. Por ello la permisividad de estas conductas, puede llegar a poner en peligro la libertad del comportamiento político, "por tanto, los fundamentos de la democracia".

Por lo que respecta al círculo de personas protegidas, si bien reconoce la dificultad de delimitación de las mismas lo considera suficientemente determinado, puesto 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".

Para finalizar, concluye que el hecho de que diferentes Tribunales puedan interpretar de modo

diverso conceptos jurídicos generales no representa una lesión del art. 3.1º de la Constitución Federal (igualdad de los ciudadanos ante la ley).

La doctrina recoge esta argumentación a la hora de fundamentar la agravación del citado § 187a; las personas que desarrollan una vida política y en consecuencia, notoriamente pública, se encuentran expuestas, en mayor medida que los particulares, a los ataques contra su honor, a través de los cuales su actividad puede verse gravemente dificultada. De ahí, la necesidad de una especial protección penal, consistente en la agravación de la penalidad sobre las conductas básicas contra el honor (294). Se trata de evitar con ello el deterioro de la vida pública política (295). A lo que no se alude, es que esta penalización puede llevar a coartar la crítica política.

Como ya hemos indicado en el § 187a (296) se castigan las ofensas dirigidas contra las personas que desarrollan su actividad "en la vida política del pueblo". Estas pueden ser de dos clases: las que constituyen una difamación [üble Nachrede] que reciben una pena de privación de libertad de tres meses a cinco años; y las consistententes en una calumnia [Verleumdung] a las que corresponde una pena, también de privación de libertad, de seis meses a cinco años. La conducta tiene que llevarse a cabo, bien publicamente, o durante el desarrollo de una asamblea o mediante la difusión de escritos (297).

La primera cuestión que nos suscita este precepto es la de indagar qué se entiende por **"personas que toman parte en la vida política del pueblo"**. Como indica RUDOLPHI el término no se encuentra exento

de objeciones. Estamos ante un elemento normativo del tipo, que debe intrepretarse de forma estricta para evitar una aplicación desmesurada del § 187 a (298). No es suficiente ser funcionario público, ni tampoco tomar parte en tareas de interés público (299). Quedan insertas 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. (300). 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- (301). Lo relevante es que su actividad política afecte al desarrollo de la vida en comunidad (302).

En los casos dudosos, habrá que decidir quién integra esta categoría, en base a su función y su relevancia en la vida pública (303), entendiendo por "vida política del pueblo", la de aquella parte del pueblo alemán que se desarrolla en el marco jurídico de la Constitución de la República Federal (304).

Como ya hemos señalado, la **conducta** consiste en la realización de una difamación o de una calumnia. Estas deben perpetrarse bien publicamente, en una asamblea o a través de medios escritos.

La ofensa debe ser idónea para obstaculizar la vida pública del sujeto. Esta idoneidad, para algunos autores, sólo depende del contenido propio de la difamación o de la calumnia, no teniendo relevancia las posibles circunstancias que rodeen el hecho -tamaño de la asamblea, relevancia de quien realiza la ofensa- (305). Otros, como RUDOLPHI, entienden que no podemos

prescindir de las circunstancias que rodean a la afirmación ofensiva (306), ya que no podemos olvidar que los delitos contra el honor son delitos eminentemente circunstanciales. Es suficiente la idoneidad abstracta (307), así no precisa producirse la efectiva obstaculización de la vida pública para la consumación del delito, basta su puesta en peligro (308).

Las ofensas no tienen que basarse necesariamente en fines políticos (309), aunque si tienen que tener relación con la posición del ofendido en la vida pública (310), pues es el elemento característico de esta figura.

La realización del delito exige como **elemento subjetivo** que la conducta sea dolosa (al menos debe realizarse con dolo eventual). El dolo debe abarcar tanto el conocimiento de la persona hacia la que se dirige la ofensa como la conciencia de actuar por motivos relacionados con la posición en la vida pública de la persona ofendida. Esto no implica la exigencia de que el ofensor actúe exclusivamente por móviles políticos (311). Al igual que en las conductas básicas contra el honor, la doctrina considera que no es necesaria la presencia del "animus iniuriandi" (312).

Al estar constituída la conducta por la difamación [Üble Nachrede] será de aplicación la prueba de la verdad al § 187 a. Por tanto, si de la indagación efectuada se demuestra la veracidad de la imputación quedará excluída la aplicación del citado parágrafo. Lo que no excluye la subsistencia en su caso del § 185, injuria [Beleidigung] por la permanencia de una injuria formal [Formalbeleidigung] (313). También se excluye la aplicación de la agravación cuando de la imputación de

diversos hechos, uno de ellos resulta notoriamente cierto (314).

En cuanto a las condiciones de perseguibilidad, la regla general es que el procedimeinto se iniciará siempre por querella del ofendido (315). Si la ofensa se dirige contra funcionarios públicos o soldados del Ejército Federal, cuando se encuentren en el ejercicio de sus funciones, están también autorizados para la interposición de la misma, junto con el afectado, sus superiores en el servicio (316).

Si la ofensa ha sido dirigida contra un órgano legal de la República Federal, la ley preve un figura especial : la autorización. Se diferencia de la querella en que tiene que ser solicitada de oficio por el Ministerio Fiscal. Sobre su concesión decide la Corporación ofendida. Sus efectos procesales son idénticos a los de la querella: es como ésta presupuesto de la condena y también su ausencia conduce a la supresión del proceso (317).

IV. Conclusiones.

De la exposición que se acaba de realizar, queda patente, como aludí en la introducción a este capítulo, la existencia de dos sistemas de regulación jurídico-penal de las conductas consistentes en menospreciar a las autoridades y a los funcionarios públicos en general.

Hemos podido constatar que en el seno de un mismo modelo, el latino, encontramos una notable diferencia a la hora de analizar el delito objeto de estudio. Mientas que en países como Francia y Bélgica, la doctrina se limita a realizar una labor meramente exegética, en Italia se encara el análisis del tipo desde una perspectiva dogmática (318), lo que da lugar a una riqueza en los matices que me ha conducido a realizar un análisis más pormenorizado del delito, ya que las soluciones a las cuales ha llegado la doctrina italiana aportarán luz a la problemática que plantea la construcción del delito de desacato en España.

Por otra parte, cabe resaltar un hecho, que personalmente me ha llamado poderosamente la atención. La ausencia, en los países del que hemos denominado modelo germánico, de una protección específica de las conductas consistentes en ofender a la autoridad y a los funcionarios públicos en general, no genera una desprotección de la misma, o al menos, no he encontrado ninguna alusión al respecto. Situación radicalmente diversa a la planteada en aquellos que basan su estructura jurídica en el Derecho romano, para quienes la tutela del "prestigio" de las Instituciones, personalizadas en sus funcionarios, parece resultar indispensable. Lo que me lleva a suponer que la pervivencia de la figura del desacato, puede deberse más a un tradición cultural y jurídica que a una necesidad efectiva de mayor tutela de estos sujetos en función de su encuadramiento en la organización estatal.

Es más, si como algunos autores opinan la realización de conductas ofensivas contra los funcionarios públicos en general, puede dar lugar a un menoscabo del orden social o del orden público, que ponga en

peligro la propia pervivencia del Estado, es evidente que o bien en el área centroeuropea el Estado no se siente amenazado por estas conductas, o bien esta argumentación en cuanto al interés jurídicamente protegido carece de fundamento.

Si se parte de un bien jurídico, como ocurre en el modelo latino, que traspasa el meramente individual del honor, para dotarlo de un contenido público (Delitos contra la Administración Pública, contra el orden público), sería lógico exigir que, al menos con estas conductas se pusiese en peligro el mismo. Unicamente se debieran considerar desacatos ("outrage", "oltraggio") conductas que, al menos, pongan en peligro de conmoción o afectación ese interés al cual se dirige la finalidad de la norma, el prestigio de la Administración o el orden público. Pues de lo contrario solo cabría concluir que o bien nos encontramos ante una protección intensificada del honor de determinados sujetos, con lo que nos encontraríamos ante una regulación similar a la del modelo germánico, aunque formalmente distinta, respecto a la cual bien podrían aducirse las argumentaciones críticas respecto a la valoración del principio constitucional de igualdad ante la ley de todos los ciudadanos. O bien que el instrumento del cual se dota el Derecho penal para proteger a la Administración del Estado no es el idóneo, a pesar de que goce, como su origen manifiesta, de una gran longevidad. Si efectivamente interesa proteger la Administración -su prestigio, o funcionamiento pacífico- se requeriría una configuración típica más precisa, acorde con el interés protegido. O al menos una interpretación que se acomode al sentido material de la figura legal.

El hecho de que en ambos modelos se parta de

posiciones tan diferenciadas, necesidad de protección especial del "prestigio" de las instituciones en el modelo latino, equiparación en la tutela del honor de los particulares y de los funcionarios, en el modelo gérmanico, da lugar a consecuencias que creo conveniente resaltar.

Así, la aplicación de la figura de la "exceptio veritatis" se hace inviable en los países que se encuadran en los primeros, ya que esta sólo es aplicable a los delitos contra el honor, por tanto unicamente cuando los sujetos afectados por la conducta ofensiva son particulares. Sin embargo en los países que se encuadran en el segundo modelo, al ubicarse las ofensas a los funcionarios en los delitos contra el honor, esto hace factible la aplicación de dicha figura. La consecuencia más relevante estriba en la falta de trasparencia en la gestión de los órganos de la Administración del Estado. La imputación de un hecho delictivo a un funcionario público, puede constituir delito de desacato, sin llegar a analizarse la veracidad de la misma, con lo que en cierto modo se está coartando el derecho de libre crítica que asiste a los ciudadanos sobre la gestión de los asuntos públicos.

Por otra parte, también en estos países, asistimos a una "desbordamiento" de la descripción típica, por la vía de considerar a determinados funcionarios, los agentes de la autoridad concretamente, en el ejercicio permanente de funciones públicas, lo que posibilita la consumación de la conducta en cualquier momento de su vida, interpretación que en Italia ha sido contestada por la doctrina, pero que aún hoy carece de suficiente respaldo jurisprudencial.

De otra parte el hecho de que en estos países sea la propia descripción legal la que incluya el término honor, como elemento del tipo, conduce a la ya aludida distorsión en el plano valorativo. Se produce una falta de delimitación entre el honor del funcionario, como individuo particular, y el "prestigio", concepto que se predica de la Administración, falta de delimitación que aproxima ambos modelos legales respondiendo sin embargo ambos, pretendidamente al menos, a intereses jurídicos distintos.

Poder dotar de un contenido específico a la figura del delito de desacato, será el objeto del capítulo que sigue, en el que se analizarán las diversas posturas sobre el bien jurídico protegido por éste. Tal y como hemos tenido oportunidad de comprobar, el exahustivo estudio que del delito en cuestión ha realizado la doctrina italiana nos va a aportar puntos de vista muy útiles para un replanteamiento de la situación en nuestro país.

NOTAS AL CAPITULO SEGUNDO.

(1) VON LISZT, Traité, T.II, pp. 59-60. En el mismo sentido MEZGER, Derecho penal, p.141; MAURACH, Strafrecht (BT), vol.I, pp. 216-217.

(2) NOLL, Besonderer Teil, T.I, p.109.

(3) REGIERUNGSVORLAGE, p.249.

(4) GARRAUD, Traité, T.IV, p.536; GARÇON, Code, T.I, p.794; CHAVEAU/HéLIE, Théorie, T.I, nº 2047; MERLE/VITU, Traité, p.332. Citan estos autores como antecedentes más remotos del actual delito de "outrage" la denominada "injuria atrox", dirigida contra los magistrados romanos cuando se encontraban en el ejercicio de sus funciones. El Derecho romano diferenciaba dos tipos diversos de injurias: por un lado las "verbis aut re" que en la legislación francesa se traducen como injurias verbales; y de otra, las injurias reales, consistentes en la violencia ejercida contra las personas ("re, quoties manus inferentur"), cuya penalidad venía condicionada por el tipo de violencia o lesión causada al sujeto.

(5) GARRAUD, Traité, T.IV, p.537; MERLE/VITU, Traité, p. 322.

(6) GARRAUD, Traité, T.IV, p.537; MERLE/VITU, Traité, p.323. El Código penal de 1.791 en la Sección IV de su Titulo I "Delitos de los particulares contra el respeto y la obediencia debidas a la ley, y a la autoridad de los poderes constituídos para hacerla ejecutar", en el artículo primero, párrafo VII, regula el supuesto de desacato: "Quinconque aura outragé un fonctionnaire public en le frappant au moment où il exercait ses fonctions, sera puni de la peine de deux années de détention".

(7) GARÇON, Code, T.I, p.794; MERLE/VITU, Traité, p. 322.

(8) En el Código penal de 1.810 se regula el delito de desacato en la Sección IV "Resistencia, desobediencia y otras faltas contra la autoridad pública", Parágrafo II "Ultrajes y violencias contra los depositarios de la autoridad y de la fuerza pública" arts. 222 a 227. Concretamente y en referencia al ejercicio de la función pública, el art. 222 dice textualmente: "Lorsqu'un ou plusiers magistrats de l'ordre administratif ou judiciaire auront reçu, dans l'exercice de leurs fonctions, ou à l'occasion de cet exercice, quelque outrage par parole tendant à inculper leur honneur ou leur délicatesse, celui qui les aura ainsi outragés sera puni d'un emprisonnement d'un mois à deux ans."

(9) Art.222: "Lorqu'un ou plusiers magistrats de l'ordre administratif ou judiciaire, lorsqu'un ou plusieurs jurés auront reçu, dans l'exercice de leurs fonctions ou à l'occasion de cet exercice, quelque outrage par paroles, par écrit ou dessin non rendus publics, tendant, dans ces divers cas, á inculper leur honneur ou leur délicatesse, celui que leur aura adressé cet outrage sera puni d'un emprisonnement de quinze jours à 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".

Art.223: "L'outrage fait par gestes ou par menaces ou par envoi d'objets quelconques dans la même intention, et visant un magistrat ou un juré, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, sera puni d'un mois á six mois d'emprisonnement; et si l'outrage a eu lieu à l'audience d'une cour ou d'un tribunal, il sera puni d'un emprisonnement d'un mois à deux ans."

(10) Art.224: "L'outrage fait par paroles, gestes, menaces, écrits ou dessins non rendus publics ou encore par envoi d'objets quelconques dans la même intention, et visant tout officier ministériel ou tout commandant ou agent de la force publique, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, sera puni d'un emprisonnement de quinze jours à trois mois et d'une amende de 500 F à 15.000 F ou l'une de ces deux peines seulement."

(11) Art.226: "Quinconque aura publiquement par actes, paroles ou écrits, cherché à jeter le descrédit sur un acte ou une décision jurisdictionelle dans des conditions de nature á porter atteinte á l'autorité de la justice ou à son indépendence, sera puni de un à six mois d'emprisonnement et de 500 F à 30.000 F d'amende ou l'une de ces deux peines seulement.
Le tribunal pourra, en outre, ordonner que sa décision sera affichée et publiée dans les conditions qu'il déterminera aux frais du condamné sans que ces frais puissent dépasser le maximum de l'amende prevue ci-dessus.
Les dispositions qui précèdent ne peuvent, en aucun cas, être appliqués aux commentaires purement techniques, ni aux actes, paroles ou écrits tendant á la revision d'une condamnation.
Lorsque l'infraction aura été commise par la voie de la presse, les dispositions de l'article 285 du présent code sont applicables".

(12) Art.227: "Sera puni des peines prevues à l'article 226, quinconque aura publié, avant l'intervention de la décision jurisdictionelle définitive, des commentaires tendant á exercer des pressions sur les déclarations des témoins ou sur la décision des jurisdictions d'instruction ou de jugement.
Les dispositions des trois derniers alinéas de l'article 226 sont en outre applicables".

(13) Art.R.40-2º: "Seront punis d'un emprisonnement de dix jours à un mois et d'une amende de 2.500 F à 5.000 F, ou de l'une de ces deux peines seulement:
Ceux qui auront outragé par paroles, gestes, menaces, écrits ou dessins non rendus publics, ou encore par envoi d'objets quelconques dans la même intention, tout citoyen chargé d'un ministère public, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions."

(14) Aunque no será objeto de análisis, pero con el fin de ofrecer una panorámica general de la legislación sobre esta materia, deben mencionarse los denominados "outrage" especiales que encuentran su regulación en leyes diversas al Código penal. Cabe destacar el regulado en el Código de Justicia Militar, en los arts. 433 y 441; el desacato producido entre miembros de la marina mercante, recogido en el Código disciplinar y penal de la marina mercan

te por Ley de 17 de diciembre de 1.956, arts. 42 y 57; el desacato en materia electoral, art. 119 del Código Electoral, y por último la Ordenanza de 30 de junio de 1.945 sobre precios, en cuyos arts. 4.3º y 42 se regulan los "outrage" cometidos contra los encargados de imponer sanciones en materia económica, así como el art. 18 de la Ordenanza de 23 de diciembre de 1.958 sobre productos industriales y energéticos, en el que se castigan las conductas ultrajantes dirigidas contra los sujetos encargados de imponer sanciones en estas materias.

(15) Art.30: "La diffamation commise par l'un des moyens énoncés en l'article 23 envers les cours, les tribunaux, les armées 'de terre, de mer ou de l'air, les corps constitués et les administrations publiques, sera puni d'un emprisonnement de huit jours á un an et d'une amende de 10 F á 10.000 F, ou de l'une de ces deux peines seulement".

(16) Art.31: "Sera punie de la même peine la diffamation commise par les mêmes moyens, à raison de leurs fonctions ou de leur qualité, envers un ou plusieurs membres du ministère, un ou plusieurs membres de l'une ou de l'autre Chambre, un fonctionnaire public, un dépositaire ou agent de l'autorité publique, un ministre de l'une des cultes salariés par l'état, un citoyen chargé d'un service ou d'un mandat public, temporaire ou permanent, un juré ou un témoin, à raison de sa déposition.
La diffamation contre les mêmes personnes concernant la vie privée relève de l'article 32 ci-après."

(17) Art. 33.1º: "L'injure commise per les mêmes moyens envers les corps ou les personnes désignés par les articles 30 et 31 de la présente loi sera puni d'un emprisonnement de six jours á trois mois et d'une amende de 5 F à 2000 F, ou de l'une de ces deux peines seulement.

(18) GARRAUD, Traité, T.IV, p.538; MERLE/VITU, Traité, p.323; VOUIN, Droit pénal, p.515; BOUCHERON, Outrage, p.1; BLIN, Droit, fasc. 260, p.2.

(19) MERLE/VITU, Traité, p. 323.

(20) CHAVEAU/HéLIE, Théorie, T.I, nº 2046.

(21) GARRAUD, Traité, T.IV, p.538. Este autor en la nota 6, considera que dicha protección no se ha llevado hasta sus últimas consecuencias, esto es, no se protege a la función pública más que a través de sus representantes, pero la regulación legal carece de una protección a la función misma. Pensamos que GARRAUD hace referencia a la ausencia de protección en el Código penal francés a los ataques dirigidos contra los emblemas de la autoridad, la bandera,etc., aunque parte de estas conductas se encuentren recogidas en el Código de Justicia Militar, como señalan MERLE/VITU, Traité, p. 323.

(22) GARRAUD, Traité, T.IV, p. 538.

(23) MERLE/VITU, Traité, p. 331.

(24) VOUIN, Droit pénal, p. 666.

(25) MERLE/VITU, Traité, p.331. En el mismo sentido GARRAUD, Traité, T.IV, pp.546 y 561, para quien el Código regula diversos tipos penales en función de las distintas categorías de los sujetos afectados por la conducta, pero la naturaleza del delito es siempre la misma. En igual sentido se pronuncia GARÇON, Code, T.I, pp.795-796.

(26) Para el estudio de la jurisprudencia nos remitimos al análisis que de la misma han efectuado MERLE/VITU, Traité, p.332; y más extensamente GARÇON, Code, T.I, pp.795-797.

(27) GARÇON, Code, T.I, p.795; MERLE/VITU, Traité, p.332.

(28) GARÇON, Code, T.I, p.796.

(29) MERLE/VITU, Traité, p.331; VOUIN, Droit pénal, p.666; VERON, Droit pénal, p.298; GOYET, Droit pénal, p.298.

(30) GARRAUD, Traité, T.IV, pp.559 y siguientes.

(31) GARRAUD, Traité, T.IV, p.561. El aceptar que cualquier clase de ofensa pueda ser constitutiva de desacato da lugar a supuestos conflictivos como es el caso de la denuncia de un delito imaginario efectuada ante magistrado o agente de la fuerza pública. Si esta se efectua con intención de burla hacia los representantes de la autoridad puede llegar a constituir delito de desacato, siendo discutible tal interpretación desde posturas más estrictas en cuanto al alcance de lo que debe entenderse por "outrage". Por todos vease GARÇON, Code, T.I, pp.797 y siguientes.

(32) Los supuestos conflictivos por la posible aplicación de ambos textos legales, serán objeto de análisis posteriormente en este mismo Capítulo.

(33) No podemos hablar de sujeto pasivo, puesto que como se indicó, el bien jurídico protegido por el delito no es el honor del funcionario sino la dignidad de la función. Se pretende proteger a la función y no al individuo, con lo que en puridad el sujeto pasivo de la conducta sería el Estado o la Administración representados o materializados en cada uno de los sujetos nombrados en el correspondiente articulado del Código penal.

(34) BLIN, Droit, Fasc. 260, p.16.

(35) GARRAUD, Traité, T.IV, pp.546-547; GARÇON, Code, T.I, p.804; MERLE/VITU, Traité, p.342; VERON, Droit pénal, p.298.

(36) Aunque el Presidente de la República pertenece a la categoría de magistrados del orden administrativo, las ofensas dirigidas contra el mismo no tendrán la consideración de delito de "outrage". Constituyen un tipo específico, delito de ofensa contra el Presidente de la República, regulado en el art. 26 de la Ley de Prensa de 29 de julio de 1.881. Estamos ante un delito autónomo que excluye la aplicación del desacato.

(37) BOUCHERON, Outrage, p.3. También tendrán la consideración de magistrados del orden administrativo los adjuntos del alcalde y quienes le sustituyan o realicen alguna de sus funciones por delegación. Tanto el alcalde, como sus adjuntos, pueden actuar en algunas ocasiones como magistrados del orden judicial, con lo que ostentarían un doble carácter. A efectos del delito de "outrage" esta doble condición carece de trascendencia, puesto que tanto las conductas, como la penalidad, son idénticas para ambas clases de magistrados. Una amplia ennumeración de quienes se integran en esta categoría en BLIN, Droit, Fasc. 260, p.16.

(38) GARRAUD, Traité, T.IV, p.547; MERLE/VITU, Traité, p.324; GOYET, Droit pénal, p.151; BOUCHERON, Outrage, p.3. Los comisarios de policía también ostentan la doble condición de magistrados del orden administrativo y judicial.

(39) GARRAUD, Traité, T.IV, pp.547-548; MERLE/VITU, Traité, p.325; VOUIN, Droit pénal, pp.669-670; BLIN, Droit, Fasc. 260, p.16. Los supuestos de ofensas dirigidas contra estos sujetos se ubican en el art.31 de la Ley de Prensa.

(40) GARRAUD, Traité, T.IV, p.548; CHAVEAU/HéLIE, Théorie, T.I, nº 2058; MERLE/VITU, Traité, p.325; BOUCHERON, Outrage, p.3; GOYET, Droit pénal, p.151; VOUIN, Droit pénal, p.670; BLIN, Droit, Fasc. 261, p.1. Los Secretarios de Juzgado se incluyen en la categoría de oficiales ministeriales.

(41) GARRAUD, Traité, T.IV, p.548.

(42) GARRAUD, Traité, T.IV, p.549; VOUIN, Droit pénal, p.670; BLIN, Droit, Fasc. 261, p.1.

(43) MERLE/VITU, Traité, p. 325.

(44) MERLE/VITU, Traité, p. 326; BOUCHERON, Outrage, p.3.

(45) GOYET, Droit pénal, p.151. Un elenco practicamente exhaustivo de los sujetos que integran esta categoría puede encontrarse en GARÇON, Code, T.I, pp.843-844 y GARRAUD, Traité, T.IV, p.549.

(46) El antiguo artículo 225, actualmente derogado, preveía que: "L'outrage mentionné en l'article précédent (el dirigido contra los agentes de la fuerza pública) lorsqu'il aura été dirigé contre un comandant de la force publique, sera puni d'un emprisonnement de quinze jours à trois mois, et pourra l'être aussi d'une amende de seize francs à cinq cents francs".

(47) BOCHERON, Outrage, p. 3.

(48) VOUIN, Droit pénal, p. 672.

(49) Se integrarán es esta categoría los suboficiales, brigadas y caporales. GARRAUD, Traité, T.IV, p.553; BOUCHERON, Outrage, p.4; GOYET, Droit pénal, p.152.

(50) GARÇON, Code, T.I, p.805; GARRAUD, Traité, T.IV, p.550; BOUCHERON, Outrage, p.4; VOUIN, Droit pénal, p.671.

(51) BOUCHERON, Outrage, p.4. También se integran en esta categoría según GARRAUD, Traité, T.IV, p.550, los ciudadanos que forman parte del ejército de tierra y de mar, los gendarmes, guardas forestales, guardas campestres y guardas particulares, regularmente nombrados. VOUIN incluye a los miembros del servicio de aduanas, Droit pénal, p.671.

(52) GARÇON, Code, T.I, p.805; GARRAUD, Traité, T.IV, pp.550-551; BOUCHERON, Outrage, p.4; GOYET, Droit pénal, p.152; MERLE/VITU, Traité, p.327; VOUIN, Droit pénal, p.670.

(53) MERLE/VITU, Traité, p. 327.

(54) Un amplio elenco de los mismos en GARRAUD, Traité,

T.IV, p.522; BOUCHERON, Outrage, pp.4-5; GOYET, Droit pénal, p.153; VOUIN, Droit pénal,pp.670-671. Una ennumeración practicamente exhaustiva en BLIN, Droit, Fasc. 261, pp.4-7.

(55) GARRAUD, Traité, T.IV, p.555; MERLE/VITU, Traité, p.233; BLIN, Droit, Fasc. 260, p.7.

(56) GARÇON, Code, T.I, p.801; GARRAUD, Traité, T.IV, p.556; BOUCHERON, Outrage, p.5; GOYET, Droit pénal, p.154; MERLE/VITU, Traité, p.334; VOUIN, Droit pénal, p.664; LARGUIER, Droit pénal, p.168.

(57) GARÇON, Code, T.I, p.802; GARRAUD, Traité, T.IV, p.556; GOYET, Droit pénal, p.155; MERLE/VITU, Traité, p.334; VOUIN, Droit pénal, p.665; LARGUIER, Droit pénal, p.169; BLIN, Droit, Fasc. 260, p.9. Clásicos ejemplos citados por la doctrina son: hacer los cuernos a un magistrado u organizar una cencerrada.

(58) GARRAUD, Traité, T.IV, p.556; MERLE/VITU, Traité, p.334; BLIN, Droit, Fasc. 260, p.9.

(59) MERLE/VITU, Traité, p. 334.

(60) GARRAUD, Traité, T.IV, p.556; BOUCHERON, Outrage, p.6; MERLE/VITU, Traité, p.335; VOUIN, Droit pénal, p.665; BLIN, Droit, Fasc. 260, p.10.

(61) GARÇON, Code, T.I, p.802.

(62) GARRAUD, Traité, T.IV, pp.556-557.

(63) En el mismo sentido y aceptando la distinción propuesta por GARRAUD: GARÇON, Code, T.I, p.802; BOUCHERON, Outrage, p.6; GOYET, Droit pénal, p.155.

(64) MERLE/VITU, Traité, p.335.

(65) VERON, Droit pénal, p.298.

(66) BOUCHERON, Outrage, pp.5-6; GOYET, Droit pénal, p.155, MERLE/VITU, Traité, p.334; VOUIN, Droit pénal, p.664.

(67) El art.23 de la ley de prensa enuncia textualmente los siguientes medios de publicidad: "Seront punis comme complices d'une action qualifiée crime ou délit ceux qui, soit par des discours, cris ou menaces proférés dans des lieux ou réunions publics, soit par des écrits, imprimés, dessins, gravures, peintures, emblèmes, images ou tout autre support de l'écrit, de la parole ou de l'image vendus ou distribués, mis en vente ou exposés dnas des lieux ou réunions publics, soit par des placards ou des affiches exposés au regard du public,...".

(68) BOUCHERON, Outrage, p.6.

(69) BOUCHERON, Outrage, p.7; GOYET, Droit pénal, p.155; MERLE/VITU, Traité, p.335; VOUIN, Droit pénal, p.665.

(70) MERLE/VITU, Traité, p.329. Utilizo el término funcionario como medio de abreviar el prolijo elenco de sujetos afectados por la conducta típica. Habrá de tenerse en cuenta que dicho concepto no se corresponde en su integridad con el aportado por el ordenamiento jurídico español.

(71) GARÇON, Code, T.I, p.808;CHAUVEAU/HéLIE, Théorie, T.I, nº 2055; BOUCHERON; Outrage, p.8.

(72) GARÇON, Code, T.I, p.808; MERLE/VITU, Traité, p.329; BLIN, Droit, Fasc. 261, p.8.

(73) GARRAUD, Traité, T.IV, p.542; MERLE/VITU, Traité, p.329.

(74) GARÇON, Code, T.I, p.807; GARRAUD, Traité, T.IV, p.539; CHAUVEAU/HéLIE, Théorie, T.I, nº 2054; GOYET, Droit pénal, p.156; BOUCHERON, Outrage, p.8; MERLE y VITU, Traité, p.329; BLIN, Droit, Fasc. 261, p.7.

(75) BOUCHERON, Outrage, p.9.

(76) MERLE/VITU, Traité, p.329; LARGUIER, Droit pénal, p.170; BLIN, Droit, Fasc. 261, p.7.

(77) GARÇON, Coue, T.I, p.809; GOYET, Droit pénal, p.155; MERLE/VITU, Traité, p.330; VOUIN, Droit pénal, p.667; BLIN, Droit, Fasc. 261, p.9.

(78) GARÇON, Code, T.I, p.810. La jurisprudencia se manifiesta en el mismo sentido, vease: GARÇON, Code, T.I, p.810 y VOUIN, Droit pénal, p.668.

(79) GARÇON, Code, T.I, p.810; GOYET, Droit pénal, pp.155-156; MERLE/VITU, Traité, p.330; VOUIN, Droit pénal, p.667; BLIN, Droit, Fasc 261, p.10.

(80) CHAUVEAU/HéLIE; Théorie, T.I, nº 2061; VOUIN, Droit pénal, p.668. En el mismo sentido GOYET, Droit pénal, p.156.

(81) Siguiendo la exposición de GARRAUD, Traité, T.IV, pp.565-566 y MERLE/VITU, Traité, p.336; en la antigua redacción de los arts.222 y siguientes, no se requería la presencia del ofendido para la consumación del delito, era suficiente que éste "recibiere" la ofensa. (art. 222 del Código penal de 1.810: "Lorsqu'un ou plusieurs magistrats de l'ordre administratif ou judiciaire auront reçu..."). Sin embargo, el legislador en los trabajos preparatorios de la Ley de 13 de mayo de 1.863, que posteriormente no reciben plasmación legal, deja bien claro que la ofensa debe dirigirse directamente contra el ofendido. Ello lleva a una modificación de la linea jurisprudencial, en el sentido, de que sólo se admitirá el denominado desacato indirecto en algunos supuestos muy concretos.

(82) GARÇON, Code, T.I. p.812; GARRAUD, Traité, T.IV, p.567; BOUCHERON, Outrage, p.9; MERLE/VITU, Traité, p.336.

(83) GARRAUD, Traité, T.IV, p.568.

(84) GARÇON, Code, T.I, p. 815

(85) GARRAUD, Traité, T.IV, p. 568.

(86) VOUIN, Droit pénal, p.669. En el mismo sentido BOUCHERON, Outrage, p.9.

(87) GARÇON, Code, T.I, p.815; MERLE/VITU, Traité, p. 336.

(88) GARÇON, Code, T.I, p.816; VOUIN, Droit pénal, p.669; BLIN, Droit, Fasc. 260, p.14.

(89) GARRAUD, Traité, T.IV, p.569; BOUCHERON, Outrage, p.10; MERLE/VITU, Traité, p.337; BLIN, Droit, Fasc. 260, p.14.

(90) GARRAUD, Traité, T.IV, p.569; MERLE/VITU, Traité, p.337.

(91) GARRAUD, Traité, T.IV, p.569; BOUCHERON, Outrage, p.10; LARGUIER, Droit pénal, p.170.

(92) GOYET, Droit pénal, p.156. En igual sentido VERON, Droit pénal, p.299.

(93) GARÇON, Code, T.I, p.816. En el mismo sentido se pronuncia BOUCHERON, Outrage, p.9.

(94) Vid infra. Capítulo cuarto, V.

(95) GARÇON, Code, T.I, p.816; MERLE/VITU, Traité, p. 337.

(96) GARÇON, Code, T.I, p.818. Nos encontramos ante una simple agravación del tipo básico. Su naturaleza como delito es idéntica al resto de supuestos previstos y le es aplicable la regulación general del desacato.

(97) GARÇON, Code, T.I, p.818.

(98) GARÇON, Code, T.I, p.818.

(99) GARRAUD, Traité, T.IV, p.570.

(100) GARRAUD, Traité, T.IV, p.570.

(101) VOUIN, Droit pénal, (3ª ed), p.527; LARGUIER; Droit pénal, p.170. Como se comprobará, poco tiene que ver la descripción legal del desacato a la justicia, con la noción de esta figura en el Derecho español, sin embargo hacemos mención de ella por incluirse legalmente como tal en el ordenamiento jurídico francés.

(102) BOUCHERON, Outrage, p.15.

(103) BOUCHERON, Outrage, p.16.

(104) Como destacan VOUIN, Droit pénal, (3ª ed), p.529 y BOUCHERON, Outrage, p.15, esta regulación suscitó gran temor debido a que posibilita, con una interpretación extensiva y poco mesurada del tipo, el recorte de alguno de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, como puede ser la libertad de expresión. Por ello la "Court de Cassation" se ha visto obligada a aclarar que con la incriminación de estas conductas no se pretende, en modo alguno, restringir dicho derecho, ni tampoco imposibilitar la crítica hacia las resoluciones judiciales, derechos garantizados a todos los ciudadanos.

(105) BOUCHERON, Outrage, p.11; GOYET, Droit pénal, p.157; MERLE/VITU, Traité, p.338. La derogación no afecta a la totalidad de supuestos regulados por el Código penal.

(106) Art. 68 de la Ley de Prensa: "Sont abrogés les édits, lois, décrets, ordonnances, arrêtés, règlements, déclarations généralement quelconques, relatifs à l'imprimerie, à la librairie, à la

presse périodique ou non périodique, au colportage, à l'affichage, à la vente sur la voie publique et aux crimes et délits prévus par les lois sur la presse et les autres moyens de publication, sans que puissent revivre les dispositions abrogées par les lois antérieures.
Est également abrogé le second paragraphe de l'article 31 de la loi de 10 août 1.871 sur les conseils généraux, relatif à l'appréciation de leurs discussions par les journaux."

(107) GARÇON, Code, T.I, p.575; GOYET, Droit pénal, p.158.

(108) GARÇON, Code, T.I, p.575. Sin embargo, la diferencia fundamental, que estribaba en el tribunal competente para juzgar estos delitos ha desaparecido, siendo competente hoy día, el tribunal "correctionnel" para juzgar tanto los supuestos incluidos en el Código penal como en la Ley de prensa. BLIN, Droit, Fasc. 160, p.3.

(109) GARÇON, Code, T.I, p.825; GARRAUD, Traité, T.IV, p.579.

(110) VOUIN, Droit pénal, p.674. En el mismo sentido BLIN, Droit, Fasc. 160, p.4.

(111) BLIN, Droit, Fasc. 261, p.13. Impone mayor sanción el Código penal.

(112) La opinión jurisprudencial ha sido tomada de MERLE/VITU, Traité, p.339. En opinión de estos autores la distinción que efectuan los tribunales franceses, sólo puede tener una explicación de orden histórico: antiguamente el enjuiciamiento del delito de difamación era competencia de la "Court de assise" (audiencia provincial). Dicho tribunal, no querría ver entorpecido su trabajo por numerosos asuntos de escasa importancia, más fáciles de juzgar por un tribunal correccional.

(113) GARRAUD, Traité, T.IV, p.580.

(114) BLIN, Droit, Fasc. 160, p.4. En el mismo sentido de ampliar el campo de aplicación de la "exceptio veritatis", CHAVANNE, "Réflexions", pp.321-22.

(115) MERLE/VITU, Traité, p.339.

(116) BLIN, Droit, Fasc. 160, p.3.

(117) RIGAUX/TROUSSE, Les crimes, T.IV, p.449.

(118) RIGAUX/TROUSSE, Les crimes, T.IV, p.450; GOEDSSEELS, Commentaire, T.I, pp.488 y 490.

(119) RIGAUX/TROUSSE, Les crimes, T.IV, p.450.

(120) NYPELS/SERVAIS, Le code pénal, T.II, p.215; RIGAUX/TROUSSE, Les crimes, T.IV, p.450.

(121) RIGAUX/TROUSSE, Les crimes, T.IV, pp.450-51. Incluso abarca fomas que dirigidas contra los particulares no serían constitutivas de un delito contra el honor. Así, palabras o actitudes que en sí mismas no poseen un contenido ofensivo, pero de entidad suficiente como para atentar contra la autoridad de la que la víctima esta revestida, por ejemplo la denuncia de un delito imaginario ante la autoridad competente puede constituir un "outrage" si ello obliga a los funcionarios a búsquedas inútiles e infructuosas.

(122) GOEDSEELS, Commentaire, T.I, pp.489-90; RIGAUX/TROUSSE, Les crimes, T.IV, pp.451-52.

(123) GOEDSEELS, Commentaire, T.I, p.488; MARCHAL/JASPAR, Droit criminel, T.I, p.290, nº 755; RIGAUX/TROUSSE; Les crimes, T.IV, p.455.

(124) Art. 275: "Sera puni d'un emprisonnement de quinze jours à six mois et d'une amende de 50 à 300 francs, celui qui aura outragé par faits, paroles, gestes ou menaces, un membre des Chambres législatives dans l'exercice ou à l'ocassion de

l'exercice de son mandat, un ministre ou un magistrat de l'ordre administratif ou judiciaire ou un officier de la force publique en service actif, dans l'exercice ou à l'ocassion de l'exercice de leurs fonctions.
Si l'outrage a eu lieu à la séance d'une des Chambres ou à l'audience d'une cour ou d'un tribunal, l'emprisonnement sera de deux mois à deux ans, et l'amende de 200 francs à 1000 francs.
Les outrages adressés à un membre des Chambres ne peuvent, sauf le cas de flagrant délit, être poursuivis que sur la plainte de la personne outragée ou sur la dénonciation de la Chambre dont elle fait partie."

(125) Art. 276: "L'outrage para paroles, faits, gestes ou menaces, dirigé, dans l'exercice ou à l'ocassion de l'exercice de leurs fonctions, contre un officier ministériel, un agent dépositaire de l'autorité ou de la force publique, ou contre toute autre personne ayant un caractère public, sera puni d'un emprisonnement de huit jours à un mois et d'une amende de 26 francs à 200 francs."
Un análisis detallado de los sujetos que integran cada una de las diversas categorías en GOEDSEELS, Commentaire, T.I, p.491; MARCHAL /JASPAR, Droit criminel, T.I, p.291; RIGAUX/TROUSSE, Les crimes, T.IV, pp.467-69.

(126) Art. 282: "Les peines portées par les articles 275, 278 et 279 seront applicables dans le cas où l'on aura outragé ou frappé des jures à raison de leurs fonctions, ou des témoins à raison de leurs dépositions."

(127) Art. 277: "Les outrages commis envers les corps constitués seront punis de la même manière que les outrages commis envers les membres de ces corps, d'après les distinctions établies aux deux articles précédents."

(128) RIGAUX/TROUSSE, Les crimes, T.IV, p.469.

(129) RIGAUX/TROUSSE, Les crimes, T.IV, p.469.

(130) GOEDSEELS, Commentaire, T.I, p.493, nº 1728. El

autor aporta un amplio elenco de los sujetos que se encuadran en esta categoría.

(131) RIGAUX/TROUSSE, Les crimes, T.IV, p.470.

(132) MARCHAL/JASPAR; Droit criminel, T.I, p.292, nº 756; RIGAUX/TROUSSE, Les crimes, T.IV, p.453. Sin embargo deben tenerse en cuenta, a efectos de la presencia, las modernas técnicas de comunicación.

(133) La regulación legal de los diversos Códigos pre-unitarios, ha sido consultada en las obras de FERRAROTTI, Commentario teorico-pratico del Codice penale, Torino 1.860 y PAGANI, "Oltraggio contro l'autoritá" en Digesto Italiano, Vol.XVII, pp.146 a 208.
En el Código de las Dos Sicilias de 1.819, el desacato se regula en el Capítulo II "Degli oltraggi e delle violenze contro i depositari dell'autoritá è della forza pubblica" en los arts. 173 a 176. En el Código Parmense de 1.820, lo encontramos en la Sección II del capítulo III, titulada "Oltraggi e violenze contro i depositarî dell'autoritá e della forza pubblica" en los arts.229 a 231. En los arts. 223 a 227 del capítulo I, Sección II "Oltraggi e violenze contro i depositari dell'autoritá è della forza pubblica", del Código Sardo de 1.839. En igual Capítulo y Sección , en los arts. 207 y 208, el Código de los Estados Estenses de 1.855.

(134) PESSINA, "Il diritto penale", pp. 580 y 585.

(135) Incluso, en algunos casos, como en el del Código de las Dos Sicilias, la severidad fue mayor que la del propio Código francés. PESSINA, "Il diritto penale", p.582.

(136) PESSINA, "Il diritto penale", p.576.

(137) Art.174 del Código de las Dos Sicilias: "Le ingiurie e le minaccie contro un magistrato dell'ordine ammninistrativo o giudiziario commesse nell'esercizio di loro funzioni, od all'occasione di questo esercizio, saranno punite col secondo o

terzo grado di carcere o col confino, salvi i casi in cui le minaccie importassero per se stesse pene più gravi.
Se le ingiurie o le minaccie ebbero luogo all'udienza pubblica di una Corte o di un Tribunale, la pena sarà quella della reclusione."
Art.229 del Código Parmense: "Allorquando un magistrato od un pubblico ufficilae dell'ordine giudiziario o amministrativo avrà ricevuto nell'esercizio delle sue funzioni, o per raione di tale esercizio qualche oltraggio di parole tendente ad offendere il suo onore o la sua rettitudine, il colpevole di tale oltraggio sarà punito colla prigionia, d'un mese ad un anno.
Se l'oltraggio ha avuto luogo all'udienza d'un giudice o Tribunale, sarà punito colla prigionia non minore de sei mesi".
La regulación del Código penal Sardo está tomada del Code pénal pour les états de S.M. Le Roi de Sardaigne, Turin, 1.839, Imprimerie Royale.
Art.224: "Lorsqu'un officier public de l'ordre judiciaire ou de l'ordre admonistratif, aura reçu, dans l'exercice de ses fonctions, ou à l'occasion de cet exercice, quelque outrage par paroles, tendant à inculper son honneur ou son intégrité, celui qui l'aura ainsi outragé sera puni d'un emprisonnement d'un mois au moins.
Si l'outrage a eu lieu à l'audience d'une Cour suprême, d'un tribunal ou d'une juge, l'emprisonnement sera de six mois au moins."
Art. 207 del "Codice degli Stati Estensi": "Allora quando un magistrato od un pubblico ufficiale dell'ordine giudiziario, amministrativo, politico o militare avrà ricevuto nell'esercizio delle sue funzioni o a causa del medesimo qualche oltraggio con parole tendenti ad offendere il suo onore o la sua rettitudine, il colpevole di tale oltraggio sarà punito col carcere non minore di tre mesi.
Se l'oltraggio è stato fatto nella pubblica udienza di un Tribunale, il colpevole sarà punito col carcere non minore di tre mesi".

(138) Art.369: "Se il delito di diffamazione, di libello famoso o d'inguria, fu commesso contro un pubblico ufficiale o contro un agente della forza pubblica, nell'esecizio delle sue funzioni o per relazione alle medesime; le pene, respettivamente satablite nei tre precedenti articoli, ricevono un aumento, che non può esser minore di quindici giorni, nè maggiore di sei mesi".

(139) TAGLIARINI, Il concetto, p.54.

(140) Art.194: "Chiunque, con parole od atti, offende in qualsiasi modo l'onore, la reputazione o il decoro di un membro del Parlamento o di un pubblico ufficiale, in sua presenza e a causa delle sue funzioni, è punito:
1º con la reclusione sino a sei mesi o con la multa da lire cinquanta a tremila, se l'offesa sia diretta ad un agente della forza pubblica;
2º con la reclusione da un mese a due anni o con la multa da lire trecento a cinquemila, se l'offesa sia diretta ad un altro pubblico ufficiale o ad un membro del Parlamento".

(141) Art.197: "Chiunque, con parole od atti, offende in qualsiasi modo l'onore, la riputazione o il decoro di un Corpo giudiziario, politico o amministrativo, al suo cospetto, o di un magistrato in udienza, è punito con la reclusione da tre mesi a tre anni.
Se contro il Corpo o il magistrato si usi violenza o si faccia minaccia la reclusione è da sei mesi a cinque anni.
Non si procede che dietro autorizzazione del Corpo offeso. Se il delitto sia commesso contro Corpi non costituiti in collegio, non si procede che dietro autorizzazione del loro Capo gerarchico".

(142) Art.196: "Quando alcuno dei fatti preveduti negli articoli precedenti sia commesso contro il pubblico ufficiale, non a causa delle sue funzioni, ma ne'll atto de'll esercizio pubblico di esse, si applicano le pene ivi stabilite, diminuite da un terzo alla metà".

(143) PROGETTO, p.333.

(144) Art.198: "Il colpevole di alcuno dei delitti preveduti negli articoli precedenti non è ammesso a provare la verità e neppure la notorietà dei fatti o delle qualità attribuite all'offeso".

(145) Art. 199: "Las disposiciones contenidas en los articulos anteriores, no se aplicarán cuando el funcionario público haya dado motivo al hecho,

traspasando con actos arbitrarios los límites de sus atribuciones."

(146) MANZINI, Trattato, p.293.

(147) RAMPIONI, Bene giuridico, p.20.

(148) TAGLIARINI, Il concetto, p.81.

(149) BRICOLA, "Tutela penale", p.564. Un análisis completo sobre las características del Codice Rocco puede consultarse en el monográfico dedicado por la revista La Questione criminale al tema en el año 1.981 .

(150) GOLDONI, "Sulla costituzionalità", p.111.

(151) Es en la importante sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 19 de julio de 1.968 n.109, cuando por primera vez se llama la atención del legislador sobre la necesidad de reforma de los artículos referentes al delito de "oltraggio". Acogiendo esta sugerencia se presentaron dos Proyectos de Ley, que no fructificaron en ley alguna. El primero de ellos fue el "Disegno di legge concernente la Riforma del Codice penale" presentado al Senado por el Ministro de Gracia y Justicia GONELLA el 19 de noviembre de 1968 (Actas del Senado, V Legislatura, n.351); el segundo, el "Disegno di legge concernente alle Modifiche al libro secondo del codice penale" presentado también al Senado por el citado ministro (Actas del Senado, VI Legislatura, n.420). En ambos se preve la abolición del mínimo de la pena y la creación de una figura de desacato de leve entidad y sancionada con una multa.

(152) LAVORI PREPARATORI, p.112.

(153) TAGLIARINI, Il concetto, pp.72-73.

(154) TAGLIARINI, Il concetto, p.82.

(155) El art.207 reconoce como "pubblici ufficiali":
1º.-"Coloro che sono rivestiti di publiche funzioni anche temporanee, stipendiate o gratuite, a servizio dello Stato, delle provincie e dei Comuni o di un istituto sottoposto per legge alla tutela di uno di tali enti.
2º. I notai.
3º. Gli agenti della forza publica e gli uscieri addetti all'ordine giudiziario.
A questi sono equiparati, per gli effetti della legge penale, i giurati, gli arbitri, i periti, gli intrepreti, i testimoni durantenil tempo in cui sono chiamati a esercitare le loro funzioni".

(156) LAVORI PREPARATORI, p.141.

(157) RAMPIONI, Bene giuridico, p.23.

(158) Mientras que el Código Zanardelli preveía en el art.194 una pena, en el caso de ofensa contra agente de la fuerza pública, de reclusión hasta seis meses o multa de 50 a 300 liras y de reclusión de un mes a dos años o multa de 3000 a 5.000 liras en el caso de que el ofendido fuese un miembro del Parlamento u otro "pubblico ufficiale"; el Código Rocco aumenta notablemente la misma, ya que quien ofende el honor o el prestigio del "pubblico ufficiale" será castigado con una pena de reclusión de seis meses a dos años (art. 341).

(159) Art.341: "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.
La stessa pena si applica a chi commette il fatto mediante comunicazione telegrafica o telefonica, o con scritto o disegno, diretti al pubblico ufficiale, e a causa delle sue funzioni.
La pena è della reclusione da uno a tre anni, se l'offesa consiste nell'attribuzione di un fatto determinato.
Le pene sono aumentate quando il fatto è commesso con violenza o minaccia, ovvero quando l'offesa è recata in presenza di una o più persone".

(160) LAVORI PREPARATORI, pp.149-150.

(161) Art.342: "Chiunque offende l'onore o il prestigio di un Corpo politico, amministrativo o giudiziario, o di una rappresentanza di esso, o di una pubblica Autorità costituita in collegio, al cospetto del Corpo, della rappresentanza o del collegio, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni.
La stessa pena si applica a chi commette il fatto mediante comunicazione telegrafica, o con scritto o disegno, diretti al Corpo, alla rappresentanza o al collegio, a causa delle sue funzioni.
La pena è della reclusione da uno a quattro anni se l'offesa consiste nell'attribuzione di un fatto determinato.
Si applica la disposizione dell'ultimo capoverso dell'articolo prcedente".

(162) Art.343: "Chiunque offende l'onore o il prestigio di un magistrato in udienza è punito con la reclusione da uno a quattro anni.
La pena è della reclusione da due a cinque anni se l'offesa consiste nell'attribuzione di un fatto determinato.
Le pene sono aumenteate se el fatto è commesso con violenza o minaccia".

(163) Art.357: "Agli effetti della legge penale, sono pubbli ufficiali:
1) gli impiegati dello Stato o di altro ente che esercitano, permenentemente o temporaneamente, una pubblica funzione, legislativa, amministrativa o giudiziaria;
2) ogni altra persona che esercita, permanentemente o temporaneamente, gratuitamente o con retribuzione, volontariamente o per obbligo, una pubblica funzione, legislativa, amministrativa o giudiziaria".

(164) Art.358: "Agli effetti della legge penale, sono persone incaricate di un pubblico servizio:
1) gli impiegati dello Stato, o di un altro ente pubblico, i quali prestano, permanentemente o temporaneamente, un pubblico servizio;
2) ogni altra persona che presta, permanentemente o temporaneamente, gratuitamente o con retribuzione, volontariamente o per obbligo, un pubblico servizio".

(165) RANIERI, Manuale, p.183; CODAGNONE, "Sul pubblico", p.295; PANNAIN, I delitti, p.18; MALINVERNI, Pubblico ufficiale, p.46.

(166) VANNINI, Quid Iuris?, p.10. Se encuadran en esta categoría los senadores, diputados, magistrados y alcaldes. En cuanto a los particulares: notarios, testigos, peritos..., en definitiva, aquellos cuyos actos se encaminen a dar fe pública. Críticos con este planteamiento se muestran GRISPIGNI, "Pubblici ufficiali", p.564, y PANNAIN, I delitti, p.23. Para los citados autores, la potestad de imperio no agota el contenido de la función pública, es simplemente un índice de la misma, ya que puede darse función pública allí donde no existe potestad de imperio.

(167) MANZINI, Trattato, T.V, (5ª ed), p.6.

(168) MANZINI, Trattato, T.V, (5ª ed), p.7. En las pp. 28 y siguientes realiza un estudio exhaustivo de los sujetos que integran cada una de las diversas categorías. En el mismo sentido CODAGNONE, "Sul pubblico", p.295.

(169) GRISPIGNI, I delitti, p.62. En el mismo sentido RANIERI, Manuale, vol.II, p.184. Es consciente el autor de la dificultad que entraña dicha distinción, pues como posteriormente pone de relieve, en la p.63, es arduo conocer cuándo nos encontramos ante fines generales del Estado. Estos son mutables en el tiempo en función de los cambios históricos, por lo que reconoce la práctica imposibilidad de ofrecer un elenco de los mismos.

(170) MAGGIORE, Diritto penale, vol.II, T.I, p.111.

(171) MAGGIORE, Diritto penale, vol.II, T.I, p.124.

(172) MALINVERNI, Pubblico ufficiale, pp.63 y ss.

(173) ANTOLISEI, Manuale, vol.II, p.742.

(174) ANTOLISEI, Manuale, vo.II, p.744.

(175) ANTOLISEI, Manuale, vol.II, pp.745-746. En el mismo sentido PANNAIN, I delitti, pp.31 y ss.

(176) Cuando hacemos referencia al término funcionario, en el sistema jurídico italiano, se hace como vocablo que agrupa los conceptos de "pubblico ufficiale" y personas encargadas de un servicio público, no como homónimo del concepto que de funcionario se mantiene en el ordenamiento jurídico español. Utilizo este término por mayor brevedad en la exposición. En aquellos puntos en que sea necesaria una referencia especifica a cada uno de los sujetos en particular, se obviará la cita de dicho término, para acudir a la propia del Derecho italiano.

(177) ANTOLISEI, Manuale, vol.II, p.809; GRISPIGNI, I delitti, p.276; GROSSO, "I delitti", p.306; GUSTAPANE, "Iniuria", p.667; LEVI, Delitti, 4ª ed, p.425; MAGGIORE, Diritto penale, vol.II, T.I, p.205; PALAZZO, "Oltraggio", p.852; RICCIO, "Oltraggio", pp.828-829; SALTELLI y ROMANO DI FALCO, Commento, vo.II, p.281; SISTI, "Oltraggio a un pubblico ufficiale", p.262; VANNINI, Manuale, p.76.

(178) MANZINI, Trattato, vol.V, (5ª ed), pp.505-507. El autor con respecto al desacato entre funcionarios públicos, distingue de manera prolija las siguientes hipótesis. En primer lugar, entre funcionarios que poseen idéntica categoría, caben diversas situaciones: 1.- si ambos no pertenecen al mismo servicio, el sujeto activo actuara como un particular y por tanto cometerá delito de desacato, 2.- si pertenecen al mismo servicio, cabe a su vez distinguir dos hipótesis: A) que el sujeto pasivo posea una legítima superioridad o una preeminencia sobre el otro en el momento de la comisión delictiva, existe desacato "porque viola no sólo el deber de sujección general a la Autoridad, propio de cada individuo, sino también su obligación de subordinación particular determinada por la relación funcional.". En caso contrario, si es el sujeto activo el que posee la superioridad, la conducta no dará lugar a desacato, en todo caso a un abuso en el servicio. B) si ambos son absolutamente iguales en grado y función,

se debe excluir por completo la posibilidad del delito, ya que la autoridad no puede ofenderse a si misma.
El segundo supuesto se establece entre funcionarios que poseen diversa categoría. También en este supuesto realiza el autor distintas clasificaciones: 1.- ambos funcionarios no pertenecen al mismo servicio: aunque esten revestidos de funciones similares, el sujeto activo se convierte en un particular y por tanto, da lugar al delito de desacato. 2.- pertenecen al mismo servicio: A) el ofensor es un superior jerárquico. Se excluye el delito cuando la ofensa dependa de causas inherentes al servicio. B) el ofensor es inferior jerárquico. Subsiste el delito de desacato revestido, en este caso, de una especial gravedad, ya que no sólo se viola el deber general de sujección a la Autoridad, sino también el deber particular de subordinación inherente a su relación funcional. En consecuencia en este caso, deberá aplicarse la agravante del nº9 del art.61 (violación de los deberes inherentes a la función pública).

(179) GRISPIGNI, I delitti, p.277.

(180) En contra de esta tesis VENDITTI, La reazione, p.51. El autor mantiene la incongruencia de una símil argumentación refiriéndose a la eximente del art.4 D.L.L. 14 de septiembre de 1944 n.288, que será objeto de atención posteriormente, pero que es perfectamente asimilable a este supuesto. Es incongruente, porque de mantenerla, carecerían de sentido los tipos específicos de cohecho, prevaricación..., ya que si los funcionarios cuando actúan ilícitamente pierden su condición de tales, no tendrían cabida los tipos propios y la actuación delictiva debería reconducirse a los delitos comunes.

(181) PALAZZO, "Oltraggio", p.852.

(182) RICCIO, "Oltraggio", p.289.

(183) En este mismo sentido Vid. SALTELLI y ROMANO DI FALCO, Commentario, vol.III, p.281. Estos autores no admiten la comisión del delito de desacato de superior jerárquico a inferior ya que ni se lesio

na ni pone en peligro el prestigio de la autoridad.

(184) ANTOLISEI, Manuale, vol.II, p.809; GRISPIGNI, I delitti, p.278; MAGGIORE, Diritto penale, vol.II, T.I, pp.205-206; RANIERI, Manuale, vol.II, p.279; RICCIO, "Oltraggio", p.828; SISTI, "Oltraggio a un pubblico ufficiale", p.262; VANNINI, Quid Iuris?, p.35.

(185) LAVORI PREPARATORI, p.280. Este concepto es admitido mayoritariamente por la doctrina: ANTOLISEI, Manuale, vol.II, p.809; GRISPIGNI, I delitti, p.278; MAGGIORE, Diritto penale, vol.II, T.I, p.206; RANIERI, Manuale, vol.II, p.279; VANNINI, Quid Iuris?, p.35.

(186) PALAZZO, "Oltraggio", p.850.

(187) GRISPIGNI, I delitti, p.278; LEVI, Delitti, (4ª ed), p.428; MAGGIORE, Diritto penale, vol.II, T.I, p.205; MANZINI, Trattato, vol.V, (5ª ed), p.513; RANIERI, Manuale, vol.II, p.279.

(188) Por todos, PALAZZO, "Oltraggio", p.853.

(189) ANTOLISEI, Manuale, vol.II, p.811; GRISPIGNI, I delitti, p.278; MAGGIORE, Diritto penale, vol.II, T.I, p.205; MANZINI, Trattato, vol.V, (5ª ed), p.513; RANIERI, Manuale, vol.II,p.281; VANNINI, Quid Iuris?, p.37.

(190) MAGGIORE, Diritto penale, vol.II, T.I, p.205; PALAZZO, "Oltraggio", p.853; RICCIO, "Oltraggio", p.831.

(191) VANNINI, Quid Iuris?, p.46; EL MISMO, Manuale, p.78. En cuanto al requisito del "animus", Vid. Infra apartado D de este mismo epígrafe.

(192) LEVI, Delitti, (4ª ed), p.429; MANZINI, Trattato, vol.V, (5ª ed), p.513; RANIERI, Manuale, vol.II, p.280.

(193) PALAZZO, "Oltraggio", pp.855-856.

(194) MANZINI, Trattato, vol.V, (5ª ed), p.515.

(195) MANZINI, Trattato, vol.V, (5ª ed), p.516. En el mismo sentido LEVI, Delitti, (4ª ed), p.429; RICCIO, "Oltraggio", p.830; SISTI, "Oltraggio a un pubblico ufficiale", p.262.

(196) GRISPIGNI, I delitti; p.279; MAGGIORE; Diritto penale, vol.II, T.I, p.206; RANIERI, Manuale, vol.II, p.279; VANNINI, Quid Iuris?, p.36.

(197) ANTOLISEI, Manuale, vol.II, p.810; LEVI, Delitti, (4ª ed), p.428; MAGGIORE, Diritto penale, vol.II, T.I, p.207; RANIERI, Manuale, vol.II, p.280; RICCIO, "Oltraggio", p.830.

(198) ANTOLISEI, Manuale, vol.II, p.814; GRISPIGNI, I delitti, p.293; PALAZZO, "Oltraggio", p.856.

(199) MAGGIORE, Diritto penale, vol.II, T.I, p.211. Literalmente dice que por presencia debemos entender una relación "quasi sotto gli occhi del collegio o dell'autorità, in modo che questi possano sentire e vedere."

(200) PALAZZO, "Oltraggio", p.856.

(201) PALAZZO, "Oltraggio", p.856.

(202) GRISPIGNI, I delitti, p.288; MANZINI, Trattato, vol.V, (5ª ed), p.517.

(203) MANZINI, Trattato, vol.V, (5ª ed), p.518; PALAZZO, "Oltraggio", p.857.

(204) ANTOLISEI, Manuale, vol.II, p.811; LEVI, Delitti, (4ª ed), p.434.

(205) PALAZZO, "Oltraggio", p.859.

(206) MANZINI, Trattato, vol.V, (5ª ed), p.519. El hecho de admitir ofensas que versen sobre la vida privada de los funcionarios públicos, se fundamenta en que también se perjudica a la Administración pública cuando las ofensas que se vierten tienen carácter privado, pues afectan a sus dependientes cuando se encuentran en el ejercicio de sus funciones. En el mismo sentido ANTOLISEI, Manuale, vol.II, p.810.

(207) ANTOLISEI, Manuale, vol.II, p.810; MANZINI, Trattato, vol.V, (5ª ed), p. 518.

(208) MANZINI, Trattato, vol.V, (5ª ed), p. 521; RANIERI, Manuale, vol.II, p. 280.

(209) PALAZZO, "Oltraggio", p.861.

(210) VANNINI, Quid Iuris?, p.49.

(211) Art.360: "Quando la legge considera la qualità di pubblico ufficiale, o di incaricato di un pubblico servizio, o di esercente un servizio di pubblica necessità, come elemento costitutivo o come circostanza aggravante di un reato, la cessazione di tale qualità, nel momento in cui il reato è commesso, non esclude la esistenza di questo né la circostanza aggravante, se il fatto si riferisce all'ufficio o al servizio esercitato".

(212) PALAZZO, "Oltraggio", p.861.

(213) MANZINI, Trattato, vol.V, (5ª ed), p. 520.

(214) LEVI, Delitti, (4ª ed), p.831; MANZINI, Trattato, vol.V, (5ª ed), p.522; PALAZZO, "Oltraggio", p. 863.

(215) ANTOLISEI, Manuale, vol.II, p.812; LEVI, Delitti, (4ª ed), p.430; MAGGIORE, Diritto penale, vol.II,

T.I, p.208; PALAZZO, "Oltraggio", pp.863-864; RANIERI, Manuale, vol. II, p.281; RICCIO, "Oltraggio", p.831; SISTI, "Oltraggio a un pubblico ufficiale", p.263. Para MANZINI, Trattato, vol.V, (5ª ed), p.253 el conocimiento y la voluntad pueden ser potenciales, esto es, basta con que el sujeto sepa o deba saber, en contra de esta opinión GRISPIGNI, I delitti, p.280.

(216) PALAZZO, "Oltraggio", p.864; SPIZUOCO, "La tutela penale", p.448; VANNINI, Quid Iuris?, pp.30 y ss.

(217) VANNINI, Manuale, p.78; EL MISMO, Quid Iuris?, pp.26 y ss. El autor opina que la inexistencia del "animus iniuriandi" dificultaría en gran medida la conformación del elemento subjetivo. Esta característica es la que aporta especificidad al delito. En contra MAGGIORE, Diritto penale, vol.II, T.I, p.209, para quien es vana cualquier investigación sobre la existencia de un dolo específico. En igual sentido se manifiesta LEVI, Delitti, (4ª ed), p. 430.

(218) PALAZZO, "Oltraggio", pp.864-865.

(219) GRISPIGNI, I delitti, p.289; LEVI, Delitti, (4ª ed), p.431; MANZINI, Trattato; vol.V, (5ª ed), p.526; PALAZZO, "Oltraggio", p.868; RANIERI, Manuale, vol.II, pp.282-283; RICCIO, "Oltraggio", p.383.

(220) GRISPIGNI, I delitti, p.289; MANTOVANI, Fatto determinato; p.19; RICCIO, "Oltraggio", p.382; SISTI, "Oltraggio a un pubblico ufficiale", p.263.

(221) Fundamentación que pone de relieve el entrecruzamiento de planos existente entre lo público y lo privado, planos inescindibles que producen una grave confusión tanto en la interpretación como en la concepción del delito de desacato.

(222) PALAZZO, "Oltraggio", p.868.

(223) Cfr. MANTOVANI, Fatto determinato. Donde se recogen ampliamente todas las teorías sustentadas por

la doctrina italiana sobre el concepto de "fatto determinato".

(224) MANZINI, Trattato, vol.V, (5ª ed), p. 527.

(225) RANIERI, Manuale, vol.II, p.282; SISTI, "Oltraggio a un pubblico ufficiale", p.263.

(226) MANZINI, Trattato, vol.V, (5ª ed), p.530; RICCIO, "Oltraggio", p.383.

(227) LEVI, Delitti, (4ª ed), p.431; MANZINI, Trattato, vol.V, (5ª ed), p.533; RICCIO, "Oltraggio", p. 383.

(228) MANZINI, Trattato, vol.V, (5ª ed), p. 534.

(229) GRISPIGNI, I delitti, p.290.

(230) Art.5: "Nell'articolo 596 del Codice penale sono aggiunte le seguenti disposizioni:
Quando l'offesa consiste nell'attribuzione di un fatto determinato, la prova della verità del fatto medesimo è però sempre ammessa nel procedimento penale:
1) se la persona offesa è un pubblico ufficiale ed il fatto ad esso attribuito si referisce all'esercizio delle sue funcioni;
2) se per il fatto attribuito alla persona offesa è tuttora aperto o si inizia contro di essa un procedimento penale;
3) se il querelante domanda formalmente che il giudizio si estenda ad accertare la verità o la falsitá del fatto ad esso attribuito.
Se la verità del fatto è provata o se per esso la persona, a cui il fatto è attribuito, è per esso condannata dopo l'attribuzione del fatto medesimo, l'autore dell'imputazione non è punibile, salvo che i modi usati non rendano per se stessi applicabili le disposizioni dell'art. 594, comma 1º, ovvero dell'art.595, comma 1º".

(231) MANZINI, Trattato, vol.V, (5ª ed), p.527. En el mismo sentido, RANIERI, Manuale, vol.II, p.282;

SISTI, "Oltraggio a un pubblico ufficiale", p.263.

(232) ANTOLISEI, Manuale, vol.II, p.812. En igual sentido MAGGIORE, Diritto penale, vol.II, T.I, p.210.

(233) MANZINI, Trattato, vol.V, (5ª ed), p.526.

(234) MANZINI, Trattato, vol.V, (5ª ed), p.544; RICCIO, "Oltraggio", p.383; SISTI, "Oltraggio a un pubblico ufficiale", p.263.

(235) ANTOLISEI, Manuale, vol.II, p.812; GRISPIGNI, I delitti, p.290; MANZINI, Trattato, vol.V, (5ª ed), p.544; PALAZZO, "Oltraggio", p.869; RANIERI, Manuale, vol.II, p.282; SISTI, "Oltraggio a un pubblico ufficiale", p.263.

(236) PALAZZO, "Oltraggio", pp.869-870.

(237) RICCIO, "Oltraggio", p.383; SISTI, "Oltraggio a un pubblico ufficiale", p.262; VANNINI, Quid Iuris?, p.62.

(238) PALAZZO, "Oltraggio", p.871.

(239) MANZINI, Trattato, vol.V, (5ª ed), p.548.

(240) PALAZZO, "Oltraggio", p.871; RICCIO, "Oltraggio", p.383. En contra GRISPIGNI, I delitti, p.291; MANZINI, Trattato, vol.V, (5ª ed), p.546.

(241) RICCIO, "Oltraggio", p.383. En el mismo sentido VANNINI, Quid Iuris?, p.65.

(242) MANZINI, Trattato, vol.V, (5ª ed), p.546. En el mismo sentido SISTI, "Oltraggio a un pubblico ufficiale", p.263.

(243) VANNINI, Quid Iuris?, p.63.

(244) MANZINI, Trattato, vol.V, (5ª ed), p.547; SISTI, "Oltraggio a un pubblico ufficiale", p.263.

(245) PALAZZO, "Oltraggio", p.872; VANNINI, Quid Iuris?, p.68.

(246) Art.4: "Non si applicano le disposizione degli articoli 336,337, 338, 339, 341, 342, 343 del Codice penale quando il pubblico ufficiale o l'inacaricato di un pubblico servizio ovvero il publico impiegato abbia dato causa al fatto preveduto negli stessi articoli, eccedendo con atti arbitrari i limiti delle sue attribuzioni".

(247) VENDITTI, La reazione, p.9.

(248) ANTOLISEI, Manuale, vol.II, p.817.

(249) VENDITTI, La reazione, p.47.

(250) VENDITTI, La reazione, p.48. En el mismo sentido ANTOLISEI, Manuale, vol.II, p.817, para quien el tema se debate en el ámbito de la obediencia a los poderes públicos. En una concepción de tipo totalitario, en la cual se subordinan los individuos a los órganos, no hay sitio para una eventual licitud de la rebelión a los actos del funcionario; mientras que un sistema democrático se traduce en un ordenamiento jurídico que no puede dejar de reconocer el derecho a la resistencia de actuaciones injustas.

(251) LAVORI PREPARATORI, pp.143-144. El legislador justifica este cambio legal del siguiente modo: "nello Stato moderno, ordinato giuridicamente, non è il principio di autorità, che deve essere difeso ad ogni costo, bensì quello di legalità. Ma è facile replicare che precisamente il rispetto al principio di legalità giustifica la norma generale che nello Stato giuridicamente ordinato a nessuno deve essere lecito farsi giustizia da sè, fuori delle ipotesi del 'moderamen inculpatae tutelae', e se questa norma ha valore tra privati cittadini, non si comprende perchè debba cessare quando il rapporto corre tra cittadino e pubblica

Amministrazione". La aplicación del instituto de la legítima defensa supone una ampliación del ámbito de aplicación ya que "consentendo esplicitamente la difesa di qualsiasi diritto, purchè si sia costretto dalla necesità di difenderlo contro il pericolo attuale di una offesa ingiusta, e sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa, torna evidente quanto ampia sia la possibilità della difesa consentita al cittadino contro la minaccia di arbitrî dei pubblici funzionari".

(252) LEVI, Delitti, (4ª ed), pp. 421-422.

(253) VENDITTI, La reazione, p.187. Como pone de relieve MAGGIORE, Diritto penale, vol.II, T.I, p.220, se presentan graves problemas con el requisito de la actualidad de la ofensa, precisión por otra parte no necesario en el antiguo art. 199 del Codice Zanardelli.

(254) ANTOLISEI, Manuale, vol.II, p.818.

(255) CRESPI, "L'atto arbitrario", pp.304 y ss.; EL MISMO, "Sulla nozione", pp.488 y ss.

(256) CRESPI, "Sulla nozione", p.489.

(257) ANTOLISEI, Manuale, vol.II, p.819.

(258) ANTOLISEI, Manuale, vol.II, p.820; VENDITTI, La reazione, pp.136-137. En el mismo sentido RICCIO, "Oltraggio", p.382; SISTI, "Oltraggio a un pubblico ufficiale", p.264, incluyendo los casos en que el "publico ufficiale" actua movido por fines personales, ajenos al interés del ordenamiento jurídico. En contra CRESPI, "Sulla nozione", p.494, puesto que el funcionario puede actuar también motivado por fines meramente personales pero el medio utilizado puede ser sustancialmente legítimo. La intencionalidad no puede trasformar, por sí sola un acto en ilegítimo, así como tampoco en arbitrario.

(259) CRESPI, "Sulla nozione", p.488.

(260) Vease GROSSO, "La reazione", pp.297 y ss. donde se expone con gran claridad la tesis mantenida por los tribunales italianos.

(261) ANTOLISEI, Manuale, vol.II, p.821. En el sentido de considerarlo una causa de justificación especial VENDITTI, La reazione, pp.155 y ss.; RICCIO, "Oltraggio", p.382.

(262) VANNINI, Quid Iuris?, pp.71-72.

(263) GRISPIGNI, I delitti, p.125.

(264) GROSSO, "La reazione", p.304. Cuestión de trascendencia, ya que si no se trata de una causa de justificación, se impide la comisión putativa de la ofensa, por la imposibilidad de aplicar el último párrafo del art. 59 Cp, en el que se regula la comisión putativa de ciertas eximentes, como la legítima defensa, el ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber, el uso legítimo de armas o el estado de necesidad.

(265) VANNINI, Quid Iuris?, p.69.

(266) CRESPI, "L'atto arbitrario", p.301, nota 1.

(267) § 173, 1º: "Celui qui, en s'adressant à un tiers, aura accusé une personne ou jeté sur elle le soupçon de tenir une conduite contraire á l'honneur, ou de tout autre fait propre à porter atteinte à sa considération, celui qui aura propagé une telle accusation ou un tel soupçon, sera, sur plainte, puni de l'emprisonnement poru six mois au plus ou de l'amende."

(268) § 174: "Celui qui, connaissant la fausseté de ses allégations, aura, en s'adressant à un tiers, accusé une personne ou jeté sur elle le soupçon de tenir une conduite contraire à l'honneur, ou de tout autre fait propre à porter atteinte à sa consideration, celui qui aura propagé de telles accusations ou de tels soupçons, alors qu'il en connaissait l'inanité, sera, sur plainte, puni de

l'emprisonnement ou de l'amende.
2. La peine sera l'emprisonnement pour un mois au moins si le calomniateur a, de propos délibéré, cherché à ruiner la réputation de sa victime.
3. Si, devant le juge, le délinquant reconnaît la fausseté de ses allégations et les rétracte, le juge pourra atténuer la peine. Le juge donnera acte de cette rétractation à l'offensé."

(269) § 177: "1. Celui qui, de toute autre manière, aura, par la parole, l'écriture, l'image, le geste ou par voies de fait, attaqué autrui dans son honneur sera, sur plainte, puni de l'emprisonnement pour trois mois au plus ou de l'amende.
2. Le juge pourra exempter le délinquant de toute peine si l'injurié a directement provoqué l'injure par une conduite répréhensible.
3. Si l'injure a riposté immédiatement par une injure ou par des voies de fait, le juge pourra exempter de toute peine les deux délinquants ou l'un d'eux."

(270) NOLL, Besonderer Teil, T.I, p.108.

(271) LOGOZ, Commentaire, vol.I, p.256; NOLL, Besonderer Teil, T.I, p.109.

(272) NOLL, Besonderer Teil, T.I, p.109.

(273) LOGOZ, Commentaire, vol.I, p.240.

(274) NOLL, Besonderer Teil, T.I, p.109; LOGOZ, Commentaire, vol.I, pp.240-41.

(275) LOGOZ, Commentaire, vol.I, p.241.

(276) § 116: "Handlungen nach dem § 111 oder dem § 115 sind auch strafbar, wenn sie gegen den Nationalrat, den Bundesrat, die Bundesversammlung oder einen Landtag, gegen das Bundesheer, eine selbständige Abteilung des Bundesheeres oder gegen eine Behörde gerichtet sind und öffentlich begangen werden. Die Bestimmungen der § 111 Abs. 3, 112 und 114 gelten auch für solche strafbare

Handlungen."

(277) LEUKAUF/STEININGER, Kommentar, § 116, nm.1; FOREGGER/SERINI, Strafgesetzbuch, § 116, nm.II.

(278) REGIERUNGSVORLAGE, p.249.

(279) REGIERUNGSVORLAGE, P.249; LEUKAUF/STEININGER, Kommentar, § 116, nm.1.

(280) Una análisis de los órganos protegidos en este parágrafo en LEUKAUF/STEININGER, Kommentar, § 116 nm.2 a 7. Unicamente hacer constar que queda excluído de la protección de este parágrafo el Consejo municipal, pues, aunque como señalan estos autores, no encuentran un motivo para su exclusión, no puede olvidarse que la ennumeración del § 116 es taxativa, y por tanto la inserción del citado Consejo en el mismo supondría realizar un interpretación analógica, hipótesis no permitida. Ahora bien, cuando este Consejo dicta actos oficiales (actúa como órgano de apelación contra los actos del alcalde) es protegido contra la injuria como órgano oficial [Behörde].

(281) LEUKAUF/STEININGER, Kommentar, § 116, nm.2.

(282) LEUKAUF/STEININGER, Kommentar, § 116, nm.6; REGIERUNGSVORLAGE, p.249.

(283) FOREGGER/SERINI, Strafgesetzbuch, § 116, nm.II.

(284) § 112: "Der Wahreitsbeweis und der Beweis des guten Glaubens sind nur aufzunehmen, wenn sich der Täter auf die Richtigkeit der Behauptung oder auf seinen guten Glauben beruft. über Tatsachen des Privat- oder Familienlebens und über strafbare Handlungen, die nur auf Verlangen eines Dritten verfolgt werden, sind der Wahreitsbeweis und der Beweis des guten Glaubens nicht zuzulassen."

(285) § 114: "(1) Wird durch eine im § 111 oder im §

113 gennante Handlung eine REchtspflicht erfüllt oder ein Recht ausgeübt, so its die Tat gerechtfertigt.
(2) Wer durch besondere Umstände genötigt ist, eine dem § 111 oder dem § 113 entsprechende Behauptung in der Form und auf die Weise vorzubringen, wie es geschieht, ist nicht zu bestrfen, es sei denn, daß die Behauptung unrichtig ist und der Täter sich dessen bei Aufwendung der nötigen Sorgfat (§6) hätte bewußt sein können."

(286) LEUKAUF/STEININGER, Kommentar, § 117, nm.7; FOREGGER/SERINI, Strafgesetzbuch, § 117, nm.I.

(287) LEUKAUF/STEININGER, Kommentar, § 117, nm.10.

(288) La definición legal de funcionario se encuentra en el § 74, y se incluyen en la misma unicamente los funcionarios austriacos. LEUKAUF/STEININGER, Kommentar, § 74, mn.8. Bajo el término "superior" no debe entenderse el órgano inmediatatamente superior al ofendido sino el jefe del mismo órgano. Esta norma tiene su excepción cuando el ofendido es el propio director del órgano, en este caso la autorización deberá concederla el Departamento inmediatamente superior en el escalafón jerárquico. LEUKAUF/STEININGER, Kommentar, § 117, nm.19.

(289) LEUKAUF/STEININGER, Kommentar, § 117, nm.15; FOREGGER/SERINI, Strafgesetzbuch, § 117, nm.IV.

(290) LEUKAUF/STEININGER, Kommentar, § 117, nm.23.

(291) FOREGGER/SERINI, Strafgesetzbuch, § 117, nm.I.

(292) DALCKE/FUHRMANN/SCHäFER, Strafrecht, § 187a, nm.1; HERDEGEN, LK, T.V, § 187a, nm.1; LACKNER, Strafgesetzbuch, § 187a, nm.1; MAURACH, Strafrecht (BT), T.I, p.260; RUDOLPHI, SK, T.II, § 187a, nm.1; SCHöNCKE/SCHRöDER, Strafgesetzbuch, § 187a, nm.2.

(293) BVerfGE 4, 352.

(294) DALCKE/FUHRMANN/SCHÄFER, Strafrecht, § 187a, nm.2; HERDEGEN, LK, T.V, § 187a, nm.1.

(295) RUDOLPHI, SK, T.II, § 187a, nm.1.

(296) § 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 zusammenhänge', und ist die Tat geeignet, sein öffentliches Wirken erheblich zu erschweren, so ist die Strafe Freheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren.
(2) Eine Verleumdung (§ 187) wird unter den gleichen Voraussetzungen mit Freiheitssatrfe von seches Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.

(297) El concepto de difusión de escritos, así como los medios de publicidad, se encuentran normativamente determinados en el § 11 del Código penal.

(298) RUDOLPHI, SK, T.II, § 187a, nm.1.

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

(300) DALCKE/FUHRMANN/SCHÄFER, Strafrecht, § 187a, nm.2; DREHER/TRÖNDLE, Strafgesetzbuch, § 187a, nm.2; HERDEGEN, LK, T.V, § 187a, nm.2; LACKNER, Strafgesetzbuch, § 187a, nm.2; MAURACH, Strafrecht (BT), T.I, p.260; OTTO, Grundkurs Strafrecht, p.111; SCHMIDHÄUSER, Strafrecht (BT), p.67; SCHÖNKE/SCHRÖDER, Strafgesetzbuch, § 187a, nm.2.

(301) RUDOLPHI, SK, T.II, § 187a, nm.3; SCHÖNCKE/SCHRÖDER, Strafgesetzbuch, § 187a, nm.2.

(302) DALCKE/FUHRMANN/SCHÄFER, Strafrecht, § 187a, nm.2. Para una amplia ennumeración de los sujetos que se considera relevantes en la vida política del pueblo, Vease: RUDOLPHI, SK, T.II, § 187a, nm.3 y SCHÖNKE/SCHRÖDER, Strafgesetzbuch, § 187a, nm.3. A modo de ejemplo, podemos citar al Presidente de la República, miembros del Gobierno, miembros del Parlamento Federal y del Land, Jueces del tribunal Constitucional... Quedan excluídos del ámbito de protección del § 187a, los concejales, políticos extranjeros...

(303) HERDEGEN, LK, T.V, § 187a, nm.3; OTTO, Grundkurs Strafrecht, p.111.

(304) HERDEGEN, LK, T.V, § 187a, nm.3; KREY, Strafrecht (BT), T.I, p.401.

(305) HERDEGEN, LK, T.V, § 187a, nm.4; MAURACH, Strafrecht (BT), T.I, p.260; OTTO, Grundkurs Strafrecht, p.112; SCHMIDHÄUSER, Strafrecht (BT), p.67. Para que sea factible la posibilidad de obstaculización de la vida política, será necesario que el sujeto se halle en activo en el momento de la ejecución de la misma, SCHÖNKE/SCHRÖDER, Strafgesetzbuch, § 187a, nm.6.

(306) RUDOLPHI, SK, T.II, § 187a, nm.5.

(307) DREHER/TRÖNDLE, Strafgesetzbuch, § 187a, nm.6; HERDEGEN, LK, T.V, § 187a, nm.4; OTTO, Grundkurs Strafrecht, p.112.

(308) Se trata de un delito de peligro concreto. La adecuación del hecho para dificultar la actuación política del sujeto, debe ser abarcada por el dolo. MAURACH, Strafrecht (BT), p.260.

(309) DALCKE/FUHRMANN/SCHÄFER, Strafrecht, § 187a, nm.4; DREHER/TRÖNDLE, Strafgesetzbuch, § 187a, nm.5; HERDEGEN, LK, T.V, § 187a, nm.4; LACKNER, Strafgesetzbuch, § 187a, nm.3; MAURACH, Strafrecht (BT), T.I, p.260; SCHÖNKE/SCHRÖDER, Strafgesetzbuch, § 187a, nm.4. Es reiterado el ejemplo citado por estos autores, del periodista que

realiza una serie de afirmaciones contra un político con la finalidad de aumentar la tirada del semanario que dirige.

(310) OTTO, Grundkurs Strafrecht, p.111.

(311) DALCKE/FUHRMANN/SCHÄFER, Strafrecht, § 187a, nm.4; DREHER/TRöNDLE, Strafgesetzbuch, § 187a, nm.8; HERDEGEN, LK, T.V, § 187a, nm.5; RUDOLPHI, SK, T.II, § 187a, nm.7; SCHMIDHÄUSER, Strafrecht (BT), p.67; SCHöNKE/SCHRöDER, Strafgesetzbuch, § 187a, nm.7.

(312) MAURACH, Strafrecht (BT), T.I, p.260.

(313) MAURACH, Strafrecht (BT), T.I, p.260.

(314) DALCKE/FUHRMANN/SCHÄFRE, Strafrecht, § 187a, nm.5.

(315) MAURACH, Strafrecht (BT), T.I, p.256.

(316) MAURACH, Strafrecht (BT), T.I, p.257.

(317) MAURACH, Strafrecht (BT), T.I., p.259.

(318) 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 1.789. 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 fines del siglo XVIII el paso de un planteamineto metódico iusnaturalista a una estricta vinculación al Derecho vigente (Escuela de la Exégesis), 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 la

mentalidades cultas, la ciencia hubo de mantener su atención por el Derecho natural racional, único que reflejaba las aspiraciones de la época."

CAPITULO TERCERO: EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE DESACATO.

I.- Introduccion.

Desde la introducción de la figura del 'desacato' en la Reforma del Código penal de 1.850, la doctrina española se ha mostrado practicamente unánime en cuanto al bien jurídico protegido a través de esta figura: el orden público. Unanimidad que se ha visto "contestada" sólo en contadas ocasiones, si bien desde la promulgación de la Constitución española, en el año 1.978, se está produciendo un replanteamiento de los intereses que se han entendido hasta ahora tutelados en función de los principios que se desprenden de la citada norma fundamental.

El análisis del bien jurídico protegido en este delito, se va a desvelar tarea compleja.

En primer lugar, hemos de tener en cuenta que nos enfrentamos a un delito que pretende la tutela de un bien jurídico de carácter institucional, tradicionalmente el orden público o el prestigio de las instituciones, lo que conlleva una cierta dificultad en su delimitación y precisión.

En un segundo orden de ideas, no podemos perder de vista el origen y génesis de esta figura. Como ha reconocido la doctrina, nos enfrentamos a un tipo de marcado carácter político (1) que, en consecuencia, padecerá, en mayor medida que otros, la influencia de la ideología imperante en cada momento histórico. De hecho, el desacato es introducido en la Reforma que en 1.850 se efectuó en el Código penal de 1.848, reforma llevada a cabo por el gobierno Narvaez y calificada de

autoritaria y "reaccionaria" (2), que tiene lugar precisamente en un momento en que estaban suspendidas las garantías constitucionales (3).

Autoritarismo que acentúa lo que TOMAS Y VALIENTE, denomina "rigurosa severidad de un Estado liberal moderado" que utiliza el Código penal "como instrumento eficaz para defender el orden establecido, con especial rigor punitivo en materias concernientes a la defensa de la religión, del propio poder y de las bases socioeconómicas." (4).

Frente a las violentas convulsiones políticas en que se vió envuelta la sociedad española a lo largo de todo el siglo XIX, es lógico que se sientiese la necesidad de reforzar a la Autoridad, como manifestación inmediata del poder, frente a intentos de socavamiento del mismo manifestados en multitud de asonadas, motines... por los partidarios de la facción contraria a la instaurada en el gobierno; quizás, ello indujo al legislador (5) a introducir el tipo penal del desacato dentro de los "Delitos contra el orden público", considerando que una manifestación insultante o injuriosa dirigida contra una Autoridad, podía dar motivo a alteraciones que conllevasen la inestabilidad del aparato estatal.

Teniendo en cuenta este intento de defensa del poder constituído, amenazado constantemente por agitaciones revolucionarias (6), y la propia ubicación del delito de desacato entre los "Delitos contra el orden público", no parece extraña la aceptación mayoritaria por la doctrina de la época del "orden público", como interés de necesaria protección. La preocupación exegética y práctica de aquellos comentaristas del Código

penal, facilitaba tal aceptación sin mayor cuestionamiento, dada la ausencia de una elaboración sistemática o dogmática comparable a la actual.

Y es en este punto donde confluye otro orden de problemas que se nos van a presentar a la hora de dilucidar el objeto de la protección penal. Si bien parece que la "ratio legis" se encamina a la protección del poder del Estado encarnado en la figura de la Autoridad y cuyo socavamiento puede dar lugar a una alteración del orden público, la configuración que se realiza de la descripción típica es a través de la injuria, la calumnia y la amenaza. Dejando de momento a un lado ésta última, vemos cómo son las figuras que integran los "Delitos contra el honor" las que cobran mayor relevancia en la descripción, lo que va a provocar una notable confusión entre conceptos como el honor, prestigio de la autoridad y dignidad de la función pública. Por otro lado, ya desde 1.870 la tipificación del desacato acoge los insultos o amenazas a cualquier "funcionario", constituya o no "autoridad", con lo que se amplía desmesuradamente el campo de las conductas penadas como desacato.

Las coordenadas histórico-políticas, han variado notablemente desde entonces. Hoy día, el Estado como institución, se encuentra totalmente asentado y las actividades a realizar por la Administración han experimentado un cambio notable con respecto a las expectativas que sobre la misma se preveían a finales del siglo XIX (7). De una Administración entendida como mera gestora, hemos pasado a una macro Administración intervencionista y asistencial donde, como dice GARCIA DE ENTERRIA, "los funcionarios son simples agentes de esta organización. La Administración Pública no es

representante de la comunidad, sino de una organización puesta a su servicio, lo cual es en esencia distinto." (8).

Será a partir de estos nuevos parámetros desde donde habremos de revisar el concepto de bien jurídico protegido en el delito de desacato. Hemos de buscar una nueva sustantividad a este tipo penal desde coordenadas esencialmente democráticas. Para ello será necesario revisar su contenido y configuración a la luz de los principios que emanan de la Constitución de 1.978.

En este camino nos será de gran utilidad el fructífero esfuerzo que ha realizado la doctrina italiana para adecuar la figura del "oltraggio", que como ya se vió en el Capítulo Segundo guarda gran similitud con nuestro desacato, proviniente de un Código autoritario como es el Código Rocco, a un sistema democrático impulsado por la Constitución de 1.947. Similar es el recorrido que está realizando la doctrina española para adecuar caducos tipos penales, como en mi opinión es el que nos ocupa, a la sociedad en la que tienen que ser aplicados, lejana en extremo, a aquella en la cual vieron la luz.

II. Funciones y concepto de bien jurídico.

La importancia del bien jurídico en la dogmática del delito cobra especial relieve a partir de la llamada escuela neoclásica o neokantiana de Derecho penal que, influenciada por la filosofía suroccidental

alemana, pretende recuperar para el derecho -para el Derecho penal- su adscripción a las ciencias del espíritu y de los "valores". Su búsqueda del sentido o sustrato material teleológico quedará reflejada en la nueva comprensión de las categorías dogmáticas del delito. El enriquecimiento que supone esta perspectiva sustancial fue enormemente fructífero a todos los niveles de interpretación, se manifestó de forma patente en la nueva concepción del injusto material del delito, centrado en la discusión del bien jurídico objeto de protección.

Desde mediados del siglo XIX, en que BIRNBAUM enuncia por primera vez el concepto de bien jurídico, la importancia que éste ha ido cobrando como núcleo central del tipo penal es incuestionable (9). Importancia en el análisis dogmático, que si bien en sus inicios es de orden formalista, lo que podemos denominar las funciones clásicas del concepto de bien jurídico, progresivamente cobra mayor reflejo en la interpretación y delimitación del ámbito del injusto.

Las funciones que tradicionalmente se han asignado al bien jurídico, entendido como valor necesitado y digno de protección por el ordenamiento jurídico, han sido de orden dogmático, así éste "constituye la base de la estructura e interpretación de los tipos." (10), al igual que sirve de criterio clasificador básico para la agrupación de los mismos, como lo demuestra la estructura de la Parte especial, clasificada de acuerdo al criterio de bienes jurídicos iguales o afines (11). De igual modo se le reconoce una función crítica (12), de cara a la interpretación de los distintos tipos delictivos.

Ahora bien, en el estudio de los tipo penales

en particular, la doctrina se preocupa de establecer la protección de los bienes jurídicos fundamentales (13), esto es, de aquellos que se consideran dignos y a su vez necesitados de protección penal, puesto que no todos los ataques dirigidos contra los bienes jurídicos necesitarán la respuesta punitiva que ofrece el Derecho penal. Sólo aquellos de mayor relevancia para el desarrollo del individuo obtendrán la tutela del mismo y, sólo frente a aquellos ataques más intolerables (14). El Derecho no puede, ni debe, inmiscuirse en todas y cada una de las esferas de la persona, únicamente los ataques más intolerables a bienes fundamentales serán objeto de atención por parte del legislador, es lo que la doctrina denomina principio de "fragmentariedad" del Derecho penal (15). De lo contrario nos encontraríamos ante un verdadero abuso del "ius puniendi" estatal, que en palabras de RODRIGUEZ MOURULLO desencadenaría un auténtico "terror penal" (16). Es por lo que el Derecho penal debe jugar como "ultima ratio" (17), esto es, configurarse como el último recurso al cual se debe acudir a la hora de sancionar las conductas disfuncionales con el ordenamiento jurídico, "La reacción penal no resulta adecuada sino allí donde el orden jurídico no puede ser protegido por medios menos gravosos que la pena" (18).

De cara a las mencionadas funciones de orden intrasistemático podríamos decir que es válido cualquier concepto de bien jurídico que se ofrezca. Sin embargo, cuando se pretende dotar al mismo de un carácter limitador frente al "ius puniendi" del Estado, para que sirva como criterio eficaz en orden a los dos principios reseñados de "ultima ratio" y fragmentariedad, fundamentalmente a raíz, como se verá a continuación, de la concepción de von LISZT, es cuando la concepción

que se mantenga de bien jurídico dejará de ser indiferente, dando lugar a una prolífica doctrina, en absoluto pacífica, pero que tiene como común denominador el intentar dotar al mismo de un contenido material capaz de limitar la labor legislativa del poder estatal.

Es en este ámbito de limitar el "ius puniendi" del Estado en el que debe ubicarse la problemática referente al concepto y funciones del bien jurídico protegido por la norma penal.

Esta función de limitación que el concepto de bien jurídico asume, suscita, como decíamos, la cuestión de qué contenido material debe poseer el mismo para actuar eficazmente como tal límite. BIRNBAUM concibe el bien jurídico dede una perspectiva iusnaturalista moderada. Rechaza que el delito se configure como la lesión de un derecho, ya que éste se encuentra más allá del Derecho, no se confunde con él, sino que le sirve de fundamento (19). Concepción, que en opinión de MIR no limita la labor del legislador, pero que cumple las funciones de ordenación sistemática de los delitos, amén de servir de criterio interpretador de los mismos (20).

Esta formulación nace como producto del positivismo, aunque como pone de relieve SINA, con un fuerte componente liberal (21), consecuencia de la crítica formulada a la ideología en la que se basaba la Ilustración y su concepción del delito como lesión de un derecho subjetivo (22).

Distintos conceptos de bien jurídico se han manejado con posterioridad. Así, para BINDING, el bien jurídico es una creación del Derecho, que elige

aquellos que en opinión del legislador son merecedores de protección (23). El bien jurídico queda establecido dentro del contenido de la norma jurídica, cada norma posee su propio bien jurídico. Sin embargo fue von LISZT quien intentó dotar al concepto de bien jurídico de un contenido material que sirviese como límite al "ius puniendi" del Estado. Para este autor "Todos los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidad. El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del Derecho eleva el interés vital a bien jurídico." (24). Traslada el bien jurídico a un momento previo al Derecho positivo, precisamente al de la realidad social. Así, estos bienes van más allá del ordenamiento jurídico, se incardinan en la realidad social, "Luego, en el bien jurídico se encuentran derecho penal y política criminal, es el punto de unión para ambas disciplinas" (25).

Pero el autor no dotó de un contenido concreto este "interés vital", por lo que su pretensión de limitar la labor del legislador no pasó "de constituir un programa sin desarrollar" (26).

Alrededor de estas dos concepciones propuestas por BINDING y von LISZT giran las teorías mantenidas desde entonces. MAYER y WELZEL, siguiendo al primero de ellos, identifican el bien jurídico "con el concreto objeto del mundo empírico lesionado o puesto en peligro por el delito"; mientras que los autores fieles al pensamiento neokantiano, continuaron el planteamiento de von LISZT "al remitir a una realidad externa al Derecho positivo" la concepción del bien jurídico, trasladando el problema al mundo de los valores, en vez de a la realidad social (27).

Los nuevos postulados, vinculados a la teoría que en su momento enunció von LISZT, desarrollan el concepto de bien jurídico desde posturas politico-criminales (28). Intentan dotar a este concepto de un contenido más preciso, de modo que su contenido material tenga capacidad de limitar la labor del legislador a la hora de criminalizar nuevas conductas; el plano de la discusión pasa de ser puramente jurídico a un plano político-criminal (29).

Con HONIG se produce un giro decisisvo en la historia del bien jurídico (30). Bajo la influencia directa de la filosofía neokantiana se asistirá al triunfo de un concepto metodológico-teleológico del bien jurídico, que considera a éste como el telos o la ratio legis de las normas incriminadoras. El bien jurídico se convierte así, en una categoría omnicomprensiva a la cual se reconducen todos los elementos relevantes de la conducta típica, incluyendo las modalidades de acción y las actitudes personales del agente. A esta concepción del bien jurídico, como algo juridificado, inmanente al derecho positivo (o derivado de él), se asociará junto a HONIG, autores como HEGLER, GRÜNHUT, SCHWINGE, ZIMMERL, RADBRUCH, etc. (31).

Según HONIG, el bien jurídico es "el fin reconocido por el legislador en las prescripciones penales, en su formulación más breve", o aquella "síntesis categorial con la cual el pensamiento jurídico intenta captar el sentido y el fin de las particulares prescripciones penales". Por ello considera que los objetos de tutela no existen como tales, sino que aparecen desde el momento en que determinados valores de la comunidad pasan a constituirse en objeto y finalidad de las normas penales (32). Como es sabido, durante la época del

nacionalsocialismo, éste concepto trató de sobrevivir adaptándose a las exigencias ideológicas totalitarias, mientras la escuela de Kiel repudiaba la categoría del bien jurídico como criatura del liberalismo; pero ello condujo a que aquél concepto quedara reducido a poco más que una simple definición (33).

Tras las Segunda Guerra Mundial, se vuelve a la recuperación de un concepto liberal del bien jurídico, se acentuará su función garantista. Al compás del movimiento de reforma penal, y actualización de la anterior legislación penal de acuerdo con las exigencias de las nuevas realidades sociales, el papel del bien jurídico redobla su protagonismo. En Alemania, la preparación del nuevo Código penal, le dió un renovado impulso, que se plasma en los intentos del Proyecto Alternativo de incluir un artículo que expresamente reconociera la protección de bienes jurídicos como tarea del derecho penal.

ROXIN y JÄGER, construyen un concepto meta-jurídico, o pre-jurídico, del objeto de protección penal. El bien jurídico concebido como objeto de tutela y no simplemente como derivado de las normas penales. Si la norma tutela un objeto, no puede a la vez crearlo; éste es previo a la norma penal. Según JÄGER, son bienes jurídicos aquellos "estados valiosos, susceptibles de ser modificados por la conducta humana, y susceptibles por tanto de ser protegidos frente a tales conductas a través de las leyes penales " (34).

En cuanto a su función crítica, el bien jurídico debe servir como fundamento y límite de la legitimidad del derecho penal. HASSEMER insistirá en el principio de "dañosidad social" como criterio de legitimación

de la intervención penal (35). Pero los criterios para fijar en qué consiste esa 'dañosidad social', no resultan fáciles. Debe señalarse al respecto las posiciones de RUDOLPHI y de AMELUNG, que definen el bien jurídico desde una perspectiva funcional. RUDOLPHI definirá los bienes jurídicos como "unidades funcionales valiosas para nuestra sociedad regida constitucionalmente, y por tanto también para las situaciones de los individuos y la libertad de los ciudadanos individualmente considerados". Por ello, instituciones o relaciones de significación para la organización social y política de la sociedad, pasan a constituir objetos dignos de protección penal, desde una perspectiva dinámica. Así, la Administración de justicia, será objeto de protección en sus diversas funciones constitucionalmente señaladas (36).

AMELUNG, en su importante monografía en la que recorre la historia de las teorías sobre el bien jurídico, toma partido por una concepción basada en el modelo de la teoría de los sistemas sociales de PARSONS y LUHMAN. Dsede esta perspectiva, considera que será dañoso para la sociedad lo que sea "disfuncional" para el sistema, lo que impida la supervivencia del sistema o al menos lo ponga en peligro (37).

Entre nosotros, se reconoce con generalidad la doble función del bien jurídico como criterio político-criminal orientador y limitador del legislador, y como instrumento dogmático para la interpretación teleológica de las concretas figuras penales. Ahora bien, dentro de esta linea, cabe distinguir dos tendencias distintas: de un lado los autores que postulan un concepto material de bien jurídido de corte sociológico o social, entre los que cabe incluir, por lo que respecta a la doctrina española a BUSTOS, GOMEZ

BENITEZ, MIR, MUÑOZ CONDE y OCTAVIO DE TOLEDO (38); y, quienes refieren dicho concepto a una instancia formal como es la Constitución, teorías **jurídico-constitucionales**, en cuyo marco se insertan los valores y fines del orden jurídico. Desde esta perspectiva la Constitución jugaría como el marco mínimo concerniente a los bienes jurídicos a tutelar por el Derecho penal, bienes necesarios para el mantenimiento de la conciencia social (39).

La referencia a la Constitución como marco en el que insertar el bien jurídico, puede ser objeto de una doble lectura. Así, autores como ROXIN, entienden que el contenido del bien jurídico no se encuentra ubicado estrictamente en los valores promovidos por la Constitución, sino en un marco de referencia más amplio como es el del Estado democrático de Derecho, único Estado que el autor admite como válido. Será necesario que se aseguren los presupuestos (bienes jurídicos) indispensables para la existencia en común entre los que cabe incluir actividades de prestación por parte del Estado necesarias para el individuo, en el marco de asistencia social del mismo. Perspectiva diversa es la que mantiene BRICOLA, quien postula una teoría estrictamente constitucionalista. Partiendo del papel preminente que ostenta la libertad personal en la Constitución italiana (art. 13 CI), entiende que dicho valor preponderante exigiría que su privación unicamente pueda producirse cuando se atente a bienes equiparables al mismo, esto es, que posean relevancia constitucional. Con lo cual el espacio de juego para seleccionar los bienes jurídicos quedaría limitado a aquellos que tengan reconocimiento constitucional, al menos implicitamente (40).

Todas las teorías someramente aquí enunciadas, se encaminan, como ya dijimos, a intentar dotar de un contenido material al concepto de bien jurídico capaz de limitar el "ius puniendi". Este esfuerzo doctrinal aún siendo fructífero en grado sumo, tropieza con la dificultad que conlleva el que la discusión se halla acentuado en el plano de lo político-criminal, dejando a un lado, en cierto modo, el campo dogmático, campo en el que se desenvuelven las funciones clásicas del concepto de bien jurídico. Lo que supone la inserción en la discusión de elementos valorativos, y en cierto modo ideológicos, como la concepción del Estado que se mantenga o la referencia a la dialéctica de las relaciones sociales. Lo que conlleva la dificultad de llegar a un acuerdo que satisfaga, no sólo a la totalidad de la doctrina, sino también obstaculiza la posibilidad de alcanzar un concepto que limite eficazmente el poder de castigar que se encuentra en manos del Estado. Como bien señala FIANDACA, no es fácil llegar a un contenido material de bien jurídico preciso y capaz de establecer aquellos bienes objeto de tutela penal operativos para la interpretación del alcance del tipo. Los intentos realizados por la doctrina penal se encaminan, a lo sumo, a conseguir criterios directivos, que sirvan de guía, a modo de fórmulas generales, necesitadas de un proceso ulterior de concrección (41).

A efectos del delito de desacato, hemos de tener en cuenta que nos enfrentamos a un bien jurídico de carácter inmaterial, por lo que a las dificultades propias de lograr un bien jurídico que contenga y cumpla los requisitos asignados por la doctrina, se une la del carácter institucional del mismo, lo que por propia definición conlleva una mayor dificultad a la hora de captar su contenido.

A la hora de analizar el interés tutelado por los arts. 240 y siguientes del Código penal, no podremos olvidar la exigencia de que el objeto de protección, no sólo deberá ser un bien jurídico digno de tutela por el ordenamiento sino necesitado de protección por el mismo, conforme a los criterios de "ultima ratio" y fragmentariedad. Criterios que no podemos desligar de las actuales corrientes despenalizadoras que surcan el Derecho penal. Su influencia supone el que se esté operando un notable incremento de las vías alternativas de sanción (civiles, administrativas), lo que conduce a una redimensión de los principios enunciados. El Derecho penal deberá concebirse como "extrema ratio", a lo que se añade que deberá luchar por reconquistar su papel como instrumento excepcional a la hora de tutelar bienes jurídicos (42).

Tampoco deberemos olvidar que el bien jurídico propuesto tendrá que ser la guía de interpretación del contenido típico para poder delimitar con nitidez el alcance y sentido del tipo y servir en el análisis de los elementos que lo conforman.

Desde estos parámetros deberemos conducir el análisis del objeto de protección en el delito de desacato, sin olvidar que la norma penal debe adecuarse a los principios democráticos imperantes en la sociedad actual, principios que se encuentran muy distantes de aquellos que regían la vida española cuando este delito vió la luz.

III. La posición de la doctrina española sobre el bien jurídico protegido en el delito de desacato.

Dos son los rasgos fundamentales que se ponen en evidencia cuando se afronta el estudio del bien jurídico protegido por el delito de desacato en la doctrina española. En primer lugar, nos enfrentamos a un bien jurídico de carácter inmaterial, institucional quizás fuese más correcto, por lo que delimitarlo con precisión será tarea ardua, por no decir que imposible si ello no supusiese admitir la derrota de antemano.

Es de resaltar que, generalmente, la doctrina aún haciendo referencia, en algunos casos, a un determinado bien jurídico, no deja de señalar la confluencia de varios elementos que a su vez pasan a configurar la categoría de objeto protegido por la norma penal. Ello no implica que se conciba a este delito como pluriofensivo, sino que unicamente pone de relieve la dificultad, antes señalada, de determinar con precisión un único y, bien delimitado, bien jurídico protegido por el desacato. O quizás también, como precisa ANTOLISEI, se pone de relieve, que, normalmente, al indagar el objeto de tutela de una norma penal se resalta y aisla un único bien, lo que en el fondo implica una cierta deformación de la realidad, pues el legislador a la hora de incriminar una conducta, tiene en cuenta múltiples intereses y no uno sólo (43).

Un segundo factor, cuya influencia, a mi modo de ver, ha sido decisiva en la ya larga vida de este delito, es la constante apelación a la "tradición legislativa" a la hora de resolver el problema del objeto de

protección. Desde su 'nacimiento' este delito se ha venido ubicando por el legislador entre los "Delitos contra el orden público"; si a esto unimos la preocupación exegética que caracterizó a nuestros primeros comentaristas, obtenemos como resultado la apelación a un difuso concepto de orden público, aunque a la vez se aluda al prestigio, dignidad de la función, principio de autoridad, en una amalgama de explicaciones cuyo objeto parece ser más la constatación de la intolerabilidad de la conducta, que la diferenciación o aclaración de rasgos distintivos para la interpretación de cada tipo singular.

Veamos de forma pormenorizada cada una de las distintas posturas que nuestros autores han adoptado respecto a este problema.

1. La protección del principio de autoridad.

Los comentaristas de los Códigos penales de finales de siglo no manejaban un concepto de bien jurídico en el sentido de la dogmática penal moderna, por lo que era suficiente con que el mismo fuese útil a la hora de clasificar los distintos delitos de la Parte especial del código, así como para configurar la procedencia de la punición de la conducta en cuestión.

Más que definir un bien jurídico, se limitan a explicitar una serie de rasgos que configuran un interés que se piensa necesitado de protección. En el caso que nos ocupa, ese interés gira sobre un genérico deber

de respeto a la Autoridad y a los órganos del Estado, interés que por su misma generalidad no posee la precisión necesaria como elemento delimitador de la norma penal. Lo que evidentemente permitirá una interpretación excesivamente amplia de la descripción típica.

A ese interés genérico se une la continua referencia al orden público como bien jurídico general o referencia última del delito de desacato. Orden público que se concibe también en un sentido amplio, equiparándose al ambiguo concepto de orden social.

Los comentaristas que desde mediados del siglo pasado se han ocupado del tema, son excesivamente parcos a la hora de explicitar el interés digno de protección en el delito de desacato. Parquedad de la que es buena muestra PACHECO, quien escudándose en su intervención en el proceso que tuvo lugar contra Dn. Jorge Martínez y, que según explica dió origen a la inclusión del desacato entre los delitos del Código penal, omite cualquier comentario sobre el mismo (44).

No más explícitos se muestran los autores de la época, así ALVAREZ CID, adhiriéndose a la jurisprudencia del momento, mantiene que el bien jurídico tutelado es el principio de autoridad (45). En este mismo sentido se pronuncian, aunque de forma indirecta, VIADA Y VILASECA y VICENTE Y CARAVANTES. Lo único que dicen al respecto es que sólo la autoridad puede ser desacatada, en contraposición a las restantes conductas consistentes en injuriar y amenazar a los funcionarios públicos (46); manifestación que parece corresponder con la acepción vulgar del término "desacato" que según el Diccionario de la Lengua Castellana (a parte de su sentido forense que coincide con la descripción legal), viene

definido como la "Irreverencia para con las cosas sagradas" (47), de lo que cabe deducir que probablemente aquellos autores concebían el desacato ligado al principio de autoridad.

Algo más explícito se muestra HIERRO, para quien la razón de ser de este delito es preservar a las autoridades de los ataques de que pudieran ser objeto y evitar el desdoro y menosprecio a la Autoridad que siempre se encuentra rodeada de cierto prestigio. Protección necesaria para el mantenimiento del buen orden social (48).

Es GROIZARD el primer autor que explicita el interés protegido por este delito, aludiendo a todo el conjunto de atributos y de principios que tradicionalmente se asimilan a la autoridad y al orden público. Comienza criticando la ubicación del desacato dentro de los "Delitos contra el orden público", ya que según él, bajo un mismo Título deben regularse solo aquellas conductas que lesionen un mismo derecho, situación que en su opinión, no se produce en este caso, ya que aquí se regulan diversas especies que responden a diversos criterios según la modalidad de conducta, puesto que, "la violencia pública es el criterio generador de aquellas incriminaciones [hace referencia al delito de atentado] y la falta de respeto a los representantes de los poderes" la que motiva la imputación del desacato (49). Incurre posteriormente en cierta contradicción, ya que al comentar el Capítulo V, en el que se ubica el delito de desacato, reconoce que "Los delitos comprendidos en este Capítulo no tienen la gravedad de los atentados, aunque <u>también afectan al orden público</u>, y pertenecen al mismo orden genérico de acciones punibles." (50). Con lo que implícitamente admite que el desacato atenta

contra el orden público.

No es el orden público el único criterio utilizado para la configuración del tipo. GROIZARD mantiene que en el delito de desacato (51) se protege "la honra, el crédito o prestigio de las personas que ejercen la autoridad o que son sus representantes." (52). Posteriormente, en la segunda edición de su obra perfila más este concepto, añadiendo el principio de autoridad como otro elemento a tener en cuenta: "El insulto, la injuria, la amenaza, no ofende tanto al funcionario representante de la Autoridad como a la Autoridad misma por él representada. La soberanía del Estado, desconocida, ultrajada, afrontada en uno de sus atributos, cuyo prestigio necesita conservar y enaltecer para llenar los altos fines de su misión" (53).

Es el prestigio de la Autoridad, encarnado y representado por el funcionario, el que resulta lesionado por los ataques injuriosos o calumniosos de los particulares. Los funcionarios, encargados de "velar por el mantenimiento del orden social", pueden verse afectados en el ejercicio de su función ante tales ataques. Ahora bien, será el órgano como tal al que se le dispensa la protección, ya que es él el poseedor del prestigio y de la dignidad (54), mientras que el funcionario es exclusivamente la encarnación física de aquél ente.

Similar es la opinión de CUELLO CALON para quien el principio de autoridad representado por los funcionarios, puede verse lesionado por los ataques dirigidos contra el prestigio de la autoridad (55). Prestigio, que no hece referencia al sujeto, a la persona física del funcionario/autoridad, sino elemento integrante del concepto de autoridad, que pertenece

directamente al Estado. "La ley penal, en este caso se propone especialmente asegurar la dignidad y el respeto a la función de que la persona está revestida;" (56). Y aunque, al igual que GROIZARD, admite que estas conductas pueden lesionar más o menos directamente el orden público, hemos de tener en cuenta que a la hora de clasificar los delitos, este autor no se atiene a lo que denomina un "criterio doctrinal", esto es, a una clasificación en función de los intereses objeto de protección, sino que atiende exclusivamente a la sistemática utilizada por el legislador en el Código penal (57).

Aun no siguiendo el mismo razonamiento, llega a idéntica conclusión, RODRIGUEZ DEVESA, quien no cuestiona la clasificación del delito de desacato dentro de los "Delitos contra el orden público" apelando a la "tradición legislativa" (58).

Según RODRIGUEZ DEVESA el bien jurídico protegido es el mismo que en el delito de atentado, sólo que en aquel se da un ataque material contra el mismo, mientras que en el desacato el ataque es exclusivamente moral o inmaterial, se lesiona "el principio de autoridad, la dignidad de la función, cuya relación con el orden público se pone de relieve pensando que no hay disciplina social y política posible si los órganos a través de los que el Estado cumple sus fines no son respetados" (59).

Matiza que aunque el desacato se encuentra regulado entre ellos, debemos tener en cuenta que "el orden público y colectivo depende de dos factores: el respeto a los órganos a través de los cuales se concreta la voluntad de la ley en un Estado de derecho y a la paz de los lugares de uso común; también por extensión,

del normal funcionamiento de los servicios públicos." Y más adelante recalca que "La subordinación a los órganos del Estado constituye la textura de disciplina social y política, sin la que no se concibe la realización de los fines del Estado; la paz pública excluye aquella presión o la intimidación que cohiben el ejercicio de los derechos individuales." (60).

Considera RODRIGUEZ DEVESA que la subordinación a los órganos del Estado es necesaria porque, sin dicho acatamiento puede verse alterado el orden social imperante, razón por la que a su juicio es adecuada la inclusión del desacato entre los "Delitos contra el orden público". Al igual que en la tesis de GROIZARD, parece darse también en este autor una cierta contradicción en la argumentación. De un lado, clasifica el tipo entre los delitos contra el orden público, pero como indica, más bien por "tradición legislativa", que al parecer por convicción personal; para a continuación defender la posibilidad de que cuando se insulta, injuria, etc., a una autoridad se puede poner en peligro el orden jurídico existente, al que hace equivalente del orden público u orden social, con lo que sigue manteniendo una concepción amplia del "orden público". Debido a ello, queda desvirtuada su alusión al normal funcionamiento de los servicios públicos, como posible criterio rector del tipo.

Característica común de todos los autores mencionados es la consideración de que el interés digno de protección es la dignidad de la función, el prestigio que rodea o debe rodear el ejercicio de la función pública; mediante su ataque se socava el principio de autoridad, de necesario mantenimiento para el desarrollo de la vida y funcionamiento de las instituciones

estatales; funcionamiento que se vería gravemente alterado si se consistieran dichos ataques, lo cual produciría una alteración del orden público (orden social), de ahí su incardinación dentro de tal orden de delitos. Con lo que se puede comprobar que más que a un bien jurídico, se está haciendo referencia a una serie de elementos, prestigio, dignidad de la función, principio de autoridad, orden público, que confluyen en el delito de desacato. Criterios, todos ellos, ambiguos y que difícilmente y, menos aún tomados en conjunto, ayudan a la delimitación e interpretación de la descripción típica.

En estas posiciones se manifiesta, a mi entender, una confusión de planos. Se está clasificando el delito de desacato, no ya por el interés digno de tutela, que según se ha expuesto pudiera ser la dignidad de la función pública o el principio de autoridad, sino por el "fin" al que va dirigida la norma, por la "ratio legis" que posiblemente fue el fundamento que motivó al legislador a encuadrar el tipo penal dentro de este orden de delitos. Un ataque continuado a los órganos del Estado en el ejercicio de sus funciones puede desembocar, en unas determinadas coordenadas histórico-políticas de cierta inestabilidad social, en una alteración del orden constituído. Pero lo que no parece tan claro es que el simple insulto o injuria a una Autoridad/funcionario tenga "per se" fuerza suficiente para provocar una alteración del orden público, y mucho menos si se entiende por tal el orden social o el mantenimiento del orden jurídico existente. Este se ve alterado por la comisión de cualquier hecho delictivo, pues precisamente la realización de un delito conlleva la alteración del orden jurídico establecido por la legalidad vigente, luego la referencia al mismo no puede concebirse como bien jurídico, ya que de esta forma todos los delitos

tendrían como objeto de tutela el mismo interés (61).

2. La tutela de la dignidad de la función pública.

Un sector de la doctrina, más cercano en el tiempo, considera que el bien jurídico protegido por el delito de desacato es la dignidad de la función pública. Dignidad que viene entendida de forma distinta a la propugnada por los autores mencionados en el epígrafe anterior. Para ellos, el concepto de dignidad de la función se encuentra indisolublemente unido al principio de autoridad y en cierto modo ligado al orden público. Sin embargo, las tesis que a continuación van a ser objeto de exposición, descollan por su preocupación en deslindar este concepto de dignidad de todo contenido autoritario y jerárquico, buscando un concepto de bien jurídico útil a la hora de interpretar el contenido de la descripción típica.

Este intento de alejamiento de posturas autoritarias en lo ideológico y, de criterios vagos y difusos en lo dogmático, queda, un tanto desvirtuado en la tesis defendida por MUÑOZ CONDE. Este autor, afirma explícitamente que el desacato no es un delito en el que pueda considerarase tutelado el orden público (62) y, menos aún, el amplio concepto de del mismo mantenido por cierto sector doctrinal, que lo hace equivaler al orden social existente, basándose en la extensa concepción del mismo mantenida por la Ley de Orden público de 1.959 (63). Sin embargo, no tiene inconveniente en encuadrar el delito entre los "Delitos contra el orden

público" a la hora de analizar la conducta constitutiva de desacato. Probablemente ello se deba a dos órdenes de razones: de un lado, mantener el orden expositivo de acuerdo con la regulación del Código penal; y de otra, quizás por la "vis atractiva" de la tradición legislativa, que hasta 1.944 mantuvo la ubicación del desacato bajo la denominación de "Delitos contra el orden público".

Ahora bien, el concepto de orden público manejado por MUÑOZ CONDE, dista del mantenido por otros autores. Para este autor, el concepto de orden público que ofrece la Ley del mismo nombre de 1.959, es claramente genérico y extenso, y por tanto su valor sistemático practicamente nulo. Por ello propone un concepto más restringido, concretado en "la tranquilidad o paz en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana" (64).

Posteriormente al deslindar el delito de desacato del de atentado matiza su postura, adhiriéndose al criterio jurisprudencial manifestado en la sentencia de 8 de octubre de 1.973, en la que se reitera la necesidad de protección del principio de autoridad, así como el de la dignidad en el ejercicio de la función pública (65). Lo que parece unirle a las posiciones mantenidas por los autores que defienden el principio de autoridad como interés protegido por este delito. Para ellos el concepto de dignidad de la función no se deslinda del de mantenimiento del principio de autoridad, lo que nos hace retornar a una concepción del desacato difusa y en la que la idea de bien jurídico queda desvirtuada y sustituída por la confluencia en el mismo de diversos factores (principio de autoridad, prestigio y dignidad de la función pública) necesitados de precisión y

delimitación si se quiere que cumplan las funciones dogmáticas y político-criminales atribuídas al concepto de bien jurídico, ya que su propia imprecisión impide su utilidad, no sólo como intereses capacitados para limitar el "ius puniendi" estatal, sino incluso, como criterios válidos de interpretación de la descripción típica.

Es el propio autor quien corrige su tesis y posteriormente matiza 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 la función pública." (66).

Parece que MUÑOZ CONDE distingue entre el objeto de protección de la norma: el ejercicio y la dignidad de la función pública; de la "ratio legis" o finalidad a la que va encaminada la misma: la protección del orden público, entendido éste de forma restringida. Lo cual no significa que el bien jurídico protegido sea el orden público.

En mi opinión, el autor desvirtúa su toma de postura, al menos aparentemente, al suscribir las tesis propuestas por el T.S. y manifestadas en la ya citada sentencia de 8 de octubre de 1.973, en las que éste, manteniéndose fiel a su línea jurisprudencial, aboga por el principio de autoridad y la dignidad de la función como interés digno de protección. Lo que al menos es una aparente contradicción, ya que como se señalará con posterioridad, la concepción que el T.S. mantiene del principio de autoridad y de la dignidad de la función se encuentran en íntima relación con un concepto de orden público entendido en su sentido más amplio.

Crítico con este planteamiento de MUÑOZ CONDE se muestra OCTAVIO DE TOLEDO. Si bien este autor, de "lege lata", mantiene que "con los arts. 240 a 245 se protege la 'dignitas' del funcionario" (67) y, admite que debe efectuarse una restricción en el concepto de orden público, en la línea propuesta por MUÑOZ CONDE, considera que éste incurre "en la misma confusión que GROIZARD y frente a las pretensiones restrictivas esgrimidas, suministra un concepto de orden público amplio e indeterminado." (68). A lo que añade que el autor no lleva su teoría hasta sus últimas consecuencias, esto es, en aquellos supuestos en que dicho "orden" no se viese alterado no estaríamos ante un delito de desacato (69), conclusión que MUÑOZ CONDE no explicita.

En la tesis mantenida por éste autor, habrá que distinguir dos fases sucesivas: de un lado, a pesar de que no le parece convincente la inclusión del desacato entre los "Delitos contra el orden público", continúa manteniendo dicha ubicación, pero consciente de la vaguedad e imprecisión del término "orden público", postula una restricción de dicho concepto. En segundo lugar, si ello no conduce, forzosamente, a mantener que en el desacato se está conculcando dicho bien jurídico, parece evidente, como explicita el propio autor, que la tutela va dirigida a la dignidad de la función pública, interés que en principio no presupone relación alguna con el orden público, al menos inmediatamente.

De lo que cabe concluir, que en todo caso, éste sería el fin al cual va dirigida, en última instancia, la protección dispensada por los arts. 240 y siguientes, pero no el interés inmediatamente tutelado.

En el mismo sentido de mantenimiento de la

dignidad de la función pública como bien jurídico protegido, aunque con matices diversos, se encuentra la postura mantenida por VIVES ANTON. Para él, en los artículos 240 y ss. se tutela, al igual que en el delito de atentado (70), aunque la semejanza no es completa, la dignidad de la función pública, que debe ser entendida funcionalmente, es decir, "como requisito indispensable para el ejercicio de las diversas competencias de los órganos del Estado" (71). El sentido del que VIVES ANTON, dota al concepto 'dignidad de la función', se encuentra lejano del tradicional, ligado a los de orden público y principio de autoridad; en palabras del autor "Desde luego, los poderes públicos no tienen una dignidad en el mismo sentido que la poseen las personas individuales; pero si, en cuanto poderes legítimos, merecen y precisan el respeto de los ciudadanos, no hay inconveniente alguno en seguir hablando de dignidad respecto a ellos:" (72). Este bien jurídico, continúa, es distinto al honor o a la libertad personal, lo que justifica su inclusión en los delitos contra la seguridad interior del Estado (73).

El autor, realza la perspectiva dinámica del concepto "dignidad de la función pública", enlazándolo directamente con el ejercicio de las funciones públicas, lo cual permite alejarlo de contenidos autoritarios (principio de autoridad) para ubicarlo en una fase más acorde con los principios democráticos de funcionamiento en que se desenvuelve la sociedad actual.

3. El honor del funcionario como bien jurídico concurrente.

El honor del funcionario público se postula como bien jurídico tutelado por el desacato, pero no de forma aislada, sino conjuntamente con otro interés, de tal forma que el delito pasa a configurarse, para los autores que mantienen esta tesis, como pluriofensivo.

El objeto de tutela que concurre con éste, no es siempre el mismo, así para CORDOBA, será la seguridad, mientras que para VIVES ANTON, será la dignidad de la función el otro elemento a tener en cuenta.

El primero de ellos entiende que "El capítulo VIII tutela determinados bienes -el honor y la seguridad- de los funcionarios públicos, en su calidad de partícipes del ejercicio de funciones públicas, y no en la de personas físicas." (74). Lo cual explica, continúa el autor, su ubicación entre las infracciones contra la seguridad interior del Estado (75).

Parece que el autor deduce el objeto de tutela de los modos de conducta que conforman el delito; delitos contra el honor, injuria calumnia e insulto, de un lado; y la amenaza, de otro -delito contra la seguridad-. Pero no explicita si cuando nos encontramos ante un desacato constituido por las primeras formas de comisión enunciadas, se lesiona exclusivamente el honor, y cuando éste se integra por una amenaza, ante un ataque a la seguridad; o bien, si independientemente del modo de ejecución utilizado se lesionan ambos bienes jurídicos.

Por el contrario, para VIVES ANTON, el bien jurídico protegido es, como ya indicabamos en el apartado anterior, la dignidad de la función pública. A este bien jurídico 'dignidad de la función pública', lo dota de un doble contenido lesivo de difícil delimitación, que lo diferencia del delito de atentado. "En los atentados (...), cabe separar, al menos en principio el bien jurídico colectivo, constituído por la dignidad de la función, de los bienes particulares del funcionario que puedan resultar menoscabados por el hecho.". Esta delimitación resulta practicamente imposible en el desacato, en donde "es el mismo ataque contra el bien individual el que representa un menoscabo en el ejercicio de las funciones encomendadas al que lo recibe". Debido a la protección de estos dos intereses, la dignidad de la función y el honor del funcionario, es por lo que "Nos hallamos ante delitos pluriofensivos, que de una parte lesionan intereses de titularidad estatal y, de otro, intereses de titularidad individual" (76).

VIVES ANTON, reconoce que si ambas vertientes son fácilmente identificables en el delito de atentado, dando lugar a una doble sanción, no sucede lo mismo en el desacato, donde ambas no pueden castigarse independientemente. Esta doble vertiente lesiva no se traduce en la penalidad asignada al delito, ya que éste no refleja este doble contenido del injusto, lo cual "se explica, en parte, por la especial posición de los funcionarios públicos, que debilita, como veremos, la protección del honor y, también, para la perseguibilidad de oficio (que hace las penas más efectivas)." (77).

4. La tutela del regular funcionamiento de la Administración pública.

En el año 1.949, JASO ROLDAN, en patente disconformidad con la doctrina y jurisprudencia dominantes, 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." (78). A su juicio la diferencia entre ambas clases de delitos radica en la modalidad de ataque, acometimiento físico en el atentado y, moral en el desacato.

La protección no viene dispensada a los sujetos como tales sino a la especifica función que se les encomienda; el ejercicio de dicha función administrativa es lo que genera la especialidad de la protección penal (79).

El planteamiento de JASO ROLDAN, ha sido asumido actualmente por los autores que recientemente se han ocupado del tema. Así OCTAVIO DE TOLEDO, entiende que el bien jurídico protegido solo puede ser el "normal desenvolvimiento de las actividades administrativa y judicial" (80). Por tanto, solo en aquellos casos en

que se lesione o ponga en peligro este normal desenvolvimiento de las funciones de la Administración, toma cuerpo el contenido del injusto del delito de desacato.

Este bien jurídico, según el autor, posee mayor capacidad delimitadora que el de "orden público", cuya ambiguedad produce un "vaciamiento" del contenido del bien jurídico (81) y por tanto resulta inadecuado para aquellas funciones limitadoras que debe cumplir el bien jurídico en la fijación del injusto.

Una postura original en cuanto al problema que nos ocupa es la mantenida por BUSTOS. Parte este autor de una ordenación del sistema de los bienes jurídicos dividiéndolos en dos grandes bloques: En primer lugar, aquellos que afectan a las bases de existencia del sistema social; y un segundo gran grupo incluiría aquellos que atañen al funcionamiento del mismo. Dentro de este último se encontrarían los denominados bienes jurídicos de control, que podrían definirse como el conjunto de medios necesarios para asegurar el poder del Estado, tendentes a garantizar el control del ejercicio de ese poder (82). Dentro de este subgrupo se ubicarían los delitos hoy encuadrados en los Títulos correspondientes a la seguridad interior y exterior del Estado.

Con esta clase de delitos "Se trata de proteger, por una parte al Estado en sus instituciones organizativas que lo configuran y en la forma como éstas se relacionan entre sí, para lograr con ello un correcto funcionamiento del aparato estatal. Se quiere mantener la incolumnidad de la organización estatal con el objeto que pueda cumplir con sus funciones de control social." (83).

Pero estos bienes jurídicos de control deben ser entendidos como bienes jurídicos puestos al servicio del resto de intereses protegidos por el legislador, sobre la base del actual modelo estatal como sistema social generador de participación de los ciudadanos en el mismo. Esto es, la organización político-administrativa es válida en tanto en cuanto instrumento capaz de generar y potenciar la participación y el desarrollo de los ciudadanos en el sistema social actual (84).

De todo ello concluye, que con el desacato se está afectando el ejercicio de las funciones públicas y de las competencias que todo funcionario tiene como miembro de instituciones de control del Estado, y en tanto en cuanto dichas instituciones son necesarias para la organización política del Estado (85).

La posición mantenida por BUSTOS resulta novedosa, no tanto por la conclusión de que el bien jurídico en el desacato sea el pacífico desenvolvimiento del ejercicio de la función pública, sino por la clasificación que realiza de los diversos bienes jurídicos, incluyendo el delito de desacato entre los denominados bienes jurídicos de control.

Dentro de los partidarios de considerar la tutela del regular funcionamiento de la Administración como bien jurídico del desacato, cabe encuadrar la tesis mantenida por QUERALT.

Este autor propone una caracterización de los delitos de funcionarios y de los considerados contra el orden público en base a la capacidad de prestar servicios que posee el Estado (86) como bien jurídico protegido. Este potencial prestacional puede verse atacado

tanto por funcionarios como por particulares, "Por ello, algunos delitos tradicionalmente considerados contra el orden público, e incluso, a tenor del lenguaje jurisprudencial, contra el poder mismo del Estado, pierden ese dramatismo, claramente autoritario por otro lado, y se insertan en una secuencia que estimo mucho más productiva y esclarecedora, pues se dota de un bien jurídico menos abstracto e indefinido" (87).

La capacidad prestacional, es entendida por el autor en un sentido amplio, no sólo como prestación de servicios públicos, sino en el ámbito genérico de la intervención pública (88). Lo cual nos permite incardinarlo en este apartado de tutela del regular funcionamiento de la Administración pública, ya que este funcionamiento comporta la prestación de servicios públicos, entendidos en su acepción vulgar (eludímos la problemática que sobre el concepto de servicio público tiene lugar en el campo administrativo, ya que ello no es objeto de este trabajo). Por ello, creo que se puede entender que "regular funcionamiento de la Administración" y mantenimiento de la "capacidad prestacional"de la misma, poseen un significado equivalente, al menos en lo que al delito de desacato se refiere.

IV.- Doctrina jurisprudencial.

A fin de conocer y ordenar la posición jurisprudencial en el tema objeto de estudio, he examinado la práctica totalidad de sentencias del T.S. desde la creación del alto Tribunal hasta la actualidad. Pese al

considerable número de ellas -cerca de 1.000- debe recordarse que sólo una pequeña parte de resoluciones son objeto de recurso de casación, lo que interesa destacar aquí dada la relativamente leve penalidad prevista para los supuestos recogidos en el art. 245 del Código penal (arresto mayor), lo que hace verosímil el uso reducido del recurso de casación.

No obstante, las resoluciones examinadas constituyen una muestra significativa de la postura del Supremo, que mantiene de forma continuada la misma doctrina desde finales del siglo pasado. Unicamente en los últimos años perece abrirse paso una nueva línea de argumentación en el intento -todavía tímido- de acomodar el fundamento material del delito de desacato a la nueva realidad constitucional.

De todos modos sigue predominando la doctrina tradicional que básicamente gira -de forma similar a las posiciones doctrinales- sobre los atributos de la "autoridad", y la necesidad de mantenimiento del "orden público", por más que a la vez se aluda al desempeño de las funciones de la Administración, y a la particular posición del "funcionario".

Interesa destacar que al igual que sucedía con la postura adoptada por cierto sector doctrinal, la primitiva ubicación sistemática del delito de desacato en el Código penal, es un factor de notable influencia, que dará lugar a que la doctrina jurisprudencial se posicione por el orden público como bien jurídico primordialmente tutelado en este delito. Sin embargo, no es este el único elemento tenido en cuenta. A él hemos de añadir el principio de autoridad, como factor fundamental, a ojos del Tribunal, para la configuración

del mismo. La confluencia de ambos se muestra desde fecha bien temprana, como evidencia la sentencia de 17 de enero de 1.887 (JC 45), al manifestar que "la sanción penal de este acto justiciable, comprendido en el tít.3, libro 2 del Código vigente, se impone por motivo de orden público y por el respeto debido al principio de autoridad". Idea que sigue manteniéndose en la actualidad como lo demuestra la sentencia de 15 de diciembre de 1.980 (JC 1412), en la que se subraya "la intención especifica en el agente de ofender el principio de autoridad, que debe protegerse a ultranza por razones de interés público y de orden jurídico que deben primar en toda sociedad organizada."

Como decíamos, es alrededor de estos dos elementos sobre los que va a girar, fundamentalmente, la jurisprudencia del T.S., recayendo el acento, unas veces sobre el orden público, "pues aunque en uno y otro caso resulte lesionado el orden público, que es el bien jurídicamente protegido en la infracción imputada" (89), otras veces en el principio de autoridad (90), y en ocasiones se alude a ambos elementos, ya que la "categoría punible del desacato, que ataca el principio de autoridad como delito contra la seguridad interior del Estado, según el Código vigente, o contra el orden público, según el derogado" (91). Aquí se refleja explícitamente la ambigüedad del T.S. en orden a la clarificación del bien jurídico objeto de tutela. Al parecer deduce el mismo de la ubicación sistemática del desacato en el Código penal. Ambigüedad que se mantiene en la actualidad, como demuestra la sentencia de 12 de diciembre de 1.981 (JC 1475), en la que el T.S. entiende que "el delito de desacato, (...) entraña una ofensa moral al principio de autoridad encarnado en las personas que le ostentan y un menosprecio para la dignidad y decoro

de la función, cuya relación con el orden público se pone de relieve pensando que no hay disciplina social y política posible si los órganos a través de los cuales el Estado cumple sus fines no son respetados".

1. El orden público. Concepción amplia, equivalente a orden social.

La doctrina del T.S. caracteriza al orden público desde un doble punto de vista. Así, mantiene en algunas sentencias, como ya hemos señalado, que es éste el bien jurídico protegido por el delito de desacato. Sin embargo, en otras, alude al mismo no ya como el interés directamente protegido, sino como la razón de la incriminación (92).

Luego a efectos de una mayor claridad en la exposición, se tendría que distinguir, de un lado si el interés protegido por los arts. 240 y ss. del Código penal es efectivamente el orden público; o bien, si a lo que alude la doctrina jurisprudencial es a la "ratio legis" de la norma, el motivo que guió al legislador a incriminar estas conductas. Ambos conceptos son distintos y no pueden ser objeto de confusión ya, que como pone de relieve la doctrina, una cosa es el interés del Estado en garantizar la convivencia social, objeto genérico de protección presente en todo delito (93) y, otra el interés directamente protegido por la norma -bien jurídico-. Es éste último el que sirve para interpretar la descripción típica, pues el objeto genérico, por su propia amplitud conceptual, no es criterio válido de

delimitación del tipo y ni siquiera sirve como criterio clasificador de los delitos.

Este concepto de "orden público" es intrepretado por el Tribunal de forma amplia, esto es, se concibe al mismo de forma desmesurada, haciendolo equivaler en algunos casos al orden social (94). Es más, incluso en alguna sentencia se llega a asegurar que el interés tutelado por la norma penal, es la mismísima seguridad del Estado (95).

Unicamente en la sentencia de 16 de noviembre de 1.977 (JC 1137), el T.S. hace alusión al "orden público, partiendo de un concepto estricto referido a la tranquilidad, paz y desenvolvimiento normal de las manifestaciones, servicios colectivos y actividades comunitarias de la vida ciudadana y órganos estatales". Concepto asumido por MUÑOZ CONDE y, que en orden a la delimitación del injusto, es criterio más racional que el anterior, por ser más concreto. Sin embargo, no ha sido ésta la línea seguida por el Tribunal.

2. El principio de autoridad.

Para averiguar la concepción que se mantiene de la autoridad, nada más clarificador que las palabras del propio Tribunal. Se pretende castigar "la violación, en todo caso innecesaria, del acatamiento y del respeto que el orden de la sociedad reclama para quienes tienen sus poderes o se hallan investidos de la Autoridad del Estado." (96).

Este principio de autoridad es objeto de una doble lectura. De un lado, se refuerza su caracter autoritario, como se manifiesta en la S. de 31 de octubre de 1.969 (JC 1897): "el indispensable ejercicio del poder 'erga subditus', que como derecho-deber corresponde desarrollar socialmente a la Autoridad, genera la consecuencia de tener que proteger penalmente el principo de mando que poseen," (97) y de otro, se le reviste de un carácter cuasi sacro, ya que en repetidas ocasiones el T.S. manifiesta que el desacato es una conducta contraria a "la reverencia y acatamiento debidos a las personas constituídas en Autoridad" (98). Ello coincide plenamente con una de las acepciones que el Diccionario de la Lengua Castellana de la Real Academia (99) ofrece de la voz desacato (excluído su sentido forense, que coincide con la descripción aportada por el Código penal), entendiendo por tal la "Irreverencia para con las cosas sagradas". La autoridad parece participar de ese halo de sacralidad que emana del Estado y, por tanto, sus actuaciones deben ser necesariamente 'acatadas' por los administrados.

Es más, las autoridades, principalmente la autoridad judicial, se ve revestida de una serie de cualidades rayanas en la perfección, "Como decía la Constitución de 1.812, todos los españoles deben ser justos y benéficos, pero quienes encarnan por definición la Justicia son los profesionales que a ella se dedican, a quienes se les exige mayor delicadeza, dedicación y sacrificio por ser justos, que a cualquier otro ciudadano" (100). No deja de ser curioso que en el año 1.986, el Tribunal tenga que apelar a la Constitución de 1.812 para resaltar las cualidades que deben poseer los funcionarios públicos del Estado.

Estas cualidades que recubren a los funcionarios públicos, parecen ser de tal entidad que, incluso, como pone de relieve la sentencia de 13 de noviembre de 1.970 (JC 1236), parece que los mismos pertenezcan a una comunidad distinta a la humana, así "siendo el bien jurídico protegido el principio de autoridad que debe mantenerse para el buen orden social, por ser la manifestación del necesario ejercicio del poder 'erga subditus' o en relación con las personas que componen la comunidad humana."

Ello nos revela una determinada concepción de las relaciones que deben regir entre Administración y, por tanto entre sus representantes, y los administrados. Relación que se caracteriza por el acatamiento, lo que implica una subordinación de los segundos hacia los primeros. Concepción que refleja cierto mimetismo con respecto a la estructuración de los funcionarios públicos en la Administración, basada en el principio de relación jerárquica, que se trasvasa, a su vez, a la que mantienen éstos con los administrados.

En resumen, el desacato es caracterizado por constituir una ataque al principio de autoridad, entendido de modo harto jerárquico, como principio de mando que se ejecuta a través de órganos autoritarios. Este ataque implica la posibilidad de alteración del orden público, entendido, a su vez, en un sentido amplio, haciéndolo equivalente al buen orden social.

La afirmación de que la 'autoridad' es entendida y, valga la redundancia, de forma excesivamente 'autoritaria', no es gratuita. Y con ello no me refiero unicamente a la utilización de una serie de expresiones, como el hecho de que sea digna de "acatamiento",

con las connotaciones que ello conlleva, sino al modo en que se ha venido aplicando la figura del desacato, incluso en épocas no tan lejanas.

Si se sienta como premisa que los funcionarios públicos "han de llevar a cabo actuaciones de interés general, aplicar las leyes, ejecutar lo resuelto por organismos o entidades y mantener la paz jurídica y el orden público, misiones, todas ellas, no siempre comprendidas, obedecidas y acatadas por los administrados." (101), lo que en principio puede aceptarse en líneas generales, salvo quizás, ciertas expresiones poco afortunadas, no parece que, en algunas ocasiones al menos, el T.S haya sido coherente con esta aseveración, o bien su sentido de lo que debe entenderse por actuaciones de interés general es al menos discutible. Veamos algunos ejemplos.

En la sentencia de 11 de junio de 1.953 (JC 406), se condena a un agente de policia por delito de desacato, cuando encontrándose en el ejercicio de sus funciones manteniendo el orden en el transcurso de una procesión de Semana Santa, al parecer, pues como reconoce el propio Tribunal en el resultando de hechos probados no quedó suficientemente acrediatado, pronunció la siguiente frase: a las señoras "les gustan estas bullas para que las toquen". En dicho momento intervino el Fiscal de la Audiencia que se encontraba allí presente con su esposa, identificándose como tal y alegando que el mencionado policia debía ponerse a sus órdenes y retractarse de sus manifestaciones, cosa que éste no hizo. Si rocambolesca parece la relación de hechos, no lo es menos la argumentación que sucede para justificar la condena: "fácilmente se colige que en vez de explicar su negativa o de guardar por lo menos <u>respetuoso silencio</u>,

el Agente de Policía requerido se permitió dirigir a la Autoridad de funciones permanentes que le interpelaban una expresión despectiva, cuyo alcance gramatical significó su desprestigio ante la gente que presenciara el suceso". Y entre los muchos motivos de asombro que puede producir esta resolución, no es el menor, el que en los hechos probados no consta que el mencionado agente de policia profiriera expresión despectiva alguna, sino que exclusivamente se limitó a no ponerse a las órdenes del Fiscal.

Continuando con esta somera panorámica, no deja de ser curioso comprobar cómo los órganos judiciales -concretamente en este caso el Presidente de una Audiencia Territorial y el Fiscal jefe de la misma- necesitan del respeto de los ciudadanos "para cumplir sus funciones", cualquiera que estas sean, pues como refleja la sentencia de 30 de junio de 1.972 (JC 1108) "no obstante el estar dedicados, dentro de su territorio jurisdiccional, a la actividad deportiva de la pesca, ajena al desempeño de sus cargos, ello no puede servir de pretexto para entender que las supuestas o ciertas ofensas que se les dirijan lo sean a las personas particulares que practicaban un deporte, sin afectar a la autoridad que representan y encarnan, pues la doctrina de esta Sala no admite esa distinción, por la potísima razón de que su autoridad en su territorio es permanente y la misma no se pierde más que en el improbable caso de que abusaran de su autoridad en su particular provecho". Así, estos sujetos que se encuentran permanentemente en el ejercicio de sus funciones, es improbable que abusen de las mismas y quedan siempre recubiertos del manto de sacralidad del que parece dotarles el hecho de ser autoridad. Se habrá de reconocer que es una situación privilegiada, aunque en este caso el privilegio sólo

sea el de llevarse a casa los mejores cangrejos.

Como se puede comprobar "las actuaciones de interés general" que los funcionarios públicos llevan a cabo, si nos atenemos a esta jurisprudencia, son mucho más variadas de lo que cabría imaginar. Resulta evidente que la exigencia de acatamiento a la autoridad debe dispensarse en cualquier momento y circunstancia, lo que conduce a situaciones un tanto jocosas, si no fuera por el hecho de que la parte demandada pone en juego su libertad personal.

Esta interpretación jurisprudencial supone la cristalización de una larga tradición que se remonta al Derecho romano, como se tuvo ocasión de exponer en el capítulo primero. En ocasiones encontramos una explícita referencia a la "auctoritas", "potestas" y a la "dignitas" que rodean a los sujetos que ejercen funciones públicas, en clara continuidad con las concepciones subyacentes a los antiguos delitos de Lesa Majestad. Así en la sentencia de 17 de noviembre de 1.987 (Ar. 8531) (102). Elementos que se traducen en el principio de autoridad, dignidad de la función y orden público.

Sin embargo, no hemos de olvidar que los magistrados romanos, al igual que posteriormente los Oficiales del Rey, enlazaban directamente con la fuente de la que emanaba el poder; pero los actuales funcionarios públicos, a pesar de la reiterada insistencia del T.S., se hallan insertos, guste o no, en un modelo político de Administración que los desmitifica como sujetos portadores de las esencias del poder, para convertirlos en "servidores públicos", como simples personas que se hallan al servicio de la comunidad en la que desarrollan sus funciones propias (103).

Tampoco podemos dejar de lado, que el uso de los términos "auctoritas" y dignitas", supone una perversión de dichos conceptos. Si nos remontamos al concepto primitivo de "auctoritas", encontramos que en el Derecho romano se llegaba a él a través del de "dignitas", que era entendido como aquella cualidad que hace destacar a una persona sobre las demás, superioridad que se fundamentaba y acreditaba por los éxitos obtenidos en la acción. Esta "dignitas", así obtenida, generaba la "auctoritas", que no significaba poder de mando, sino cualidad o prestigio que emanaba de las personas (104). Se trata de un principio jerárquico, pero entendido en el binomio dirección-seguimiento y, no en el de mando-obediencia (105). Según este concepto de "auctoritas", la misma podría encontrarse en sujetos desligados del poder.

Con el discurrir de los años, se ha producido una perversión del concepto, para transformarse en lo que TILLICH denomina autoridad hipostatizada, "una autoridad que en virtud de haber ocupado un determinado lugar es una vez por todas autoridad, situándose, así, más allá de toda crítica", o como expresa GARCIA PELAYO, una autoridad "vinculada a una entidad institucional o de otro orden cuya validez está más allá de toda crítica y de toda justificación por su funcionalidad o mérito", lo que el autor denomina 'autoridad adscriptiva' (106).

Si por definición la persona que posee "auctoritas" causa admiración y respeto, el sentimiento que genera la autoridad hipostatizada es el de distanciamiento. La apelación al principio de autoridad tal y como aparece en numerosas sentencias, parece significar aquí la libre aceptación o adhesión a los criterios de

alguien a quien se considera digno de ser seguido, sino obligación de sumisión a los criterios o decisiones de alguien que es superior en la jerarquía administrativa (107).

3. Protección concurrente del honor personal del funcionario.

Otro grupo de sentencias señala un doble contenido lesivo en el delito de desacato. Esta duplicidad se encuentra en la protección del principio de autoridad, de un lado, y en la dignidad de la persona por otro (formulación actual del concepto de honor, como tendremos ocasión de comprobar posteriormente). De este modo "Queda claramente definido el delito previsto en el art. 245 del CP, pues, aunque su dolo específico tenga íntima relación con el principio de autoridad, esa misma relación existe entre la Autoridad delegada de un Agente, como lo es el Guarda Jurado de un Organismo Oficial y la persona que ostensiblemente la está ejerciendo cuando es injuriada, de tal modo que ante lo notorio de la doble personalidad la injuria es conscientemente doble, a la dignidad de la persona y al principio de autoridad." (108). El T.S. reconoce, pues, explícitamente que se "está en presencia de un delito pluriofensivo por lesionar intereses de titularidad estatal e individual" (109). Postura en abierta contradicción con anteriores pronunciamientos en los que explícitamente se excluía la tutela de la persona individual en el delito de desacato (110).

De lo hasta ahora reseñado podemos apreciar el tortuoso camino seguido por el Tribunal Supremo para emitir un juicio sobre el interés objeto de protección en el delito de desacato. Camino que ha continuado ensombreciéndose, si ello es posible, a raíz, fundamentalmente, de la cuestión que suscita hoy día el conflicto entre determinados bienes jurídicos, concretamente el del honor y, el art. 20 de la Constitución, que regula el derecho de libertad de expresión. No voy a entrar ahora en esta problemática, que examinaré más adelante al tratar del conflicto de derechos como tal (111). Pero si quiero aludir a una confusión que suele producirse cuando se argumenta sobre esta cuestión.

Así en sentencia de 2 de junio de 1.986 (Ar. 3095) en la que se dilucidaba la supuesta perpetración de un delito de desacato por parte de un particular que increpa en un acto público la actuación de un Decano perteneciente a la Facultad de Medicina. Sin entrar en este momento a considerar el fondo de la cuestión, solo voy a destacar cómo describe el T.S. el problema. En la sentencia de Primera Instancia se condenaba al sujeto por un delito de desacato del art. 240 del Cp; en el recurso éste alega que actuó movido por la intención de criticar la conducta del sujeto ofendido y no con intención de injuriarlo. El Tribunal Supremo recurre al análisis de los artículos 18 y 20 de la Constitución por considerar que se está produciendo un conflicto de derechos y, concretamente "entre los derechos fundamentales a la libre expresión comunicada y el derecho al honor". De ello cabe deducir que o bien que se parte de que el honor es el bien jurídico tutelado en el delito de desacato, -cosa que pongo en duda dada la posición mantenida tradicionalmente por éste Tribunal-, o bien que cuando nos encontramos ante el supuesto de conflicto entre

la libertad de expresión y el delito de desacato, generalmente se tiende, quizás debido a la labilidad y falta de concreción del bien jurídico protegido por el mismo, a confundirlo con el derecho al honor, confrontación, que a mi parecer, es incorrecta, ya que éste no es el objeto de tutela (112), o no al menos el único interés protegido.

Más correcto es, a mi parecer, el planteamiento que expone la Sala 1ª de este mismo Tribunal en la s. de 24 de octubre de 1.988 (Ar. 7635), para quien "el honor es un valor referible a personas individualmente consideradas, lo cual hace inadecuado hablar del honor de las instituciones públicas o de clases determinadas del Estado, respecto de las cuales es más correcto, desde el punto de vista constitucional, emplear los términos de dignidad, prestigio y autoridad moral, que son valores que merecen la protección penal que les dispense el legislador, pero que no son exactamente identificables con el honor consagrado en la Constitución como derecho fundamental".

4. Función pública.

En algunas sentencias más recientes se aprecia un progresivo acento en la consideración de las características del ejercicio de las funciones públicas como base para fundamentar una especial protección. Dado que en ocasiones la intervención administrativa tiende a limitar derechos de los ciudadanos, es inevitable la aparición de conflictos, lo que puede entrañar cierto

riesgo para el funcionario. Esto nos puede hacer pensar en un cambio en el objeto de protección, al hilo de las modernas posiciones de la doctrina que entienden protegido en este delito el regular funcionamiento de la actividad de la Administración. Pero estos matices quedan desvirtuados por la constante referencia, todavía hoy día, al principio de autoridad e incluso al orden público, lo que pone de relieve que la doctrina y la jurisprudencia están pensando en cosas distintas. Así se patentiza en la sentencia de 18 de febrero de 1.975 (JC 253) que textualmente dice: "en todos los delitos comprendidos en los Capítulos VI y VIII del Tít. II del L.II del Cp late y palpita la doble idea de sancionar la irrespetuosidad, la falta de acatamiento, de sumisión y de subordinación así como los ataques de diversa índole dirigidos a la Autoridad, a sus agentes y a los funcionarios públicos, y de concederles una protección penal especial y más rigurosa, pues, por una parte es preciso tutelar las funciones públicas que desempeñan para asegurar su digna y eficaz ejecución, y, por otra, necesitan un amparo más severo y eficaz a causa de sus deberes profesionales y del cometido difícil que desempeñan,los que a veces les obligan a lesionar derechos o intereses individuales, hallándose más expuestos que los ciudadanos particulares a críticas, comentarios malintencionados" (113).

Esta postura jurisprudencial difiere notablemente de la mantenida por la doctrina. Su reiterada referencia al acatamiento y sumisión dispensados a la autoridad, le aleja de lo que aquella entiende por tutela de la función pública. Sobre todo de las más recientes posturas doctrinales en las que el acento recae en la protección del regular funcionamiento de la Administración, entendiéndose por éste la capacidad y obligación

que caracteriza a los entes públicos para prestar servicios a los ciudadanos. Concepción que dista mucho del 'acatamiento' a los órganos del Estado, concebida como total y absoluta sumisión a los mismos.

No quisiera finalizar este apartado, sin mencionar una sentencia que aún haciendo referencia al delito de Desobediencia a la autoridad, abre, en mi opinión, una nueva línea en el discurso sobre el bien jurídico protegido que puede ser de aplicación al delito de desacato por la proximidad que caracteriza a ambos. En esta sentencia cuyo ponente es BACIGALUPO, se expresa "que la ratio legis del artículo 237 del Código penal, en su modalidad omisiva, no es el 'principio de autoridad' sin más, sino el aspecto funcional del ejercicio de la autoridad." (114). Con lo que se hace incidencia, no en la tutela de la autoridad abstractamente considerada, sino en su aspecto dinámico. Es necesaria su protección no por el hecho de ser autoridad, sino en virtud de las funciones que ejerce, con lo que el centro de gravedad de la tutela pasa a gravitar no sobre el principio de autoridad, o "auctoritas", sino en el ejercicio de las funciones públicas, cuyo regular funcionamiento pasaría a ser el bien jurídico protegido. Opinión que enlaza con las actuales posiciones de la doctrina al respecto, que acentúan la protección del regular ejercicio de las funciones públicas.

V. Recapitulación.

De lo hasta ahora expuesto, cabe deslindar dos momentos en la configuración del interés protegido por el delito de desacato.

La doctrina tradicional y la jurisprudencial, han hecho gravitar el objeto de protección sobre una gama de elementos que pueden reconducirse a dos: el orden público y el principio de autoridad. Ambos se entienden de una forma concatenada, el respeto a la autoridad es elemento necesario para el mantenimiento del orden público, que generalmente se identifica con el orden social existente. Esta concepción da lugar a un "vaciamiento" del contenido del bien jurídico, ya que anula su capacidad de limitar la labor del intérprete ante las conductas que se quieren reprimir, y a su vez tampoco es criterio válido a la hora de analizar la descripción típica.

Ante la desmesurada amplitud de las conductas incriminadas a que nos conduce este bien jurídico, se intenta una limitación a través de la elaboración de un concepto restringido de orden público, que como vimos mantenía MUÑOZ CONDE, dando lugar a un bien jurídico más concreto y por tanto con mayor capacidad delimitadora; así se entendería por orden público "la alteración de la tranquilidad en las manifestaciones colectivas".

Simultáneamente se habla de la dignidad de la función como objeto de tutela, pero en muchos casos bajo la misma nos seguimos encontrando con una

interpretación que recuerda al tradicional principio de autoridad. En el intento de superar este, un sector doctrinal, retomando las propuestas que en su momento hiciera JASO ROLDAN, propone el regular funcionamiento de la Administración como interés a proteger. Ello viene motivado, como apuntan algunos autores, por la "difícil justificación del delito de desacato en el Derecho penal de un Estado democrático" (115). Efectivamente, en un Estado social y democrático de Derecho, la pretensión de mantener dentro del ordenamiento penal una serie de valores como el orden público, en el elenco de intereses dignos de tutela, no parece acorde con el espíritu que se desprende de nuestra Constitución; de ahí la búsqueda de un bien jurídico que no sea sólo capaz de delimitar el tipo, sino que a su vez pueda incardinarse sin dificultad dentro de las coordenadas que rigen, o deben regir, el desarrollo de la vida democrática. Por ello, es por lo que creo, se puede afirmar que la promulgación de la Constitución, tomada como punto de referencia, marca un punto de inflexión en la interpretación de este delito. Aunque sería más correcto decir, que es la asunción por parte de la sociedad de unos valores democráticos, en cuanto formas de comportamiento, lo que va a suscitar el cuestionamiento de una serie de valores como objeto de protección en el desacato. Como acertadamente expone VIVES ANTON, algunas tipologías "concretas, a veces aberrantes, rozan los límites de la inconstitucionalidad, cuando no incurren en ella abiertamente: se trata de una regulación concebida para negar de raíz el sistema constitucional, suplantado por el regimen anterior, en la que las modificaciones no han alcanzado todavía el nivel deseable." (116).

Un proceso similar ha tenido lugar en Italia,

donde el intento de adaptar el delito de "oltraggio" a los valores explicitados por la Constitución italiana, ha llevado a la doctrina a plantear la inconstitucionalidad del mismo.

Por ello y, porque la descripción típica del mismo asemeja a la de su homónima figura española, es por lo que previamente a tomar una postura sobre el bien jurídico protegido por el delito, será fructífero, de cara a las propuestas a realizar, estudiar las aportaciones que la doctrina del vecino país ha realizado al respecto.

VI. Exposición del debate en la actual doctrina italiana sobre el bien jurídico protegido por el delito de "oltraggio".

Si hasta el momento presente en España la doctrina se ha mantenido pacífica y unánime en lo que se refiere a la protección que se dispensa con el delito de desacato, también es cierto que ya han comenzado las voces discordantes, particularmente a raíz de la promulgación de la Constitución en el año 1.978. Este debate que comienza a suscitarse en nuestro país, se inició en Italia a finales de los años sesenta, centrándose fundamentalmente en la determinación de un bien jurídico acorde con los principios que emanaban de la Constitución italiana, debido a lo cual se suscitó una importante polémica sobre la posible inconstitucionalidad del tipo penal en cuestión. Los numerosos recursos de inconstitucionalidad presentados ante los tribunales han sido resueltos hasta ahora negativamente, al estimar la Corte Suprema en repetidas ocasiones la inexistencia de colisión entre el delito de "oltraggio" y el art. 3 CI, lo que sin embargo no ha excluido la profundización del debate.

Esta discusión se ha traducido en una abundante literatura jurídica de la que se pueden extraer algunos criterios que enriquezcan el debate correspondiente en el ámbito español. Veamos a continuación las líneas generales de la argumentación doctrinal mantenida en el

país vecino.

1. El prestigio de la Administración pública como bien jurídico protegido en el Código Rocco (1.930): la opinión del legislador.

Antes de analizar las distintas posturas que sobre el bien jurídico protegido por el delito de "oltraggio", se han mantenido en el seno de la doctrina italiana, es conveniente precisar las premisas y la opinión que el legislador mantuvo a la hora de redactar el texto legal.

Como ya se vió en el Capítulo segundo de este trabajo, el delito de "oltraggio" se incardina en los "Delitos contra la Administración pública" (arts 341 y ss. del Cod. pen.). Según manifiesta el lesgislador en los Trabajos Preparatorios que acompañan al Código, "Objeto del desacato es, (...), el honor o el prestigio, particular forma, esta última, de decoro, que corresponde, a la dignidad y al respeto, de las que la función pública debe estar rodeada." (117); y continúa, "Todos los sujetos de derecho público (...) son detentadores de aquella autoridad, que en ellos se refleja del ente, en cuyo nombre actúan;", son considerados órganos del Estado y por tanto "respecto a todos es concebible una ofensa que, a través de su persona, afecte a la Administración Pública, comprometiendo el regular funcionamiento." (118). Ya la propia enunciación del Título orienta la protección penal hacia la "Administración", a diferencia de lo que ocurre en el Código penal español, don

de continuamos con el Título de "Delitos contra la seguridad interior del Estado".

Para poder ubicar correctamente esta opinión, deberemos atender al concepto de Administración propugnado por el Código. El propio legislador reconoce que el concepto de Administración que se mantiene en el Cod. pen., es un concepto amplio que engloba todas y cada una de las funciones que ejecuta la administración, no sólo la estrictamente administrativa, sino que se incluyen también, la legislativa y judicial (119). Concepción acorde con el momento histórico en que se redactó, en el que la separación de poderes, en su concepción clásica, se ve desbordada por un Estado de corte autoritario, que tiende a unificar en un sólo centro de poder toda la posible actividad desplegada por el Estado, tendiendo a la indiferenciación de los tres poderes clásicos. Con la consecuete equiparación de la protección penal a los órganos de los tres poderes, pese a la distinta significación que ostenta el Ejecutivo en cuanto a su extensión orgánica en número de funciones, servicios, y sobre todo en cuanto al mastodóntico número de funcionarios que integran hoy día la "Administración" en la mayoría de los países.

2. Tesis mantenidas por la doctrina italiana.

En líneas generales podemos afirmar que son, básicamente, el prestigio y el regular funcionamiento de la Administración pública, los dos polos sobre los cuales gira la discusión del interés digno de

protección en el delito de "oltraggio". Elementos que como ya hemos visto, fueron explicitados por el propio legislador a la hora de configurar la redacción de los arts. 341 y ss. del Cod. pen.

Pese a la recuperación democrática con la Constitución de 1.947, la doctrina italiana ha venido admitiendo sin mayores variaciones aquellos fundamentos (120), y sólo en los últimos años han comenzado los intentos de una reinterpretación crítica de la configuración legal y material del delito de "oltraggio".

A. El prestigio y el normal desenvolvimiento de la actividad de la Administración como elementos conformadores del bien jurídico en el delito de desacato.

La doctrina italiana al abordar los delitos contra la Administración pública, dentro de los cuales se encuadra el delito de desacato (art. 341 cod. pen.), analiza la problemática del bien jurídico protegido por los mismos desde una perspectiva general, esto es, no realiza un análisis pormenorizado de cada uno de los tipos penales que integran la categoría de delitos contra la Administración, sino que intenta hallar un bien jurídico genérico y, como consecuencia, cada uno de los delitos que la integran se considera que tutelan dicho interés.

Desde el año 1.930, en que se promulgó el Código Rocco, la doctrina ha venido aceptando, sin grandes modificaciones en el aspecto formal (121), el bien jurídico propuesto por éste. Tesis que no es novedosa ya

que continua con la tradición instaurada por el Código Zanardelli. Así, entre los primeros comentaristas del mencionado Código, IMPALLOMENI afirmaba que en el delito de "oltraggio" la lesión fundamental se producía contra el prestigio de la Administración pública, añadiendo que "esta lesión se traduce en un trastorno, real o potencial de las funciones" (122).

Los primeros comentarios y trabajos surgidos después de la promulgación del Código Rocco ya aluden al prestigio de la Administración, concretamente de los órganos que la representan y, al decoroso y regular ejercicio de la función pública como interés digno de protección por el delito de desacato. Se establece así una relación entre "prestigio" y "regular funcionamiento" de modo que el primero aparece como condición necesaria para el segundo. Sin "prestigio" -que quizás sería más correcto traducir por "respeto" o "decoro" en el trato entre ciudadanos y Administración- quedaría comprometido el funcionamiento ordinario o regular de la Administración.

En este sentido se manifiesta LEVI, para quien estos delitos consisten en la ofensa al honor o al prestigio de los órganos tanto singulares como colectivos, de la Administración (123). "El interés protegido es el de salvaguardar a los funcionarios públicos (art. 341) y a los empleados públicos, (...) de aquellas ofensas que, por efectuarse en su presencia o en el ejercicio o a causa de sus funciones, son consideradas por la ley de tal entidad como para dar lugar a una alteración del normal y decoroso desenvolvimiento de las funciones mismas." (124).

El autor pone el acento en el regular o pacífico desarrollo de las funciones públicas, que puede verse menoscabado en el caso de que se permitiese ofender a los sujetos que representan a la Administración. Esta ofensa atacaría el prestigio, que debe entenderse, "como una particular forma de decoro, inherente a la función pública." (125). Concepto que coincide plenamente con el aportado por ROCCO. Por tanto el prestigio se predica de la institución, de la función pública, y no del individuo funcionario.

En sentido similar se manifiesta MANZINI, para quien "Objeto específico de la tutela penal es el interés concerniente al normal funcionamiento y al prestigio de la Administración pública en sentido amplio, en cuanto conviene garantizar el respeto debido a las personas físicas que representan a la administración pública, contra las ofensas morales, relizadas en su presencia o de forma equivalente, a causa o en el ejercicio de sus funciones o del servicio.". Característica es la presunción de que la Administración como ente, goza de un honor y de un prestigio. Esta, para actuar, necesita de las personas físicas, funcionarios, que actúan como órganos de la misma y reciben la protección penal como reflejo de la otorgada a aquella (126).

MANZINI concibe el prestigio como un bien que pertenece a la función pública, y le atribuye una naturaleza objetiva. Esto es, no sería el sentimiento del propio valor social, sino una característica inherente a toda función pública, con lo cual será suficiente el mero insulto al representante de la Administración, sin necesidad de que este se sienta ofendido y sin que tampoco se altere el funcionamiento de aquella, para que se consume el delito regulado en el art. 341.

También refiriéndose a los Delitos contra la Administración pública ANTOLISEI afirma que "Objeto de la tutela penal en los delitos que nos disponemos a estudiar es en general el regular funcionamiento, aunque también el "prestigio" de los entes públicos. En particular en las incriminaciones del primer grupo [aquellas que hacen referencia a los delitos de los funcionarios contra la Administración] se protege prevalentemente el interés estatal a la probidad, reserva, imparcialidad, fidelidad, a la disciplina etc... de las personas que despliegan atribuciones de interés público; en las incriminaciones del segundo grupo [las que se refieren a los delitos de los particulares contra la Administración] es tutelado prevalentemente el interés a un desenvolvimiento ordenado, decoroso y eficaz de la actividad funcional de las personas anteriormente mencionadas" (127).

Esta característica de los delitos contra la Administración pública se extiende en consecuencia, al desacato, que protegerá a los funcionarios públicos de aquellas conductas tendentes a disturbar el regular funcionamento y el prestigio de los entes públicos. Aunque como matiza ANTOLISEI, el fin particular al que se dirige la conducta recogida en el art. 341 cod. pen., es "garantizar el respeto debido a las personas físicas que representan la Administración pública." (128).

ANTOLISEI distingue entre bien jurídico protegido por la norma penal y finalidad o "scopo" que persigue la misma. En opinión del autor, al indagar el objeto de tutela de una norma penal se resalta y aisla un único bien jurídico, lo cual implica una cierta deformación de la realidad, ya que generalemnte, son múltiples los intereses que el legislador ha tenido presentes al

redactar la norma penal (129). 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, esto es, cuando varias normas protegen idéntico bien jurídico, las dudas pueden ser eliminadas si se analiza la finalidad perseguida por el legislador con su incriminación. Para el autor, ello se debe a que la finalidad nunca falta en la norma, lo que no puede predicarse del objeto de tutela (130).

Así, por lo que respecta al delito de "oltraggio", distingue entre el objeto de tutela que sería el regular funcionamiento y prestigio de los entes públicos y, la finalidad última o "ratio legis" que movió al legislador para incriminar estas ofensas, que era "garantizar el respeto debido a las personas físicas que representan a la Administración pública".

En la descripción del bien jurídico efectuada por ANTOLISEI, el acento recae sobre los funcionarios, esto es, ellos son considerados sujetos pasivos de la conducta (131), por ello, la ofensa que se les dirige afecta al honor/prestigio de los mismos y se "refleja", por así decirlo, en la Administración. Mientras que los autores anteriormente citados, hacían recaer la ofensa directamente sobre la Administración; el honor/prestigio se predicaría directamente de la función pública y se "refleja" en los funcionarios que son sus representantes, los sujetos que la personifican.

B. El prestigio de la Administración como bien jurídico específico.

Bajo este epígrafe, situamos a aquellos autores, fundamentalmente PALAZZO, que mantienen como bien jurídico protegido el prestigio de la Administración, excluyendo el regular funcionamiento de la misma como objeto inmediato de tutela. Y citamos explícitamente a PALAZZO, por ser dicho autor quien con mayor detenimiento ha analizado la problemática, en general, del delito de "oltraggio".

Sienta como premisa, que el bien jurídico protegido por el delito de desacato es el prestigio de la Administración pública, que resulta lesionado por medio de la ofensa dirigida al honor y al prestigio de las personas físicas que son sus representantes (132). En modo alguno se lesiona con la conducta ofensiva el normal desenvolvimiento de la función pública, como ha pretendido parte de la doctrina; esto significa, a ojos del autor, que se está produciendo una confusión entre el interés jurídico protegido por la norma, y el fin ("scopo") o "ratio legis" al cual va dirigida la misma (133). Para PALAZZO, es claro que el art. 341 protege el prestigio de la Administración, y que dicha protección puede tener como fin la salvaguarda del regular funcionamiento de los órganos de la Administración que pueden ver alterada su pacífica y fluída actividad ante los ataques dirigidos contra el prestigio u honor de los funcionarios que los representan.

Este autor considera que la interpretación que se ha venido efectuando del delito de "oltraggio" peca de excesiva amplitud y que es necesario someter al tipo

a una interpretación restrictiva. Para ello, propone como premisa necesaria una reinterpretación del concepto de prestigio, con el objeto de redimensionarlo y de precisar claramente su sentido, excesivamente amplio. Se ha de tener en cuenta, en su opinión, que las nociones de honor y de prestigio no se pueden delimitar sin acudir a parámetros extrajurídicos, fundamentalmente de tipo social (134). Factores que a su juicio han sido preteridos por la interpretación doctrinal, quizás excesivamente influenciada por el concepto de prestigio que ROCCO expuso en los Trabajos Preparatorios al Código penal.

En su opinión, la mayoría de la doctrina, ha atribuído una naturaleza objetiva al concepto de prestigio, naturaleza objetiva por la asunción en el mismo de criterios formales, más que de criterios sociales, que se traducen en la identificación del concepto de prestigio bien con a) la reputación o estimación que los funcionarios gozan ante los administrados por el mero hecho de poseer dicha cualidad; b) bien como una noción perteneciente a la función pública, debido al respeto de que la misma debe de estar rodeada, como ponía de manifiesto el legislador en la Relación Ministerial que acompañaba al Proyecto de Código y como, así mismo, ha recogido parte de la doctrina ya citada anteriormente.

PALAZZO se muestra disconforme con ambas posturas. En lo que respecta a la primera teoría sobre el concepto de prestigio, la considera incompatible con la propia estructura del tipo, ya que éste no contempla entre sus elementos básicos el hecho de que la acción deba ejecutarse ante terceros (dicha circunstancia posee unicamente un valor agravatorio de la conducta básica), con lo cual queda desvirtuada dicha tesis, ya

que si el acto ofensivo se ejecuta con la sola presencia del ofendido y del ofensor, el prestigio, de acuerdo con esta concepción, no quedaría menoscabado en modo alguno, pues la ausencia de terceros significaría que la estimación del funcionario no queda menoscabada ante estos, ya que desconocerían la realización de la conducta ofensiva.

En lo referente a la segunda tesis expuesta, prestigio como concepto que se predica directamente de la función pública, tiene como consecuencia "dilatar excesivamente el ámbito de aplicación del desacato, viniendo a reforzar la tutela del prestigio de la autoridad en modo dificilmente compatible con los principios generales del ordenamiento democrático". La defensa de esta tesis conllevaría la devaluación de la exigencia mantenida por el Código penal italiano, de la necesaria presencia del ofendido como elemento del tipo y, se produciría una asimilación al delito de vilipendio, pues si el honor/prestigio se predica directamente de la Administración, no ve hasta qué punto sería necesaria la presencia del funcionario para la realización del tipo. Apoya su tesis con un argumento de orden gramatical: se debe de tener presente, que es el propio Código penal el que atribuye el prestigio a los sujetos directamente afectados por la conducta y no a la función pública (135).

Concluye el autor, que "la noción de "prestigio" es simplememnte específica respecto a la de "decoro" y de ahí, que aquella indique sintéticamente todas las cualidades personales que son presumibles en el sujeto, justo por el hecho de estar investido de una determinada función pública (136). "En definitiva, se puede decir que, al menos en el desacto individual, la

ofensa al honor y prestigio de las personas físicas, constituye el medio a través del cual resulta también ofendido el prestigio de la Administración pública" (137).

Así, el delito de desacato, se caracteriza por poseer un doble contenido ofensivo: de un parte, de carácter privado, ya que la ofensa dirigida al funcionario público y, al igual que en los delitos contra el honor, contiene siempre una agresión al honor personal de los sujetos afectados. Y de otra, al prestigio formal de los órganos de la Administración. El carácter privado de la conducta ofensiva sirve, además, para diferenciarlo de otro tipo de delitos, como el de vilipendio, en los que unicamente se tutela el prestigio formal de la Administración (138), que respondería a esa naturaleza objetiva del mismo, que hasta ahora ha puesto de relieve exclusivamente la doctrina; prestigio que si se entiende unicamente en su vertiente formal, supone un realce excesivo, en un sistema democrático, del principio de autoridad, más propio de regímenes autoritarios.

C.El prestigio del funcionario como bien jurídico protegido: DE SANCTIS.

Como postura singular dentro de la doctrina italiana cabría resaltar la mantenida por DE SANCTIS. Este autor considera que el bien jurídico tutelado es exclusivamente el prestigio del funcionario. Parte de la premisa de que el desacato es un delito contra el honor que se manifiesta como una injuria agravada (139), pero que se diferencia de la misma en cuanto al

sujeto pasivo ya que aquí no se protege el honor de la persona física, en cuanto tal, sino del funcionario, que por el hecho de serlo se encuentra investido de "publica potestas" (140). En consecuencia "en el desacato el bien protegido por la norma incriminadora es el honor del funcionario (pubblico ufficiale) y la ofensa se actualiza con la acción dirigida a lesionar aquel bien, esto es con la injuria, que es, concretamente, la esencia del delito." (141).

A pesar de la ubicación del desacato entre los delitos contra la Administración pública, continúa, hay que tener en cuenta que no siempre el criterio seguido por el legislador para agruparlos corresponde al del bien jurídico, ya que en ocasiones, como la que nos ocupa, el criterio rector responde al fin que se persigue con la norma (142), que en este caso sería el recto funcionamiento de la Administración. Para reforzar su postura añade que esta toma de posición, así, la concreción del bien jurídico en el honor o prestigio del funcionario antes que en la dignidad de la función pública, "además de estar en perfecta armonía con todo el sistema dirigido a la tutela del honor, sirve también para evitar posibles discordancias respecto a algunas de las normas de la Constitución vigente." (143). En clara alusión a la discusión mantenida por parte de la doctrina sobre la posible inconstitucionalidad del art. 341 con respecto al art. 3 de la Constitución italiana que regula el principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley. Discusión que se expondrá con posterioridad.

D.La tesis de BRICOLA: replanteamiento del bien jurídico protegido a la luz de la Constitución italiana.

BRICOLA denuncia lo que considera insensibilidad (144) de buena parte de la doctrina italiana ante el reto que supone la necesaria armozación de los principios democráticos que emanan de la Constitución con las conductas objeto de incriminación por parte del Código penal. Como alternativa propone una serie de criterios, en base a los cuales los delitos contra la Administración pública, cuyo "fundamento lógico además de histórico (...) está en una concepción autoritaria de las relaciones entre burocracia y ciudadanos, que no tiene hoy alguna razón de ser a la luz de nuestra Constitución." (145), se impregnen del espíritu que emana de la norma fundamental.

Para ello comienza por cuestionar hasta que punto los valores propugnados hasta el momento, -el prestigio y el normal desarrollo de las funciones públicas-, son intereses dignos de tutela penal de acuerdo con la Constitución, para pasar a examinar si la norma fundamental aporta o contiene otro u otros principios que justifiquen el mantenimiento del desacato dentro del catálogo de delitos del Código penal.

Admite BRICOLA que el texto vigente desde el año 1930 articula los delitos de los particulares contra la Administración pública, como el medio idóneo para proteger el prestigio de la misma (146). El desacato se construye en base al particular "status" que ostenta el funcionario, "status" que le reviste de un especial prestigio en función del mismo. Como órgano que es de

la administración, cualquier ataque a su honor/prestigio, repercute directamente en aquella.

Conforme a la letra de la ley unicamente se protegería tal prestigio y no, como también se ha pretendido, el regular funcionamiento de la Administración. Esta extensión de la tutela, según expone el autor, sería consecuencia de la tradicional interpretación efectuada por los tribunales italianos, sobre todo en periodos autoritarios, en la que se amplían desmesuradamente los conceptos de funcionario (pubblico ufficiale) y de empleado encargado de un servicio público (147). Para poder justificar su aplicación a tan elevado número de sujetos, incluyendo a personas que estrictamente no son funcionarios, se añade al conocido bien del prestigio de la Administración el del "interés al normal desarrollo de la actividad pública" (148).

Interpretación de los tribunales que, a juicio del autor, choca con la orientación mantenida por el legislador de 1.930. En efecto, en los "Lavori Preparatori" al Código, el mismo ROCCO al explicar la restricción de los sujetos afectados por la conducta descrita en el desacato con respecto a las conductas relativas al atentado y resistencia (donde el número de sujetos afectados por la conducta es más amplio), razona esta diferencia en función del distinto grado de protección que dispensa el bien jurídico.

Respecto al atentado y resistencia ROCCO admite que con dichas conductas se ve afectado el funcionamiento del servicio, cualquiera que sea el funcionario atacado (pubblico ufficiale, incaricato di un servizio pubblico, impiegato), mientras que respecto al desacato, como el objeto de protección es unicamente el

prestigio de la Administración, propone una limitación de la tutela a los "pubblici ufficiali" y a los empleados públicos encargados de un servicio público (149). Con lo que parece querer indicarnos que el prestigio de la Administración sólo puede resultar dañado cuando los sujetos afectados son los más proximos al órgano que detenta el poder, o los más representativos de las funciones de la Administración. O bien, que en los supuestos en que los sujetos afectados se encuentren en los escalones inferiores de la jerarquía administrativa, el posible menoscabo del prestigio es insignificante.

Partiendo de los trabajos de ROCCO y de la interpretación del propio texto legal, BRICOLA concluye que es única y exclusivamente el prestigio de la Administración lo que se pretende proteger con el delito de desacato, Y en modo alguno el regular funcionamiento de la misma (150) como han querido los tribunales y parte de la doctrina señalada anteriormente.

Ante la interpretación, que podríamos denominar clásica o tradicional, BRICOLA intenta abrir una nueva perspectiva que se apoya en dos pilares; de una parte, propone un nuevo concepto, o más correctamente una reinterpretación del concepto de Administración siguiendo el análisis que efectua PASTORI sobre la burocracia (151); y de otro, tomando el texto constitucional extrae una serie de principios rectores sobre "El Gobierno" (Tit. III de la CI) y "La Administración pública" (Sección II) que pretende sirvan de pauta para lograr una adecuación del tipo penal, creado en un clima autoritario, al sentir democrático del actual ordenamiento jurídico italiano.

Siguiendo a PASTORI, quien en base a la CI considera las actividades burocráticas de la Administración como "modos de ejercicio del poder de participación individual" (152), afirma BRICOLA que "si la Constitución parifica la condición personal de los pertenecientes a la burocracia a aquella de todos los ciudadanos, no tiene ningún sentido hablar de prestigio de la misma y, en consecuencia, radicar en ello una peculiar tutela respecto a aquella que espera a los ciudadanos. La inconstitucionalidad de las normas penales que incriminan el desacato, así como la violencia, amenaza y resistencia (arts. 336 y ss.) debería ser el lógico resultado de la afirmación." (153).

Luego si no podemos mantener que el "prestigio" de la Administración sea un interés digno de tutela penal de acuerdo con la Constitución, habrá que indagar si ésta aporta o contiene algún otro principio que justifique el mantenimiento del delito de desacato.

Para ello BRICOLA acude a los principios de "buon andamento" e imparcialidad que enuncia el art. 97.1º de la Constitución italiana:

> "Los funcionarios están organizados según disposición de ley, de modo que esten asegurados el 'buon andamento' y la imparcialidad de la administración."

Entiende el primero de dichos principios "como sinónimo de eficiencia, esto es, de máxima adhesión al interés público;" no en el sentido de funcionamiento regular ya que éste es un principio exigible a cualquier tipo de organización, ya sea pública o privada (154).

En cuanto al principio de imparcialidad, se constituye como límite al anterior, operando en las relaciones externas de la Administración, esto es, en sus contactos con los particulares (155), pues no se puede dejar de lado la necesidad de preservar a los ciudadanos en sus derechos ante los abusos de la Administración. La profundización en estos principios es el camino a seguir que propone BRICOLA para encontrar una tutela más adecuada a la tradicional mantenida por la doctrina. Interesante propuesta que sin embargo no ha sido aun desarrollada ni por él mismo, ni por otros autores italianos.

E. Problemas planteados por la posible inconstitucionalidad del art. 341 del Cod.pen.

A partir de la década de los años sesenta, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial se produce un serio cuestionamiento de la configuración del delito de "oltraggio", que se va a traducir en lo que algún autor ha denominado verdadero "ataque en masa" al tipo legal, al proliferar las críticas que lo tachan de inconstitucional (156).

Este debate se debe, fundamentalmente, a dos factores: el primero, el cambio político-cultural que se produce en los años que van de 1.960 a 1.970 y la creciente sensibilidad del poder judicial por los problemas referentes a la adaptación del sistema jurídico a la realidad constitucional; el segundo factor, la proliferación de funcionarios como consecuencia de la progresiva invasión del Estado en cada vez mayor número de sectores de la actividad económico-social, que con

lleva una ampliación de los posibles sujetos que pueden verse afectados por la conducta típica, lo que conduce al castigo de conductas de escaso desvalor social (157).

Las argumentaciones esgrimidas tanto por la doctrina como por los tribunales, van a girar alrededor del art. 3 de la Constitución italiana que reconoce la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley (158).

Las actitudes de la doctrina ante el problema enunciado, van desde la de aquellos que denuncian la total inconstitucionalidad del tipo penal, hasta las de los que creen que a pesar de no adecuarse al actual ordenamiento constitucional, no por ello colisiona con la norma fundamental; pasando por quien opina que parte de la estructura de la norma desborda los principios democráticos, y es por ello parcialmente anticonstitucional.

Veamos en primer lugar los argumentos aducidos por la doctrina penal, dejando para un último apartado la referencia a las resoluciones de la Corte Constitucional italiana.

a. La inconstitucionalidad del art. 341 por violación del principio de igualdad de todos los ciudadanos

El art. 3 de la CI establece, como hemos dicho, la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, de forma similar al art 14 de la CE. La comparación entre el art. 341 Cp, relativo al delito de desacato, y el art. 594, que regula el delito de injuria, es la

base sobre la que se desarrolla el discurso de FLORA para denunciar la inconstitucionalidad del delito de desacato. El citado autor parte de una doble perspectiva: primeramente, toma como bien jurídico a considerar el prestigio de la Administración, defendido como hemos visto, por una gran mayoría de la doctrina; en segundo lugar, se aproxima al problema de la constitucionalidad partiendo de la base del "buon andamento" como posible bien jurídico protegido, llegando en ambos casos, a la conclusión de que nos encontramos ante un tipo penal inconstitucional: El delito de desacato responde a una concepción autoritaria expresada en el Código Rocco que mantiene, en cuanto a las relaciones entre poderes públicos y ciudadanos, un modelo sacral, en absoluto congruente con la Constitución (159).

La contraposición del prestigio de la Administración con el principio de igualdad, se puede realizar desde dos puntos de vista. En primer lugar, considerando que el objeto de protección es la "dignidad" social del funcionario, estaríamos ante un privilegio de carácter personal por razón del "status", con lo que claramente se viola el principio de igualdad, ya que ningún ciudadano debe considerarase 'más digno' que otro por razón del trabajo o función que desempeña (160); en segundo, considerando que dicha protección privilegiada es aparente, ya que el interés que se quiere proteger es el prestigio de la Administración, que sí tendría reconocimiento constitucional, y en consecuencia, la norma penal desde un punto de vista formal, sería constitucionalmente legítima. Esto requiriría demostrar, como punto de partida, "que el prestigio de la Administración pública asume una relevancia tal, en la jerarquía de los valores constitucionales, de constituir límite legítimo al principio de igual dignidad social de todos

los ciudadanos" (161). Pero la Constitución no reconoce el prestigio de la Administración pública, ni siquiera como institución, en ninguno de sus artículos (162), por lo que los argumentos anteriores quedan sin base.

Desde la perspectiva del "buon andamento" como alternativa al prestigio, en cuanto bien jurídico a proteger, vemos que éste en una primera aproximación, tiene mayores posibilidades que el anterior, ya que se encuentra reconocido en el art. 97 de la CI y en consecuencia no colisionaría con el principio de igualdad. Pues se trata de una protección mayor en aras a lograr ese "buon andamento" que pide la Constitución, y no de considerar que el funcionario ostente "mayor dignidad". Por ello, podría ser criterio válido de restricción, en algunos casos, del principio de igualdad -igualdad de protección- de todos los ciudadanos.

A pesar de esta apariencia de legitimidad, FLORA objeta que nos encontramos frente a un concepto ("buon andamento") excesivamente evanescente, ambigüedad que impide su operatividad como límite a un derecho inviolable como es el de la igualdad, reconocido en el art. 3 de la Constitución; además añade, que "el ejercicio de funciones públicas no parece asumir, en el ordenamiento constitucional, una dimensión particularmente relevante respecto al ejercicio de actividades privadas.". Y si a esto sumamos, que una interpretación sistemática del art. 97 CI "revela que el buen funcionamiento de la Administración no es asumido como un valor en sí, sino sólo en tanto en cuanto sea funcional respecto a la garantía de los derechos inviolables de los ciudadanos;" (163), se llega a la conclusión de que también desde este plano nos hallamos ante un caso de inconstitucionalidad. De manera que desde los dos valores

propugnados por la doctrina, ya sea el del prestigio de la Administración pública, ya el del "buon andamento", el art. 341 vulnera el principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley recogido en el art.3 de la Constitución (164).

Es decir, el tipo de "oltraggio" no se corresponde con un bien jurídico digno de protección penal, pues los esgrimidos de 'prestigio' o de 'buon andamento', no tienen reconocimiento constitucional, y en todo caso colisionan con el derecho básico de la 'igualdad' consagrado en el art. 3 de la Constitución italiana.

b. La parcial inconstitucionalidad del tipo en razón de si la conducta se ejecuta con motivo de las funciones o por cuestiones personales.

A mitad de camino entre las dos posturas anteriormente reseñadas se encuentra PALAZZO, quien opina que parte de la estructura del art. 341 puede ser inconstitucional.

El mencionado autor, parte de aceptar la legitimidad de la tutela de bienes no reconocidos constitucionalmente, siempre y cuando ello no viole ninguno de los principios que la Constitución consagra. Por lo que al delito de "oltraggio" se refiere, acepta como bien jurídicamente protegido por el mismo el prestigio de la Administración pública. Interés no reconocido expresamente en la norma constitucional, si bien orientado hacia el "normal desarrollo de la actividad administrativa", éste si plasmado en el art. 97 de la misma (165). Por lo que aún siendo aquél un bien jurídico no

aludido de forma explícita en la norma fundamental, su "ratio legis" se orienta a la protección de un interés -el correcto desenvolvimiento de las funciones públicas-, que si posee relevancia constitucional (166).

El problema que plantea el art. 341 no es a su juicio de flagrante inconstitucionalidad, sino que debe ubicarse en el ámbito de limitar la descripción típica a efectos de no llegar a la mencionada inconstitucionalidad por vía de un interpretación abusiva.

Habría que tener en cuenta que en muchas ocasiones el funcionario puede ser objeto de injurias de carácter personal, pero si estas son realizadas cuando se encuentra en el ejercicio de sus funciones, pasaran a integrar el tipo del art. 341, en vez de ubicarse en el art. 594 de los delitos contra el honor. Entonces cabría preguntarse si el citado art. 341 sanciona más gravemente las ofensas privadas a un funcionario por el sólo hecho de su cualificación personal. Para resolver esta cuestión no cabe un exámen objetivo en cuanto a dilucidar la dirección en que va dirigida la ofensa con lo que habrá que acudir a niveles subjetivos para resolverla, esto es, al plano de los motivos de la acción criminal (167). Plano subjetivo que no se corresponde con la teoría del "animus iniuriandi" manejada por la doctrina española, sino que se basa en la valoración efectuada sobre el modo de comisión de la conducta, acudiendo a analizar si el hecho se comete no sólo durante el ejercicio de la función pública, sino además, con motivo de dicho ejercicio; o por el contrario, la conducta está ocasionada por asuntos estrictamente particulares. Lo que supone una superación de los planteamientos subjetivistas -"teoría del animus"- de la doctrina española, para acudir a criterios que aún teniendo que

ser objeto de valoración, poseen una mayor objetividad.

Por ello distingue entre las dos hipótesis que enuncia el art. 341: cuando la injuria es efectuada "a causa de las funciones", se requiere, lo que él denomina, una relación de causalidad psicológica entre las funciones y la conducta criminal, "el nexo de tipo causal-psicológico atribuye a la estructura del delito una peculiaridad tal que la hace jurídicamente compatible con el principio constitucional de igualdad, la valoración del legislador en base a la cual el hecho ha sido absorbido por los delitos contra la Administración pública y sancionado con consecuencias de notable gravedad." (168). En estos casos es perfectamente compatible con el art. 3 CI.

Si la injuria tiene lugar mientras el funcionario se haya "en el ejercicio de sus funciones", puede ocurrir que la ofensa venga motivada unica y exclusivamente por causas privadas, en cuyo caso sería suficiente una agravación de la pena impuesta por el delito de injurias (agravante recogida en el art. 61.10).

Esta postura se ve reafirmada por el hecho de que el art. 4 del D.L.L. 14 de septiembre de 1.944 n.288, regula los casos en que no se responderá por desacato debido a actos arbitrarios por parte del funcionario, y sólo se preve para el caso de que la ofensa se haya efectuado a causa de las funciones, pero no para la situación de simple ejercicio de las mismas (169). Dado el texto del citado Decreto, esta es la única interpretación correcta, según la cual al excluir del ámbito del art. 341 las ofensas personales -pese a encontrarse el funcionario en el ejercicio de sus funciones- se disipan las dudas sobre la colisión con el art. 3 de

la Constitución.

Según PALAZZO, ambas modalidades poseen una diversa eficacia lesiva. Las efectuadas a causa de las funciones (relación causal-psicológica) configuran claramente un delito diverso de la injuria y sistemáticamente encuadrado en los delitos contra la Administración pública. Sin embargo las ofensas ejecutadas por medio de la relación funcional, de mera contextualidad temporal, no pueden modificar la objetividad jurídica del delito, mantiene los caracteres esenciales de los delitos que lesionan el honor personal y por tanto es ilegítimo constitucionalmente un tratamiento tan riguroso como el que la ley preve (170). Por lo que dichos supuestos no deberían ser objeto de incriminación a través de la vía del "oltraggio", pues de lo contrario, estaríamos ante supuestos de inconstitucionalidad.

c. El delito de desacato como elemento disfuncional dentro del ordenamiento jurídico.

No todos los autores se posicionan tan radicalmente como FLORA, ni siquiera admiten la parcial inconstitucionalidad del delito de "oltraggio", si bien reconocen que desde el plano de los valores que emanan de la Constitución, el desacato es un delito disfuncional, que hace necesaria su revisión desde el campo de la hermeneútica, como mínimo, ya que la conciencia social y la misma norma constitucional, exigen un cambio en la jerarquía de valores propuesta por el Código Rocco (171). Pero esta disfuncionalidad, como ponen de relieve GOLDONI y VENTURATI, no significa que el delito deba considerarse anticonstitucional (172).

El art. 341 intenta proteger el prestigio de la Administración y sólo incidentalmente, como reflejo, el del funcionario, mientras que los delitos contra el honor amparan exclusivamente el honor de la persona. Es evidente que el legislador pretende tutelar la función y no a los funcionarios, prueba de ello es la ubicación sistemática del art. 341 entre los "Delitos contra la Administración pública". Al funcionario se le protege en cuanto que los intereses que representa y responsabilidades que ostenta, de los cuales es titular, son de mayor magnitud (173).

En consecuencia, el desacato no se encuentra enfrentado al principio de igualdad, ya que los arts. 341 y 594 (delito de desacato e injuria respectivamente) tutelan bienes jurídicos distintos, por lo que no puede considerarse ilógico el tratamiento dado por el legislador (174).

No obstante se reconoce la conveniencia de ciertas reformas para reducir algunos excesos y lograr una regulación que evitando el autoritarismo, no favorezca la contestación sistemática e irreverente a los poderes públicos (175). Para ello algunos autores consideran necesaria una revisión del mínimo de la pena impuesta por la norma legal, para adecuarla a la realidad social de la que la norma extrae su razón de ser (176) y ello porque la norma se resiente del clima político en que fue concebida y no se puede negar que hoy en día, las conductas que en la práctica reciben la calificación de desacato no muestran tanto un desprecio a la autoridad, como cierta mala educación que se ve integrada en el delito por el rigor de la norma. Por ello, se debería rebajar el mínimo de la penalidad prevista a fín de ofrecer al juez el espacio de juego suficiente

para sancionar debidamente la variedad de situaciones a que puede dar lugar el contacto con los órganos que representan a la Administración (177).

Por su parte VENTURATI considera conveniente la creación de una figura atenuada para los supuestos de escasa relevancia o menor dañosidad (178); ALBAMONTE propone la admisión de la figura de la "exceptio veritatis" para el delito de "oltraggio"(179); y por último, como expone VENTURATI, una mayor profundización en el elemento psicológico (180), supongo en clara referencia a la teoría mantenida por PALAZZO, de cara a la exigencia de que el delito se debe configurar no sólo en base al ejercicio de funciones, sino también, a la exigencia de que la ofensa venga motivada por causa de las mismas.

d. La inconstitucionalidad del art.341 cod.pen. por conculcar el principio de igualdad de los funcionarios.

En la Ordenanza de remisión a la Corte Constitucional efectuada por la Pretura de Prato en 1.975 (Ordenanza de remisión de 15 de enero de 1.975, n.121), encontramos junto a la argumentación desarrollada por la doctrina, un nuevo argumento, ahora de caracter procesal, sobre la inconstitucionalidad del art. 341 (181). Plantea el Pretor la posible discriminación procesal entre los funcionarios y particulares, en detrimento de los primeros, ya que así como en los delitos contra el honor de los particulares la acción penal queda en manos del ofendido, el desacato es, como la mayoría de los delitos, perseguible de oficio. El

funcionario ofendido en su honor durante el ejercicio de su función pública no puede oponerse a la incoación del proceso, aunque ello choque con sus intereses. Las razones que se aducen para mantener el carácter "privado" de los delitos contra el honor no son tomadas en cuenta cuando el ofendido lo fue "durante" el ejercicio de su cargo, aunque el motivo que ocasionó la ofensa tuviese su origen en una causa estrictamente privada.

Aquí se invierte el signo de la argumentación seguida hasta ahora; si normalmente se ha planteado el tema de la constitucionalidad del art. 341, primero, desde el punto de vista del bien jurídico y, segundo, siempre señalando la posibilidad de que los funcionarios vean sobrevalorado su honor en desigualdad respecto a los demás ciudadanos, el magistrado de Prato aporta un nuevo elemento a la discusión sobre la vulneración del principio de igualdad.

Y ciertamente queda en peor posición el funcionario que supongamos es objeto de insultos o acusaciones referentes a su vida privada, cuando se encuentra desempeñando su trabajo en la Administración. Aunque prefiera evitar un escándalo y la mayor difusión de la imputación a través del correspondiente proceso, no está en su mano evitar el juicio. Los hechos o alegaciones referentes a su vida privada saldrán a relucir porque como los insultos se realizaron en 'sede oficial' importa más la alteración del "decoro" de la Administración, que los intereses del ciudadano funcionario. Esta situación se produce por la particular descripción del art. 341 que equipara la ofensa "a causa de las funciones" a la ofensa realizada "en el ejercicio de las funciones", con lo cual el "honor" personal del funcionario queda absorbido por el interés de "decoro" en el

trato con la Administración.

e. Doctrina de la Corte Constitucional: la constitucionalidad del art. 341.

La Corte Constitucional italiana, en la sentencia de 19 de julio de 1.968 (n.109) (182), se posicionó por primera vez frente a los diversos planteamientos de inconstitucionalidad que básicamente coinciden con los expuestos en páginas anteriores. Desde entonces su interpretación no ha variado, confirmándose repetidamente en las sentencias de 28 de noviembre de 1972 (n.165) y en la de 14 de abril de 1.980 (n.51) (183), como las más significativas a señalar.

En aquella primera sentencia de 1.968 la Corte mantiene que en el art. 341 CP se tutela un bien que trasciende de la persona física para concretarse en la protección del prestigio de la Administración Pública, protección encaminada a la finalidad del "buon andamento" de la Administración, como preve el art. 97 de la CI. Así la Corte institucionaliza la diferencia, ya mantenida por un sector de la doctrina, entre el interés que tutela el delito de desacato y el fin que en última instancia dicha norma pretende salvaguardar.

El delito de desacato, continúa la Corte, no es anticonstitucional. Considera infundada la cuestión planteada por la doctrina en base al art. 3 de la CI, ya que las hipótesis contempladas en los arts. 594 y 341 del Código penal son claramente heterogéneas; la primera hace referencia a la ofensa dirigida contra los particulares, la segunda, sin embargo, se refiere a la

ejecutada contra los funcionarios; "Es claro que en este segundo caso la tutela penal del honor de la persona física titular del servicio es absorbida en aquella del prestigio de la administración pública que en ella se encarna" (184).

Reconoce que los funcionarios están revestidos de un especial "status" en consideración a las funciones que les son atribuídas y si de una parte, reciben mayor protección penal, también es justo añadir que dicho "status" confiere una agravación de sus responsabilidades, que van más allá de las exigidas normalmente a los ciudadanos en general.

Al argumento esgrimido por la doctrina, referente a la situación que se plantea hoy día ante la notable extensión del número de funcionarios provocada por la ampliación del campo de intervención de la Administración en la sociedad actual, la Corte contesta, que efectivamente es un hecho innegable y que por esta vía se ha producido una ampliación de los posibles sujetos afectados por la conducta lesiva y en consecuencia ha aumentado el número de casos en que se aplica el tipo. Lo que en ocasiones da lugar a que se penen conductas de escaso desvalor social, pero la reducción deseada, a su entender, solo puede venir por vía de reforma legislativa, y no por interpretación judicial.

Respecto al argumento aducido por la Pretura de Prato, sobre la discriminación de carácter procesal a que se ve sometido el funcionario, al iniciarse de oficio el procedimiento penal por causa de desacato, considera la Corte que no se trata de una discriminación respecto a los ciudadanos particulares, pues "tal disparidad está justificada por la protección de un

interés que supera a aquel de la persona física y que encuentra su fundamento en la Carta Constitucional." (185). De este modo confirma que el bien jurídico protegido es el prestigio de la Administración por encima de los intereses individuales de los funcionarios que la representan.

El hecho de que la Corte Constitucional se pronuncie por la constitucionalidad del art. 341 del Código, no empece al reconocimiento por su parte de la necesidad de un cambio de su configuración legal que lo adecue 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 vigente. Pero "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 exámen, que se resiente mucho de la ideología del régimen en el cual tiene su origen." (186).

VIII. Consideraciones críticas y toma de postura.

Antes de pasar a exponer las consideraciones críticas sobre los distintos bienes jurídicos propuestos por la doctrina es conveniente, a efectos de lograr una ubicación exacta de los problemas, realizar un breve excurso sobre los principios que informan la actuación de la Administración. Ello se debe a que una parte de la doctrina de nuestro país promueve como interés digno de protección por el delito de desacato el

regular funcionamiento de la Administración, por lo que será conveniente analizar bajo que presupuestos se debe desarrollar el ejercicio de las funciones públicas.

1. Excurso: principios que deben regir el funcionamiento de la Administración pública: art. 103.1 CE.

El desacato es un delito claramente conectado con el concepto de Administración. En primer lugar, porque los sujetos afectados por la conducta son las Autoridades, funcionarios públicos y agentes de la Autoridad, todos ellos miembros de la organización administrativa. De otro lado, porque tal y como hemos tenido oportunidad de comprobar, parte de la doctrina española e italiana, postula el regular funcionamiento de la Administración pública como bien jurídico tutelado por el mismo. Por ello será conveniente, el sentar las bases de qué modelo de Administración es el vigente actualmente, o para decirlo más correctamente, qué modelo de Administración es el que diseña nuestra Constitución.

La evolución del Estado como persona jurídica tiene su punto de arranque en el mundo medieval, caracterizado por la confusión entre lo público y lo privado. Todo el aparato estatal se encuentra personificado en la figura del Príncipe, que asume en su persona todos los poderes del mismo. El intento de separación de ambas vertientes, la pública y la privada, conformará una línea de progreso en el pensamiento jurídico y político que conducirá a la aparición del Estado moderno. Esta separación tiene lugar cuando se perfila el

concepto de Corona, concebida como entidad mística, siendo el Rey la cabeza visible de la misma y sus miembros los distintos estamentos (187).

El moderno concepto de Administración surge a partir de la Revolución Francesa (188) con la elaboración de MONTESQUIEU de la teoría de la separación de poderes. La Administración pública pasa a identificarse con el Poder ejecutivo (189).

Esta evolución del concepto de Estado culminará con la "adjetivación" del mismo, primero como Estado de Derecho y ulteriormente como Estado social. Como indica GUARINO, de un "Estado limitado" plasmado sobre la concepción liberal, dirigido a la consecución de determinados fines concretos: orden público, defensa, justicia, etc., se ha avanzado hacia la configuración del Estado social intervencionista, de obligaciones promocionales, "Estado responsable" del desarrollo de la entera sociedad (190).

Bajo esta perspectiva, podríamos decir que "La Administración pública es, en efecto, (...), un poder público diferenciado (institucionalizado y personificado), dotado de autonomía (en términos de gestión propia independiente por razón de la autoconservación y para la continuidad y permanencia de la acción estatal, pero subordinada a la organización constitucional representativa por intermedio del Gobierno), articulado sobre las notas de servicialidad y vicariedad y caracterizado tanto por su fin (la consecución de los intereses generales en el ámbito de los servicios públicos lato sentido) como por la forma de su actuación (la gestión objetivo-jurídica sin cuestionamiento del ordenamiento establecido)." (191).

Existe en el Derecho español una expresión tradicional para expresar la acción típica que corresponde a esta Administración: la ejecución de obras y servicios públicos. En palabras de GARCIA DE ENTERRIA, esta ejecución "debe tomarse no en un sentido técnico, sino en sentido material, como 'giro o tráfico' del instituto administrativo en cuanto tal, (...). Se trata, pues, no ya de servicios públicos en el sentido estricto que intentó categorizar la Escuela de Burdeos, es decir, de una variedad de la actividad administrativa caracterizada por la entrega directa de prestaciones a los particulares, sino de algo mucho más amplio, comprensivo de toda la actividad que los particulares no pueden realizar en cuanto tales." (192).

Esta organización administrativa y, por tanto su 'giro o tráfico', debe regirse entre otros principios (193), por los de eficacia y coordinación, enunciados en el art. 103.1 de la CE así como con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (194), principios de alcance general que deben entenderse en un sentido dinámico, en cuanto que hacen referencia a las relaciones entre los diversos entes públicos y a las relaciones que mantiene la Administración como conjunto frente a los ciudadanos (195). A ello hay que añadir, según indica el nº 3 del citado art. 103, que la ley deberá garantizar la imparcialidad en el ejercicio de las funciones públicas (196).

El carácter de eficacia, como cualidad del servicio público que la Administración presta, es el principio fundamental por excelencia. Como señala PAREJO "La perspectiva propia y única válida del principio es la del ciudadano, la de la colectividad administrada como destinataria de los servicios públicos.

Consecuentemente, en el ámbito de la aplicación del mismo, ceden todo protagonismo las exigencias propias de la Administración como poder público (sujeto dotado de 'imperium', de principios exorbitantes) en favor de la condición radicalmente vicarial y servicial de dicha Administración, pero instrumento justificado sólo en la (objetiva) eficaz gestión del interés general." Por ello, "esta eficaz gestión del interés general no es otra cosa que la adecuada y satisfactoria prestación al ciudadano de los servicios públicos." (197).

De lo que se deduce que en el actuar administrativo debe primar la calidad del servicio público que se presta; no basta con que la actuación administrativa de lugar a un resultado cualquiera, sino que éste debe ser eficaz y coherente de acuerdo con las expectativas sociales existentes. En definitiva, "La legitimidad de la acción estatal se mide, pues, principalmente en el Estado actual por su eficacia, por su capacidad de conseguir y mantener unas determinadas condiciones de vida." (198). GARRIDO FALLA adjetiva este principio como "eficacia indiferente" de la Administración. Los funcionarios, como titulares de los órganos administrativos, deben desarrollar eficazmente su función, siendo indiferente que esta actuación perjudique o beneficie los intereses políticos determinados de quien ostente el poder ejecutivo en su momento (199).

Este concepto de Administración articulado a través, entre otros, de los principios de eficacia e imparcialidad en la gestión de los distintos servicios públicos, será el concepto que deberá ser utilizado como punto de referencia a la hora de reconducir la discusión sobre el bien jurídico protegido por el delito de desacato, cuando la doctrina penal propone tutelar el

"regular funcionamiento de la Administración" o en expresión de QUERALT, salvaguardar "la capacidad prestacional" de la misma.

2. Consideraciones críticas a los bienes jurídicos propuestos por la doctrina.

La actual doctrina penal española ha realizado una importante labor crítica al pensamiento tradicional en lo que a materia de delito de desacato se refiere. Esta crítica viene efectuada fundamentalmente, por el lógico impacto en el sistema de valores que ha supuesto la entrada en vigor de la Constitución de 1.978. Cambio en las estructuras ideológico-político-administrativas del país, de cuya influencia no puede sustraerse, en modo alguno, el sistema penal, como parte integrante del ordenamiento jurídico del Estado.

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 orden público (tanto en sentido amplio como en sentido estricto) como valor digno de tutela por el delito de desacato.

La referencia al orden público, en cualquiera de sus dos acepciones -amplia o estricta-, como objeto de tutela por el delito de desacato, es rechazable por distintos motivos. Tomado este concepto desde un punto de vista amplio, esto es, equivalente al orden social, tal y como hace la jurisprudencia, o como

claúsula de orden público (200), tal y como expresa la Ley del mismo nombre de 1.959, obtenemos, en palabras de OCTAVIO DE TOLEDO, un concepto "desenfocado, agigantado (gravemente arcaizante, en íntimo contacto con 'esencias' de corte absolutístico, de dominación), por cuanto se refiere más a la honorabilidad del cargo (aproximándose así, a pesar de todo, a los delitos contra el honor, si bien un honor estatal, indisponible incluso por el propio Estado), sumisamente 'acatada' (contemplada, cuadraría mejor), que a una alteración de la tranquilidad ciudadana en las manifestaciones colectivas (concepto estricto de orden público)." (201).

Esta equiparación entre orden público y orden social, entendiendo por tal la perturbación del orden jurídico establecido, lleva a tal "vaciamiento" del concepto de bien jurídico, que nos conduciría a la siguiente situación: todos los delitos se convertirían en delitos contra el orden público, dado que la comisión de los mismos, implica "per se" una alteración del orden jurídico establecido. Es evidente su incapacidad para limitar la labor del intérprete y del legislador.

El citado autor admite, que si de "lege lata" se mantiene el orden público como bien jurídico deberemos atenernos por lo menos a un concepto restringido del mismo, idea ya formulada por MUÑOZ CONDE, quien entiende por orden público "la tranquilidad en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana" (202). Sería desde esta perspectiva desde donde deberíamos redimensionar el tipo delictivo para no caer en una interpretación abusiva del desacato "propia del antiguo régimen" (203).

Así, suponiendo la admisión del orden público,

a efectos dialécticos, como bien jurídico protegido, y ateniéndonos al concepto restringido del mismo, no estaríamos ante un delito de desacato cuando la conducta injuriosa o insultante contra la Autoridad no produjere alteración de la tranquilidad en las manifestaciones de la vida colectiva (204).

Desde esta perspectiva, el orden público se vuelve más concreto y por tanto con una mayor capacidad de delimitación del tipo; postura más acorde con el actual sistema democrático y con la exigencia de seguridad jurídica.

La consideración del concepto estricto de orden público como interés tutelado llevaría a la consecuencia de que apenas nos encontraríamos con conductas que pudieran calificarse como desacatos, ya que en la inmensa mayoría de situaciones no se produce ni siquiera un peligro para dicho interés, con lo cual su aplicación sería meramente anecdótica.

Por lo que parece evidente que en cualquiera de sus dos acepciones, la propuesta del orden público como bien jurídico a tutelar en el delito de desacato, es inaceptable.

Por lo que respecta al principio de autoridad, concepto que normalmente encontramos ligado al anterior, es obvio que el Estado necesita proteger a sus funcionarios en sus actuaciones frente a los posibles abusos de los ciudadanos, ahora bien, tal y como hemos señalado en el apartado anterior, el diseño de Administración que realiza nuestra Constitución, se basa en la prestación eficaz, coordinada e imparcial de servicios públicos. Por lo que es evidente que el papel que juega

el funcionario de cara al administrado, debe de ser replanteado.

En primer lugar, la Administración en sus relaciones internas presenta una estructura piramidal, en la que debe prevalecer el principio de jerarquía para garantizar el fluído funcionamiento de la misma (205). Por ello, no es extraño, que esta estructura jerárquica quede emparentada, en cierto modo, con el principio de autoridad. La facultad de mando que asiste al superior jerárquico para imponer determinadas formas de comportamiento es evidente. Sin embargo y, es aquí donde a mi entender se produce una trasposición de planos, esta estructura no es trasladable al ámbito de relaciones que se establece entre funcionarios, en un sentido genérico del término, y administrados. Aquél, como integrante del aparato estatal, al cual corresponde satisfacer las necesidades de los ciudadanos (prestación de servicios públicos), se encuentra al servicio de estos, lo cual no implica subordinación ni del funcionario al administrado, ni viceversa (206).

Esta perspectiva de servicio es dificilmente compaginable con la pretensión de tutela del principio de autoridad ('auctoritas', como expresa el T.S.), sobre todo si es entendido, como subordinación pura y simple de los ciudadanos a los representantes del Estado. Por lo que parece que al menos es disfuncional con los principios generales que deben regir un Estado democrático.

Tampoco parece aceptable hoy día hablar de la tutela de la dignidad de la función pública, como bien jurídico a proteger por el delito de desacato.

El término "dignidad" contiene resonancias comunes al concepto "honor" y favorece la confusión con la problemática de los delitos de injuria. Pero dentro del término dignidad, en relación al desacato, hemos de distinguir dos aspectos distintos, en cuanto "dignidad personal" del funcionario, y "dignidad de la función". Si consideramos la dignidad del funcionario como una especial dignidad personal, esta perspectiva creo debe ser rechazada pues ello supondría una tutela privilegiada con respecto a la dispensada al resto de ciudadanos y difícilmente justificable en un Estado que propugna la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley. Argumento ampliamente desarrollado por la doctrina italiana como hemos tenido ocasión de comprobar y a la cual me remito. No existe base alguna para considerar que el desempeño de una determinada profesión, función o servicio, implique mayor honorabilidad a efectos jurídicos. Otro caso son las convenciones sociales, la tradición, cortesía o retórica lingüística, que el ordenamiento jurídico penal no tiene por qué proteger (207).

Si por el contrario el término dignidad se predica directamente de la función pública, nos acerca a la problemática de los delitos contra el honor. En ellos se protege el honor de los ciudadanos, concepto de honor que se asienta en la dignidad inherente a toda persona humana. Por ello este concepto de dignidad debe reservarse a las personas físicas, siendo difícilmente aplicable a las instituciones y órganos corporativos.

Más razonable parece pensar, no que la función pública es digna, sino que en todo caso se ejerce con dignidad. La utilización de la expresión "dignidad" al hablar de los poderes públicos o de la Administración, pese a su uso corriente en el lenguaje -no exento de

evocaciones autoritarias-, no es deseable en un análisis jurídico riguroso.

Cuando se habla de "dignificación" de una función, se quiere aludir a la dotación de medios materiales y humanos suficientes para garantizar su correcto funcionamiento, de tal modo, que dicho servicio público pueda desarrollarse con las garantías necesarias para satisfacer las necesidades de los administrados. Dicha dignificación no puede concebirse como atribución de una cualidad especial, y superior, a la de otras actividades humanas.

Esta confusión en el uso de los términos aludidos conduce a que la apelación al término dignidad de la función pública en el delito de desacato, derive peligrosamente hacia una incorrecta aproximación a los delitos contra el honor. Si el delito de desacato afecta a un bien jurídico institucional, nos encontramos en un ámbito bien distinto al de los bienes jurídicos personales.

Es necesaria una mayor cautela en el uso de los vocablos, para poder superar los lastres históricos de concepciones políticas superadas, que sin embargo continúan alojándose en el lenguaje cotidiano.

Como expone BUSTOS, "la función pública no es un problema de dignidad o indignidad, sino de ejercerla conforme a lo que disponen las leyes y reglamentos" (208).

Los funcionarios, por el hecho de serlo, no se encuentran en posición superior al resto de los ciudadanos, al contrario, deben ejercer sus funciones al servicio del colectivo social, obligados a dar cuentas de su

gestión -transparencia- y a la eficacia de la misma. No se puede identificar dignidad de la función con dignidad del funcionario en el ejercicio de su actividad. La función no posee una "dignidad" propia, y al funcionario como tal le corresponde el mismo derecho a la dignidad que a los restantes ciudadanos, nunca más. Debe ejercer la función pública de acuerdo con los principios de coordinación, eficacia e imparcialidad, y por supuesto con sometimiento a la legalidad vigente que como hemos visto, son los que informan la labor de la Administración.

Por lo que respecta a la consideración del desacato como delito que abarque también al honor particular, postura mantenida en España por VIVES ANTON y en Italia por PALAZZO, no la considero acertada, porque como reconoce el propio VIVES ANTON, del análisis del tipo no se deduce la exigencia de esta aparente doble lesividad; por otro lado, en algunos supuestos, la sanción correspondiente al delito de desacato es menor que la atribuída al delito contra el honor (209), lo cual nos hace pensar que el legislador estaba pensando en 'algo' distinto a la hora de incriminar esta conducta (210), "algo" que después de todo, no alcanza el mismo valor que el honor personal, porque por el contrario, estamos ante un bien jurídico de carácter no personal, sino institucional. Lo que no obsta a que en la práctica, en muchos casos la conducta de desacato no alcance a lesionar otra cosa distinta que el honor particular. Así parece que lo ha entendido en más de una ocasión el funcionario o la autoridad afectada (211).

De lo anteriormente expuesto se deduce la dificultad de perfilar cual sea el objeto de protección del delito de desacato, que sirve para explicar y dar

contenido material a una conducta típica que se configura con tal amplitud (por la genérica referencia al "funcionario"). El entrecruzamiento del lastre histórico originario con las modificaciones coyunturales de esta figura, unido al descomunal crecimiento de la Administración pública y con ello del número y carácter de funcionarios, se encuentran en la base de esta dificultad de concreción del bien jurídico.

En ocasiones se alude al prestigio como objeto de protección, prestigio entendido como el crédito que la Administración posee, cuyo mantenimiento es necesario para salvaguardar el regular funcionamiento de las Instituciones públicas. Este último sería la finalidad de protección de la norma. Si se permitiese la constante vejación de los órganos de la Administración, ésta vería quebrar su fluidez en la ejecución de sus funciones; se trata de un prestigio funcional para el desenvolvimiento normal de la Administración. Pero como expresivamente dice PADOVANI: "Se necesita tener una idea bien extraña del prestigio de las instituciones y de los órganos que rigen la República, si se piensa que cualquier vulgaridad pueda ponerlos en peligro: solo un prestigio frágil y precario puede temer la palabra inconexa de un exaltado, destinada, sin embargo, a caer en el vacío y en el aislamiento cuando se dirige contra instituciones y órganos que la conciencia social rodea de respeto. Pero si un prestigio sólido y fuerte no necesita de tutela penal, porque ningún desprecio, ninguna denigración pueden en realidad agredir su consistencia, un prestigio frágil y precario no puede fortalecerse con la mordaza impuesta a las censuras más groseras y gratuitas, también utilizables como instrumento de represión menos burdo y gratuito, pero más penetrante e incisivo. Así, no se obtiene el respeto

perdido y no se refuerza el prestigio obtenido; se obtiene, como mucho, el silencio." (212).

No se ve cómo el prestigio de la Administración sanitaria, por ejemplo, llegue a afectarse por el insulto que un particular dirija a un médico-funcionario; o el insulto de un alumno a un profesor de una institución pública, más allá de la concreta lesión de la persona afectada que en este caso es también funcionario. Resulta ilógico que por el hecho de que el médico ejerza su profesión en un Hospital de titularidad pública el insulto adquiera una virtualidad lesiva distinta a cuando acontece en un centro privado. El desempeño por la Administración pública de prácticamente todo tipo de actividad -de servicios, cultural, productiva, incluso comercial- conduce al desdibujamiento de lo específico administrativo que vendrá dado únicamente por la titularidad del ente y la estructuración orgánica dentro de un departamento de la Administración. El originario sentido de la protección de las funciones públicas -o poderes públicos-, queda totalmente desvirtuado cuando esa protección se extiende a todo "funcionario" independientemente de la relevancia de la actividad que éste ejerce.

Por otro lado, la capacidad de afectar al prestigio será bien distinta según la modalidad de conducta integrante del 'desacato'. Mientras que la injuria o el insulto difícilmente afectarán al 'prestigio', la calumnia puede conmocionar seriamente la 'imagen' del servicio en cuestión -fundamentalmente en aquellos supuestos en que vaya referida al ejercicio de la función pública y no a cuestiones personales- y por ello el crédito o el prestigio requerido para que los ciudadanos confíen en la institución pública correspondiente. Desprestigio

que también afecta a una institución privada cuando es objeto de calumnia. Que la Administración requiera una protección especial a estos efectos parece que solo podría aceptarse en relación a aquellas funciones originariamente genuinas de la Administración pública, en cuanto que no puedan o no deban llevarse a cabo por entidades privadas. Lo cual implica una difícil delimitación, dado que tras la avaricia expansiva de la Administración pública contemplamos hoy una nueva tendencia de signo contrario que está dando lugar a la cesión por parte de la Administración a los particulares de campos tradicionalmente reservados al ámbito público. Baste citar la tendencia a la privatización de las prisiones. No obstante, sólo desde la delimitación de aquellas actividades o instituciones fundamentales indelegables puede lograrse una aproximación hacia cuál pueda ser el interés a proteger, teniendo en cuenta el cometido constitucional de cada función determinada.

El 'prestigio' como especial 'decoro' -según un sector de la doctrina italiana- en las relaciones con la Administración parece aludir a otro tipo de exigencia: la de exclusión de las formas de violencia verbal en la comunicación con la Administración. Es decir, que los desacuerdos, reproches o denuncias en relación a actividades o decisiones administrativas se manifiesten de manera pacífica -por fuerte que sea la discrepancia- a través de los mecanismos legalmente establecidos de recursos, denuncia, o de información de las posibles irregularidaes que el ciudadano detecte. La articulación de los medios oportunos para que estos desacuerdos, o en su caso la investigación de las irregularidades, se lleve a cabo de manera eficaz constituye la contrapartida de esta exigencia de renuncia al exceso verbal y al insulto como forma de

"comunicación". El desacato manifestado en un insulto afectaría desde esta perspectiva al "regular funcionamiento" no ya de la propia Administración, sino de las relaciones administrado-administración.

Sin duda es fundamental para la permanente revalidación y consolidación de las instituciones políticas democráticas la fluidez de relaciones administrado-administración. Pero la pregunta que sigue en pie es la de si esa 'relación regular y ordenada' en la comunicaión entre administrado y Administración, está "necesitada" de protección penal, o en qué casos determinados.

En cuanto al regular funcionamiento de la Administración, propuesto como objeto de protección por algunos autores, encuentra también dificultades para explicar el delito de desacato. Unicamente en caso de que el desacato consistiera en "amenazar" podría considerarse que se afecta o se pone en peligro dicho funcionamiento, cosa que difílmente podría ocurrir con la injuria o la calumnia.

La influencia de la doctrina italiana en este punto ha contribuído a superar las posiciones tradicionales sobre el bien jurídico, pero sin embargo no parece que ese 'regular funcionamiento' sirva para la regulación española del desacato. En el Código penal italiano queda ubicado este delito bajo la rúbrica de "Delitos contra la Administración Pública", pero no podemos olvidar que esto no sucede en el Código penal español.

Bajo esta rúbrica quedan comprendidos en el Código Rocco no sólo los delitos cometidos <u>contra</u> los

funcionarios públicos, sino también los ejecutados por los mismos. Al tratar, la doctrina italiana, el problema del bien jurídico protegido, lo hace desde un plano global, comprendiendo la entera categoría de delitos, lo que permite defender que sea el regular funcionamiento el nexo de unión entre ellos (213), pero esta lógica no es trasladable al ordenamiento jurídico español, y no sólo por la ubicación sistemática del desacato en nuestro Código, sino también porque como indica TORIO "La materia propia de los grupos caracterizados presenta, además, profundas diferencias, cuya agrupación formal es contraria a su verdadera naturaleza." (214).

Para poder obtener una comprensión global de las diversas vertientes y matices que presenta la problemática del bien jurídico en el delito de desacato, será necesario realizar un detenido análisis tanto de la descripción típica como de los sujetos afectados por la conducta. Ello nos permitirá comprobar si realmente es cierto el vaciamiento que parece atisbarse en este tipo, que curiosamente puede provenir de la inflación que actualmente produce el número de personas afectadas por el mismo, lo que en vez de conducir a su mayor aplicación, consigue desvirtuarlo de tal forma, que su aplicación a la mayoría de los supuestos posibles repele a la sensibilidad del intérprete.

NOTAS AL CAPITULO TERCERO.

(1) En este sentido SANCHEZ TEJERINA, PE, T.II, 4ª ed., p.31; CUELLO CALON, Derecho penal, T.II, 11ª ed., p.31; PUIG PEÑA, PE, T.III, 6ª ed., p. 42, nota 1; MUÑOZ CONDE, PE, p.630; BUSTOS, PE, p. 472; VIVES, PE, p. 53.

(2) JIMENEZ DE ASUA, Tratado, T.I, p. 762 la califica de "marcadamente reaccionaria". En el mismo sentido BARBERO SANTOS, Política, p.30 y NUÑEZ BARBERO, La Reforma, pp. 13 y ss.

(3) FIESTAS LOZA, Políticos, p. 133.

(4) TOMAS Y VALIENTE, El Derecho penal, p. 500.

(5) PACHECO, atribuye la inclusión del delito de desacato por la Reforma de 1.850, a un incidente que tuvo lugar entre el Sr. Jorge Martínez Díez y el entonces presidente del Gobierno, Narváez. [Al parecer este último no quiso recibirle, y aquél, sintiéndose preterido, ofendió a Narvaéz]. Con motivo de que la defensa del mencionado sujeto, en el proceso que tuvo lugar, fue llevada a cabo por PACHECO, este omite cualquier comentario adicional sobre el mismo. Vease PACHECO, El Código penal, 2ª ed., p. 212. Cfr. Capítulo primero, nota 41.

(6) TOMAS Y VALIENTE, El Derecho penal, p. 500; TERUEL, "Código penal de 1.848", p. 11.

(7) Como pone de relieve GARCIA DE ENTERRIA, Curso, vol.I, p. 25, las funciones y actividades a realizar por la Administración son esencialmente contingentes, en función de las demandas que efectúa la sociedad en un determinado momento histórico, dependiendo de las coordenadas socio-económico-culturales, en que se desarrolla una sociedad determinada.

(8) GARCIA DE ENTERRIA, Curso, vol.I, p. 28.

(9) Por todos, vease, POLAINO, Bien jurídico, pp.265 y ss. En el Capítulo tercero de la citada monografía, desarrolla de forma exhaustiva la relevancia del concepto de bien jurídico en el ámbito de la dogmática del Derecho penal.

(10) JESCHECHK, Tratado, vol.I, p.351. En igual sentido COBO/VIVES, PG, p. 239.

(11) JESCHECHK, Tratado, vol.I, p.353; ANGIONI, Contenuto, p. 11.

(12) MUÑOZ CONDE, Introducción, p. 50; ANGIONI, Contenuto, p. 12.

(13) Vid., BUSTOS, PG, p. 50; CEREZO MIR, Curso, p.15 y ss.; COBO/VIVES, PG, p. 239; JESCHECK, Tratado, p.9; MIR, Introducción, p.128; MUÑOZ CONDE, Introducción, p.48; OCTAVIO DE TOLEDO, Concepto, p.336; RODRIGUEZ MOURULLO, PG, p.19.

(14) Entre otros, COBO/VIVES, PG, p.68; MIR, Introducción, pp.126 y 128; RODRIGUEZ MOURULLO, PG, p.19.

(15) Sobre el carácter fragmentario del Derecho penal Vid., BUSTOS, PG, p.49; COBO/VIVES, PG, p.68; MIR, Introducción, p.126; MUÑOZ CONDE, Introducción, pp.59 y ss.; OCTAVIO DE TOLEDO, Concepto, p.359; QUINTERO OLIVARES, PG, p.88; RODRIGUEZ MOURULLO, PG, pp.18-19.

(16) RODRIGUEZ MORULLO, PG, p. 20.

(17) MUÑOZ CONDE, Introducción, pp. 59 y ss., habla en este sentido de "principio de intervención mínima".

(18) COBO/VIVES, PG, pp. 68-69.

(19) BUSTOS, PG, p. 51.

(20) MIR, Introducción, p. 128. En contra de esta interpretación BUSTOS, PG, p. 51, para quien "pareciera difícil no reconocer el carácter limitador de la concepción de Birnbaum, en cuanto a que el contenido de esos bienes está más allá del derecho y del Estado, es dado por la naturaleza y por el desarrollo social, luego el derecho y el Estado sólo puede reconocerlos, no alterarlos, ni modificarlos, ni establecerlos." (subrayado en el original).

(21) SINA, Dogmengeschichte, pp. 26 y ss.

(22) MIR, Introducción, p. 129.

(23) Vease SINA, Dogmengeschichte, pp. 46 y ss.

(24) von LISZT, Tratado, vol.II, p. 6.

(25) BUSTOS, PG, p. 53.

(26) MIR, Introducción, p. 130. En el mismo sentido BUSTOS, PG, pp. 54-55.

(27) MIR, Introducción, pp. 130 y ss. El citado autor pone de manifiesto la incapacidad de ambas teorías para cumplir la función de limitar al legislador. La primera de ellas, porque un objeto empírico nunca puede obviamente limitar; y la concepción neokantiana "si bien consideró el bien jurídico como un valor de la cultura y el delito como una infracción de los valores culturales, no utilizó la remisión a los valores como límite de "lege ferenda", debido al relativismo axiológico, consecuencia del subjetivismo epistemológico neokantiano, característico de la dogmática de las ciencias del espíritu." También en sentido crítico vease, BUSTOS, PG, pp. 56-57.

(28) QUINTERO OLIVARES, PG, p. 294.

(29) QUINTERO OLIVARES, PG, pp. 291 y ss. Las razones de esta transformación, según el autor, son las siguientes: 1.- En cuanto se toma conciencia de la trascendencia política del Derecho penal y por tanto se ve la necesidad de que sea funcional a una determinada política criminal, "resulta obvio que la precisión de los bienes jurídicos se transforma simultáneamente en una opción político-criminal que, por lo mismo, no puede reducirse a la búsqueda del 'telos' de las normas positivas, sino que procede realizar una inversión del orden, colocando primero la decisión sobre cuáles son los bienes jurídicos que va a proteger el Derecho penal, y frente a qué clase de ataques, para luego describir en el Código penal las figuras de delito que a esa finalidad conviene." 2.- El concepto de bien jurídico permite denunciar la existencia de delitos en los que, al menos es dudoso, exista bien jurídico alguno protegido. Por ejemplo aquellos delitos descritos por la doctrina como "ilícitos administrativos" que se han elevado a la categoría de delito y 3.- Se ha de poner de relieve la existencia de determinados bienes jurídicos no necesitados de protección penal, ya que otras ramas del ordenamiento jurídico se demuestran suficientes para su tutela.

(30) HONIG, Die Einwillung, T.I.

(31) Una exposición detenida y valoración sobre esta evolución en ANGIONI, Contenuto, p. 21 y ss.; También BARATTA, Positivismo, p. 70 y ss.

(32) HONIG, Die Einwillung, pp. 94 y 106.

(33) Cfr. ANGIONI, Contenuto, p. 35.

(34) JÄGER, Strafgesetzgebung. En la misma línea, ROXIN, Täterschaft, p. 412.

(35) HASSEMER, Einfürung, pp. 25 y ss.

(36) RUDOLPHI, "aspectos", p. 343 y ss. Como el mismo autor destaca, (p. 343) ya WELZEL apelaba al bien jurídico como un "ser en función", como algo más

que un estado estático, ya que ejercen un efecto sobre la cohesión social, y a su vez ésta repercute en el mantenimiento de tales bienes. Pero RUDOLPHI avanza considerando que el bien jurídico es precisamente la función social misma, y no solo aquello cuya existencia en la realidad consiste en un "ser en función".

(37) AMELUNG, Rechtsgüterschutz, p. 361.

(38) Para BUSTOS "la ruta para lograr determinar lo que es el bien jurídico ha sido marcada por aquellas direcciones trascendentalistas que han hecho girar el bien jurídico en torno a la persona humana como ente social y por ello mismo lo han enmarcado dentro de un tipo de sociedad muy determinada, una sociedad democrática y de ahí que desde un punto de vista político-jurídico ha implicado tomar en cuenta la respectiva Carta Constitucional." A esto añade que lo propio de la persona humana es ser un sujeto social y por ello concluye que el bien jurídico "es una síntesis normativa determinada de una relación social concreta y dialéctica." BUSTOS, PG, pp. 62-63.
GOMEZ BENITEZ, "Sobre la teoría", p. 111. Opina que "El bien jurídico debe ser, en todo caso y directamente, un concepto de contenido social, es decir, expresión directa de funcionalidad".
Para MIR, "Bienes jurídicos son las condiciones necesarias, según la observación empírica, de un correcto funcionamiento de los sistemas sociales. Pero para evitar una concepción poco respetuosa para con el individuo, que lo contemple sólo desde la perspectiva de su utilidad social, conviene requerir que tales condiciones se traduzcan en concretas posibilidades de participación del individuo en los procesos de interacción y comunicación social." Entendiendo posibilidad de participación "como posibilidad de vivir en sociedad confiando en el respeto de la esfera de libertad particular por parte de los demás." MIR, Introducción, p.140. (subrayado en el original).
MUÑOZ CONDE, en su Introducción, p. 48, más que dar una definición de bien jurídico, se limita a establecer las condiciones necesarias para la existencia del mismo: "presupuestos que la persona necesita para su autorrealización en la vida social".
Al igual que MUÑOZ CONDE, OCTAVIO DE TOLEDO, explicita más que define, las condiciones para la

pervivencia de éste concepto: "Este planteamiento comporta una visión de la posibilidad de que los 'bienes jurídicos' supongan una limitación al ejercicio del 'ius puniendi' estatal (en cuanto imposición de un cierto contenido material de las normas penales en su objeto de protección) no de 'autorregulación' o 'autocontrol' del Estado respecto al contenido de las normas que emanan, sino de tensión progresiva entre los grupos sociales hegemónicos que lo sustentan y los grupos sociales supeditados, entre el mantenimiento inmóvil del sistema social y la lucha por las transformaciones materiales de la sociedad, entre la conservación social y el cambio, entre los 'intereses realizados' y los 'intereses por realizar'". OCTAVIO DE TOLEDO, Introducción, pp. 354-355.

(39) Sobre las diversas teorías jurídico-constitucionales, vease, GONZALEZ RUS, Bien jurídico, pp. 23 y ss., en donde el autor resume los diversos criterios doctrinales que tienen como fuente normativa de delimitación de bienes jurídicos la Constitución.

(40) ROXIN, "Sentido y límites". pp. 20 y ss. Crítico con este planteamiento MIR, Introducción, pp. 133 y ss., para quien resulta excesivamente inconcreto lo cual anula su capacidad limitadora, sirviendo sólo "para excluir la punibilidad de los hechos exclusivamente inmorales".
BRICOLA, "Teoria", pp. 7 y ss. Profundiza este planteamiento en "Legalità e crisi", especialmente en pp. 225 y ss.

(41) FIANDACA, "Il 'bene giuridico'", p. 48.

(42) BRICOLA, "La riscoperta", p. 74.

(43) ANTOLISEI, "Il problema", p. 118.

(44) PACHECO, El Código penal, (2ª ed), T.II, p. 212. Vid. Capítulo primero nota 41.

(45) ALVAREZ CID, Código penal, T.I, p. 576.

pervivencia de éste concepto: "Este planteamiento comporta una visión de la posibilidad de que los 'bienes jurídicos' supongan una limitación al ejercicio del 'ius puniendi' estatal (en cuanto imposición de un cierto contenido material de las normas penales en su objeto de protección) no de 'autorregulación' o 'autocontrol' del Estado respecto al contenido de las normas que emanan, sino de tensión progresiva entre los grupos sociales hegemónicos que lo sustentan y los grupos sociales supeditados, entre el mantenimiento inmóvil del sistema social y la lucha por las transformaciones materiales de la sociedad, entre la conservación social y el cambio, entre los 'intereses realizados' y los 'intereses por realizar'". OCTAVIO DE TOLEDO, Introducción, pp. 354-355.

(39) Sobre las diversas teorías jurídico-constitucionales, vease, GONZALEZ RUS, Bien jurídico, pp. 23 y ss., en donde el autor resume los diversos criterios doctrinales que tienen como fuente normativa de delimitación de bienes jurídicos la Constitución.

(40) ROXIN, "Sentido y límites". pp. 20 y ss. Crítico con este planteamiento MIR, Introducción, pp. 133 y ss., para quien resulta excesivamente inconcreto lo cual anula su capacidad limitadora, sirviendo sólo "para excluir la punibilidad de los hechos exclusivamente inmorales".
BRICOLA, "Teoria", pp. 7 y ss. Profundiza este planteamiento en "Legalità e crisi", especialmente en pp. 225 y ss.

(41) FIANDACA, "Il 'bene giuridico'", p. 48.

(42) BRICOLA, "La riscoperta", p. 74.

(43) ANTOLISEI, "Il problema", p. 118.

(44) PACHECO, El Código penal, (2ª ed), T.II, p. 212. Vid. Capítulo primero nota 41.

(45) ALVAREZ CID, Código penal, T.I, p. 576.

(46) VIADA Y VILASECA, Código penal, p. 271; VICENTE Y CARAVANTES, Código penal, p. 408.

(47) Diccionario de la Lengua Castellana. Real Academia española 12ª ed., Madrid, 1.884.

(48) HIERRO, "Delitos", p. 234. En el mismo sentido se expresa el DICTAMEN emitido por el Fiscal de la Audiencia de Valencia, p. 404.

(49) GROIZARD, Código penal, T.III, p. 391.

(50) GROIZARD, Código penal, T.III, p. 473 (el subrayado es mío). En el mismo sentido de incluirlo entre los Delitos contra el orden público SANCHEZ TEJERINA, Derecho penal, p.453; FERRER SAMA, Comentarios, T.III, p.75. Matiza esta tesis RUEDA, Elementos, p.143, para quien, si bien la rebelión y la sedición son delitos que atacan la tranquilidad pública, "no parece que el daño inmediato causado sea un ataque a dicha tranquilidad" cuando nos encontramos ante un delito de desacato.

(51) Aunque GROIZARD mantiene que en un sentido estricto sólo puede denominarse desacato a los supuestos regulados en el art. 266 (Código penal de 1.870), también es cierto que con referencia al interés jurídicamente protegido por el tipo, siempre hace referencia a las condutas reguladas en el Capítulo V en general sin efectuar distinciones, a este efecto, con respecto a los supuestos establecidos en los arts. 269 y 270.

(52) GROIZARD, Código penal, T.III, p. 473.

(53) GROIZARD, Código penal, 2ª ed., T.III, p. 719. En el mismo sentido CASTEJON, Derecho penal, T.I, p.305.

(54) GROIZARD, Código penal, 2ª ed., T.III, p.719. En el mismo sentido PUIG PEÑA, PE, 6ª ed. T.III, p.169.

(55) CUELLO CALON, El nuevo Código, p. 106.

(56) CUELLO CALON, El nuevo Código, p. 108.

(57) CUELLO CALON, PE, 11ª ed., T.II, p.6.

(58) RODRIGUEZ DEVESA, PE, (1ª ed) T.II, p. 165. A mayor abundamiento, recalca que dicha nomenclatura se nos impone por el propio Código penal, ya que a pesar de haberla suprimido del capítulo referente a los desacatos, la sigue manteniendo en el Libro III, en el que la falta correspondiente al delito de desacato se incluye en las de contra el orden público.

(59) RODRIGUEZ DEVESA, PE, (9ª ed), p. 823.

(60) RODRIGUEZ DEVESA, PE, (1ª ed), T.II, p. 165.

(61) ANTOLISEI, "Il problema", p. 106.

(62) MUÑOZ CONDE, PE, p. 630.

(63) La Ley de Orden público de 30 de julio de 1.959, en su art. 1, dice literalmente: "El normal funcionamiento de las Instituciones públicas y privadas, el mantenimiento de la paz interior y el libre y pacífico ejercicio de los derechos individuales, políticos y sociales, reconocidos en las Leyes, constituyen el fundamento del orden público.". En su art. 2, efectua una relación de los actos que se consideran contrarios al orden público y, concretamente en el párrafo "i) Los que de cualquier otro modo no previsto en los párrafos anteriores faltaren a lo dispuesto en la presente Ley o alterasen la paz pública o la convivencia social".

(64) MUÑOZ CONDE, PE, p. 630. Tampoco ha de olvidarse que en el Libro III, la falta correspondiente al delito de desacato recogida en el art. 570.5º, se ubica en las "Faltas contra el orden público".

(65) MUÑOZ CONDE, PE, p. 651. Trascribo literalmente la S. de 8 de octubre de 1.973, a la que alude el autor: "así como el delito de atentado implica un ataque material al principio de autoridad encarnado en las personas que la ostentan, el de desacato, entraña una ofensa moral a ese mismo principio, un desconocimiento de la dignidad entrañado en el ejercicio de la función pública, bien jurídico atacado, el cual trasfunde toda la estructura y dinámica del tipo hasta configurar su autonomía conceptual y ubicarlo dentro de los delitos que atacan la seguridad interior del Estado, en cuanto éste actúa a través de órganos autoritarios, emancipándose así de la consideración de mero delito contra el honor -que es un bien jurídico personal- para convertirse en un delito público con las consecuencias que ello comporta".

(66) MUÑOZ CONDE, "Delitos", p. 177, nota 32.

(67) OCTAVIO DE TOLEDO, "El bien jurídico", p. 118. Bien jurídico que como matiza en la p. 119, no se contempla desde la óptica del honor sino desde el punto de vista del orden público.

(68) OCTAVIO DE TOLEDO, "El bien jurídico", p. 122.

(69) OCTAVIO DE TOLEDO, "El bien jurídico", p. 134. Este autor realiza dos propuestas con respecto al bien jurídico protegido por el delito de desacato. Una de "lege lata", en la que manteniendo el orden público como objeto de tutela, lo reconduce a su concepción restringida, esto es, al concepto dado por MUÑOZ CONDE como "alteración de las manifestaciones colectivas". En caso de no producirse esta alteración con la conducta ofensiva, deberemos acudir a los delitos contra el honor más la agravante nº 16 del art. 10.
Otra, de "lege ferenda", en la que aboga por la supresión del delito del catálogo de los punibles por el Código penal.
El propio MUÑOZ CONDE, PE, p. 644, reconoce que OCTAVIO DE TOLEDO tiene parte de razón en su crítica, "Pero esta contradicción es inmanente al propio Código que en el delito de desacato pone por encima del concepto de orden público el principio de autoridad, entendido además de un modo harto jerárquico por la jurisprudencia."

(70) En este mismo sentido de remarcar la semejanza entre los delitos de desacato y atentado, RODRIGUEZ DEVESA, PE, (9ªed), p.823; MUÑOZ CONDE, PE, p.651.

(71) VIVES ANTON, PE, p.161.

(72) VIVES ANTON, PE, p.146.

(73) VIVES ANTON, PE, p.161.

(74) CORDOBA, Comentarios, T.III, p. 538.

(75) CORDOBA, Comentarios, T.III, p. 539.

(76) VIVES ANTON, PE, p.161.

(77) VIVES ANTON, PE, p.161.

(78) JASO ROLDAN, PE, T.II, p.92.

(79) JASO ROLDAN, PE, T.II, p.84.

(80) OCTAVIO DE TOLEDO, "el interés protegido", p.103. En el mismo sentido y compartiendo su planteamiento MORILLAS CUEVA, "El art. 20", p.684. Ambos autores mantienen dicho bien jurídico de "lege ferenda".

(81) OCTAVIO DE TOLEDO, "el interés protegido", p.106.

(82) BUSTOS, PE, pp. 6 y 7.

(83) BUSTOS, PE, p.458.

(84) BUSTOS, PE, p.458.

(85) BUSTOS, PE, p.489.

(86) QUERALT, PE, p.565.

(87) QUERALT, PE, p.566.

(88) QUERALT, PE, p. 565.

(89) S. de 29 de octubre de 1.979 (JC 1132). En el mismo sentido las SS. de 23 de septiembre de 1.878 (JC 4619) y 7 de abril de 1.965 (JC 622); 29 de octubre de 1.979 (JC 1132).

(90) S. de 16 de junio de 1.969 (JC 1341). En el mismo sentido, SS. de 30 de noviembre de 1.962 (JC1274); 26 de junio de 1.963 (JC 980); 31 de octubre de 1.969 (JC 1897); 28 de enero de 1.970 (JC 91); 13 de noviembre de 1.970 (JC 1232); 24 de abril de 1.974 (JC 672); 22 de marzo de 1.976 (JC 429); 14 de mayo de 1.977 (JC 695); 29 de junio de 1.979 (JC 886); 7 de marzo de 1.980 (JC 273); 15 de diciembre de 1.980 (JC 1412); 20 de febrero de 1.984 (JC 249); 4 de junio de 1.984 (JC 832); 18 de septiembre de 1.984 (JC 1227); 14 de diciembre de 1.984 (JC 1764); 13 de noviembre de 1.985 (JC 1831); 3 de mayo de 1.986 (Ar. 2412); 18 de junio de 1.987 (Ar. 3172); 10 de julio de 1.987 (Ar. 5309); 29 de septiembre de 1.987 (Ar. 6651) y 17 de noviembre de 1.987 (Ar. 8531).

(91) S. de 11 de junio de 1.958 (JC 639). En el mismo sentido, S. de 10 de julio de 1.885 (JC 192), 16 de noviembre de 1.977 (JC 1137).

(92) Así en ss. de 17 de enero de 1.887 (JC 45) y 13 de noviembre de 1.970 (JC 1236).

(93) PAGLIARO, Principi, pp. 223 y ss.

(94) SS. de 7 de abril de 1.965 (JC 622); 16 de junio de 1.969 (JC 1341); 28 de enero de 1.970 (JC 91) y 13 de noviembre de 1.970 (JC 1236).

(95) S. de 10 de junio de 1.964 (JC 1167).

(96) S. de 10 de julio de 1.885 (JC 192).

(97) En el mismo sentido la s. de 13 noviembre 1.970 (JC 1236).

(98) S. de 14 de mayo de 1.884 (JC 8022). En el mismo sentido la de 8 de octubre de 1.973 (JC 1126).

(99) Diccionario de la Lengua Castellana. Real Academia española 20ª ed., Madrid 1.984.

(100) S. 18 de junio de 1.986 (Ar. 3172).

(101) S. de 29 de junio de 1.979 (JC 886).

(102) En el mismo sentido S. de 29 de junio de 1.979 (JC 886): "quienes, como órganos o representantes de las autoridades públicas, y con la calidad de autoridad, de agentes de la misma o de funcionario público participan de algún modo del 'imperium' que emana de dichos entes, y representando y encarnando el principio de autoridad,". En la de 18 de junio de 1.986 (Ar. 3172) se constata la ofensa que supone este delito a la 'auctoritas y a la 'dignitas' que la función pública conlleva. En igual sentido las SS. de 16 de noviembre de 1.977 (JC 1137); 28 de enero de 1.984 (JC 115); 10 de julio de 1.987 (Ar. 5309).

(103) Sobre el concepto de Administración pública y los principios que lo informan, Vid. infra. VII.1.

(104) GARCIA PELAYO, Idea, p. 144.

(105) GARCIA PELAYO, Idea, pp. 139 y 157).

(106) GARCIA PELAYO, Idea, p. 160.

(107) GARCIA PELAYO, Idea, p. 179.

(108) S. de 5 de octubre de 1.962 (JC 955). En el mismo sentido SS. de 24 de febrero de 1.892 (JC 111); 17 de junio de 1.953 (JC 423); 14 de octubre de 1.964 (JC 1528); 7 de marzo de 1.980 (JC 273); 11 de abril de 1.986 (Ar. 1960).

(109) S. de 25 de noviembre de 1.988 (Ar.2675). En el sentido de remarcar la vertiente privada del delito, Vease: SS. de 13 de marzo de 1873 (JC 1597); 11 de junio de 1.958 (JC 637) y 4 de febrero de 1.960 (JC 103).

(110) Así la S. de 29 de noviembre de 1.969 (JC 2085): "ofende a la Autoridad que encarna o representa, más no a su persona privada". En el mismo sentido SS. de 13 de noviembre de 1.970 (JC 1232); 4 de junio de 1.984 (Ar. 3505) y 3 de mayo de 1.986 (Ar. 2412). Una descripción más detallada es la realizada por la S. de 28 de octubre de 1.969 (JC 1874): "por cuanto el art. 240 del Cp tiene un plural contenido, comprendiendo en su ámbito tipificador la calumnia, la injuria, los insultos y las amenazas contra autoridades en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas; esta conjunción de diversoso ilícitos penales es demostrativa de haberse agrupado en el aludido artículo varias conductas delictuales que tienen aisladamente consideradas un tratamiento sustantivo penal separado y autónomo cuando se dirigen contra particulares, pero que se aglutina, cuando cualquiera de ellas, la calumnia, la injuria, los insultos o las amenazas se agrupan en razón al denominador común que las cualifica de ser destinatario de las mismas una autoridad ejerciente (...), sin que por cierto sea factible separar el ente privado y el autoritario cuando se trata de autoridades que por su peculiar función y singular cometido están en constante y permanente servicio."

(111) Vid. infra. Capítulo Quinto.

(112) Idéntico planteamiento realizan las SS. de 18 de junio de 1.986 (Ar. 3172) y 17 de noviembre de 1.987 (Ar. 8531).

(113) Así en sentencia de 8 de octubre de 1.973 (JC 1126): "así como el delito de atentado implica un ataque material al principio de autoridad encarnado por las personas que la ostentan, el delito de desacato entraña una ofensa moral a ese mismo principio, un desconocimiento de la dignidad entrañado en el ejercicio de la función pública, bien jurídico atacado que trasfunde toda la estructura y dinámica del tipo hasta configurar su autonomía conceptual y ubicarlo dentro de los delitos que atacan la seguridad interior del Estado". Explícitamente en la S. de 25 de marzo de 1.980 (JC 348), en la que se afirma que el delito de desacato "va encaminado a asegurar el principio de Autoridad y la dignidad de la función que desempeñan [las autoridades y funcionarios], que son los bienes jurídicos protegidos. En el mismo sentido las SS. de 20 de junio de 1.974 (JC1043); 18 de febrero de 1.975 (JC 253); 28 de enero de 1984 (JC 115); 24 de febrero de 1.984 (JC 278).

(114) S. de 16 de julio de 1.988 (Ar. 6595).

(115) BERDUGO, Honor, p.90.

(116) VIVES, PE, p. 54.

(117) LAVORI PREPARATORI, p.149.

(118) LAVORI PREPARATORI, p.112.

(119) LAVORI PREPARATORI, p.112.

(120) BRICOLA, "Tutela penale", p.565.

(121) Así lo manifiesta RAMPIONI, Bene giuridico, p.25.

(122) En el mismo sentido se pronuncia GAVAZZI, Trattato, vol.V, p.201, para quien "el 'oltraggio' consiste en la ofensa a la Autoridad, en la disminución con respecto a terceros que se produce del prestigio que debe circundar y circunda en efecto cada función pública, para que pueda ser

obedecida y respetada". Igualmente, MAJNO, Commento, p.663 y LEVI, I delitti, p.409.

(123) LEVI, Delitti, 4ª ed., p.419.

(124) LEVI, Delitti, 4ª ed., p.424.

(125) LEVI, Delitti, 4ª ed., p.427.

(126) MANZINI, Trattato, Vol.V, 5ª ed., p.508. En el mismo sentido GRISPIGNI, I delitti, p.275; RANIERI, Manuale, vol.II, p.277; SISTI, "Oltraggio a un pubblico ufficiale", p.261; SPINELLI, I delitti, p.549. Es de la misma opinión, aunque matizándola LEVI, para quien la tutela del prestigio se predica de la función y no del funcionario, que actúa como correa de trasmisión entre el sujeto activo que ejecuta la ofensa y su destinatario final que es la Administración pública. Sin embargo, este autor se muestra en desacuerdo con la interpretación realizada por MANZINI, a quien acusa de realizar una defensa excesiva del principio de autoridad, defensa que se refleja en su inadmisión de delito cuando tiene lugar entre funcionarios, LEVI, Delitti, 4ª ed., p.428.
Crítico con la concepción del bien jurídico mantenida por MANZINI se muestra también ANTOLISEI, "Il problema", pp. 104 y ss. Quien argumenta que el autor confunde el interés del Estado en la conservación de determinados bienes jurídicos con el objeto directo de tutela. Así, en el delito de "oltraggio" el regular funcionamiento y el prestigio de la Administración no serían los bienes jurídicos a tutelar sino el interés público en proteger dichos bienes. Confusión entre el objeto de tutela y el motivo de la incriminación que, a juicio de ANTOLISEI, debe evitarse.

(127) ANTOLISEI, PS, vol.II, pp. 736-737.

(128) ANTOLISEI, PS, p.808. De ahí que el autor mantenga que el desacato es una injuria meramente agravada.

(129) ANTOLISEI, "Il problema", p.118.

(130) ANTOLISEI, "Il problema", pp. 119 y ss.

(131) ANTOLISEI, PS, p.809.

(132) PALAZZO, "Oltraggio", pp. 850-851. En el mismo sentido SALTELLI/ROMANO DI FALCO, Commento, p.279; RICCIO, "Oltraggio", p.828 y VANNINI, Quid iuris?, p.5.

(133) PALAZZO, "Oltraggio", p.851. En el mismo sentido, FLORA, "costituzionalità", p.27 y PEDRAZZA GORLERO, "Il 'tono'", p.785, nota 19.

(134) PALAZZO, "Oltraggio", p. 850.

(135) PALAZZO, "Oltraggio", p.850. Concretamente el art. 341 explicita: "Quien ofenda el honor o el prestigio de un funcionario público..."

(136) PALAZZO, "Oltraggio", p.850.

(137) PALAZZO, "Oltraggio", p.851. De la misma opinión BRICOLA, "Tutela penale", p.576.

(138) PALAZZO, "Oltraggio", p.851. Sin embargo, en opinión del autor, este doble contenido ofensivo tiende a desaparecer en el denominado "oltraggio corporativo", regulado en el art. 342, en el que el sujeto que padece la ofensa es un órgano político, administrativo o judicial. Aquí ambas vertientes lesivas acaban por coincidir y única y exclusivamente se ofende el prestigio de la Administración.
En contra de este planteamiento PEDRAZZA GORLERO, "Il 'tono'", p.784, quien considera que es imposible diferenciar el prestigio de la Administración del reconocido al funcionario "desde el momento en que los baremos que se emplean para valorar la violación de los dos bienes jurídicos, son necesariamente los mismos". La valoración de la lesión, en su opinión, no puede efectuarse autonomamente, sino sólo a través de la producida en el funcionario.

(139) DE SANCTIS, L'onore, p.7. En el mismo sentido MAGGIORE, Diritto penale, T.I, vol.II, p.205.

(140) DE SANCTIS, L'onore, p.8.

(141) DE SANCTIS, L'onore, p.22.

(142) DE SANCTIS, L'onore, p.23.

(143) DE SANCTIS, L'onore, p.25.

(144) BRICOLA, "Tutela penale", p.565. El autor reprocha a la doctrina el haber continuado con su labor exegética, sin tener en cuenta el cambio valorativo que ha supuesto la Constitución de 1.947, sobre todo de cara a la interpretación de tipos con un origen claramente autoritario como el que nos ocupa.

(145) BRICOLA, "Tutela penale", p.574.

(146) BRICOLA, "Tutela penale", p.573.

(147) Un proceso más acusado aún, puede comprobarse en la jurisprudencia española, en donde se amplia el concepto de funcionario público no sólo por vía interpretativa como lo demuestra la sentencia que a continuación se transcribe: s. de 24 de febrero de 1.950 (JC 83): "dada la nueva organización del Estado y las varias y múltiples funciones que, dentro del mismo, viene desempeñando la Falange Española Tradicionalista y de las J.O.N.S., en sus diversos cometidos y ramificaciones, todos ellos de carácter público, es fuerza reconocer, a efectos penales, la cualidad de funcionarios públicos a que hace referencia el art.119 del C.P." En el mismo sentido de reconocer a estos sujetos como funcionarios públicos SS. de 8 de junio de 1.949; 24 de febrero de 1.950; 18 de julio de 1.951; 15 de marzo de 1.952; 7 de enero de 1.953; 2 dejunio de 1.954; 16 de abril de 1.955 y 31 de enero de 1.958. Sino que además se plasma legalmente esta interpretación abusiva como lo demuestra el hecho de que el Texto Refundido de 1.944

introduce en el art. 242 una mención específica, a efectos del delito de desacato, por la que se castiga como tal las ofensas dirigidas contra miembros de la Falange Española y de las J.O.N.S.

(148) BRICOLA, "Tutela penale", p.576.

(149) LAVORI PREPARATORI, p.152.

(150) BRICOLA, "Tutela penale", p.576.

(151) BRICOLA, "Tutela penale", pp. 566 y ss. El autor restringe el concepto de Administración pública al aparato burocrático, ya que el amplio concepto que de la misma mantiene el Código Rocco, en el que se anula prácticamente la separación de poderes, es difícilmente compatible con los principios de la Constitución italiana.

(152) PASTORI, La burocrazia, citado por BRICOLA, "Tutela penale", p. 574.

(153) BRICOLA, "Tutela penale", p.575.

(154) BRICOLA, "Tutela penale", p.569.

(155) BRICOLA, "Tutela penale", p.570.

(156) PIZZORUSSO, "Attaco", pp. 92-94. Para Una amplia reseña de los números recursos de inconstitucionalidad interpuestos, Vid. GROSSO, "I delitti", pp.317 y ss.

(157) PALAZZO, "Questioni", pp. 1.309-1.310.

(158) Art.3.1 CI: "Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali."

(159) Que la Constitución configura de un modo distinto las relaciones entre lo público y lo privado se confirma en los arts. 1 y 3 del texto constitucional; a lo que hay que añadir la declaración del art. 54, en el que textualmente se declara que "los ciudadnos a los que les son confiadas funciones públicas tienen el deber de cumplirlas con disciplina y honor", y por ello , el autor deduce que más que como un privilegio, el honor se configura, en este caso, como un deber. FLORA, "costituzionalità", p.43.

(160) Obviamente, el autor esta partiendo en esta hipótesis de que el honor/prestigio se predica del funcionario público.

(161) Aquí la lógica de la norma se fundamentaría en que la ofensa a la dignidad del funcionario como persona se diluye en la ofensa al funcionario como órgano de la Administración; si bien el autor reconoce que no puede negarse, que aunque como reflejo, éste recibe una cierta protección en el plano personal. FLORA, "costituzionalità", p.53.

(162) FLORA, "costituzionalità", pp. 52-53.

(163) FLORA, "costituzionalità", p.54.

(164) FLORA, "costituzionalità", p.55.

(165) Art. 97.1 CI: "I pubblici ufficiali sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione."

(166) PALAZZO, "Ingiuria", p.26. En el mismo sentido PEDRAZZA GORLERO, "Il 'tono'", p.786.

(167) Hemos de precisar que PALAZZO establece los términos de comparación entre el art. 341 y el art 594 (injuria) más la agravante nº 10 del art. 61 (ejecutar el hecho contra funcionario público (pubblico ufficiale). De este análisis comparativo puede parecer, según el autor, que el legislador ha con

figurado dos veces el mismo hecho como delictivo, lo cual no significa que ambos tengan la misma naturaleza y estructura. El legislador de 1.930 ha visto en el "oltraggio" algo distinto de la lesión del honor de la persona. Es por esta aparente doble regulación por lo que habrá que acudir a criterios subjetivos, esto es, indagar la dirección de la ofensa, para averiguar bajo que supuesto nos encontramos. PALAZZO, "Ingiuria", p. 33. A mayor abundamiento, EL MISMO, "Questioni", p.1.320.

(168) PALAZZO, "Ingiuria", p.35. En contra de esta afirmación se manifiesta PEDRAZZA GORLERO, "Il 'tono'", p.784, nota 18, en donde expone que la valoración de la lesión no se puede efectuar autonomamente, sino a través de la que se efectúe en el funcionario.

(169) PALAZZO, "Ingiuria", p. 36. Sobre la realización de actos arbitrarios por parte del funcionario, Vid. supra. Cap.II, 4.

(170) PALAZZO, "Ingiuria", p.37. Vuelve a señalar la disfuncionalidad de este delito en "Questioni", pp. 1.318-1.319.

(171) ALBAMONTE, "riflessioni", p.516; GOLDONI, "Sulla costituzionalità", p.111; LA CUTE, "Il reato", p.440; PEDRAZZA GORLERO, "Il 'tono'", p.776; VENTURATI, "libertà", p.489.

(172) GOLDONI, "Sulla costituzionalità", p.111; VENTURATI, "libertà", p.489.

(173) GOLDONI, "Sulla costituzionalità", p.109; LA CUTE, "Il reato", p.437.

(174) ALBAMONTE, "riflessioni", p.516.

(175) ALBAMONTE, "riflessioni", p.518.

(176) GOLDONI, "Sulla costituzionalità", p.111;

VENTURATI, "libertà", p.489.

(177) GOLDONI, "Sulla costituzionalità", pp. 111-112.

(178) VENTURATI, "libertà", p.489.

(179) ALBAMONTE, "riflessioni", p.516.

(180) VENTURATI, "libertà", p.489.

(181) En Giurisprudenza Costituzionale, 1.975, I, pp. 1.732 a 1.735.

(182) En Foro Italiano, 1.968, I, pp. 2.359 a 2.361.

(183) En Giurisprudenza Costituzionale, 1.972, II, pp. 1.060 a 2.065 y 1.980, I, pp. 359 a 363.

(184) En Foro italiano, 1.968, I, p. 2.630.

(185) En Giurisprudenza Costituzionale, 1.980, I, p.363.

(186) En Foro italiano, 1.968,I, p. 2.361.

(187) GARCIA DE ENTERRIA, Curso, vol.I, p.352.

(188) Un extenso estudio sobre el significado e influencia de la Revolución Francesa en el moderno concepto de Administración en GARCIA DE ENTERRIA, Revolución Francesa y Administración contemporánea, fundamentalmente pp.33 y ss.

(189) GARCIA DE ENTERRIA, Curso, vol.I, p.24.

(190) GUARINO, "Efficienza", pp. 679 y ss.

(191) PAREJO, Estado social, p.121.

(192) GARCIA DE ENTERRIA, Curso, p.50.

(193) Una completa relación de los principios que deben regir el actuar administrativo en PAREJO, Estado social, pp. 143 y ss.

(194) Art. 103.1 CE: "La Administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho."

(195) PAREJO, Estado social, p.136.

(196) Art. 103.3 CE: "La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones".

(197) PAREJO, Estado social, pp.143-144. En igual sentido la sentencia del Tribunal Constitucional 77/1985 de 27 de junio.

(198) PAREJO, Estado social, p.25.

(199) GARRIDO FALLA, Comentarios, p. 1.246.

(200) Sobre la amplia concepción del orden público, con especial referencia a la actuación de la Administración en detrimento del Poder Judicial, Vid. MARTIN-RETORTILLO, "Notas para la historia", pp. 477 y ss.

(201) OCTAVIO DE TOLEDO, "El bien jurídico", p.122.

(202) OCTAVIO DE TOLEDO, "El bien jurídico", p.134.

(203) OCTAVIO DE TOLEDO, "El bien jurídico", p.131.

(204) En este mismo sentido también se pronuncia MORILLAS CUEVA, "El art. 20", p.684.

(205) GARRIDO FALLA, Comentarios, p. 1.248.

(206) En este sentido TRAVERSO, "Ilusión", p. 650 cuando dice que: "a fuerza de contemplarse la Administración como persona jurídica que entra, en teórica paridad, en conflicto con el particular para someterse a lo que determine un tercero, acaba considerando sus relaciones con los particulares, las relaciones jurídico administrativas, con un patente egocentrismo impropio de la misión que le es consustancial como servidora de los particulares. Constituyen legión los funcionarios administrativos que, imbuidos por esta deformación jurídica, ven en el particular al enemigo de la Administración. Este patológico desdoblamiento de la personalidad del Estado es las más de las veces notoriamente perjudicial para el ciudadano, sobre todo para el ciudadano que, con toda razón, desea ver en el Poder Administrativo el calor protector del Estado moderno, y no una ficción llamada persona a la que un día con toda seguridad no muy lejano, puede hacer sentar en los Tribunales".

(207) ARTZ, Der strafrechtliche schutz, pp. 340 y ss. El autor, en referencia a los delitos contra el honor, mantiene que las demandas de protección de la personalidad no deben conducir al fortalecimiento de los prejucicios sociales porque "de este modo contribuye a eternizarlos".

(208) BUSTOS, PE, p.489. En el mismo sentido OCTAVIO DE TOLEDO, "el interés protegido", p.116.

(209) Así la calumnia propagada por escrito y con publicidad, recogida en el art.454, recibe una sanción de prisión menor y multa de 30.000 a 300.000 ptas., mientras que el supuesto de desacato del art. 244, recoge idéntica sanción pecuniaria pero

una pena privativa de libertad de arresto mayor.

(210) Esta crítica es extensible a la posición adoptada por CORDOBA, en la que expone que los bienes jurídicos a tener en cuenta son el honor del funcionario y la seguridad.

(211) Es ilustrativa, a este respecto, la actitud del que fuera Ministro del Interior, Sr. Barrionuevo, que inició una demanda contra el diario "El País" utlizando la vía que ofrece la Ley 1/82 de 5 de junio de protección del honor, -vía civil- despreciando el recurso a los arts. 240 y ss. del Código penal, de lo que cabe deducir que el mencionado Ministro tuvo en cuenta su honor personal, herido por las afirmaciones que se vertían en el diario, antes que su consideración como órgano de la Administración, en este caso del Poder Ejecutivo. Una amplia referencia a este caso en MUÑOZ MACHADO, Libertad, pp.60 y ss.

(212) PADOVANI, "Bene giuridico", p.276.

(213) Críticamente, TORIO, "Delitos", pp. 427 y ss.

(214) TORIO, "Delitos", p.428.

CONFIGURACION Y ANALISIS
DEL
DELITO DE DESACATO

TOMO II

M. Teresa Alvarez Vizcaya

CAPITULO CUARTO: ANALISIS DE LOS ELEMENTOS QUE INTEGRAN LA CONDUCTA CONSTITUTIVA DEL DELITO DE DESACATO.

I. Introducción.

Analizado el problema que representa el interés jurídicamente protegido por el delito de desacato, debemos pasar a estudiar los elementos que componen la descripción típica. Análisis fundamental para poder tomar una postura correcta, o al menos lo más completa posible, respecto al delito objeto de estudio, puesto que no es suficiente afirmar que el mismo tutela un determinado interés, sino que se demuestra absolutamente necesario realizar una interpretación teleológica para adecuar el sustrato material del delito al objeto de protección. Se debe encontrar la correspondencia entre lo que se dice proteger por la norma penal y la descripción típica, esto es, si esta última recoge, -y cómo- las conductas idóneas para lesionar o poner en peligro el bien jurídico necesitado de tutela. Ambos aspectos se encuentran inescindiblemente unidos, delimitándose recíprocamente sus propios contenidos.

El delito de desacato, tal y como se regula en los artículos 240 y siguientes del Cp, se integra por las conductas de injuriar, calumniar, insultar y amenazar a la Autoridad, funcionarios públicos y agentes de la autoridad, siempre y cuando éstos se encuentren en el ejercicio de sus funciones o la conducta se realice con ocasión de las mismas.

El estudio de esta configuración típica se realizará siguiendo una linea de análisis técnico jurídico de los distintos elementos que la componen, distinguiéndose entre los elementos objetivos y subjetivos del injusto.

De forma prácticamente unánime, la doctrina remite al análisis bien de los delitos contra el honor, bien de los delitos contra la libertad y seguridad, para llenar de contenido estos elementos normativos del tipo. Remisión que como tendremos ocasión de comprobar no se halla exenta de problemas. Así por ejemplo el referido a la aplicabilidad de la figura de la "exceptio veritatis" al delito objeto de estudio, entre otros.

El análisis de la conducta, obviamente, no puede quedar desvinculado del objeto de protección de la norma, por ello, aquí no se pretende -no sólo por una cuestión metodológica, sino porque supondría la realización de un trabajo que desbordaría el planteamiento de éste- llevar a cabo un estudio exahustivo de cada una de las figuras -injurias, calumnias, amenazas- a las que el legislador se remite en la descripción del delito de desacato. Objeto de este capítulo, por el contrario, es el de analizar aquellos aspectos relevantes de cada uno de estos elementos normativos que se vinculen de modo directo con la figura del desacato, con el fin de realizar una interpretación teleológica en función del objeto o posible objeto de protección de los artículos 240 y siguientes del Cp. Debido a ello se prescindirá de aquellos aspectos que aún siendo relevantes para cada una de estas figuras consideradas como delitos autónomos -su respectivo bien jurídico, por ejemplo- adquieren otra significación cuando se integran en otro tipo específico como el que nos ocupa. No podemos perder de vista la distinta significación que cobra una injuria o una amenaza dirigida contra un particular a la producida por la misma conducta cuando su destinatario es un funcionario público en el ejercicio de sus funciones. Por ejemplo, el ejercicio de funciones públicas expone, a quienes las desempeñan, a

un nivel de crítica en su gestión que dificilmente sería admisible en el ejercicio de actividades estrictamente particulares, por ello la interpretación de los elementos deberá ser distinta.

De otro lado, cabe también destacar la influencia que ejerce lo que en otro lugar de este trabajo se ha denominado "avaricia expansiva de la Administración". El efecto diluyente que en la delimitación entre servicio público y privado ha producido la expansión del ámbito de intervención de la Administración en campos de actuación considerados, tradicionalmente, de competencia privada -sanidad, educación, asitencia social, limpieza-, ha dado lugar a una "explosión demográfica" en el número de funcionarios públicos, que ha desbordado ampliamente las expectativas y la concepción de lo que se venía entendiendo por funcionario público a comienzos de este siglo. Por lo que al delito de desacato se refiere, ello trae como consecuencia más inmediata, que el número de sujetos afectados por la conducta típica se halla visto incrementado de manera notoria. Fenómeno que obliga a establecer una serie de criterios restrictivos en la interpretación de la conducta típica, desde la perspectiva material del objeto de protección a fin de restringir o evitar una concepción meramente formalista de los elementos.

También se abordará la cuestión referente a lo que debe entenderse por ejercicio de la función pública y sobre todo qué clase de funciones públicas deben ser protegidas en el ámbito de los artículos 240 y siguientes. Haciéndose especial hincapié en la espinosa cuestión de lo que ha venido en denominarse "ejercicio permanente" de las mismas. Ejercicio que posibilita el que determinados funcionarios puedan ser objeto de desacato

en cualquier tiempo y lugar, lo que "a priori" conduce a una notable ampliación del ámbito de protección dispensado por la norma por la vía de considerar que determinadas clases de funcionarios se encuentran ejerciendo permanentemente sus funciones.

Comenzaremos, por tanto, el estudio del delito analizando el tipo objetivo, los elementos normativos que lo integran, para pasar a continuación al análisis del tipo subjetivo, dónde se hará referencia no sólo a la problemática que pueda representar la realización del tipo doloso de desacato y sus consecuencias con respecto al error de tipo, sino que también se aludirá a la posible existencia en este delito de un especial elemento subjetivo del injusto o "animus" de desacatar.

II. La injuria y la calumnia como elementos integrantes del delito de desacato.

Al estudiar las conductas consistentes en injuriar y calumniar a funcionarios públicos, como ya señalabamos, es mayoritaria la doctrina (1), así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo (2) que se pronuncia por una remisión a los delitos contra el honor para concretar cómo deben entenderse estas conductas cuando integran el delito de desacato.

Antes de adentrarnos en el análisis de estos elementos normativos del tipo objetivo, creo necesario realizar unas matizaciones que ayuden a enmarcar la problemática a la que a continuación se va a hacer

referencia.

La primera cuestión que cabe resaltar, en mi opinión fundamental, es la de que a pesar de que el delito de desacato encuentra en parte conformada su conducta a través de la injuria y la calumnia -delitos contra el honor-, el bien jurídico protegido por el mismo no es el honor del funcionario público (3). En consecuencia, si los bienes jurídicos tutelados por ambas clases de delitos -desacato de un lado y delitos contra el honor, de otro- son distintos, la injuria y la calumnia deberán interpretarse según el sentido del tipo en el que se encuadran y por ello la mera transposición de las mencionadas conductas de un lugar sistemático a otro, no puede realizarse mecánicamente (4).

Varias razones conducen a esta afirmación. Así, no podemos olvidar quienes son los destinatarios directos de la conducta ofensiva: los funcionarios públicos. Sin perjuicio de su tratamiento posterior, es evidente que por el hecho de ejercitar funciones de carácter público, que inciden en la práctica totalidad de los ciudadanos y también por ello sometidos al control de su ejercicio por los mismos, se hallan más expuestos a la crítica, incluso acerba (5) que los ciudadanos particulares. Lo cual puede conducir a que conductas ofensivas dirigidas contra estos últimos den lugar a un delito contra el honor, mientras que cuando el sujeto afectado sea un funcionario público no haya desacato.

Un segundo elemento que cabe reseñar es el de que ciertos funcionarios públicos, concretamente los agentes de la autoridad, debido no sólo a su mayor contacto con los ciudadanos, sino sobre todo a las

funciones coactivas que ejercen, son objeto frecuente de la ira de los particulares; piensese en las reacciones acaloradas, frecuentes por otra parte, que suscita el hecho de ser objeto de una sanción de tráfico o los insultos que pronuncia el presunto delincuente cuando es detenido. En estos supuestos habrá que analizar si la conducta es de suficiente entidad como para poner en peligro el bien jurídico protegido o bien, si socialmente estos comportamientos se encuentran suficientemente desvalorados como para constituir un delito de desacato. Lo que nos puede hacer pensar, en estos casos, en una reducción del ámbito típico, aunque no se nos oculta la dificultad que esta delimitación implica.

A continuación se va a realizar una exposición de las conductas consistentes en injuriar y calumniar a funcionarios públicos, siempre, como ya se ha advertido, desde la perspectiva del delito de desacato, por lo que no será objeto de atención por nuestra parte la problemática que representa, por ejemplo, el objeto de protección de estas conductas cuando se dirigen contra particulares, así no se entrará a analizar la compleja delimitación del concepto de honor (6), ni el debate, de gran actualidad, sobre la posible despenalización, al menos parcial, de estos delitos (7).

1. La calumnia.

La calumnia se ubica en el Título X, "De los delitos contra el honor" (8), en el Capítulo I "De la calumnia", artículos 453 a 456 del Cp. Es el artículo

453 el que ofrece el concepto de calumnia, entendiéndose por tal "la falsa imputación de un delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio".

La imputación a la que hace referencia el citado artículo debe consistir en un hecho constitutivo de delito, no de falta (9). Esta deberá versar sobre hechos concretos. No es suficiente la imputación de un hecho vago y difuso carente de precisión, e ir dirigida contra persona determinada, aunque no venga designada nominalmente. No es necesario para la existencia del delito que el sujeto activo realice una calificación jurídica exacta del hecho imputado, como tampoco influye en la tipificación la gravedad del mismo (10). En opinión de QUINTANO, el delito que se imputa debe restringirse exclusivamente a los que sean objeto de atención por parte de la ley penal criminal (11).

La imputación ha de ser falsa. Es necesaria la total falsedad de los hechos imputados. En caso de ser verdaderos, no existiría calumnia por ausencia del hecho típico, ya que la falsedad es uno de los elementos constitutivos del tipo, aunque podría dar lugar al delito de injuria por el modo o forma en que se produzca la imputación (12).

Lo que a mi entender y por lo que al desacato se refiere puede dar lugar a una desvirtuación del "telos" normativo. Como hemos mencionado con anterioridad, no puede desligarse la estructura típica del delito de su objeto de protección. El bien jurídico constituye el núcleo del mismo y cumple una importante función delimitadora y de ayuda a la interpretación del tipo que no puede obviarse. Así, desde los valores propuestos por la doctrina como objetos de tutela de

este delito, esta interpretación puede ser válida desde la perspectiva de los delitos contra el honor, pero por lo que se refiere al desacato no deja de suscitar dudas.

Cuando un particular realiza una imputación, por ejemplo, relativa a una malverasción de fondos públicos, contra un funcionario, puede suceder que la forma en que la misma venga efectuada sea incorrecta (grosera, insultante...), ahora bien, si se confirma la veracidad de la misma -atipicidad como calumnia-, pero queda subsistente por la forma de comisión la injuria, se obtiene como resultado la desvirtuación del objeto de tutela, puesto que tanto el prestigio de la Administración como el regular funcionamiento de la misma no necesitan en este supuesto de la sanción penal.

El prestigio de cualquier institución se basa en la rectitud en el ejercicio de las funciones que desempeñan aquellos que la integran. Si se demuestra la veracidad de la imputación no parece que tenga sentido "reprender" al ciudadano por alertar de la mala gestión de los servicios públicos, aun cuando la forma que haya empleado no sea la más correcta. Idéntica argumentación cabe realizar si el prisma que se adopta es el del regular funcionamiento de la Administración. Dejar en estas hipótesis sobrevivir la injuria, asemeja más a la tutela del honor personal del funcionario que a la protección de la Administración.

Un acontecimiento de actualidad nos sirve para ilustrar esta hipótesis. Recientemente un conocido periodista deportivo ha sido sancionado por un delito de desacato debido a que imputó un delito de malversación contra una autoridad, y aún demostrando que la

imputación era cierta se le castiga por la forma que empleó a la hora de manifestarla, siendo indultado posteriormente por el Consejo de Ministros. Pensamos que el Código penal no es el camino más adecuado, y estamos seguros que no entra en sus finalidades, para servir de libro de urbanidad y formulas de cortesía en donde aprender a expresarse. En estos supuestos debería primar el interés por conocer aquellas irregularidades en el funcionamiento de la Administración, aunque deficientemente expuestas, antes que la represión de la mala educación de algún ciudadano.

Al tratarse de la imputación de un hecho delictivo, lógicamente, la misma sólo podrá dirigirse contra personas físicas (13) únicas capacitadas para la comisión de delitos, de ahí, según este planteamiento, la ausencia de esta forma comisiva del art. 242 Cp, en el que la conducta se dirige contra los Ejércitos o sus instituciones.

Sin embargo puede ser discutible la exclusión de la calumnia contra persona jurídica. Las personas jurídicas pueden cometer delitos a través de sus órganos de decisión; otra cosa es que los ordenamientos jurídicos de nuestro ámbito cultural no les reconozcan "responsabilidad criminal" por cuanto ésta sólo se predica de la persona individual. Por ello, si la imputación delictiva es relativa a una actividad que pudiera haber ejercido la persona jurídica o colectiva (sobornos, fraude fiscal), no habrá problema para aceptar la calumnia, en cuanto lesión más grave que la producida por la injuria (14). Máxime cuando la "personificación" jurídica permite individualizar la responsabilidad penal en los "responsables" de las decisiones delictivas. Unicamente desde la perspectiva del honor-dignidad

ligado a la persona humana podría considerarse que la persona jurídica no necesita la misma protección penal. Protección penal que sólo se dispensa en cuanto las personas individuales que integran esa colectividad o grupo, sean perfectamente identificables.

A. Clases de calumnia por su propagación.

Dos son las modalidades que prescribe el Código para la ejecución de la calumnia basándose en su forma de propagación: por escrito y con publicidad (art. 454), lo que RODRIGUEZ DEVESA denomina tipo cualificado (15), o bien sin escrito y sin publicidad (art. 455) o tipo básico.

La diferencia de penalidad entre ambas modalidades (16), estriba en la mayor lesividad que supone para el bien jurídico honor la difusión de la calumnia utilizando el medio escrito y publicitario. Ambos requisitos se hallan indisolublemente unidos ya que la utilización de la conjunción copulativa "y" por el legislador así lo indica (17). Ahora bien, los artículos 454 y 455 del Cp, no aluden a que dichas calumnias sean más o menos graves, por lo que dicha clasificación será meramente indicativa a efectos de la determinación de la pena dentro del margen que las reglas legales dejan al juzgador (18). Además, hemos de tener en cuenta que uno de los criterios utilizados por el legislador en el delito de desacato para graduar la mayor lesividad de la conducta es que ésta se haya llevado a cabo en presencia de la autoridad o bien en escrito dirigido a la misma, por lo que los criterios utilizados en el delito de calumnia como delito contra los particulares,

escrito y publicidad, no parece que aporten un criterio sobre la gravedad de la misma trasladable al desacato (19).

Más bien parece que la gravedad de la calumnia, por lo que al desacato se refiere, debería valorarse respecto al contenido de la imputación. Si ésta versa sobre un delito que guarda relación con el ejercicio de las funciones públicas o no. Por lo que respecta al prestigio de las Administraciones públicas, tiene mayor trascendencia, mayor capacidad lesiva para el bien jurídico, la imputación efectuada a un funcionario sobre un posible delito de prevaricación que la de haber causado a un tercero lesiones en una pelea callejera. Lo mismo puede decirse si lo pretendidamente tutelado es el regular funcionamiento. A la Administración no le afecta el hecho de que sus funcionarios hayan incurrido en un delito de defraudación del fluído eléctrico como el que malversen fondos públicos o los particulares puedan imputarles impunemente la comisión de semejantes hechos delictivos, que si pueden afectar a la imagen que los ciudadanos tienen de aquellos que desempeñan funciones públicas y como reflejo de aquello que representan.

Otro de los elementos que debería tenerse en cuenta a la hora de valorar la gravedad de la calumnia inferida es el de la publicidad. Es más, a mi entender debería integrarse en la descripción típica y configurarse como elemento de la misma, dado que la conducta conseguiría su plena efectividad desde el momento en que se pone en conocimiento de terceros, se efectúa publicamente. En ese instante es cuando su potencialidad lesiva respecto al bien jurídico alcanza plenitud.

B. Problemas que plantea su ausencia como modo comisivo en el artículo 245 del Cp.

El artículo 245 del Cp sólo recoge como modos comisivos contra funcionarios públicos o agentes de la autoridad, "la injuria, el insulto o la amenaza". Frente a las anteriores descripciones típicas de los arts. 240 y 244 destaca la ausencia del término calumnia. La cuestión que aquí se plantea reside en averiguar si cuando se ejecuta una acción calumniosa contra funcionario público ésta se incluye como delito de desacato y por qué, o si por el contrario la misma pasará a integrar un delito contra el honor de los particulares.

En opinión de MUÑOZ CONDE "no debe atribuirse mayor importancia a la no mención de la calumnia en el art. 245, pues, en todo caso, siempre queda comprendida en la injuria." (20). No participa de esta opinión RODRIGUEZ DEVESA, para quien la no inclusión de dicho término en el citado artículo implica que dichas situaciones deben reconducirse al capítulo correspondiente a los "Delitos contra el honor", puesto que una interpretación gramatical del art. 245 conduce a esa solución y, es obvia la ausencia del término calumnia del mismo (21). En opinión del mencionado autor, esta interpretación lejos de implicar una desventaja, resulta ventajosa. Ventaja que deduce de la comparación de sanciones que corresponden a ambas clases de delitos.

El Código penal muestra una escala valorativa "distorsionada" cuando se analizan las sanciones correspondientes a los delitos contra el honor como tipos autónomos y cuando la injuria y la calumnia pasan a formar parte integrante del delito de desacato, de tal

manera que la pena correspondiente a la calumnia dirigida contra un funcionario público calificada como delito contra el honor, en el caso más leve que sería el supuesto del art. 455, sin escrito y sin publicidad, será castigada con arresto mayor y multa de 20.000 a 100.000 ptas. Mientras que en el caso de considerarse exclusivamente desacato recibiría según el art. 245, una pena de arresto mayor. Consecuencia claramente absurda, por lo que RODRIGUEZ DEVESA propone incardinar dicho modo comisivo en el capítulo referente a los "Delitos contra el honor". Solución que el propio autor reconoce insatisfactoria, ya que de este modo se sancionaría más gravemente la calumnia dirigida contra funcionario público que la ejecutada contra Autoridad (22).

Un tercer planteamiento sobre la cuestión, es aportado por CORDOBA, quien adopta al respecto una postura ecléctica: si la conducta calumniosa puede reconducirse al concepto de injuria del art. 457 del Cp, deberá entenderse realizado el tipo del art. 245. En caso contrario, deberemos acudir al concurso de leyes y en virtud del art. 68, aplicar a la conducta la sanción que implique mayor gravedad (23). Postura que se muestra coherente con la mantenida por este autor respecto al bien jurídico protegido por el delito de desacato, que como ya se expuso, debería entenderse como un delito pluriofensivo en el que los intereses tutelados serían el honor y la libertad de los funcionarios públicos.

Las soluciones que se han propuesto en relación a la ausencia de la calumnia en la redacción del art. 245 Cp, adolecen, en mi opinión, de un grave defecto, consistente en la omisión de cualquier referencia al bien jurídico protegido por el citado artículo.

Elemento que no debemos perder de vista si queremos realizar una interpretación teleológica del delito de desacato, ya que es evidente que no se puede obviar el objeto de protección para adecuar el sustrato material del delito al mismo. Por ello cuando los autores basan en la mera operación mecánica de comparación de penalidades la solución del problema que representa la ausencia de la calumnia, están olvidando el elemento nuclear de la norma, el bien jurídico tutelado por la misma. Metodológicamente sólo desde la comprensión del ámbito de cada tipo, en función del bien jurídico protegido, pueden extraerse soluciones congruentes. Otra cosa es que la solución así obtenida siga siendo insatisfactoria debido a la incongruencia sistemática del Código en la fijación de las penalidades. Pero éste es problema del Código, defecto legislativo resaltado por todos los autores (24), que impide encontrar una solución congruente.

Aunque la solución propuesta, entre otros, por MUÑOZ CONDE, es bastante plausible, ya que es cierto que si la conducta calumniosa se efectua de forma despreciativa puede quedar en pie una injuria, no se resuelven todos los problemas que la ausencia de la conducta calumniar del art. 245 conlleva. No tenemos más que pensar en la imputación de un hecho, que se demuestra falso, pero efectuado de forma absolutamente correcta. En este caso, a mi entender no quedaría más remedio que acudir a las normas relativas a los delitos contra el honor, pues de lo contrario se estaría produciendo una vulneración del principio de legalidad.

Es evidente que esta solución, como ya apuntó RODRIGUEZ DEVESA, se demuestra incoherente, ya que se estaría sancionando más gravemente las calumnias dirigidas contra funcionarios públicos que las llevadas a

cabo contra la Autoridad. Disfunción valorativa que contradice el "telos" del delito de desacato. Por el lugar que ocupa la Autoridad en el ámbito de la Administración es evidente que bien el prestigio de la misma, como su regular funcionamiento, se ven más perjudicados cuando la persona afectada por la conducta es una Autoridad y no un funcionario. Pero creo, que también es evidente, que no puede incluirse sin más la calumnia como modo comisivo en el art. 245, sin que quede gravemente afectado el principio de legalidad (25).

A esto tenemos que añadir la disparidad de bienes jurídicos protegidos existente entre los delitos contra el honor y el desacato. Si el sujeto activo pretende atacar el prestigio de las instituciones o interrumpir el ejercicio de la función pública, no parece coherente que se le sancione por un delito contra el honor, ya que cuando se dirige contra el funcionario público, no lo hace para deshonrarle como sujeto particular sino, al contrario, lleva a cabo su conducta por la condición que este ostenta, lo que implica, de seguirse esta interpretación, que se estaría dejando de lado la exigencia de un elemento tradicional en los delitos contra el honor -entendidos como delitos de tendencia-, como es la presencia del "animus iniuriandi" (26), ánimo de ofender o menospreciar a la persona a la que se dirige la ofensa, inexistente en estos supuestos. Es más, si como el mismo RODRIGUEZ DEVESA mantiene, en el delito de desacato se protege el principio de autoridad como elemento necesario para el mantenimiento del orden social, la disfuncionalidad del art. 245, no se encontraría tanto en la penalidad como en el hecho de tener que acudir a los delitos contra el honor para castigar las calumnias dirigidas contra funcionario público. A no ser que en el fondo esté subyaciendo la

idea de que el delito de desacato es simplemente un delito contra el honor "agravado" por el hecho de que quienes reciben la ofensa son funcionarios públicos.

Parece que aquí cabe la calumnia como delito contra el honor de la persona (funcionario), es decir, en este supuesto la ley da preferencia (aunque no haya sido "consciente" de ello el legislador) a la tutela del honor del sujeto calumniado, o a los intereses de la Administración de Justicia, sobre el "prestigio de la Administración". O al menos que este interés supraindividual no absorve, o no excluye, la tutela particular en estos casos del honor del individuo. Podría hablarse de concurso ideal de delitos. Establecida la falsedad de la acusación, por ejemplo de soborno, el funcionario puede pedir tutela de su honor por la calumnia efectuada, ya que dicha modalidad comisiva no se encuentra recogida entre los supuestos del art. 245 Cp. Si a la vez se considera que la misma es idónea para menoscabar seriamente el prestigio de la Administración -bien jurídico distinto-, cabrá teóricamente concurso de delitos.

2. La injuria.

Según el art. 457 "Es injuria toda expresión proferida o acción ejecutada, en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona."

Esta noción de injuria es amplia y carente de cualquier precisión, en contraposición a la calumnia que se nos presenta como un tipo cerrado (27). En ella

caben tanto las injurias verbales, como las reales y simbólicas (28).

La generalidad de la doctrina reconoce la imposibilidad de una mayor precisión en este delito, dada la circunstancialidad del mismo y la labilidad del concepto de honor así como la falta de unanimidad en su entendimiento (29). A mi juicio esta imprecisión se debe a las diversas circunstancias que pueden concurrir en la conducta, en la variedad de modalidades que esta puede tomar, como medio idóneo para afectar al honor. El concepto de honor, sin embargo, no debe considerarse variable según personas o "status". En un Estado democrático y acorde con la sensibilidad actual, el honor radica en la dignidad de cada ser humano, ya que toda persona ostenta la misma categoría en cuanto a su honor personal. Cuestión distinta es la relativa a las conductas idóneas para afectar al honor, que según las circunstancias del sujeto y del momento pueden resultar fútiles, inidóneas o adecuadas (por ejemplo, no es lo mismo un comentario dentro de un ámbito privado, que puede resultar incluso jocoso, que este mismo realizado en el lugar de trabajo ante el director de la empresa).

Según la doctrina mayoritaria, el art. 457 protege el honor formal o aparente (30), esto es, la buena reputación de que goza un individuo, así como el sentimiento (valor interno) personal que uno posee de su propio honor (31), todo ello desde una perspectiva objetiva, y basado en las expectativas de reconocimiento y respeto derivadas de la propia dignidad humana (32).

La acción consiste tanto en la afirmación de de hechos deshonrosos, como en la afirmación de juicios de valor (33). Según ALONSO ALAMO, "en las 'expresiones

proferidas' a que hace referencia la ley encontrarían cabida no sólo las manifestaciones injuriosas que se pronuncien o articulen de viva voz y las realizadas por escrito y con publicidad, sino también las que se valen de un lenguaje diverso al hablado cual es, por ejemplo, el uso de emblemas o caricaturas, signos, o sea, sustitutos significantes de cualquier otra cosa." (34).

Para algunos autores la acción puede ser omisiva (35), pero es necesario que vaya acompañada de actitudes despectivas para que tenga lugar el delito. Opinión contraria manifiesta QUINTANO, para quien desde un punto de vista dogmático, estas omisiones serían impunes por la propia definición del art. 457, que exige que el sujeto activo "profiera" o "ejecute" una ofensa. Esto es una acción positiva (36).

Un análisis gramatical del art. 457, permite deducir, tal y como señala QUINTANO, que el tipo exige una modalidad de acción positiva. Así lo indican las expresiones "proferida" y "acción ejecutada". De lo que cabe deducir que la descripción típica no admite la forma omisiva como forma de comisión.

Por otra parte, hemos de tener en cuenta que la omisión se configura dogmáticamente no como la ausencia de una acción positiva, sino como la infracción de un deber jurídico de actuar (37), se construye en base a un deber concreto de actuación. En los supuestos de omisión pura, como sería el caso que nos ocupa, este deber de actuación se encuentra expresamente regulado por la ley penal, así, por ejemplo, el caso de la omisión del deber de socorro recogido en el art. 489 ter.

Habremos de distinguir la infracción de los

meros deberes de cortesía -negar el saludo-, de las infracciones de un deber jurídico de actuar, propiamente dichas. La falta de cumplimiento de ciertos deberes sociales, no genera, en mi opinión, obligación jurídica alguna, por lo que considero que aún siendo posible, desde un punto de vista conceptual, la admisión de ciertas formas omisivas en la conducta injuriosa, éstas carecen de sentido desde un punto de vista jurídico, ya que no se encuentran fundamentadas en un deber jurídico de actuación, sino en el mero incumplimiento de formalidades sociales, no exigibles jurídicamente.

Pienso que unicamente cabría como forma de comisión omisiva, la responsabilidad que se deriva de los supuestos de participación establecidos en el art. 15 del Código penal cuando, por parte del director de una publicación periódica, se infringe el deber de vigilacia correspondiente respecto a lo publicado en el diario y el autor del escrito injurioso se encuentra exento de responsabilidad criminal. Hipótesis que será objeto de análisis en el capítulo referente a la participación en el delito de desacato.

La acción debe ser objetivamente ofensiva (38). Si existe intención de ofender, pero las palabras proferidas no son injuriosas, faltaría la acción tipificada por la ley (39), pues evidentemente como tipos de tendencia interna, requieren la conjunción del sustrato externo idóneo para afectar al bien jurídico y el elemento subjetivo genuino.

A. **Clases de injurias.**

El artículo 458 del Cp, señala en sus cuatro párrafos las que vendrán a considerarse "injurias graves", mientras que en el art. 460 se especifica la sanción correspondiente a las leves, pero sin definirlas, con lo cual estas vienen determinadas por exclusión: integrarán las injurias leves todas aquellas que no sean graves. Nos encontramos ante un valoración, que el intérprete, el juzgador, deberá concretar.

No obstante el propio legislador aporta algún criterio derivado de la relación sistemática con el delito de calumnia. Así, según el art. 458.1, es considerada injuria grave la imputación de un delito de los que no dan lugar a procedimiento de oficio. En opinión de QUINTANO nos encontramos ante una modalidad híbrida de injuria calumniosa (40). Es tanto como la otra cara de la moneda de la calumnia; se está sancionando las imputación de delitos "privados" (estupro, violación, venta a plazos) en contraposición a la calumnia, donde se integran las falsas imputaciones de delitos perseguibles de oficio.

Será también injuria grave la imputación "de un vicio o falta de moralidad cuyas consecuencias puedan perjudicar considerablemente la fama, crédito o interés del agraviado" (art. 458.2). Aquí se encuadrarían todo género de atribuciones deshonestas y escandalosas que no sean constitutivas de delito (41).

En el número 3 se incluyen "las injurias que por su naturaleza, ocasión o circunstancias fueren tenidas en el concepto público por afrentosas". Esta

modalidad de injuria pone de relieve la principal característica de este delito, su circunstancialidad (42). Se habrá de tener en cuenta el modo, lugar y tiempo en que las ofensas son vertidas. En definitiva, tanto éste como en el número 4 ("las que racionalmente merezcan la calificación de graves, atendidos el estado de dignidad y circunstancias del ofendido y del ofensor"), colocan al tipo, según QUINTANO, en su verdadero campo de acción que es el de la valoración social (43). Se podría calificar esta redacción como auténtico cajón de sastre (44) en el sentido de que en ella se pueden acumular todas aquellas situaciones que no tienen cabida en los restantes números del mencionado artículo.

B. Las injurias dirigidas contra funcionario público y agentes de la autoridad: su relación con la falta prevista en el art. 570.2.

Aquí se plantea la siguiente cuestión: el art. 570.2 recoge entre las faltas contra el orden público la correspondiente a los que lleven a cabo ofensas leves dirigidas contra los agentes de la autoridad (45); parece que la interpretación más correcta llevaría a considerar que cuando las injurias dirigidas contra los mismos sean de carácter grave quedarán dentro del ámbito típico del art. 245, y cuando sean de leve entidad constituirán la falta arriba mencionada, puesto que como señala CORDOBA, no parece existir duda razonable en hacer equivalentes las expresiones de ofensa e injuria (46). Sin embargo es obvio que de la redacción del art. 570.2 quedan excluídos los funcionarios públicos que no sean agentes de la autoridad, luego cabe deducir que en este caso tanto las injurias de carácter grave

como leve deberán ser incluídas en el art. 245.

Si bien es cierto que esta parece la interpetación más adecuada de acuerdo a la literalidad de los preceptos enunciados, al igual que manifiesta CORDOBA "no se nos alcanza cuál sea la razón que explique este distinto trato" (47). Parece que nos encontramos ante un error de técnica legislativa o bien ante un olvido del legislador. Lo que si creo desmesurado y produciría una ampliación excesiva del ámbito típico así como una disfuncionalidad con respecto a las injurias dirigidas contra la autoridad, sería la consideración como delito de la mera falta de respeto dirigida contra funcionarios públicos; por ello se deberán incluir en el ámbito del art. 245 las injurias graves y leves. Los actos de mera descortesía o injurias livianas, bien se podrán considerar impunes o reconducirse a la falta del art. 586.1 (Título III "De las faltas contra las personas") (48).

Afirmamos que supondría una disfuncionalidad valorativa en relación al desacato cometido por medio injurioso contra la autoridad puesto que en este supuesto las injurias livianas constituirían una falta y es evidente que tanto desde la perspectiva del prestigio, como interés tutelado, o desde el regular funcionamiento de la Administración, no tendría sentido que esta acción cuando se dirige contra funcionarios públicos diese lugar a delito y no a falta, puesto que toda la estructura del delito de desacato se basa en una mayor protección de la autoridad -desde el punto de vista que la actuación contra ella recibe mayor sanción- que la dispensada a los funcionarios y agentes de la misma.

3. El insulto.

El intento de dar un contenido específico y diferenciado al concepto de insulto fue realizado por GROIZARD, para quien "Insulto es la acción y efecto de insultar; e insultar es ofender a alguno provocándole con palabras o acciones. Siempre pues, que con palabras o acciones se ofende a alguna Autoridad provocándola o irritándola, tendremos el insulto que produce el desacato". Si las conductas constitutivas de injuriar/insultar fueren equivalentes, continúa el mencionado autor, hubiese bastado con nominar la primera -más genérica-, luego si el legislador ha decidido describir ambas es porque son distintas (49).

En contra de esta interpretación se manifiesta la mayoría de la doctrina, para quien la existencia del vocablo 'insulto' dentro de las acciones que constituyen el delito de desacato, es un evidente arcaísmo y por ello consideran que deben identificarse los insultos con la acción de injuriar (50).

A idéntica solución nos conduce JASO ROLDAN. Tras definir el insulto como "toda expresión proferida o acción ejecutada sin ánimo de ofender, pero que en sí lleva objetivamente la ofensa o desprecio", es consciente de que en principio dicha conducta no está penada, puesto que nada dice el Código penal al respecto. Esta conducta, en principio irrelevante penalmente, viene parificada a las delictivas por el sólo hecho de que el receptor de la misma es una autoridad/funcionario, y quizás esta asimilación podría justificarse, según el citado autor, respecto a ciertas autoridades que debido

a las relevantes funciones que ejercen en la vida pública, pueden verse necesitadas de una especial protección, pero considera excesivo su extensión a los funcionarios públicos (51). Así, llega a la conclusión de que es necesario identificar los conceptos de injuria e insulto y considerar este último integrado en la primera.

En definitiva se trata de determinar si el insulto puede conmover el honor de la persona (en el delito de injurias), o el prestigio de la Administración (en el desacato). Sólo en tales supuestos estaríamos ante conductas típicas. Realmente a mi juicio el insulto relevante debe considerarse incluído en el término injuriar.

2. La amenaza como forma comisiva del delito de desacato.

La última de las formas comisivas que integran el delito de desacato consiste en amenazar al funcionario público. Al igual que en los supuestos anteriores, injuria y calumnia, la doctrina, al delimitar el significado de la voz amenaza, nos remite al correspondiente delito contra los particulares que se ubica en el Capítulo VI "De las amenazas y coacciones" en los arts. 493 y siguientes (52). En el análisis de este término se seguirá idéntico criterio al utilizado en el estudio de las conductas que constituían los Delitos contra el honor. Me limitaré a resaltar aquellos aspectos más relevantes de la conducta "amenaza" que incidan de forma directa en el delito de desacato en el que ésta se

integra; cuestiones tan debatidas como el bien jurídico protegido por este delito (53), son eludidas en este epígrafe por carecer de relevancia de cara a las amenazas dirigidas contra funcionarios públicos, puesto que al ser el desacato un delito autónomo con un bien jurídico propio, la discusión sobre la libertad y seguridad que se produce respecto al bien jurídico protegido en el delito de amenazas contra los particulares, no puede tener aquí el mismo sentido.

Es necesario relativizar la noción del término "amenaza", ya que esta conducta no posee igual significado cuando se dirige contra particulares que cuando se ejecuta contra funcionarios públicos (54). Por la especial posición que ocupan en la gestión de los servicios públicos, la amenaza dirigida contra ellos adquiere una relevancia especial, que será necesario delimitar y calibrar, atendiendo fundamentalmente, al tipo de función que ejecuten.

A. Concepto de amenaza. Exteriorización del propósito de causar un mal.

Los artículos 493 y siguientes del Código penal, describen el delito de amenaza pero omiten toda definición legal del mismo, por lo que buena parte de la doctrina toma como punto de referencia el concepto mantenido por el Tribunal Supremo. Así, FERRER SAMA, siguiendo la doctrina jurisprudencial, entiende que "la amenaza consiste en la intimidación con un mal futuro, cierto y conocido, hecho en forma tal que sea capaz de infundir temor en la persona a quien se dirige." (55).

Varios son los elementos que cabe resaltar de esta definición. En primer lugar y, así es destacado por la doctrina, la esencia del delito de amenazas y, por tanto de la conducta amenazar que integra el delito de desacato, consiste en la exteriorización del propósito de causar un mal (56). Un segundo aspecto reseñable, es que dicho mal deberá ser de tal entidad como para causar temor en la persona conminada por el mismo; y un tercero, ciertamente debatido como se tendrá ocasión de comprobar, es la atribución a ese "mal" del carácter de futuribilidad.

Si el fundamento básico de la amenaza consiste en la exteriorización de un mal, la primera cuestión que habremos de dilucidar es qué es lo que se debe entender por mal. En opinión de RODRIGUEZ DEVESA "la palabra mal ha de tomarse en su más amplia acepción: privación de un bien que se tiene o espera tener. Es indiferente que el perjuicio sea moral o material. El mal puede consistir, por tanto, en acciones (privación de un bien) u omisiones (no concesión de algo)" (57). Esta amplia concepción del vocablo mal, no es compartida por JASO ROLDAN, para quien debe interpretarse en un sentido más restringido, concretamente en su acepción jurídica, como lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos o derechos de un sujeto de derecho (58).

Este mal con el que se amenaza deberá ser genéricamente al menos ilícito -a excepción de los supuestos de amenazas condicionales en las que éste puede ser lícito (59)-. Cuando el mal con el que se conmina al sujeto es lícito -conforme a derecho- parece absurdo que se castigue el comportamiento del sujeto activo, pues como indica RODRIGUEZ DEVESA, si la mera exteriorización del propósito criminal es impune, sería absurdo

castigar el hecho de expresar la intención de llevar a cabo una conducta lícita (60). Así el anuncio de presentación de una denuncia contra funcionario público por considerar que no actúa con la debida diligencia en el ejercicio de sus funciones públicas, no podría considerarse una actuación ilícita -anuncio de un mal- por parte del ciudadano, estaríamos ante un supuesto de atipicidad (61), y no ya mera causa de justificación.

El objeto sobre el cual debe recaer el mal, según indica el propio art. 493, es la propia persona del amenazado, su familia, honra o propiedad. Es doctrina mayoritaria que estas expresiones deben interpretarse en un sentido amplio (62). En opinión de QUINTANO RIPOLLES el criterio utilizado por el legislador es sumamente criticable, pues deja fuera del ámbito de la amenaza otro tipo de relaciones que pueden llegar a suponer vínculos más sólidos que, por ejemplo, los meramente familiares, así las relaciones de amistad, cuasi conyugales, etc. (63).

Si como hemos señalado la conducta amenaza constitutiva de desacato, se remite a la regulación de los artículos 493 y siguientes del Código penal, parece lógico, "a priori", que también en aquellos supuestos la conminación deba recaer sobre los mencionados elementos, esto es, directamente sobre el funcionario público, su familia, honra o propiedad. Contrario a esta posible interpretación se muestra CORDOBA RODA, a quien parece infundado restringir el ámbito de aplicación de la amenaza constitutiva de desacato a los supuestos previstos en los delitos contra la libertad. Para este autor, la naturaleza del mal con el que se conmine al funcionario público es indiferente, puesto que cualquiera que ésta sea "debe estimarse la existencia de una

amenaza a los efectos de apreciar un delito de desacato" (64).

Tesis que en mi opinión se adecúa mejor a los supuestos del delito objeto de estudio sobre todo y, como no podemos olvidar, si no perdemos de vista el objeto de tutela por parte del mismo. Así, si se parte del regular funcionamiento de la Administración pública como bien jurídico protegido por el mismo, es evidente que cualquier clase de conminación, independientemente del objeto sobre la que la misma recaiga, puede obstaculizar el mismo, por ello y, desde esta perspectiva, los términos familia, honra y propiedad, no sólo habrán de tomarse en un sentido amplio sino que en los mismos deberían incluirse supuestos que desde el ámbito de las amenazas dirigidas contra particulares quedarían excluídos del ámbito típico. El hecho de amenazar a un magistrado con causar un mal a su novia, por ejemplo, si no dicta sentencia en un determinado sentido, produce, o al menos se encuentra capacitada de producir una alteración y, además muy grave, en el regular desenvolvimiento de las funciones públicas que el mismo ejerce.

Ahora bien, cabría realizar a este respecto alguna matización. Es evidente que no todas las funciones públicas llevadas a cabo por la generalidad de los funcionarios revisten la misma importancia. Efectivamente no puede establecerse parangón entre la función judicial y el servicio de limpieza que prestan los Entes Locales o los servicios sanitarios que dependen de la Administración del Estado. Aún reconociendo la importancia de cada uno de estos servicios para el bienestar común de los ciudadanos, parece que la connotación de monopolio que ostenta el Estado del primero de ellos, le dota de unas características que, y precisamente,

por su caracter de indisponibilidad, hacen del mismo "algo" distinto de los restantes servicios públicos, quizás por encontrarse más ligado, estructural y tradicionalmente, a los tres poderes clásicos que se predican del Estado, lo cual hace que la intromisión en el funcionamiento del mismo se rodee de unas connotaciones que se separan de la que conllevaría en la de cualquier otro servicio público.

Asímismo desde el punto de vista del prestigio de la Administración como objeto de tutela entendido como el necesario respeto del que deben estar rodeados los funcionarios públicos para poder ejercer sus funciones, se constata la necesidad de variar el ámbito típico de la conducta consistente en amenazar. Pues también desde esta perspectiva no sólo las amenazas que recaigan sobre el propio funcionario, su familia, honra o propiedad pondrán en peligro dicho bien jurídico, sino cualesquiera otras aunque vengan referidas a otros objetos, pues vulnerarán la dignidad del funcionario en el ejercicio de su función.

Para centrar este tema no debe olvidarse, como se verá a continuación, que la amenaza constitutiva de desacato es aquella que unicamente implica menosprecio, puesto que en el momento en que la conminación del mal consigue intimidar al funcionario, nos encontramos ante un ámbito típico distinto: el del atentado.

Tampoco podemos olvidar que la amenaza constitutiva de desacato es una característica predefinida en el tipo y que debe interpretarse desde esta configuración, aislándola de su propio contenido como delito autónomo. Varias son las interpretaciones posibles: de un lado, entender que unicamente aquellas amenazas

dirigidas al funcionario público serán las constitutivas de desacato -interpretación restrictiva del concepto de amenaza-; puesto que este es el sujeto que personifica a la Administración y es ésta el sujeto pasivo del delito, en definitiva, la destinataria última de la conducta. O bien ampliar el ámbito de la misma a lo que podríamos denominar "circulo de simpatía" del funcionario, esto es, ampliar la configuración típica, haciendo que la misma pueda recaer sobre otros elementos que los descritos en el art. 493.

Esta segunda posibilidad a mi entender no es correcta ya que violenta el tipo por producir una ampliación asombrosamente amplia del mismo.

Por último, cabría entender que el concepto de amenaza como sustrato material del delito de desacato coincide plenamente con el ofrecido por el art. 493 del Código penal. Ahora bien, teniendo en cuenta que la amenaza que constituye el desacato es la meramente imprecativa, puede resultar beneficioso su eliminación de la descripción típica, ya que podría quedar consumida por la injuria cuando por sus características no tenga virtualidad para intimidar al sujeto. Cuando lo consiga se integrará en el delito de atentado, si es meramente insultante, la propia amplitud del término injuria puede subsumirla.

El mal con el que se amenaza, tiene como finalidad el infundir temor en la persona a la que se dirige, luego podrá ejecutarse por cualquier medio: verbal, de forma escrita o por medio de signos (65). También deberá ser apto para infundir temor, por lo que al menos tendrá que poseer visos de verosimilitud y realidad (66) y por tanto una cierta concreción (67), ya que de

lo contrario, la amenaza con un mal vago y difuso, dudosamente podrá considerarse apta como para inquietar a la víctima; ahora bien, no será necesario que ésta se sienta atemorizada por el mismo (68). Sobre la realidad del mal, no se puede partir de un criterio absoluto, ya que en gran medida depende de las condiciones intelectuales del destinatario. La cualidad de realidad debe coordinarse con su eficacia en el caso concreto y con la capacidad de intimidación del mismo (69). Su eficacia debe medirse mediante un criterio "ex ante", atendiendo a la posición y circunstancias del sujeto pasivo. No tiene porqué surtir el efecto deseado por el intimidador así como tampoco es necesario para la existencia del delito que el sujeto tenga intención de proceder a ejecutar el mal con el cual está amenazando (70). Por último señalar que el destinatario de la amenaza no tiene que coincidir con el del mal con que se conmina (71).

B. Delimitación de la amenaza constitutiva de desacato con la intimidación generadora de atentado. La amenaza como mal de futuro.

Como ya he aludido, la esencia del delito de amenaza consiste en la exteriorización del propósito de causar un mal. La exigencia de que este mal sea de futuro ha tenido gran aceptación entre los autores, básicamente, para posibilitar la distinción entre amenaza e intimidación, y por lo que aquí atañe, la utilización de este criterio nos deberá permitir delimitar las conductas conminatorias que integran el delito de desacato, de aquellas que pasarán a integrar los supuestos de atentado.

Si bien la propia doctrina reconoce que el texto legal que regula las amenazas no requiere que el mal con el cual se conmina al sujeto sea de futuro (72), no por ello deja de manifestarse la necesidad de la exigencia de este requisito (73), exigencia que se remonta ya a GROIZARD, para quien "la intimidación ha de producir en el acto su efecto, porque si se circunscribe á una amenaza para el porvenir, el hecho deja de ser atentado para revestir el aspecto de desacato." (74). Por lo que si la amenaza es de presente, esto es, si se conmina con causar un mal instantáneo, dará lugar a un delito de atentado, mientras que si el mal que se pretende ejecutar es de futuro (la próxima vez que te vea te mato), dará lugar a un delito de desacato.

Criterio de temporalidad del mal que no es compartido por la totalidad de la doctrina, ya que un sector de la misma entiende que el límite para diferenciar ambas clases de delitos radica en el efecto intimidatorio que la amenaza llegue a causar en la víctima, en este caso, en el funcionario público. Si se produce "un efecto coactivo de miedo" nos hallaremos ante una intimidación constitutiva de atentado (75), mientras que si la amenaza es meramente imprecativa estaremos ante un delito de desacato (76).

Es evidente la dificultad de deslindar ambas clases de delitos, atentado y desacato, bien sea por el criterio de la temporalidad, bien por el de la posible intimidación causada en la víctima de la amenaza. Ante expresiones pronunciadas en un momento de acaloramiento, así por ejemplo en el momento de efectuarse una detención por parte de un agente de la autoridad, si el sujeto profiere una expresión del tipo "haré que te maten", es evidente que en función de una interpretación

gramatical, la amenaza es claramente de futuro y por ello y según el primero de los criterios enunciados sería constitutiva de delito de desacato. Ahora bien, también es cierto que se podría tomar en consideración la verosimilitud por las circunstancias del sujeto que ha proferido la conminación y ello dar lugar a una verdadera intimidación del funcionario público. Intimidación por otra parte, difícil de calibrar por tratarse de un criterio de orden eminentemente subjetivo y que obligaría al juez a una labor de introspección psicológica de difícil valoración, ya que entre otros factores se tendría que tener en cuenta el grado de vulnerabilidad de cada sujeto en particular. Por todo ello y, como acertadamente expresa MUÑOZ CONDE "En realidad, se trata de una cuestión valorativa a dirimir en atención a las circunstancias de cada caso." (77), lo que implica una ambigüedad del ámbito típico con la consecuente inseguridad jurídica que ello entraña.

Se evidencia una vez más que la configuración del delito adolece de precisión, siendo ambigua y produciendo una falta de delimitación del ámbito típico debido a la ausencia de un contenido claro y específico de las conductas que lo integran.

C. Clases de amenazas.

En el delito de desacato se distingue, a efectos de penalidad, entre las amenazas graves y no graves. Para intentar delimitar ambas clases de conminaciones acudiremos a la regulación y clasificación que de las mismas se establece en el Capítulo VI "De las amenazas y coacciones" del Código penal.

Se consideran amenazas graves las condicionales que constituyan delito, reguladas en el art. 493.1 y las no condicionales del número 2 del mismo artículo. Mientras que se califican de menos graves las reguladas en el art. 494, consistentes en amenazar con un mal no constitutivo de delito y expresadas en forma condicional.

El tipo básico viene constituído por la amenaza de un mal constitutivo de delito y que no fuere condicional (art. 493.2), cuya penalidad se ve agravada en el art. 493.1, cuando la conminación del mal estuviere acompañada de alguna condición, distinguiéndose a su vez si dicha condición se cumple o no. El hecho de sancionar más gravemente la conducta cuando la condición se ha cumplido es criticado por la doctrina, ya que éste, el cumplimiento de la condición, es un elemento, condición objetiva de punibilidad, que no puede ser abarcado ni por el dolo ni la culpa del autor, puesto que ostensiblemente queda fuera del alcance de su voluntad (78).

Esta distinción en las amenazas graves desaparece por completo en los supuestos de los artículos 240 y siguientes del Cp, ya que aquí unicamente se distingue entre amenaza grave y no grave sin referencia alguna a si son o no condicionales y si dicha condición se cumple o no.

5. Excurso: las injurias y amenazas a los Ejércitos o a sus instituciones, armas, clases o cuerpos determinados (art. 242 Cp).

Debido a la reforma operada en el Código penal por la Ley Orgánica 9/1.980 de 6 de noviembre, se modificó el art. 242, en el que se incriminaban las conductas ofensivas dirigidas contra el Movimiento Nacional, pasando a regularse en el mismo las injurias y amenazas dirigidas contra los ejércitos, sus instituciones, armas, clases o cuerpos determinados (79).

Por lo que respecta a la acción consistente en injuriar, su inclusión en la descripción típica no ofrece dificultades, desde un punto de vista dogmático, puesto que hoy día es admitido que la misma puede dirigirse contra personas jurídicas o colectividades (80). Y aún no admitiéndose dicha hipótesis, como en el caso de VIVES ANTON, si se acepta al menos, que en este caso nos encontramos ante "una designación genérica de sujetos pasivos individuales" (81), por lo que la ejecución de dicha conducta contra los Ejércitos es totalmente factible.

Cuestión distinta es que sea criticable la indeterminación de los sujetos afectados por la conducta típica. La alusión del art. 242 al Ejército o sus instituciones como "sujetos" a quienes debe dirigirse la injuria es de tal vaguedad que puede trasformarse en una mordaza a las manifestaciones criticas dirigidas contra el mismo (82).

Consideración aparte merece la acción de

amenazar. Si bien algún autor como VIVES ANTON, es partidario de su admisión, dado que como acabamos de señalar mantiene que en los supuestos del art. 242 no se sanciona una acción ejecutada contra sujeto indeterminado como sería la mención genérica del Ejército, sino que cuando se alude al mismo se está haciendo referencia, aunque sea indirecta, a los miembros individuales que lo componen, luego desde esta perspectiva sería factible proferir una amenaza contra los mismos. Sin embargo otros autores se muestran disconformes con esta tesis. Así, para RODRIGUEZ DEVESA "Las amenazas a colectividades militares resultan una figura extraña, dada la configuración individualista del delito de amenazas" (83). Postura que parece más acertada ya que, si bien es cierto que para integrar el delito de desacato no se puede realizar un traslación automática del concepto de amenaza mantenido por los arts. 493 y siguientes del Cp por las especiales características de éste, que ya hemos mencionado. También es cierto, que no por ello la acción de amenazar pierde su carácter individual, como acción dirigida directamente contra una persona física. Resulta cuando menos chocante pensar en un hipotético supuesto de amenazas a los Ejércitos por parte de un particular, sobre todo si tenemos en cuenta que conceptualmente la amenaza debe consistir en la exteriorización de un mal, posible y determinado, esto es, que "a priori" sea factible de realización, aunque el sujeto activo no tenga intención de llevarlo a cabo. Ello, se reconocerá, es dificílmente imaginable en el caso de amenazas, por ejemplo, al cuerpo de Infantería de Marina.

En este mismo sentido parece pronunciarse el Tribunal Supremo en la sentencia de 27 de junio de 1.986 (Ar. 3209), aunque no explícitamente, si bien

alude a las dificultades opuestas por la doctrina para admitir esta hipótesis (84).

Y si encontramos dificultad en asimilar la posibilidad de realización de una amenaza contra las instituciones ennumeradas en el art. 242, mayor es el problema que se nos presenta a la hora de buscar los criterios de delimitación entre amenazas graves y no graves que se establece en su párrafo segundo. Pues si en principio debería venir determinado por la entidad del mal con el que se conmina, cuando éste se dirige contra una institución, institución no de cualquier índole sino que además se caracteriza por su carácter bélico, no alcanzamos a determinar qué supuestos se considerarán de entidad suficiente para intimidar, por ejemplo, al Cuerpo de Artillería. Aunque la conminación sólo pretenda menospreciar, pienso que en todo caso podrá mover a la risión y al ridículo de quien la pronunciase.

Resulta difícil la valoración de este precepto penal sin caer en argumentos demagógicos (85), pero no por ello debe dejar de intentarse. El recurso al Derecho penal como instrumento para proteger el prestigio de una institución puede ser criticable en mayor o menor medida, pero no se alcanza a comprender la inclusión entre los delitos de desacato unicamente de las injurias ejecutadas contra los Ejércitos y no contra la Administración Local o el Poder Judicial en su conjunto, por ejemplo. Esta especial protección que se dispensa no se justifica por la importancia de la misión que desempeñan, puesto que existen actividades desarrolladas por otros órganos e instituciones del Estado, de igual o mayor interés que las desarrolladas por éste. Sería de desear una derogación de este precepto y no ya

sólo por su deficiente redacción, sino que a ello hay que añadir, en mi opinión, su errónea inclusión en el Capítulo VIII del Cp. La protección que el mismo intenta dispensar a la autoridad y funcionarios públicos, como personas que representan a la Administración, choca, en cierta medida, con la inclusión en el mismo de la pretensión de amparo del prestigio de las Instituciones como colectivo. Si las ofensas o amenazas -estas siempre criticables- dirigidas contra los Ejércitos se consideran politico criminalmente de necesaria sanción, habrán de incluirse en un Capítulo distinto y acorde con su condición de Organismos o Instituciones que forman parte del Estado.

III. Valoración sobre los elementos que integran la acción.

La valoración que cabe hacer de las conductas que integran el delito de desacato, creo que debe realizarse fundamentalmente desde la perspectiva del bien jurídico protegido por la norma.

Tomando como referencia el prestigio de la Administración como objeto de tutela, parece que tanto la injuria como la calumnia e incluso la amenaza, tomada en un sentido despreciativo, pueden poner en peligro e incluso lesionar el objeto de tutela. Ahora bien, en mi opinión la descripción típica no realiza a este respecto una matización suficiente en cuanto al grado de lesividad que produce cada una de estas conductas.

La idéntica penalidad que se atribuye por la norma a las tres conductas mencionadas oscurece el distinto grado de efectividad de las mismas. Implica una mayor gravedad con respecto al bien jurídico protegido el hecho de imputar a un funcionario público la comisión de un hecho delictivo, así una malversación de fondos públicos, que la mera imprecación injuriosa dirigida contra el mismo. La lesión que se produce contra el objeto de protección, es en mi opinión mayor en el primer caso que en el segundo. En éste puede tratarse de un mero desahogo del particular ante las deficiencias, que no pueden ocultarse, en el funcionamiento de la Administración, mientras que en el caso de la que la acción consista en una calumnia, el prestigio de la misma se daña de forma más grave, ya que se está imputando un patológico funcionamiento que puede repercutir claramente en su crédito.

Diferenciación en cuanto al grado de lesividad, que sin embargo es recogida en los Delitos contra el honor, puesto que allí se atribuye distinta penalidad a la calumnia que a la injuria, siendo la primera más grave que la segunda.

Por lo que respecta a la acción consistente en amenazar, creo que en términos comparativos respecto de la injuria, su causación también produce una mayor dañosidad al interés tutelado. Ahora bien, cuando con la acción conminatoria lo que pretende el sujeto activo es la realización de una determinada conducta por parte del funcionario público, que entrañe una quiebra del normal funcionamiento de los servicios públicos que presta la Administración, cabría preguntarse si lo tutelado sería, no tanto el prestigio de las instituciones cómo el regular funcionamiento de las mismas.

Cuando un particular amenaza a un funcionario público con desvelar hechos referentes a su vida privada en caso de que éste no acceda a ejecutar un determinado acto administrativo -amenaza condicional-, en mi opinión no es tanto, el prestigio de los órganos de la Administración lo que se daña, como el normal, fluído y pacífico funcionamiento del desempeño de las funciones públicas. Por su propia definición más bien parece que la figura de la amenaza se encamina a la protección de "algo" distinto que la injuria y la calumnia. Estas conductas, tributarias lógicamente de su origen como configuradoras de los Delitos contra el honor, parecen más aptas para aportar una tutela al prestigio de la Administración. La amenaza, en mi opinión, se demuestra un "cuerpo extraño" en el ámbito típico del delito de desacato, que parece conjugarse mejor con las recientes propuestas de "lege ferenda", realizadas por un sector doctrinal, en el sentido de entender tutelado en este delito el regular funcionamiento de los servicios públicos.

IV. El ejercicio de funciones públicas.

El primero de los requisitos que establece el delito de desacato para la consecución del mismo, es que el Ministro o Autoridad se halle en el "ejercicio de sus funciones" o bien, que la acción se lleve a cabo "con ocasión de las mismas".

Varias serán las cuestiones a analizar a este respecto. Así, habremos de delimitar en primer lugar

qué se entiende por ejercicio de la función pública y cuándo se encuentran las autoridades y funcionarios en el ejercicio de las mismas, lo que nos llevará a plantearnos, acto seguido, el espinoso tema del denominado "ejercicio permanente" de funciones, esto es, la consideración sobre determinados funcionarios públicos que se encuentran siempre en el ejercicio de la función pública, lo que implica delimitar correcta y precisamente qué se entiende por tal so pena de ampliar de forma desmesurada el ámbito típico del delito.

Otra cuestión a analizar y de no menor importancia, es la relativa al exceso en el ejercicio de la función pública por parte del funcionario competente, problema que al contrario de lo que sucede en el ordenamiento jurídico italiano, carece de regulación en nuestro Código penal y, que si ha sido objeto de atención cuando el mencionado exceso ha dado lugar a un delito de atentado (86), no ha sido practicamente aludido cuando el abuso de funciones públicas genera una injuria o una amenaza, esto es, un delito de desacato.

Por último no cabe olvidar la ausencia de este requisito en la redacción del art. 245 del Cp, lo que según una interpretación literal del mismo conduciría a que tanto los funcionarios públicos como los agentes de la autoridad pudiesen ser objeto de desacato en cualquier tiempo y lugar, ya que el mencionado precepto no especifica que la conducta deba llevarse a cabo cuando los mismos se encuentren en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas.

1. El ejercicio de la función pública.

Es doctrina mayoritaria, en el ámbito penal, que por ejercicio de funciones públicas debe entenderse "estar tomando decisiones o ejerciendo actos comprendidos en el orden de las atribuciones que les corresponde, es decir, encontrarse en el ámbito de la función pública" (87).

Por ello no debe interpretarse que unicamente se están ejerciendo las funciones cuando la autoridad se encuentra en su despacho oficial, sino en cualquier espacio físico en que se halle, siempre y cuando esté actuando por razón del cargo que ostenta (88).

En opinión de CORDOBA es necesario destacar la exigencia de que la acción debe dirigirse contra estos sujetos por su condición de tales, luego a su parecer, quedarían excluídas del ámbito típico las ofensas o amenazas que aún ejecutándose cuando los sujetos se encuentren en el ejercicio de sus funciones vengan motivadas por razones de índole privada (89).

La interpretación del mencionado autor pretende limitar el ámbito típico del delito de desacato por vía de excluir del mismo las ofensas de carácter privado de que puedan ser objeto las autoridades y funcionarios públicos, intento de limitación que es laudatorio pero que pensamos no se corresponde con la redacción de los artículos 240 y siguientes y ello en base a distintos argumentos.

En el delito de desacato se exige que la

acción se ejecute contra un Ministro o una Autoridad, constituída como tal, esto es, que legalmente posea los requisitos necesarios para ostentar dicha condición y, además que la conducta se lleve a cabo cuando estos sujetos se encuentren en el ejercicio de sus funciones, pero en modo alguno se alude a que la ofensa, en este supuesto, venga motivada por el ejercicio de las mismas. De seguirse la interpretación de CORDOBA, el requisito del ejercicio de la función pública sería redundante, ya que si la ofensa debe venir motivada por su condición de Autoridad, ésta no imprime carácter, luego siempre se debería ejecutar la conducta cuando el sujeto se hallase ejerciendo su función. El pretender que la ofensa venga motivada por el cargo que se ostenta va más allá que la letra de la ley.

También desde la perspectiva del bien jurídico protegido esta interpretación parece inadecuada. Si lo que intenta tutelar el delito de desacato es el prestigio de las instituciones públicas, el hecho de permitir que la autoridad que las representa sea ofendida o amenazada, aún por motivos estrictamente privados, durante el ejercicio de sus funciones, al menos pone en peligro ese prestigio que se intenta salvaguardar ya que a través del sujeto ofendido se cuestionaría la confianza que posibilita el prestigio de los órganos que representan al Estado. Es más, incluso desde la posible tutela del regular funcionamiento de la Administración, como propuesta, de "lege ferenda", de tutela por parte de este delito, es evidente que la interrupción en la prestación de un servicio público, como por ejemplo la Administración de Justicia, por parte de un ciudadano para pedir explicaciones a un juez con motivo del impago del arrendamiento de una vivienda, implica una alteración dificilmente defendible.

Estamos absolutamente de acuerdo con CORDOBA, en que el tipo objeto de estudio se encuentra necesitado de un redimensionamiento, pero éste, a nuestro entender, debe venir dado por otro camino, camino que sería el de cuestionarse qué clase de funciones públicas se encuentran necesitadas de una especial protección por parte del ordenamiento jurídico. Parece excesivo que se dispense idéntica protección penal -al menos teoricamente- a los sujetos que imparten justicia, que a los funcionarios públicos que ejecutan el servicio de limpieza de un Ayuntamiento.

Un tercer argumento que puede avalar nuestra hipótesis se toma de la interpretación que de preceptos similares al del Código penal español, se ha efectuado por la doctrina extranjera, concretamente la francesa y la italiana. Como ya se indicó (90), tanto el Código penal francés como el italiano requieren para la existencia del delito de desacato que los funcionarios correspondientes se encuentren en el ejercicio de sus funciones o que en todo caso la ofensa se realice con ocasión de las mismas. Requisitos idénticos a los exigidos por los arts. 240 y siguientes de nuestro Código penal. Los autores que se han ocupado del tema, aceptan unánimemente que en el supuesto de realizarse la ofensa cuando la autoridad o el funcionario se encuentran en el ejercicio de sus funciones, configurarán también el ámbito típico las ofensas de índole privada que se viertan contra los mismos (91).

Así en la doctrina francesa GARÇON entiende que las manifestaciones de menosprecio referentes a la vida privada del funcionario público, siempre y cuando se viertan cuando el mismo se encuentra en el ejercicio de funciones públicas, integran el ámbito típico del

delito de "outrage" (92). Idéntica respuesta encontramos en la doctrina italiana. Concretamente MANZINI, encuentra lógica tal admisión ya que en estos supuestos, a través de la autoridad que encarna a la Administración pública, se perjudica a la misma (93). Unica y exclusivamente en el supuesto de que la acción se ejecute con motivo de las funciones ejercidas, estas tendrán que hacer referencia al ejercicio de la función, quedando por tanto excluídas las ofensas privadas que constituirán un delito contra el honor.

2. El ejercicio permanente de funciones públicas.

Es reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (94), la existencia de una serie de funcionarios, término en el cual se comprende también a la autoridad, que se encuentran en el ejercicio permanente de sus funciones. El reconocimiento de esta permanencia ha posibilitado, como vamos a comprobar, una interpretación harto abusiva del delito de desacato, ya que ha dado lugar a que se consideren como integrantes de este delito, conductas que en mi opinión, únicamente afectan al ámbito estrictamente privado y, por tanto, como sujetos particulares, de estos individuos, sin afectar para nada a la función pública, ya sea desde la perspectiva de su prestigio, como de su regular funcionamiento.

Interpretación abusiva que proviene de la confusión entre ejercicio permanente de funciones y actualidad de dicho ejercicio. Si bien es cierto que determinados funcionarios públicos, por las especiales

características de las funciones que ejercen se encuentran siempre posibilitados para el ejercicio de las mismas, así, los funcionarios de policía, ello no es equiparable a que en cualquier momento y circunstancia puedan ser objeto de delito de desacato, para ello será necesario que ese potencial ejercicio se actualice.

A este respecto la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha mostrado contradictoria, pues si en unos casos ha reconocido como en la S. de 4 de febrero de 1.892 que si bien los Jueces Municipales, aún ejerciendo permanentemente sus funciones, ello no es suficiente para que una ofensa dirigida contra los mismos constituya el delito de desacato, sino que además es necesario que se encuentren ejerciendo sus funciones como tales, o por lo menos, que el agravio ejecutado venga motivado por las mismas (95). En otros como en la S. de 30 de junio de 1.972 (JC 1108), declara que aún estando la autoridad dedicada "dentro de su territorio jurisdiccional, a la actividad deportiva de la pesca, ajena al desempeño de sus cargos, ello no puede servir de pretexto para entender que las supuestas o ciertas ofensas que se les dirigen lo sean a las personas particulares que practicaban un deporte, sin afectar a la autoridad que representan y encarnan, pues la ley y la doctrina de esta Sala no admiten esa distinción, por la potísima razón de que su autoridad en su territorio es permanente y la misma no se pierde más que en el improbable caso de que abusaran de su autoridad en su particular provecho" (96). Doctrina que ya encuentra antecedentes en la S. de 28 de octubre de 1.969 (JC 1874), donde se reconoce que no es factible, en estos supuestos, diferenciar el ámbito privado del público lo que da lugar a que las ofensas o amenazas efectuadas en estos casos tengan siempre la consideración de delito de desacato (97).

Conclusión que excede con mucho lo que debe considerarse ejercicio de las funciones públicas, dado que dificilmente es admisible considerar como tal el deporte de la pesca, por ejemplo. Esta interpretación unicamente es factible desde una concepción absolutamente autoritaria del interés digno de tutela, esto es, el mantenimiento a ultranza del principio de autoridad. Lo que significaría que los funcionarios públicos por el mero hecho de serlo serían acreedores a una tutela penal extensible a cualquier momento de su vida ya sea pública ya privada, lo que les colocaría en una situación de privilegio cuando actúan como sujetos particulares poco compatible con el principio de igualdad que establece nuestra Constitución.

3. El requisito de "con ocasión" del ejercicio de la función.

Cuando el Código requiere que la acción se cometa "con ocasión" del ejercicio de las funciones públicas, es evidente, en primer lugar, que en ese momento el funcionario público no se encuentra en el efectivo ejercicio de las mismas, luego la ofensa tiene que venir motivada por dicho ejercicio. En este supuesto no cabrá por tanto, la ofensa o la amenaza privadas, que deberán reconducirse al ámbito de los respectivos delitos contra los particulares (honor y libertad y seguridad).

Se suscita la cuestión referente a aquella autoridad que ha cesado en su cargo y ya no ostenta, en

consecuencia, tal cualidad en el momento en que se ve afrentada, pero de hecho lo es por actos ejecutados durante su permanencia en el mismo.

La doctrina mantiene dos posturas dispares. En primer lugar, quienes afirman que éste supuesto se halla dentro del ámbito típico del delito de desacato (98), pues de lo contrario sería suficiente con esperar a que la autoridad cesase en el cargo para poder llevar a cabo la conducta ofensiva o conminatoria. Lo que en cierto modo supondría una cierta desprotección de la misma por actuaciones llevadas a cabo durante el ejercicio del mismo.

Por el contrario, otros autores, entre los que cabe destacar a CEREZO, entienden que dicho criterio es discutible. Si bien su razonamiento parte de la estructura típica y regulación del delito de atentado, hacen extensibles sus conclusiones al desacato. Para ellos las ofensas dirigidas contra funcionarios públicos o autoridad cuando han cesado en el ejercicio de sus funciones y, aún cuando las mismas se encuentren motivadas por dicho ejercicio, quedarían excluídas del ámbito típico del delito de desacato (99). Y ello porque cuando el legislador ha querido sancionar estos supuestos así o ha hecho constar como expresamente se recoge en el art. 233 del Cp (100).

Solución aceptable, dado que desde la perspectiva de la tutela del prestigio de los órganos que representan a la Administración parece que el injuriar o amenazar a un ex funcionario por hechos que acaecieron cuando ejercía su cargo, dificilmente pondría en peligro el mencionado bien jurídico. Ahora bien, si la conducta que se lleva a cabo consiste en una calumnia,

sobre todo cuando la imputación versa sobre determinados delitos, por ejemplo una malversación de fondos públicos, el criterio podría ser distinto puesto que en este caso se estaría cuestionando de forma directa una determinada forma de gestión de los servicios públicos, que si afectaría al prestigio de la Administración.

Idéntico planteamineto puede realizarse, si lo pretendidamente tutelado es el regular funcionamiento de la actividad administrativa. Tanto la conducta injuriosa como la amenazante, carecen de lesividad si son ejecutadas cuando la autoridad o el funcionario han cesado en su cargo. Sin embargo la calumnia, si bien no afectaría directamente al mencionado regular ejercicio, al menos pondría en tela de juicio el modo en que éste se ha llevado a cabo.

La cuestión debemos plantearla desde la perspectiva de si el desvalor que estas conductas producen, y ante el silencio del legislador, es de entidad suficiente como para hacer peligrar el interés tutelado. Tampoco puede olvidarse uno de los principios fundamentales que inspiran el Derecho penal, como es el de la "ultima ratio". Por lo que parece más adecuado excluir estas hipótesis del ámbito típico del delito de desacato, dado que su lesividad con respecto al bien jurídico es excesivamente remota.

Solución que puede encontrarse avalada comparando la estructura típica de los delitos de atentado y desacato. En aquél, el propio legislador ha previsto la sanción de la hipótesis objeto de análisis, luego cuando ha querido sancionar estos casos, así lo ha hecho constar.

El Tribunal Supremo entiende que estos casos no dan lugar al delito de desacato. Es necesario que cuando se ejecute la acción con "ocasión de las funciones públicas" el sujeto se halle todavía desempeñando el cargo por razón del cual se le desacata (101). Interpretación jurisprudencial que remarca una vez más la acendrada defensa que se realiza del principio de autoridad. Lo importante en que el sujeto ofendido sea una autoridad o un funcionario público "en activo", el carácter de las funciones que ejerza será secundario, incluso el prestigio de los órganos de la Administración pasa a un segundo plano para realzar el de respeto debido a los sujetos por el mero hecho de ostentar la cualidad de autoridad. Protección de carácter personalista que dota a los funcionarios públicos del ya tan mentado halo de sacralidad que los hace inalcanzables, según se deduce de la doctrina jurisprudencial, al resto de sujetos que forman la sociedad que ellos rigen. Por ello cuando pierden dicha condición no son objeto de tutela penal, ni siquiera por las actuaciones que llevaron a cabo cuando ostentaban tal "dignidad".

4. Ausencia de este requisito en el art. 245 del Cp.

El artículo 245 del Cp no exige que cuando la injuria, el insulto o la amenaza se dirijan contra funcionarios públicos o agentes de la autoridad, estos se encuentren en el ejercicio de sus funciones y, ni siquiera, que esta conducta se lleve a cabo con ocasión de las mismas.

Una primera lectura de este precepto puede conducirnos a pensar que la protección dispensada a estos sujetos se extiende incluso a los momentos en que no ejercen ninguna función pública, osea, la tutela penal desplegaría sus efectos a todos los ámbitos de la vida de estos funcionarios incluso, como particulares.

Esta posible interpretación es rechazada mayoritariamente tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. De un lado, no parece concebible, por la propia "ratio legis" del delito de desacato, que se dispense una mayor protección a los funcionarios públicos y agentes de la autoridad, que la otorgada a los Ministros y autoridades. Si estos últimos sólo pueden ser desacatados cuando se encuentran en el ejercicio de sus funciones o bien con ocasión de las mismas, lo lógico será que esta restricción también se extienda a los demás funcionarios públicos (102).

Interpretación doctrinal que es asumida plenamente por el Tribunal Supremo, quién desde sus primeras sentencias viene exigiendo para la aplicación del art. 245 el que los funcionarios públicos se encuentren ejerciendo funciones públicas para que la conducta ofensiva contra ellos dirigida sea constitutiva de desacato. Como resumen de su doctrina baste citar la S. de 22 de diciembre de 1.891 (JC 259): "Considerando, en orden a la infracción alegada del art. 270 del Código penal, que la recta interpretación de esta disposición legal no permite entender que se cometa el delito que en ella se pena en el caso que el funcionario ofendido no se halle en ejercicio de sus funciones ni el hecho punible se realice con motivo ú ocasión de ella, porque existiendo la misma razón que tuvo la ley para exigir este requisito en todos los delitos de desacato, no puede

lógicamente entenderse excluída en el caso del artículo 270, por más que no se determine en él expresamente, según tiene declarado este Supremo Tribunal" (103).

Razonamiento e interpretación que se demuestra lógico, sobre todo si se atiende al sustrato ideológico que subyace en el delito de desacato. Es una interpretación restrictiva, posible, en razón al sentido del precepto, desde la perspectiva material del objeto de protección. No se vulnera el principio de legalidad, solo que se restringe el ámbito típico por vía de interpretación. Interpretación restrictiva que no lesiona las garantías de seguridad jurídica fundamentadoras del principio de legalidad.

Otra posible interpretación es la ofrecida por CORDOBA, para quien por el mero hecho de que la conducta se deba realizar contra funcionarios públicos y agentes de la autoridad "como tales", ello lleva implícita la exigencia de que se encuentren en el ejercicio de sus funciones cuando la misma se realiza (104).

Parece ser esta sea la interpretación más coherente del art. 245. Y ello porque carece de sentido dispensar una protección más amplia a los funcionarios públicos que a las autoridades. Estas, por su mayor cercanía al poder, poseen un grado de representatividad mayor del mismo, luego si el ataque que se dirige contra las mismas debe circunscribirse al momento en que se hallen ejerciendo sus funciones -o con ocasión de las mismas- con mayor motivo parece que esta restricción deba operar cuando la conducta se dirige contra funcionarios públicos.

Desde otra perspectiva, también carece de

sentido extender la protección dispensada a estos sujetos a ámbitos estrictamente privados donde las normas que tienen que desplegar su eficacia serán en todo caso las relativas a los delitos contra el honor o la libertad. Sería absolutamente injustificable, por atentar entre otros al principio de igualdad, considerar que nos encontramos ante un delito de desacato cuando se ofende a un funcionario público en la intimidad de su hogar. Con ello no se establece una correcta relación con el bien tutelado por la norma. En este caso no quedaría vulnerado ni puesto en peligro el prestigio de la Administración, a cuya credibilidad no perjudica la vida privada de sus funcionarios en tanto en cuanto no tenga relación con el desempeño de sus funciones. Mucho menos se estaría poniendo en tela de juicio el regular funcionamiento de la misma, que dificilmente se vería alterado o perjudicado por la calumnia o la injuria proferida contra un funcionario por el impago de una deuda cuando se encuentra paseando por la vía pública.

5. El exceso en el ejercicio de la función pública.

La protección que dispensan los arts. 240 y siguientes del Cp, hace referencia a la autoridad y funcionarios públicos cuando se hallan en el ejercicio de sus funciones o bien, cuando la acción se comete con ocasión de las mismas. Sin embargo se puede plantear la cuestión de qué sucede cuando estos sujetos se exceden en el ejercicio de las mismas, ¿continúa vigente la tutela dispensada por el delito de desacato?.

Esta cuestión ha sido analizada, preferentemente, desde la perspectiva del delito de atentado, cuando el acto ilegal o arbitrario de un funcionario público da lugar a una agresión por parte del particular que lo padece. Problema que tradicionalmente se ha resuelto por la vía de acudir a la figura de la legítima defensa (105) y en consecuencia plantearse la ilegitimidad de la agresión que se produce. Sin embargo y por lo que a los supuestos de desacato se refiere, escasa es al respecto la doctrina y la jurisprudencia.

Cabe distinguir distintas hipótesis en función de cómo y de qué entidad sea el exceso cometido por el funcionario público. Si el mismo proviene de una actuación **manifiestamente ilegal** del funcionario, esto es, contraria a Derecho, esta actuación le priva de su condición de funcionario público, puesto que la actuación de los mismos debe ser siempre conforme al ordenamiento jurídico, luego el insulto o la amenazas proferidos no constituirán delito de desacato y, desde esta perspectiva, serán conductas atípicas, ya que las mismas no se dirigen contra un funcionario público puesto que éste con su actuación ilegal pierde tal condición ya que no actúa en el ejercicio de sus funciones. Cuestión distinta será si la conducta del particular podría, en su caso, ubicarse en el ámbito típico de los delitos contra el honor o contra la libertad si su acción consiste en una amenaza (106).

Más problemático resulta el supuesto en que la actuación del funcionario, aún incurriendo en exceso, no sea ilegal, sea conforme a Derecho. Piensese, por ejemplo, en el policía que lleva a cabo una detención legal pero que se excede en su ejecución, maltratando al detenido y éste le insulta y amenaza como desahogo

por este hecho. La solución que a estos casos da la doctrina consiste en admitir la existencia del delito de desacato, puesto que el ciudadano particular tiene en su mano el recurso a las vías legales pertinentes para poder restablecer la situación jurídica, el desahogo soez no puede permitirse ya que tampoco supone un medio adecuado para paralizar la actuación arbitraria del funcionario (107).

Problema que encuentra similar solución en la doctrina extranjera. Autores como GARÇON, consideran que es suficiente la mera apariencia de legalidad en la actuación de los funcionarios públicos para la subsistencia del hecho delictivo, unicamente en los casos en que su actuación sea flagrantemente ilegal, la protección que le dispensa el ordenamiento jurídico cederá ante la ilicitud de su conducta (108). A este respecto se muestra más explícita la regulación que del delito de desacato ofrece el Derecho italiano, como ya se expuso en el Capítulo Segundo de este trabajo, en el que el art 4 del D.L.L. de 14 de septiembre de 1.944 preve que para el caso de actuación arbitraria de los funcionarios públicos, el autor de la ofensa que se produzca no será sancionado por delito de desacato.

Exención de responsabilidad, que como indica VENDITTI, responde a una determinada filosofía que se contrapone al sistema autoritario promovido por el Código Rocco (109), con la que se pretende promover y defender los valores democráticos. Si la Administración pasa a caracterizarse como organización al servicio del ciudadano, es lógico que cuando sus funcionarios actúen arbitrariamente -abusando de sus funciones-, cesen en ese servicio. De ahí, que la respuesta -defensiva o de desahogo- del ciudadano deba quedar amparada por el

ordenamiento jurídico (110).

Respecto al "exceso" las tesis doctrinales encuentran reflejo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Ya desde sus primeras sentencias el Tribunal Supremo considera que "si el dicho Alguacil faltaba a las atenciones y respeto que debe a sus conciudadanos, el Jefe superior, o el Tribunal en su caso, lo hubieren corregido, sin dar el mal ejemplo que el recurrente dio desautorizando en público al agente de la Autoridad." (111), luego cuando el exceso en la actuación del funcionario público no es manifiestamente ilegal y se reduce, como en este caso, a la contravención de las formas sociales, la actuación del ciudadano será considerada dentro del ámbito típico del delito de desacato. Doctrina que se ve reforzada en la S. de 17 de junio de 1.881 (JC 6059) en la que se confirma que "a ningún particular le es permitido arrogarse la facultad de juzgar por sí sobre el buen o mal uso que un Ministro o Autoridad haga de sus atribuciones propias, tomando de ello pretexto para denostarles; ni deja de ser siempre criminal el calumniarles, injuriarles o amenazarles, aunque realmente no hayan obrado con estricta legalidad; esto no obstante, es indudable que cuando el acto de la Autoridad o Ministro ofendidos que hubiere dado ocasión o motivo a tales injurias no correspondiese al orden de atribuciones peculiares de sus cargos, falta uno de los requisitos esenciales y constitutivos para que éstas puedan ser calificadas de desacato, y habrán de ser castigadas con arreglo a otros artículos del Código distintos de los que a esta clase de delitos se refieren." (112). Cuando la actuación del funcionario público excede del ámbito de sus competencias, es ilegal, pierde la condición de tal y pasa a ser considerado, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico, como

un particular, puesto que como el propio Tribunal Supremo reconoce, el carácter autoritario se predica de la función, luego al sujeto no se le otorga un privilegio de carácter personal "indeleble", sino que tal condición se pierde a través de una actuación ilícita (113).

Ahora bien, según la doctrina jurisprudencial, es necesario matizar cuándo y en qué casos el funcionario público pierde tal condición. Criterios que se exponen en la s. de 31 de octubre de 1.968 (JC 1437), donde se hace hincapié en que se debe tener en cuenta "el modo y la forma de actuar de uno y otro sujeto intervinientes en el suceso, para alcanzar la conclusión que se pretende en este motivo del recurso tan sólo en los casos en que además del arbitrario proceder de quien goza de especial protección en éste ámbito penal, por su naturaleza inadecuada de 'vis fisica compulsiva', por su gravedad e inmediato alcance, por su irreparabilidad por otros medios, o, en suma, por alguna otra causa a valorar en su individualización, sea excusable el comportamiento del otro sujeto".

Por tanto, se puede concluir que unicamente el ejercicio legal de las funciones públicas constituye lo protegido por el ordenamiento jurídico (114). Cuando la autoridad o el funcionario público actuen en el ámbito de su competencia y en tanto en cuanto lleven a cabo las funciones que tienen encomendadas, aunque en el ejercicio de las mismas se produzca algún exceso que sea reprobable, estarán amparados por el ordenamiento jurídico. Sólo en los supuestos de actuaciones manifiestamente ilícitas, cederá la tutela penal.

Lógica protección de la apariencia de legalidad en la actuación de los funcionarios públicos, no

sólo desde la óptica de la protección del prestigio de la autoridad, sino más si cabe, desde la perspectiva del regular funcionamiento de la Administración, puesto que si se permitiese la respuesta alterada e insultante a su actuación, aún siendo esta calificable de arbitraria, la alteración que se produciría en la gestión de los servicios públicos podría ser notable. Es evidente que debe primarse la utilización de las vías legales pertinentes como cauce donde recoger el descontento producido por el posible funcionamiento anómalo de los órganos de la Administración.

V. Los requisitos de "presencia" y "escrito dirigido" al ofendido.

Las conductas de injuriar, insultar, calumniar y amenazar pueden ejecutarse bien en la presencia del ofendido o en escrito dirigido al mismo. Respecto al desacato a Ministro o autoridad en ausencia de ambas modalidades comisivas, esto es, cuando la ofensa o la amenaza se hayan ejecutado en ausencia de la autoridad o en escrito no dirigido directamente a la misma, será de aplicación el art. 244 del Cp, lo que lleva aparejado una disminución en la penalidad. En cambio la ausencia de estos requisitos en el caso de conductas dirigidas contra los funcionario públicos y agentes de la autoridad, trae como consecuencia el que la acción no pueda calificarse de delito de desacato por falta de previsión legal.

A continuación, vamos a analizar cómo debe interpretarse el término "presencia" y si el mismo puede identificarse con la percepción de la ofensa o por el contrario nos encontramos ante conceptos distintos. Otra de las cuestiones que requerirá nuestra atención, se centra en la posibilidad de inclusión en el ámbito típico del delito de desacato de lo que en la doctrina italiana se ha denominado presencia mediata, formas de comisión del hecho delictivo que pueden equipararse a la presencia, como el uso del teléfono, para ejecutar la ofensa o la amenaza.

1. La circunstancia de que la conducta se realice "en presencia".

El requisito de la "presencia" viene exigido tanto en el desacato cometido contra la Autoridad del art. 240, como en el llevado a cabo contra funcionarios públicos y agentes de la autoridad del art. 245. Su ausencia es lógica en los supuestos del art. 242, ya que al dirigirse, en este caso, la injuria y la amenaza contra los ejércitos o sus instituciones, la exigencia de que la acción se llevase a cabo en su presencia carecería de sentido alguno, dada la imposibilidad física de su realización.

La primera cuestión que aquí se plantea es la de indagar si el término "presencia" es equiparable al de percepción de la ofensa, esto es, si para poder considerar una conducta como constitutiva de delito de desacato es suficiente que la autoridad/funcionario público se halle presente en el momento de realización de la ofensa o si por el contrario ello no es suficiente, sino que deberá añadirse la percepción efectiva de la misma, o por el contrario, bastará la mera percepción aunque ofensor y ofendido no tengan contacto visual.

A este respecto ya se pronunciaba GROIZARD para quien "No hay necesidad de que la presencia sea tan material que el ofendido esté a la vista del ofensor. Bastará que aquél oiga las palabras ofensivas cuando con esa intención se pronuncien" (115). De este modo se puede interpretar que "presencia" del ofendido es equiparable a percepción, luego aunque ofensor y

ofendido no se hallen próximos físicamente será suficiente con que el funcionario perciba la ofensa para que se consume el delito (116).

A este respecto la escasa jurisprudencia del Tribunal Supremo se muestra contradictoria, pues mientras en alguna sentencia declara que aunque el funcionario escuche la ofensa, si no se encuentra físicamente presente, deberá considerarse que el delito se ha cometido fuera de su presencia (117); en otras, manifiesta que aunque exista algún obstáculo que impida la visión entre los sujetos, será suficiente la percepción de la ofensa para que se realice el desacato (118), para finalizar, recientemente en el año 1.971 (119), declarando que la norma penal no requiere que el sujeto ofendido perciba la frase ofensiva, siendo suficiente con que el mismo se encuentre en el ejercicio de sus funciones y presente cuando la misma se haya ejecutado. Por lo que poca luz nos depara esta doctrina de cara a clarificar el sentido de este requisito.

También la doctrina extranjera se muestra vacilante a este respecto. Si acudimos al Derecho francés, autores como CHAUVEAU/HÉLIE, mantienen que para la existencia del delito es necesario que cuando la conducta se ejecute de forma oral, se establezca una relación directa entre ofensor y ofendido (120). Sin embargo GARRAUD, distingue dos supuestos distintos en función de las diversas formas de comisión del delito. Si la acción ultrajante se realiza de forma oral, será necesaria la presencia física y la percepción por parte del sujeto ofendido para la consumación del hecho delictivo. Sin embargo cuando el ultraje se ejecute por otros medios, cabe la posibilidad de que el escrito sea entregado a un tercero -distinto del ofendido- y que éste

por su posición se encuentre en la obligación de darlo a conocer al funcionario o autoridad correspondiente. También en este supuesto, según el autor mencionado, nos encontramos ante un delito de "outrage" (121).

Idéntica vacilación hallamos en la doctrina italiana. Mientras MANZINI asegura que será suficiente para la consumación del delito que el ofendido tenga posibilidad de percibir la ofensa (122). Otros autores, como GRISPIGNI, requieren la efectiva percepción de la palabra ofensiva (123).

En mi opinión, no debiera ser tan relevante la presencia y consiguiente percepción de la ofensa por parte de la autoridad o del funcionario público, como la posible presencia de terceros o la publicidad a que diere lugar la conducta ejecutada. Valoración que estableceremos al final de este epígrafe.

La segunda interrogante que plantea el término "presencia" viene motivada por la aparición de modernos medios de comunicación cuya utilización era impensable en el momento en que se redactó el delito de desacato. Como ya se aludió (124), en otros ordenamientos jurídicos como el italiano, el legislador ha distinguido los supuestos de presencia inmediata, de los de presencia mediata, equiparada a la anterior y consistente en ejecutar la conducta por medio del teléfono o de medios telegráficos, lo cual permite la inclusión en el ámbito típico de los más sofisticados medios de comunicación (telefax, etc.).

Nuestro legislador no ha llevado a cabo una, llamémosla, puesta al día de la redacción legal de la norma, por lo que cabe preguntarse si por vía de inter

pretación analógica cabrá integrar los supuestos de utilización de estos medios, y así considerar que una injuria realizada por teléfono constituirá un desacato en presencia de una autoridad, por ejemplo. Una respuesta negativa a esta interrogante, es dada por CORDOBA, para quien "la inclusión del referido supuesto de realización de la conducta por medio del teléfono contrariaría el significado literal de los términos 'en presencia' utilizados por el precepto" (125). En contra de esta tesis se manifiesta, sin embargo, CUELLO CALON, para quien dicho medio comisivo es admisible y puede dar lugar, por tanto, a un delito de desacato cometido en presencia de la autoridad o del funcionario público (126). Postura que parece más correcta ya que responde al espíritu de la norma pero que, sin embargo, altera su literalidad, ya que aunque ésta se encamina a sancionar aquellas conductas cometidas directamente contra el funcionario y ello se realiza también con el empleo del medio telefónico, el mismo no se encuentra previsto legalmente, por ello su inclusión como medio comisivo, equiparable a la presencia, podría suponer un ataque al principio de legalidad, puesto que se fuerza el contenido de un término más allá de su literalidad posible.

Requisito que encuentra su sentido en el mayor grado de desprecio que manifiesta quien ejecuta la acción directamente sobre el ofendido. Fundamento que sería perfectamente extensible a los supuestos en que esta presencia física es sutituída por la utilización de medios de comunicación equiparables a la misma.

En los casos en que falte el requisito de la presencia cabe distinguir dos supuestos distintos. De un lado, cuando la acción se dirija contra la Autoridad, en cuyo caso habrá que acudir al art. 244 del Cp,

que disminuye la penalidad en relación al art. 240. Y de otro, cuando los sujetos implicados sean los funcionarios públicos o los agentes de la autoridad; en este segundo supuesto, cuando la injuria, el insulto o la amenaza se pronuncien o dirijan fuera de su presencia o en escrito no dirijido a los mismos, nos encontraremos fuera del ámbito típico del delito de desacato, ya que el art. 245 unicamente preve la sanción penal para los casos en que se de la presencia efectiva del funcionario. Luego deberemos acudir bien a los delitos contra el honor o a los delitos contra la libertad para sancionar estas conductas.

La omisión de una norma paralela al art. 244 respecto de los funcionarios públicos y agentes de la autoridad, quizás sea debida a que estos se encuentran más alejados del centro de poder y por ello no se considera lesivo para el prestigio de las instituciones el hecho de ejecutar la ofensa en su ausencia.

Una manifestación injuriosa a través de medio de comunicación, no dirigido al funcionario público, sólo podrá dar lugar a desacato respecto a ministros o autoridades, según el tenor del art. 244 en el que se recogen los supuestos realizados "fuera de su presencia o en escrito que no estuviere a ellos dirigido".

2. El escrito dirigido a la autoridad y a los funcionarios públicos.

La segunda de las circunstancias a las que aludíamos consiste en que la injuria, el insulto, la calumnia o la amenaza se realicen por medio de escrito dirigido a los funcionarios públicos (empleada la expresión en un sentido amplio). No siendo más explícita la norma, cabrá entender que será suficiente que el mencionado escrito se dirija al funcionario para la realización del tipo, independientemente del medio que se utilice, esto es, puede dirigirse bien mediante publicación en periódico o por medio de telegrama, siempre que se dirija directamente al afectado (127).

No tendrá la consideración de escrito directamente dirigido al ofendido, aquél que pase por sus manos y del cual tenga conocimiento pero que se halle destinado a otra persona, por ejemplo, a su superior jerárquico (128).

3. Valoración de estos requisitos.

En apariencia la razón de ser y fundamento de las circunstancias de "escrito" y "presencia" viene motivada por la producción de una mayor lesividad con respecto al bien jurídico protegido. Desde esta perspectiva, puede entenderse que el legislador haya creído oportuno que en estos casos la sanción penal aumente

debido al mayor desprecio que supone realizar la conducta bien directamente en presencia del ofendido, bien por medio equiparado a la misma -presencia mediata-, mediante la utilización de un escrito dirigido directamente al sujeto. Interpretación que parece factible ya que su ausencia determina una disminución de penalidad en los supuestos del art. 244 o una causa de atipicidad -atipicidad, se entiende, como delito de desacato- en el caso de que los afectados sean simplemente funcionarios públicos.

Sin embargo una somera reflexión al respecto puede llevar a conclusiones bien distintas. Si lo que se pretende proteger con el delito de desacato, como reiteradamente hemos hecho constar, es el prestigio de los órganos de la Administración, no se nos alcanza como el factor que coadyuve a aumentar la sanción correspondiente al delito no sea la publicidad que se de al escrito o a la manifestación, jugando ésta ahora unicamente como mera agravante genérica y no como elemento de la descripción típica (129). Es evidente que mayor lesividad producirá la conducta que se realice publicamente que la ofensa dirigida a la Autoridad en la intimidad de su despacho oficial. En este segundo caso puede que lo que se vea lesionado sea más bien su honor personal, pero dificilmente el prestigio de las Instituciones que la autoridad encarna, puesto que la disminución del mencionado prestigio necesitará al menos de cierto conocimiento por parte de terceros para ser puesto en peligro.

De lo contrario, a mi entender se está produciendo un adelantamiento de las barreras de protección que se enfrenta al principio de "ultima ratio", a la vez que se deja sentir una vez más la influencia de los

delitos contra el honor, dando lugar a lo que ya OCTAVIO DE TOLEDO denominaba "transpersonalización" de este delito, puesto que en los supuestos de ausencia absoluta de terceros cuando se ejecuta la acción ofensiva o de publicidad de la misma, lo afectado sería más bien el honor personal del funcionario que el prestigio de los órganos que representan a la Administración.

Cuestión distinta es cuando la acción ejecutada consiste en una amenaza. En esta hipótesis encuentra su verdadero sentido la necesaria presencia del ofendido, ya que aquí si se manifiesta de un lado, el mayor desprecio que el autor muestra por la función pública y, de otro, con esta conducta si que puede ponerse en peligro el bien jurídico protegido por el delito, sobre todo si se entiende el prestigio de la Administración como el presupuesto necesario que permite un correcto desenvolvimiento de las funciones públicas.

VI. Los sujetos afectados por la conducta típica.

Puede llamar la atención del lector el encabezamiento del epígrafe -sujetos afectados por la conducta típica- por la falta de alusión, que en principio parecería más correcta, al **sujeto pasivo**, al titular del bien jurídico protegido. Omisión totalmente consciente, puesto que si el sujeto pasivo debe delimitarse en función del interés tutelado, en este caso, e independientemente del bien jurídico que se entienda protegido desde las diversas posturas ya analizadas -prestigio de la Administración, regular funcionamiento de la misma, o incluso, desde la doctrina mantenida tradicionalmente por el Tribunal Supremo, el principio de autoridad- el sujeto pasivo de la conducta será siempre la Administración. Por ello es preferible la expresión "sujetos afectados por la conducta típica" que la denominación de sujetos pasivos, cuando hagamos referencia a la autoridad y demás funcionarios públicos. De lo contrario ello implicaría, además, cierto grado de confusión sobre si lo tutelado es el honor del funcionario.

La autoridad y los funcionarios públicos, junto con los agentes de la autoridad, son los sujetos inmediatamente afectados por la conducta, no los titulares del bien jurídico protegido ni, en consecuencia, los sujetos pasivos del delito, por el carácter institucional, supraindividual del bien jurídico propio del capítulo que analizamos.

Por lo que respecta al **sujeto activo** del delito, éste puede ser cometido por cualquier persona. En los casos en que quien lleva a cabo la acción se halle constituído en autoridad o sea a su vez funcionario público, nos encontraremos ante las cualificaciones de los arts. 240.3º y 241. Aquí, cabrá plantearse la cuestión de si es factible la comisión de este delito cuando la ofensa tenga lugar entre personas constituídas en autoridad.

En cuanto a los sujetos afectados directamente por la conducta típica, los artículos 240 y ss. nos hablan de la autoridad, el funcionario público y los agentes de la autoridad. Conceptos cuya definición, al menos en parte, viene dada en el art.119 del mismo Código penal. Ahora bien, el concepto de funcionario es, por excelencia, una categoría que se encuadra fundamentalmente en el Derecho Administrativo, debido a lo cual hemos de realizar un análisis previo a su definición, y averiguar si nos encontramos ante un concepto propio y autómono para el Derecho penal, o si por el contrario es coincidente con el formulado por aquél. En caso de que existan diferencias habremos de ver cuales son estas y en base a qué criterios se ha visto la necesidad de formular un concepto autónomo para nuestra disciplina.

Sin embargo este análisis se demostrará insuficiente. Será necesario realizar una interpretación que suponga una adecuación entre la norma del art. 119 y las finalidades específicas del precepto que origina la aplicación del mencionado artículo (130), en este caso, los arts. 240 y ss. del Código penal.

A este respecto varios serán los aspectos que

deberemos tener en cuenta. Así, no puede echarse ensaco roto, el hecho de que desde el Código penal de 1.870, en que se configura el delito de desacato tal y como hoy lo conocemos, hasta la actualidad, el número de funcionarios dependientes de la Administración ha aumentado notablemente. De otro lado, tampoco puede olvidarse que las funciones que estos llevan a cabo, esto es, los denominados servicios públicos, han sufrido una transformación que me atrevería a calificar de radical, no sólo por el aumento de su número, sino también por la cada vez menor delimitación entre funciones consideradas eminentemente públicas y las privadas. Ello conlleva el que, al menos hipotéticamente, el número potencial de sujetos que pueden ser objeto de este delito se haya incrementado desmesuradamente.

Ante este fenómeno cabe cuestionarse si el delito de desacato tal y como se concibe responde al "telos" según el cual fué concebido. Si es necesario proteger ya sea el prestigio de las instituciones democráticas, o su regular funcionamiento, deberemos preguntarnos si las conductas llevadas a cabo contra cualquier clase de funcionario, pueden poner en peligro alguno de estos bienes jurídicos.

Es evidente que injuriar a un funcionario del servicio de limpieza municipal puede alterar, aunque sea momentáneamente, la ejecución de su tarea. Ahora bien, ¿debe considerarse esa conducta de tal relevancia como para quedar incluida en el Título VIII del Cp?. Igual cuestión se plantea si el punto de referencia tomado es el prestigio de la Administración, ¿queda éste menoscabado por tal acción?.

Es evidente la necesidad de limitar el ámbito

de protección típico y reducir el número de sujetos afectados por la conducta (131), limitación que deberá producirse con base al criterio de determinar qué funciones consideradas de especial relevancia, requieran una especial protección por parte del ordenamiento jurídico. No obstante, de "lege lata", es insoslayable que "todo funcionario" puede ser objeto material del delito de desacato.

1. El art. 119 del Código penal. Autonomía del concepto penal.

El "funcionario público" como sujeto alrededor del cual gira la moderna Administración, es una institución relativamente reciente en el tiempo. Cuando el Estado comienza a desarrollarse como ente prestador de servicios públicos, es cuando este fenómeno comienza a tomar entidad, no tanto por el número de servicios que la comunidad exige le sean dados por el mismo, sino por el número de sujetos que son necesarios para llevarlos a cabo.

Lo que comienza siendo un mero brazo del poder real, una extensión del poder del soberano, necesario para que éste se encuentre presente en la sociedad, se transforma en una maraña de sujetos, que continúan denominándose funcionarios, pero que muy poco tienen que ver con las funciones y con la entidad que poseían antaño. Esto tiene como consecuencia que en el ámbito del Derecho Administrativo sea relativamente reciente el interés por su definición (132) mientras que para el

Derecho penal la necesidad de controlar aquellas conductas delictivas cometidas por las personas más cercanas al poder se remonta mucho más atrás en el tiempo. Quizás sea este uno de los factores, que como veremos, puedan avalar la autonomía de un concepto estrictamente penal de funcionario público.

A. Antecedentes legislativos del art.119 del Cp.

El Código penal de 1.822 omite definición alguna de lo que se considera funcionario público o autoridad, únicamente en el art.404 del Capítulo III "De las falsedades, supresiones y omisiones que se cometan en escrituras, actas judiciales, ú otros documentos públicos ó de comercio", ofrece un concepto a 'sensu contrario', esto es, el legislador nos dice a quien no considerará funcionario público a efectos exclusivamente de estos tipos delictivos (133).

Es en el Código penal de 1.848 donde encontramos por primera vez un concepto de funcionario público. Figuraba en el Capítulo XVII, bajo la rúbrica "Disposición General" al final del Título VIII "De los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos", en el art.322 (134) en el que se hacía referencia a lo empleados que desempeñaban un cargo público. Como puso de relieve PACHECO, se adquiría la condición de empleado público por el mero hecho de desempeñar un cargo público (135), lo cual suponía un concepto amplio de funcionario ya que todo el que ejerciese un cargo público obtendría sin más la condición de empleado.

Al encontrarse al final del Título VIII, su

eficacia quedaba reservada al mismo (136) como ya indica la misma letra del art. 322 "Para los efectos de este título se reputa...". Por lo que unicamente desplegará sus efectos en el ámbito del mencionado Título.

Esta redacción que se mantiene en la Reforma de 1.850, -en el art.331-, sufre una importante modificación en el Código de 1.870. Aunque continua su ubicación en la Parte Especial, puesto que será en el Capítulo XIII "Disposiciones Generales" del Título VII "De los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos", art.416, donde nos ofrece el legislador el concepto de funcionario público (137). Su eficacia ya no se circunscribe como anteriormente al Título VII, sino que se amplia a los anteriores Títulos (138). Además se sustituye la denominación de empleado por la de funcionario público, a pesar de que dicha expresión subsista en el encabezamiento del Título VII.

Aquí ya encontramos los tres modos de adquisición de la cualidad de funcionario que lo caracterizan actualmente: por disposición inmediata de la ley, por elección popular (calificativo que desaparecerá posteriormente) y por nombramiento de autoridad competente.

Asimismo en el Capítulo VII "Disposiciones comunes a los tres Capítulos anteriores" (139), en el Título III "Delitos contra el orden público", art.277, se enuncia el concepto de Autoridad:

> "Para los efectos de los artículos comprendidos en los tres capítulos precedentes, se reputará Autoridad al que por sí sólo ó como individuo de alguna Corporación ó Tribunal, ejerciere jurisdicción propia.

Se reputarán también Autoridades los funcionarios del ministerio fiscal."

Definición que como comprobamos no ha sufrido variación hasta nuestros días.

El concepto de funcionario público encontrará su ubicación definitiva en el Código penal de 1.928. Se situará en el último título del Libro I, al final de la Parte General, y su eficacia abarcará todo el articulado del Código penal (140). Consideración que se hace extensiva al concepto de Autoridad que se define en el art.213. Otra novedad que encontramos en este Código, es que por primera y única vez el legislador nos da un concepto de agente de la autoridad en el mencionado artículo (141).

A excepción del Código de 1.932, que retoma la sistemática anterior (142), esta se mantiene inalterada hasta nuestros días.

Varias y de diverso orden son las consideraciones que nos suscita la breve referencia histórica pergeñada.

En primer lugar llama la atención la insistencia del legislador en poner de manifiesto que tanto la definición de funcionario como la de autoridad, única y exclusivamente tienen eficacia a efectos penales, desmarcándose así del concepto que pueda provenir del Derecho Administrativo.

En segundo, es significativo, o al menos llama nuestra atención, el hecho de que la definición de

funcionario público en un primer momento, sólo despliegue su eficacia en el ámbito de los delitos cometidos por los funcionarios públicos, esto es, cuando éstos actúan prevaliéndose de su condición de miembros de la Administración del Estado.

Por último señalar dos cuestiones de orden técnico que se desarrollaran posteriormente. La primera, hace referencia a la desaparición en el Código de 1.944 del calificativo de "popular" que acompaña al modo "elección" como forma de adquisición de la condición de funcionario público. Reseñar, en segundo lugar, que el concepto de agente de la autoridad unicamente ha sido objeto de definición legal en el Cp de 1.928. La ausencia del mismo, hoy día, dará lugar a ciertas dificultades a la hora de delimitar su exacto contenido, a efectos penales.

B. **Autonomía del concepto penal de funcionario público. Similitudes y diferencias del mismo respecto al concepto mantenido por el Derecho Administrativo.**

El legislador penal ha definido siempre al funcionario público desde la perspectiva de los intereses propios de tal rama del ordenamiento jurídico, ofreciendo un concepto que califica como válido sólo a efectos penales. A continuación vamos a comprobar si esta toma de postura ha encontrado refrendo en la doctrina y en la jurisprudencia e intentar analizar que diferencias básicas existen entre el concepto dado por el legislador penal y el ofrecido por el Derecho Administrativo, así como plantear el porqué de esta disparidad de criterios entre ambos ordenamientos.

a. Autonomía del concepto penal de funcionario.

Es mayoritaria la doctrina que se pronuncia por la autonomía conceptual de dicha categoría respecto al Derecho Administrativo (143). Como pone de manifiesto COBO DEL ROSAL "la moderna tendencia a la especialidad legislativa de las definiciones, en gracia a la dificultad de encontrar un concepto unitario que hace, en consecuencia, sea la definición solamente utilizable a efectos de la ley que la define -en el mejor de los casos-, pero carente de virtualidad a otros efectos." (144).

Opinión que ha sido compartida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y que recientemente se ha visto refrendada por nuestro Tribunal Constitucional en S. de 24 de octubre de 1.985 (BOE 26 de noviembre de 1.985 Ar. 143), donde admite que la definición dada en el art. 119 del Cp "reducida a los efectos penales no es trasladable a los otros campos del Derecho, cual el Administrativo".

Es por tanto unánime la opinión de que los conceptos de funcionario público y autoridad dados por el legislador penal reducen su eficacia al campo del Derecho penal sin poder extenderse la misma a ninguna otra rama del ordenamiento jurídico.

Pero estas aseveraciones, no se basan unicamente en la interpretación gramatical que se pueda derivar del análisis del art. 119, sino que como vamos a comprobar a continuación, las notas que caracterizan al funcionario público son distintas en Derecho Administrativo y en Derecho penal.

Antes de continuar conviene hacer una salvedad. Si me estoy refiriendo exclusivamente al concepto de funcionario, es porque la noción de autoridad ofrece unas particularidades que se señalarán al analizar su contenido. Además, como se indicará oprtunamente, en el ámbito del Derecho penal es requisito indispensable poseer la cualidad de funcionario para ostentar la categoría de autoridad, con lo cual el concepto de autoridad sería unicamente una especificación respecto al más genérico de funcionario público (145).

b. **Breve análisis comparativo del concepto de funcionario público en Derecho penal y Derecho administrativo. Amplitud del concepto penal.**

A pesar de que la figura del funcionario público es clave dentro de la composición del actual Estado burocrático (146), nos encontramos con que no existe una delimitación clara de tal concepto dentro de la teoría del Derecho Administrativo. Es cierto que la complejidad alcanzada actualmente por los servicios que prestan la Administraciones públicas y la consiguiente variedad de formas o modos contractuales que ello genera (147), dificulta en gran medida el establecimiento de un concepto nítido y claramente delimitado, que abarque todo tipo de supuestos de la categoría funcionario público.

Por este motivo será doble el esfuerzo a realizar por el estudioso del Derecho penal, de un lado al tener que enfrentarse con categorías foráneas a su campo de trabajo, y de otro, al tratar de reducir a sus justos términos una cateoría conceptual que "a priori"

se presenta tan amplia y variada.

Dentro del ámbito del Derecho Administrativo el concepto de funcionario público es bastante impreciso (148); a modo general y partiendo de la definición que del mismo formula el art. 1 de la Ley de Funcionarios civiles del Estado (de 7 de febrero de 1.964) (149) podemos desglosar las cuatro notas que caracterizan al mismo:

1.- La incorporación. Para poder ser considerado funcionario público a efectos administrativos el sujeto debe de incorporarse efectivamente a la Administración del Estado, lo que excluye a toda persona que ocasionalmente preste sus servicios a la misma.

2.- La profesionalidad. Entendiendose por tal, cuando el sujeto hace del ejercicio de la función pública su modo de vida. La necesidad de este factor excluye a aquellos que colaboran con el Estado desde un cargo de carácter político.

3.- La retribución. Esta debe de venir consignada en la partida correspondiente de los Presupuestos Generales del Estado, o de las Comunidades Autónomas en su caso y,

4.- El sometimiento al Derecho administrativo. Las relaciones existentes entre funcionario y Administración se encuentran sometidas a las disposiciones del Derecho administrativo, por lo que, aquellas personas vinculadas a la misma por un contrato de tipo laboral no poseerán la condición de tales (150).

Partiendo de esta base y ateniéndonos a una somera lectura del párrafo 3º del art.119, podemos establecer, siguiendo a COBO DEL ROSAL, las siguientes diferencias entre las concepciones mantenidas por el Derecho penal y el administrativo: en primer lugar, para el

ordenamiento jurídico penal es suficiente la mera "participación" en la función pública sin que sea necesaria la "incorporación" a la Administración del Estado, lo que da lugar a que los sujetos que prestan servicios esporádicos en la misma, siempre y cuando cumplan los restantes requisitos del pfo.3º del art.119, tengan la consideración de funcionarios a efectos penales, aunque no lo sean a efectos administrativos; en segundo, y unido a lo anterior, no es necesaria la "permanencia" en el ejercicio de la función pública (151).

Ambos conceptos tienen como punto en común el hecho de que la retribución debe de estar consignada en la partida presupuestaria correspondiente.

Lo que pone de relieve que el concepto de funcionario público ofrecido por el Derecho penal es mucho más amplio que el que se recoge en el art.1 de la LFCE. El hecho de que en nuestra disciplina baste la mera participación en el ejercicio de la función pública, unido a la actual dificultad de delimitar qué se entiende por tal, va a dar lugar a una dispersión del concepto con los consiguientes riesgos de inseguridad jurídica que esto produce y sus consecuencias en orden al error de tipo en la comisión delictiva.

c. Fundamentación de la autonomía del concepto.

Cabe preguntarse el por qué de la necesidad de un concepto distinto de funcionario público en los ámbitos del Derecho penal y el Administrativo. Siendo, como es, una categoría personal que se incluye y forma parte de la Administración cabría pensar que su

definición y delimitación deberían ser únicas y a todos los efectos del ordenamiento jurídico en general.

Es posible que la autonomía que se propone para dicha categoría en el ámbito penal venga motivada por dos razones de diversa índole. Una, de orden meramente histórico, relativa a la antigüedad del Derecho penal y la doctrina que lo desarrolla frente al Derecho Administrativo, cuya evolución y estudio sistemático es mucho más reciente. El legislador penal pudo encontrarse (y esto no trata de ser una aseveración, sino meramente una intuición, ya que el análisis de esta cuestión conllevaría por si sólo la realización de un estudio monográfico) ante la necesidad de regular una serie de conductas cometidas por los sujetos ligados a la Administración, sin que existiera una definición genérica, que abarcase los diversos supuestos existentes, por ello tuvo que realizar él mismo esta tarea (152). De otra índole sería la diferencia de finalidades y funciones que caracterizan a ambas disciplinas. De un lado el Derecho Administrativo se interesa en la regulación de las diversas situaciones que se puedan dar entre la Administración y los sujetos que se encuentran ligados a ella -sujección especial-, mientras que en el Derecho penal prima la idea de fiscalizar y controlar las posibles irregularidades que estos cometan prevaliéndose de su condición de funcionarios o bien, en otro orden de ideas, reprimir los ataques de que estos mismos puedan ser objeto (153). Es plausible que por ello en el ámbito del Derecho penal el concepto de funcionario deba ser más amplio, ya que no se trata tanto de averiguar qué tipo de relación une a un sujeto con la Administración (que puede ser más o menos estricta en cuanto a sus requisitos), sino tratar de controlar las situaciones de prevalimiento de tal condición, aunque

estrictamente (para el Derecho Administrativo) tal sujeto no ostente la condición de funcionario público.

2. Examen del art. 119 del Código penal.

Se inicia el análisis del art.119 por su párrafo 3º por ser más genérica la definición de funcionario público e incluir a las restantes, de autoridad y agente de la misma, para pasar a continuación a analizar el concepto de autoridad.

El último epígrafe de este apartado lo dedicaré a la descripción de lo que se entiende por agente de la autoridad, tema problemático debido a la ausencia de un concepto legal, ya que al respecto guarda absoluto silencio el art.119. Como ya se apuntó, unicamente el Código penal de 1.928 reguló dicha figura, no existiendo ni anterior ni posteriormente definición legal alguna.

A. El funcionario público. Concepto legal: análisis del art. 119 pfo. 3º del Cp.

En el párrafo 3º del art.119 el legislador ofrece la definición de funcionario público a efectos penales con la siguiente descripción:

> "Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente

participe del ejercicio de funciones públicas."

Como ya indiqué anteriormente, es éste un concepto cuya eficacia queda limitada al ámbito del Derecho penal, y por tanto no aplicable a ninguna otra rama del ordenamiento jurídico.

De la lectura del citado precepto se desprende que tres son los modos o títulos que posibilitan la adquisición de la condición de funcionario: por disposición inmediata de la ley, por elección y en último lugar por nombramiento de autoridad competente. A continuación analizaremos cada uno de ellos.

a. **Modos de adquisición de la condición de funcionario. Por disposición inmediata de la ley.**

La primera cuestión que plantea esta modalidad de adquisición de la condición de funcionario público es la referente a qué debe de entenderse por ley.

A este respecto RODRIGUEZ DEVESA, es partidario de una interpretación restrictiva del concepto, afirmando que la palabra "ley" debe entenderse en un sentido estricto, no siendo válida ninguna disposición de rango jerárquico inferior (154). Por ello, y de acuerdo con las clases de leyes existentes, habremos de considerar que tienen tal condición en primer lugar, las leyes formales que son las promulgadas por el Parlamento, así como aquellas equiparadas a las mismas, decretos-leyes y decretos-legislativos, (leyes en sentido material). Añadiéndose a las mismas, a raiz de la

promulgación de la Constitución española de 1.978, las Leyes Orgánicas y las autonómicas, poseedoras también ambas de la condición de leyes. Quedarían excluídas, por carecer de fuerza legitimadora, los reglamentos y circulares ya que jerárquicamente son inferiores a las mencionadas anteriormente (155).

A este respecto, cabe señalar, que DEL TORO, mantiene una especial interpretación del pfo.3º del art.119. Considera que su redacción no es excesivamente afortunada al precisar tres modalidades para adquirir la condición de funcionario ya que, "Toda disposición inmediata de la ley que permita adscribir un sujeto al ejercicio de funciones públicas contiene bien un nombramiento bien una elección." (156). Según esto el requisito objeto de comentario, sólo tendría un efecto legitimador de los otros dos títulos de adquisición de la condición de funcionario -elección y nombramiento-.

La argumentación de DEL TORO es la siguiente: parte de la premisa de que el título "por disposición imnediata de la ley" debe reconducirse a los límites que marca el propio art.119, esto es, a "participar en el ejercicio de funciones" (157). Por lo tanto, para averiguar si una persona puede ser considerada funcionario público, deben de realizarse dos operaciones: la primera, consistente en indagar si las funciones que va a ejercitar son públicas o no. En este primer momento habremos de acudir a las leyes en las que se explicitan el género de funciones que el ejercicio de ese cargo conlleva y dilucidar su carácter de públicas o privadas. En un segundo momento, se comprobará si el sujeto participa de las mencionadas funciones públicas en virtud de alguno de los títulos que ennumera el art.119, esto es, por nombramiento de autoridad competente o por

elección. Es "por disposición inmediata de la ley" por lo que un sujeto nombrado por autoridad competente o bien por elección, participa del ejercicio de funciones públicas. Si por el contrario se reduce dicha expresión a la condición de título de incorporación del sujeto al cargo, como mantiene RODRIGUEZ DEVESA, unicamente en casos excepcionales se podrá incorporar un sujeto a la función pública y por tanto considerarse como funcionario a efectos penales (158).

Será la ley la que describa las funciones públicas que conlleva el cargo y bien por nombramiento, bien por elección, el sujeto se incorporará al ejercicio de las mismas, con lo cual obtendrá la calificación de funcionario a efectos penales.

Es el propio autor quien critica su interpretación del citado artículo, ya que reconoce que la misma "contradice (...) la estructura gramatical del último párrafo del art.119." (159). Lo cual es cierto, ya que guste o no, la existencia en el mismo de la conjunción "o" manifiesta claramente la existencia de tres modos de adquirir la condición de funcionario.

Aunque ciertamente la descripción legal obliga a una interpretación contradictoria con la mantenida por el profesor DEL TORO, no es menos cierto que no carece de sentido el afirmar que la descripción de la función pública venga descrita por ley y la concreción del sujeto destinado a ocupar ese cargo se efectue bien por elección, bien por nombramiento de autoridad competente, ya que como más tarde se comprobará, mediatamente todas las formas de adquisición se legitiman en base a la previa existencia de una ley que indique cuales son las funciones que se deban desarrollar por la

Administración y en base a esas necesidades se elegirán o nombrarán los funcionarios necesarios para llevarlas a cabo.

b. Por elección.

El segundo modo o título por el cual acceder a la condición de funcionario, es a través de la elección. Este requisito vió suprimido el calificativo de 'popular' en el Código penal de 1.944; curiosa supresión, si tenemos en cuenta que en todos los anteriores Códigos se había mantenido la misma redacción, esto es, se tenía por título válido para la adquisición de la categoría de funcionario unicamente la "elección popular". No creo aventurado el afirmar que esta, en apariencia simple reforma, deja traslucir una filosofía política que caracterizó al sistema político anterior. Es claro que el régimen político que surgió de la Guerra Civil española se caracterizó por la ausencia de todo espíritu democrático, lo que motivó la supresión de todo proceso electoral digno de denominarse como tal (no creo que hoy día pueda cuestionarse que las "elecciones" por tercios a las Cortes Generales del Estado, dentro de la más pura teoría política, puedan considerarse como procesos electorales), con lo cual, fué lógica la supresión de tal adjetivo de nuestro Código penal. De este modo se posibilitaba el acceso a la categoría funcionarial de personas por la simple elección, que podía realizarse en cualquier entidad considerada de interés público. Así a modo de ejemplo, obtuvieron tal consideración los miembros electos a puestos directivos de las FET y JONS, dentro de la más estricta legalidad (160).

Si bien hoy día no sólo repudia al más mínimo sentimiento democrático, sino que colisiona frontalmente con los principios que se desprenden de la CE, parece que la no inclusión del término 'popular' en el art. 119, sigue posibilitando tal interpretación, aunque sólo sea de forma teórica e hipotética. Hecha esta consideración, en opinión de QUERALT (161) parece claro que actualmente sólo podremos admitir una participación en el ejercicio de la función pública a aquellas personas que resulten elegidas en una elección que necesariamente deberá efectuarse por sufragio universal (162).

Dentro del término "elección" habrán de incluirse aquellas secundarias y terciarias, esto es, serán también funcionarios públicos, y en algunos casos autoridad, los sujetos elegidos por los electos a su vez por sufragio universal. Ejemplo evidente es el caso de los Alcaldes, que no son elegidos directamente por los vecinos, sino por los concejales elegidos directamente por estos (163).

c. Por nombramiento de autoridad competente.

El problema que plantea esta tercera vía de acceso a la condición de funcionario es averiguar cuándo la autoridad puede nombrar a un sujeto funcionario público.

Habremos de distinguir distintos planos. En principio, sólo podrá efectuarse este nombramiento, según las previsiones legales en las distintas esferas de la actividad administrativa, y de acuerdo con los requisitos materiales y formales previstos especificamente

para cada categoría de funcionarios (los principios generales se recogen en la Ley de Funcionarios civiles del Estado de 7.2.1964, en la Ley de Reforma de la Función Pública de 2 de agosto de 1.984, y por último en la Ley 23/88 de 28 de julio).

El nombramiento constituye el acto formal que da paso a la forma de posesión correspodiente, a partir de la cual el sujeto adquiere el "status" administrativo de funcionario, recibiendo el número de registro correspodiente. Según esto, aunque desempeñara con anterioridad el mismo trabajo o servicio -contractualmente o interinamente- aún no es funcionario en sentido estricto.

El problema reside en determinar si el art. 119 se está refiriendo a este nombramiento formal que sigue a la superación de las pruebas o concursos correpondientes regulados en las leyes relativas a la Función pública, o si acoge también otro sentido del vocablo "nombramiento", relativo al efectuado por autoridad competente para ello, en las hipótesis en que el sujeto en cuestión no accede a la función pública mediante el correspondiente concurso oposición, sino por vía de designación (así, por ejemplo, los cargos de libre designación en el ámbito de la Administración pública).

Es en esta segunda hipótesis donde, parece, cabe encuadrar la opinión manifestada por QUERALT, "Es evidente que si se trata de un funcionario cuya retribución corre a cargo del erario público sólo lo podrá nombrar si existe previsión presupuestaria para su retribución" (164). De donde parece deducirse, que es suficiente la previsión presupuestaria, para que una determinada autoridad pueda, mediante libre

designación, adscribir a una sujeto a la función pública.

Por lo que el concepto de "nombramiento" utilizado por el Código penal difiere del usado en el Derecho administrativo. En éste nos encontramos ante un requisito de tipo formal que se conforma como un acto administrativo unilateral necesitado de aceptación por parte del funcionario para que surta sus efectos. Una vez producida la misma se produce la integración en la función pública. Mientras que en el Derecho penal se configura éste de forma más amplia, constituyendo, practicamente una vía de acceso a la función pública.

d. Participación en las funciones públicas.

Previo a lo que se entiende por participación en el ejercicio de funciones públicas, habremos de definir qué es la función pública. Cuestión no exenta de dificultades ya que actualmente la linea divisoria entre función pública y privada se encuentra difuminada debido a la asunción por parte del Estado de una serie de servicios que tradicionalmente se encontraban en manos privadas, así como la gestión, -en regímenes jurídicos especiales-, por parte del sector privado de intereses claramente públicos.

Por ello la distinción entre ambas clases de funciones habrá de ser meramente formal (165). Tan sólo será pública la función ejercida por los Organismos estatales en sus distintos niveles (166) o bien, la distinción se efectuará en función del sector del ordenamiento jurídico que ordene y regule su tráfico jurídico

(167), de manera que si corresponde al el Derecho Administrativo estaremos ante una función pública.

En otro orden de cuestiones, se plantea el problema de considerar como suficiente la mera participación en el ejercicio de la función pública para adquirir la condición de funcionario público a efectos penales. Sobre esta cuestión la doctrina se encuentra dividida, para unos basta con la simple participación en la función para adquirir tal condición (168) lo que tiene como consecuencia lógica que los sujetos que presten sus servicios en una entidad cuyo tráfico jurídico este sometido al Derecho público, obtendrán automáticamente la cualidad de funcionario público a efectos penales, aunque su estatuto personal no sea público. Otros, entre los que se encuentra RODRIGUEZ DEVESA, consideran que no es suficiente la mera participación, ni que sea identificable funcionario público con todo sujeto que participe de algún modo en el ejercicio de la función pública, sino que es necesario que adquiera la condición de tal por alguno de los modos o formas que indica el art.119 del Código penal (169).

Esta última interpretación se ajusta más a la propia letra de la ley, que indica que para ser considerado funcionario es necesaria la participación en la función pública, pero ésta sólo se legitima adquiriéndola de alguno de los modos que el propio art. 119 indica.

B. El funcionario de hecho.

La variedad de servicios públicos que actualmente prestan los distintos Organismos Estatales, ha traído como consecuencia una diversidad de formas de relación entre la Administración y los sujetos que de ella dependen contractualmente, por lo que ya apuntábamos no era tarea fácil ofrecer una definición de funcionario que abarcase todos los supuestos existentes. Entre esta variedad de sujetos que se vinculan con la Administración encontramos al denominado funcionario de hecho, aquel sujeto "que ejerciendo las funciones públicas propias de un oficio o cargo público, le falta algún requisito fundamental para hacer de él un funcionario 'de jure', es decir, quien ingresando en los cuadros de la Administración como funcionario presta a la misma un efectivo servicio, pero, sin embargo, su situación no es regular, por lo que no puede ser considerado funcionario de derecho." (170).

Esta sería la definición que del mismo aporta el Derecho Admnistrativo. ¿Se puede incluir esta figura dentro del concepto que establece el art.119 del Código penal?.

Según RODRIGUEZ DEVESA se pueden distinguir dos hipótesis: de un lado, aquellos particulares que por propia iniciativa asumen una función pública; y de otro, los que por error de la Administración reciben un nombramiento y carecen de las condiciones necesarias para desempeñar el cargo (171).

En el primero de los supuestos, y consecuente con su afirmación de que la mera participación en la

función pública no habilita para la obtención de la categoría de funcionario, el autor sostiene que el particular no queda equiparado al funcionario ya que sólo desempeña funciones públicas pero no tiene nombramiento alguno que lo habilite para las mismas.

En la segunda hipótesis, los actos efectuados por dicho sujeto tiene los mismos efectos que los emanados de funcionario público, hasta el momento en que cese dicha situación anómala, ya que el particular reúne las condiciones que exige el art.119, esto es, está nombrado por autoridad competente y participa en el ejercicio de las funciones públicas (172).

Luego única y exclusivamente en esta segunda hipótesis será admisible la causación de un delito de desacato, ya que en el primero de los supuestos, el sujeto carece de habilitación suficiente como para integrarse en la categoría de funcionario público.

C.La autoridad.

La primera dificultad que uno encuentra cuando tiene que afrontar el concepto de autoridad, es precisamente la ausencia del mismo, o quizás, fuese más correcto decir, la ausencia de un concepto jurídico delimitado de lo que debe de entenderse por tal. Nos hallamos ante un tema que ha gozado de poca atención tanto por parte de la doctrina como del legislador (173), quizás debido a que de la misma existe una concepción prejurídica, amplia, que engloba diversas categorías (autoridad paterna, administrativa, religiosa...) y precisamente por ello se da como "valor entendido" y no

se ha sentido la necesidad de profundizar en un concepto estrictamente jurídico de la misma (174).

Antes de iniciar el análisis del concepto de autoridad que ofrecen los párrafos 1º y 2º del art.119 del Código penal, es necesario realizar una puntualización. Es unánime la doctrina penal al afirmar que para poder ser autoridad a efectos penales es condición previa el ser funcionario público (175), esto es, poseer la habilitación que la ley exige (por disposición inmediata de la ley, elección o nombramiento de autoridad competente) y además participar en el ejercicio de la función pública. Por ello, a efectos penales no se podrá ser autoridad sin poseer previamente la condición de funcionario público.

Lo que diferencia a un funcionario público de un funcionario constituido en Autoridad, a efectos penales, es que éste último está investido de mando y ejerce una jurisdicción propia, ya sea individualmente o como miembro de una Corporación o Tribunal (176), mientras que el primero carece de dichas facultades o prerrogativas (177).

A continuación se va a analizar el contenido de los dos primeros párrafos del art.119 que ofrecen el concepto de autoridad. Autoridad entendida desde dos diversos planos; el primero implica una perspectiva individual: aquella persona que ejerce mando y jurisdicción propia (esta condición se extiende a los miembros del Ministerio Fiscal). El segundo, la autoridad ejercida colectivamente: autoridad como miembro de alguna Corporación o Tribunal.

a. La autoridad en sentido individual: art.119 pfos.1º y 2º.

Según se establece en los párrafos 1º y 2º del art.119 del Código penal:

> "A los efectos penales, se reputará autoridad al que por sí solo o como individuo de alguna corporación o Tribunal tuviere mando o ejerciere jurisdicción propia.
> Se reputarán también autoridades los funcionarios del Ministerio Fiscal."

Concepto, que como se ponía de manifiesto en la introducción y como claramente indica la letra de la propia ley, es válido única y exclusivamente a efectos penales.

La doctrina afronta este concepto del legislador de una forma "beligerante". Para unos, estamos ante una definición superflua (178) ya que lo que debe entenderse por autoridad es algo conocido por todos y sería de mayor utilidad que el legislador hubiese efectuado una ennumeración de aquellos sujetos que ostentan tal cualidad, como efectivamente ha hecho en el párrafo 2º del artículo al mencionar a los miembros del Ministerio Fiscal, lo que evitaría equívocos a la hora de interpretar este concepto (179). Otros, como FERRER SAMA, también se posicionan en contra de dicha definición aunque por motivos opuestos. Para este autor no se trata de que la normativización del concepto sea superflua, al contrario, esta se demuestra escasa e insuficiente

"pues tal definición de autoridad nos lleva a la necesidad de determinar qué se entiende por mando y qué se entiende por jurisdicción propia." (180).

Efectivamente, será necesario analizar qué significan ambos elementos para poder determinar cuando un funcionario público es o no autoridad a efectos penales.

a'. Ejercicio del mando.

¿Qué se entiende por mando?. La doctrina hace equivalente o entiende ligada la expresión ya sea al poder de coacción (181) ya sea a la obediencia, como exigencia conceptual del propio concepto de autoridad (182).

Para DEL TORO (183) el ejercicio del mando supone una serie de características:

- la voluntad de mando: se trata de la "conciencia carismática" que el sujeto debe tener, conciencia del puesto que se ocupa dentro del escalafón administrativo y voluntad de ejercicio de las prerrogativas que el cargo conlleva.

- la exigibilidad de obediencia: la autoridad se manifiesta como poder superior, desde un punto de vista estrictamente jurídico, al ciudadano, de lo que se deduce la obligación de obediencia por parte de este hacia aquél. Ya que de otro modo "se quebrantaría el prestigio de los organismos decisorios y se vulnerarían acuerdos de trascendencia social." (184).

- decisión y ejecución: estamos ante la capacidad que toda autoridad posee de adoptar medidas ante hechos jurídicos de su competencia. La ejecución sería la materialización de dicha decisión, y es lo que caracteriza al agente de la autoridad.

Esta decisión abarcaría tanto las resoluciones tomadas con respecto a sus subordinados jerárquicos, dentro del escalafón administrativo, como las que afectan al resto de los ciudadanos (185).

Por lo tanto, vemos que el mando queda ligado a la obediencia, entendida en un sentido jerárquico. Y no sólo en las relaciones entre funcionarios incardinados en la estructura administrativa, sino que se hace extensiva a la relación autoridad-ciudadano. Muestra,una vez más, del proceso de desvirtuación que a lo largo de la historia ha sufrido el concepto de "auctoritas" (186).

b'. Jurisdiccción propia.

El vocablo jurisdicción propia ha de entenderse en un sentido más amplio que el que supone la función de juzgar, se añade a ésta la potestad de resolver los asuntos sometidos a su consideración (187). Estamos ante un término que equivaldría al de competencia utilizado por el ordenamiento jurídico admnistrativo. Así la autoridad se caracterizará por ostentar la competencia para la resolución efectiva de las cuestiones que se le planteen. Competencia que habrá de ser propia. Además deberá actuar siempre dentro de los límites establecidos por la misma.

Este concepto no plantea problemas cuando se refiere a los miembros que integran el Poder Judicial, ya que de acuerdo con las normas del Derecho procesal, cada tribunal tiene especificada su competencia y por tanto su jurisdicción.

El problema puede surgir en el campo del Derecho Administrativo, con aquellas autoridades que no poseen una jurisdicción propia sino delegada, que es la ejercida por comisión de la autoridad que tiene la jurisdicción propia. En estos casos, a efectos penales, dichos sujetos no tienen la consideración de autoridad ya que sus resoluciones son dictadas como si emanaran de la autoridad delegante (188).

b. La autoridad en su acepción colectiva: los Organismos (art.119,1º).

En el párrafo 1º del art.119 se hace referencia a la autoridad no sólo cuando actúa individualmente, sino como miembro de alguna Corporación o Tribunal. Veamos que significado tiene cada uno de estos términos.

a'. Corporaciones.

Según GARCIA DE ENTERRIA podría definirse la Corporación como aquel "conjunto de personas, las cuales adoptan la condición formal de miembros; son estos miembros, por una parte, los titulares de intereses a los que el grupo va a seguir, aunque se trate de intereses comunes y no particulares; y, en

segundo término, los propios miembros son quienes organizan el ente, en el sentido también de que es su voluntad la que va a integrar la voluntad propia del ente a través de un proceso representativo." (189). Quedarán aquí comprendidas todas las Instituciones de Derecho público del Estado (190), los diversos Parlamentos de las Comunidades Autónomas, las Corporaciones Locales, así como los Organos no jurisdiccionales de Gobierno del Poder Judicial.

De aquí que los Parlamentarios, tanto del Parlamento estatal, como de los respectivos Parlamentos Autónomos, posean la condición de autoridad a efectos penales; pues aunque su función es política, no por ello dejan de participar en la función pública como miembros de una Corporación, que es el Parlamento, amén de que el título por el cual ejercen ésta viene dado en la propia Constitución en la que se establece que éstos accederán al cargo por elección popular (191).

Mención aparte merecen las denominadas Corporaciones sectoriales de base privada. Sin pretender realizar un análisis exhaustivo de la problemática que plantea este tema en el Derecho Administrativo, creo conveniente hacer referencia a este punto a modo de ejemplo que ponga de manifiesto la dificultad de averiguar, si no es acudiendo a cada caso en concreto, cuando nos hallamos ante una autoridad. Ello conducirá a dificultades en la incriminación con respecto al delito de desacato, por el posible desconocimiento del sujeto activo, en muchos casos, de si se encuentra en presencia de una autoridad o por el contrario si el sujeto al que se dirige no tiene tal condición -error de tipo-.

Las Corporaciones, en abstracto, pueden ser de

dos clases: públicas, aquellas creadas por una disposición o resolución estatal; y privadas, creadas por el libre acuerdo de sus miembros (192). Sin embargo existen Corporaciones en donde los sujetos asociados lo son por una finalidad específica y su cualidad de miembros de dicha Corporación viene dada por una condición objetiva en directa relación con los fines corporativos. Así los Colegios Profesionales, donde sólo se asocian los profesionales del ramo, las Comunidades de Regantes, las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, etc. (193).

El problema que plantean estas Corporaciones es que aún estando sus actos básicamente regidos por el Derecho privado, en ciertos momentos de su vida social las actuaciones que llevan a cabo se rigen por el Derecho público y más concretamente por el Derecho Administrativo. Como ejemplo tomaremos a los Colegios Profesionales. Es evidente que su finalidad es la defensa de los intereses de sus asociados y por tanto son intereses particulares que en principio no afectan a toda la sociedad (aunque indirectamente puedan tener su incidencia, pero ello es extensible a cualquier tipo de sociedad, Corporación o entidad en general, por el simple hecho de encontrarse inserta en una comunidad). Como señalan GARCIA DE ENTERRIA y T.R. FERNANDEZ, "Y sobre esta base privada se produce con frecuencia un fenómeno adicional, que no afectando a la sustancia de estos entes es lo que ha solido justificar su inclusión en la categoría de Administraciones Públicas, introduciendo otro grave factor de equivocidad: la atribución a los mismos por el ordenamiento, o por delegaciones expresas de la Administración, de funciones que normalmente son propias de ésta." (194). De ahí su nombre de Corporaciones sectoriales de base privada. La delegación de la

Administración alcanza, por ejemplo, al control de las condiciones de ingreso en la profesión, la potestad disciplinaria sobre sus miembros, la organización de lo turnos de ofició, etc.

De esto, y en lo que a este trabajo compete, se deduce que aunque sus miembros en modo alguno poseen la condición de funcionarios públicos, sus órganos rectores cuando actúan en situaciones reguladas por el Derecho Administrativo, puesto que lo hacen "como verdaderos agentes descentralizados de la Administración" (195) obtendrán la condición de autoridad. Poseen además, título bastante para ello ya que han sido elegidos de entre los miembros del Colegio por elección, con lo cual a efectos del art. 119 poseen, sólo en los mencionados casos, la condición de funcionarios (196).

b'.Tribunales.

La expresión "tribunal" parece fuera de duda que hace referencia a los tribunales de Justicia (197). Aquellos tribunales que no sea judiciales, pero que se encuadran en la Administración pública, en opinión de QUERALT quedan incluídos dentro de las Corporaciones (198) (así por ejemplo los Tribunales de Contrabando).

D. El agente de la autoridad. Concepto.

El problema que plantea el concepto de agente de la autoridad es precisamente el de la ausencia de una definición mínima en el Código penal. Unicamente,

como ya se señaló, en el Código penal de 1.928 en el Título V "Disposiciones Generales" del Libro I se recogía en el pfo.3º del art. 213 un concepto de agente.

Con exclusión de este paréntesis, ningún Código -ni anterior ni posterior- ha ofrecido una definición de lo que debe entenderse por agente de la autoridad. En principio tal hecho, no tiene mayor trascendencia, puesto que como ya anotabamos anteriormente, todos los agentes de la autoridad deben de ser funcionarios públicos y cumplir los requisitos de nombramiento a ellos exigibles (199).

El concepto que se maneja hoy día, en el ámbito penal, es de origen doctrinal. Así para JASO "podemos decir que son aquellos que sirven la potestad de mando ejercida por los funcionarios autoridad." (200).

RODRIGUEZ DEVESA, clasifica a los agentes en dos clases: aquellos que ejercen como funcionarios auxiliares o subordinados y que se encuadran en el art.119 pfo.3º; y los que circuntancialmente prestan auxilio a la autoridad espontáneamente, o bien, obligadamente, en virtud de profesión no retribuida por el Estado, y colaboran con las fuerzas de seguridad del Estado. Es este segundo supuesto el que plantea problemas y para su solución no se puede dar una regla general, sino que habrá que indagar caso por caso su posible inclusión como funcionarios en razón de si cumplen o no los requisitos del pfo.3º del art.119 "no bastando con que un reglamento o disposición de rango inferior a la ley se les denomine agentes de la autoridad" (201).

Por tanto este nombramiento debe efectuarse con

Título bastante, esto es, no es suficiente una norma de rango inferior, sino una ley en el sentido anteriormente explicitado (baste de ejemplo el art.23 de la Ley de Policía de Ferrocarriles).

Lo cual nos lleva de nuevo al problema que oportunamente habrá de resolverse, sobre la posibilidad de conocimiento por parte del sujeto activo, de la cualidad de la persona sobre la que recae su acción a efectos del error de tipo.

3. Problemática específica que plantean estos sujetos en relación con el delito de desacato.

Hasta ahora se han tratado de apuntar, de manera genérica, los problemas que plantea para el Derecho penal el art.119, y más concretamente la dificultad de establecer una definición de funcionario público con unos contornos delimitados en orden, exclusivamente, a la interpretación del citado artículo. Relizada esta operación, tendremos que pasar a analizar los problemas que plantea la remisión que los arts.240 y siguientes del Código penal hacen al art.119. Varias serán las cuestiones objeto de análisis. En primer lugar, dilucidar la influencia que con respecto al desacato tiene la indefinición del concepto de autoridad, lo que producirá equívocos en su delimitación con la categoría de funcionario. En segundo término, exponer la problemática que plantea la posible admisión de la figura del desacato cuando éste tiene lugar entre autoridades, o bien, cuando el sujeto activo del delito es un superior

jerárquico del ofendido. Además de reseñar aquellos tipos específicos en los que se produce un aumento de la pena a imponer, por el hecho de que el sujeto activo sea un funcionario público subordinado al desacatado.

A. Equivocidad en el uso del término autoridad.

En este epígrafe se analizan dos cuestiones de distinta índole, pero ambas producto de la falta de un concepto jurídico claro de lo que debe entenderse por autoridad. De un lado, su posible solapamiento con el concepto de funcionario público. A primera vista difícil de entender desde una perspectiva teórica, pero no tan irreal en el momento de su aplicación práctica. De otro, la amplitud que se le ha dado al término en su aplicación jurisprudencial.

a. Falta de delimitación de los conceptos funcionario/autoridad en la doctrina jurisprudencial.

Como se señaló oportunamente al tratar del concepto jurídico de autoridad, el tema se caracterizaba más bien por una ausencia del mismo. Al igual que al tratar el concepto de funcionario, se manifestaba la amplitud con que el Derecho penal lo recogía, debido a la multiplicidad de formas contractuales con que actualmente se ligan los sujetos con la Administración Pública. La conjunción de ambos factores ha dado lugar a que el límite entre ambas figuras no sea del todo nítido.

Teoricamente la cuestión no parece problemática

si se tiene en cuenta que la ley es clara al afirmar que sólo serán autoridades aquellas personas que tengan jurisdicción propia y la ejerzan con mando. Ahora bien, cierto sector de la doctrina (202) entiende que también los funcionario públicos en el ejercicio de sus funciones poseen un cierto grado de "imperium" (203).

Esta matización sobre la posesión y entidad del mando, elemento básico para discernir ambas figuras, encuentra reflejo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que si bien lejana en el tiempo, pone de manifiesto como esta dificultad de interpretación puede conducir a que el titular de un mismo cargo en unas ocasiones sea considerado funcionario y en otras autoridad (204), y no es baladí la cuestión, ya que ello implica la aplicación de un tipo diverso con la consiguiente diferencia de pena a imponer, y sobre todo a efectos del conocimiento que es exigible al sujeto activo -dolo- para la realización de la conducta de cara al error de tipo.

Si bien es cierto que en la jurisprudencia reciente no se ha detectado una fluctuación entre ambas categorías, no por ello y como mera hipótesis, dicha cuestión es factible de reproducirse ya que, si cabe, la dispersión entre ambas categorías conceptuales es hoy día mayor. No tenemos más que pensar, a modo de ejemplo, en la complejidad que entraña la gestión de una Empresa Pública, donde pueden darse situaciones en que sea difícil dilucidar quien posee efectivamente el mando y la competencia para tomar decisiones.

b. La autoridad Eclesiástica.

Son varias las sentencias del Tribunal Supremo que han otorgado la condición de autoridad penal a autoridades eclesiásticas de la Iglesia Católica (205).

No se cuestiona la condición de autoridad que posee la Jerárquía Eclesiástica desde una doble perspectiva: de un lado como autoridad moral para todos los fieles que integran la Comunidad Católica; y de otro como auténtica autoridad jerárquica en la estructura organizativa de la propia Iglesia (206).

A efectos legales, no puede admitirse el equívoco de identificar autoridad moral con autoridad jurídica, ya que ello supondría una ampliación del ámbito de lo punible que no encuentra justificación, ni siquiera argumentando como hace el T.S., que las funciones que ejercitan son públicas.

Ahora bien, es necesario recordar, que esta jurisprudencia corresponde a un momento político determinado en el que se concebía a la Iglesia Católica y los servicios que ella prestaba, como auténticos servicios públicos, lo que lógicamente generaba la condición de funcionarios públicos de sus miembros. Desde la promulgación de la Constitución de 1.978, en la que se reconoce la libertad de cultos, así como la aconfesionalidad del Estado español, dicha interpretación deja de ser factible (207).

B. Supuestos de cualificación. Problemas que plantea la autoridad como sujeto activo del delito de desacato.

Al iniciar el estudio del art.119 del Código penal, reseñaba que sujeto activo del delito de desacato podía ser cualquier persona, incluso un funcionario público, lo cual da lugar a los tipos de los arts 240.3º y 241. Ello nos conduce al análisis de qué debe de entenderse por subordinación jerárquica.

a. Subordinación jerárquica.

En los arts.240.3º y 241 se recogen diversos supuestos. Todos ellos tienen en común que el sujeto activo de la conducta delictiva es un funcionario público que:

1.- realiza alguna de las conductas descritas (injuriar, insultar...) contra una autoridad a la cual puede o no, encontrarse jerárquicamente subordinado. En función de dicha subordinación la pena a imponer será diferente (art. 240.3º) (208).

2.- en el segundo supuesto, la conducta desacatante se dirige contra otro funcionario público, distinguiéndose también a la hora de imponer la sanción si existe o no subordinación jerárquica (art.241) (209).

En consecuencia habremos de interpretar qué se entiende por jerarquía en el contexto de la Administración del Estado para poder interpretar ambos supuestos.

De acuerdo con el art.103.1º de la Constitución

española (210), uno de los principios, entre otros, por los cuales debe regirse la Administración Pública, es el de jerarquía, que podría definirse en palabras de HAURIOU como la "superposición de grados en una organización autoritaria de agentes, de tal suerte que los agentes inferiores no ejercen sus funciones bajo la obligación directa y única de obsevar la ley, sino bajo la obligación de obedecer al jefe que se interpone entre ellos y la ley." (211).

Cuando el legislador habla de subordinación jerárquica, deberá interpretarse desde la perspectiva de concebir el principio de jerarquía como una mera técnica de organización del trabajo, que pretende una mayor racionalización del mismo en el ámbito de una estructura tan compleja como es la actual Administración del Estado (212). Otra interpretación basada en una concepción clásica de la expresión como "potestad ordenada capaz de mantener el imperio sobre los súbditos" (213) y por tanto, noción ligada estrechamente al concepto de poder (imperium), creo contradeciría el espíritu que se desprende del art. 103.1º CE. Los principios que allí se enuncian buscan configurar una Administración subordinada al ciudadano, en el sentido, de entidad legitimada y capacitada para la prestación de servicios públicos dentro de los parámetros de eficacia y coordinación. Lo que ha dado en denominarse por la doctrina administrativa alemana como Administración prestacional (214).

Sin embargo la redacción e interpretación de los arts.240.3º y 241 deja entrever un "sentimiento" diverso que se traduce en la imposición de mayor pena en aquellos casos en que existe subordinación jerárquica y aún mayor si la injuria, la calumnia... van

dirigidas contra un sujeto constituído en autoridad.

Dicha regulación puede explicarse por dos diversas vías. De una parte, hay que tener en cuenta que tradicionalmente se viene manteniendo, tanto por la doctrina mayoritaria como por la jurisprudencia, que el bien jurídico protegido por el delito de desacato es el principio de autoridad (215), lo cual justifica la mayor sanción penal para aquellos supuestos en que la conducta va dirigida contra una autoridad, puesto que se vulnera en mayor medida el mismo cuando el sujeto activo es un funcionario público, quien parece tiene una mayor obligación de "acatamiento" hacia su superior jerárquico que la exigible a un simple ciudadano.

Pero esto no es suficiente para justificar el mayor castigo recibido cuando el desacato se produce entre funcionarios públicos, que en principio ostentan igual rango jerárquico. Por ello aquí se añade un nuevo dato a tener en cuenta y que a mi modo de ver, justifica en parte el por qué actualmente se acusa a este delito de poseer una impronta "autoritaria". La introducción del art.241 data de la reforma efectuada al Código penal en el año 1.942 (Ley de 19 de febrero de 1.942), fecha que explica casi por sí sola el motivo de la reforma. La impronta autoritaria que caracterizó al régimen político surgido de la Guerra Civil española, hace perfectamente plausible el mantener que el militarismo que imperaba en lo social se trasladase a la Administración del Estado, dotando a la misma de un alto contenido jerárquico, necesario para el mantenimiento de un Ejército, pero hoy día incomprensible para el funcionamiento de una Administración moderna y democrática.

Por tanto el sentido de la expresión

"subordinado jerárquicamente" debe reducirse a la situación personal de un sujeto dentro del organigrama de funcionamiento de la Administración, subordinado dentro del escalafón administrativo a un superior jerárquico y no en razón de situaciones personales, esto es, la subordinación no es de la persona, sino del cargo que ocupa.

b. **Desacato entre autoridades.**

Previa a la exposición de las opiniones de la doctrina y de la jurisprudencia, una somera lectura del texto legal, muestra que en principio no existe impedimento alguno para que esta situación pueda encajarse en cualquiera de los artículos que al delito de desacato hacen referencia en el Capítulo VIII de nuestro Código penal. En ellos no se encuentra mención alguna, ni a favor ni en contra de tal supuesto, lo que hace perfectamente admisible la hipótesis.

Sin embargo la cuestión no se ha mostrado pacífica. De un lado es constante la jurisprudencia del Tribunal Supremo (216) manteniendo la imposibilidad de que pueda darse desacato entre autoridades, y ello se muestra coherente con el bien jurídico que mantiene se protege por esta norma jurídica, el principio de autoridad. Así lo argumenta en S. de 13 de noviembre de 1.970 (JC 1.236): "por punto general, no constituyen desacato las injurias y ofensas pronunciadas entre Autoridades en el desarrollo de conflicto de atribuciones, por no darse rebeldía contra el principio de Autoridad, que ambas en igual grado poseen u ostentan, pero que tal delito se produce si el ofensor obra como persona

privada, o se encuentra, ordinaria y accidentalmente, subordinado al sujeto pasivo, por deberes de inferioridad o dependencia jerárquica, de cualquier tipo -(...)- pues en tales casos la primacía autoritaria subiste".

Si la norma jurídica pretende la protección del principio de autoridad, es lógica desde este punto de vista la imposibilidad de admitir el delito de desacato entre autoridades, ya que estos dificilmente pueden atacarlo, puesto que encarnan a la autoridad misma.

Unicamente se admitirá este supuesto en dos ocasiones: la primera, cuando la autoridad se exceda en sus funciones, en cuyo caso pierde la cualidad de tal, con lo que vendrá a actuar como un particular.

En segundo lugar cuando las autoridades en litigio, pertenecen a distintos poderes del Estado. La autoridad cuando ejerce sus funciones actúa, dentro del ámbito de su competencia, lo cual crea una <u>situación de subordinación</u> con respecto a otras autoridades que pertenecen a un Poder distinto, así la actuación de los tribunales crea una subordinación sobre las partes en litigio, incluso cuando una de ellas es cualquier Autoridad perteneciente al poder Ejecutivo o al Legislativo. Así lo pone de manifiesto la S. de 24 de Abril de 1.978 (JC 387) "...pues las funciones están perfectamente delimitadas entre los poderes ejecutivo y judicial, de tal forma que las autoridades administrativas, en los actos judiciales, deben, como simples partes, sumisión, respeto y obediencia a los funcionarios judiciales que los rigen y dirijan; de igual forma que la autoridad judicial debe respeto y acatamiento cuando como simple asistente, interesada o parte, asista a actos presididos por autoridades administrativas, incidiendo

unas y otras en desacato si perturbaran, desobedecieran o menospreciaran a sus respectivos Presidentes."

La unanimidad de que da muestra la jurisprudencia del T.S. a lo largo del tiempo, no encuentra correspondencia con la situación que se da en la doctrina. Esta se halla polarizada entre las dos únicas soluciones que admite el problema. De un lado la admisión de la figura de desacato cuando se produce entre sujetos constituídos en autoridad (217), y de otro, el rechazo (218). Es de reseñar que son varios los autores que o no hacen mención al tema (219) o bien, unicamente, exponen que sujeto activo del delito puede ser cualquier persona (220), de lo que cabría deducir que sobreentienden que cabe, incluso, el supuesto objeto de análisis.

Es lógica esta disparidad en nuestra doctrina, ya que este tema guarda estrecha relación con el del bien jurídico protegido por el tipo penal. Si este ya no es el principio de autoridad, no parece que haya inconveniente en que pueda darse un desacato entre Autoridades, pues si lo que se protege es el prestigio de la Administración, también la autoridad puede vulnerarlo y máxime si se defiende que el interés protegido es el normal desenvolvimiento de la Administración pública. Para su alteración se encuentran capacitados tanto los particulares como las autoridades.

VII. El tipo subjetivo.

Para completar el análisis de la tipicidad como paso previo al juicio de antijuridicidad, deberemos estudiar los elementos que componen el tipo subjetivo. La necesaria concurrencia del dolo como elemento que abarca el conocimiento y volición de todas y cada una de las características intrínsecas del tipo. El dolo supone por tanto, el conocimiento de los elementos típicos pero no el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta, aunque sí de la ofensividad de la misma o antijuridicidad material.

El autor deberá abarcar con su conocimiento que la acción que está llevando a cabo es ofensiva o menospreciante y que se está dirigiendo a un sujeto que ostenta la cualidad de autoridad o en su caso de funcionario público. En la mayoría de las ocasiones este elemento cognoscitivo vendrá confirmado por el hecho de que estos sujetos ostenten los distintivos propios de su catgo, piensese, por ejemplo, en los miembros de los Cuerpos de seguridad del Estado. Deberemos plantearnos qué sucede en aquellas hipótesis en las que el autor desconoce, bien la concreta categoría de la persona a la que se dirige, bien su condición de funcionario público -error de tipo-.

El conocimiento del sujeto activo también deberá abarcar el hecho de que el funcionario público

se halle en el ejercicio de sus funciones, o en su caso ser consciente de que la injuria proferida tiene como motivo el ejercicio de las mismas.

En el análisis del tipo subjetivo no sólo habremos de dilucidar si nos encontramos ante un delito eminentemente doloso o bien si, en su caso, cabe la comisión culposa del mismo, sino que a su vez habremos de indagar si en él subsiste, como requisito indispensable, un especial elemento subjetivo del injusto: el "animus injuriandi". Debido a la incorporación en la descripción típica de las conductas consistentes en injuriar y calumniar, hemos de cuestionarnos si éste especial elemento, exigido tradicionalmente por doctrina y jurisprudencia para la configuración del tipo subjetivo de estos delitos, se trasvasa al desacato o por el contrario éste no necesita del mismo.

Tampoco podemos pasar por alto que la problemática que plantea el "animus injuriandi", no sólo afecta al tipo subjetivo, sino que trasciende al mismo, para solaparse, en este caso, con el campo de la antijuridicidad. Solapamiento que surge en ocasiones, al plantearse el problema de la colisión de derechos, generalmente entre la libertad de expresión y el interés tutelado por el delito de desacato, cuestión que se ha venido resolviendo en el plano del "animus", en el tipo subjetivo, obviándose la problemática que se plantea en el ámbito de las causas de justificación.

Ambas cuestiones, la determinación del especial elemento subjetivo del injusto y la problemática de su imbricación con el juicio de antijuridicidad, se encuentran por tanto, estrechamente ligadas; sin embargo, y a efectos de una correcta exposición, se

deslindarán, pasando a ubicarse el problema de la antijuridicidad en el capítulo correspondiente a las causas de justificación.

Para conseguir un correcto planteamiento y desarrollo de la cuestión será necesario realizar previamente un análisis de cómo se resuelve en los delitos contra el honor la cuestión del elemento subjetivo del injusto, para a continuación, tratar esta problemática en el ámbito propio del delito de desacato.

1. La configuración del dolo en el delito de desacato.

El dolo, según definición generalmente aceptada, consiste en el conocimiento y volición de los elementos que integran la parte objetiva del tipo (221). De donde, obviamente, se desprende que el mismo se integra por dos elementos: uno cognoscitivo y otro volitivo. El primero de ellos comprende el conocimiento, actual y no meramente potencial, de la realización de los elementos descriptivos y normativos de la parte objetiva (222). Mientras que el elemnto volitivo consiste en querer la realización de los elementos del tipo, volición que no es un mero desear, una mera expectativa, esperanza o ilusión (223), sino que como expresa GOMEZ BENITEZ, "La volición presupone no sólo un previo momento cognoscitivo, sino además una dirección de la voluntad hacia la realización del tipo." (224).

El actuar doloso no presupone el conocimiento

de la antijuridicidad de la conducta, conocimiento que se integra en la culpabilidad, como juicio de reprochabilidad (225). El hecho de que el conocimiento exigible al sujeto activo sea actual y, no potencial, excluye del dolo el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta, "cuya actualización en el momento del hecho no interesa tanto al derecho penal como la posibilidad de su conocimiento" (226). El tipo cumple una función indiciaria que permite establecer posteriormente la antijuridicidad de la conducta, cuya confirmación se realizará en sede de causas de justificación.

Por lo que respecta al delito de desacato, la doctrina se muestra unánime al afirmar que este delito es un delito eminentemente doloso (227), pero poco más añade al respecto. Si como hemos dicho el dolo consiste en conocer y querer los elementos del tipo objetivo, en este caso supondrá el conocimiento por parte del sujeto activo de que ejecuta una acción injuriosa o calumniosa -en su caso una amenaza-, que se dirige contra una autoridad o un funcionario público y que este se halla en el ejercicio de sus funciones, o bien la conducta se encuentre motivada por el ejercicio de las mismas. Por lo que al sujeto le es exigible, para calificar su conducta como dolosa, el conocimiento del significado de una serie de elementos normativos que integran la descripción típica.

El sujeto activo actuará, conforme a las distintas clases de dolo existentes, con dolo directo de primer grado -consistente en la certeza de la realización del tipo (228)-, cuando tenga plena conciencia de que se dirige a una autoridad o a un funcionario público, por ejemplo, con palabras injuirosas o menospreciantes y, este se halle en el ejercicio de sus funciones.

Esto es, conoce y quiere todos y cada uno de los elementos que integran el tipo objetivo.

La comisión de un desacato con dolo directo de segundo grado, segunda de las modalidades del dolo, es una hipótesis dificilmente imaginable. Si esta forma dolosa se "caracteriza por la certeza de que la realización del tipo acaece como consecuencia necesaria de la acción" (229), esto es, el sujeto activo ejecuta una acción que lleva aparejada como consecuencia otro resultado, no directamente querido, pero necesariamente unido al anterior, parece que será de difícil apreciación en el delito objeto de estudio.

Sin embargo, si es factible la comisión de un desacato con dolo eventual. Este consiste en la representación, por parte del autor, del resultado lesivo o dañoso como posible o probable (230) y su aceptación del mismo. Modalidad que plantea problemas de delimitación con la culpa consciente (231), pero que sin duda se incluye entre las formas dolosas, recibiendo la conducta cometida con dolo eventual idéntica sanción a la llevada a cabo con dolo directo de primer grado (232). No tenemos más que imaginar la hipótesis del particular que dudando sobre si el funcionario público se halla en el ejercicio de sus funciones, decide actuar, amenazándolo por ejemplo, asumiendo las consecuencias que de ello se deriven.

Como ya hemos mencionado, la descripción típica del delito de desacato se integra por una serie de elementos normativos -injuria, calumnia, funcionario público- que deberán ser conocidos por el sujeto activo, ser abarcados por el dolo. Habrá que precisar qué grado de conocimiento le será exigible al mismo para

considerar su conducta como dolosa. Es ya tradicional la fórmula enunciada por MEZGER, según la cual cabe exigir la "valoración paralela en la esfera del profano". Como explica el propio autor, se trata de "una apreciación de la característica del tipo en el círculo de pensamientos de la persona individual y en el ambiente del autor, que marche en la misma dirección y sentido que la valoración legal-judicial" (233).

En nuestro caso se trata de la valoración ínsita en la descripción de la injuria, o amenaza y calumnia. Los mayores problemas se centran en el ámbito de la interpretación de cuándo estamos ante expresiones "deshonrosas", de "descrédito" o de "menosprecio de otra persona". Valoración que ha de tener no sólo el significado social atribuido comunmente a ciertas expresiones, sino además las circunstancias concretas de cada caso, según contexto y sujetos implicados. Lo cual dificulta una interpretación en los supuestos dudosos.

Respecto al desacato, la valoración debe completarse en relación al posible desprestigio o menoscabo de la función pública. Las dificultades valorativas suelen allanarse a través del socorrido expediente del "animus iniuriandi" que no es que presente menos problemas interpretativos, pero respecto al cual la jurisprudencia parece encontrar criterios más expeditivos según concurran en el caso "animus criticandi", "narrandi", que excluyan el ánimo de injuriar. Evidentemente este elemento no debiera sustituir la constatción del contenido objetivamente injurioso, pero como esa "objetividad" en relación a elementos normativos de carácter ético-social, cuyo significado es variable según las circunstancias, no es fácil de alcanzar, la jurisprudencia viene optando por la comprobación del "animus"

para despejar los casos difíciles. La confirmación de la intención dolosa se refuerza no por la comprobación del elemento cognoscitivo, sino por la deducción de un elemento volitivo supuestamente reforzado a través de ese "animus", que aquí sería "animus" de desacatar.

Tal proceder, comprensible quizás en la tradición jurisprudencial por las dificultades que presentan los tipos tan cuajdos de elementos valorativos, no debe aceptarse sin más, sobre todo cuando puede constatarse una distonía valorativa entre el círculo ambiental del autor y el del juzgador respecto al significado deshonroso de ciertos términos en su uso común.

Cuando el sujeto conoce que se dirige contra un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, pero desconozca la denominación legal específica de la conducta que lleva a cabo, estaremos ante un supuesto de error de subsunción, es decir, error en la calificación jurídica, que no tiene entidad suficiente para excluir el dolo (234).

Supuesto distinto es el desconocimento por parte del sujeto activo de la cualidad de funcionario público o de autoridad de la persona a la que se dirige. Hipótesis de error de tipo que se tratarán a continuación.

2. El error de tipo. La comisión culposa del delito.

Es necesario establecer dos premisas previas para un correcto tratamiento del tema.

En primer lugar, y como claramente se puede deducir de la exposición realizada en el Capítulo tercero de este trabajo, el delito de desacato se configura como un delito autónomo. No nos encontramos ante una figura agravada de los delitos contra el honor o la libertad, no sólo por su ubicación sistemática en el catálogo de delitos que recoge el Código penal, sino porque la configuración de la descripción típica se corresponde con la tutela de un bien jurídico propio y diferenciado, distinto al honor y a la libertad, y en consecuencia ante un delito autónomo con un ámbito típico propio.

En segundo lugar y de cara a solventar las cuestiones que se van a plantear de cara al error de tipo, es necesario establecer, entre los distintos artículos que regulan el desacato, la existencia de un tipo básico.

Las tesis mantenidas por la doctrina, a este respecto, se manifiestan carentes de uniformidad. Una corriente de opinión, que proviene de la postura mantenida en su momento por GROIZARD (235), expone que unicamente es concebible como delito de desacato el regulado en el art. 240, constituyendose los restantes tipos en delitos de calumnias, injurias y amenazas a la autoridad y a los funcionarios públicos. Si bien se reconoce que la estructura de estas figuras es idéntica a la del

desacato propio (el regulado en el mencionado art. 240) (236). Otros autores, como RODRIGUEZ DEVESA, sostienen que nos hallamos ante dos grupo diferenciados de delitos. De un lado, el desacato cometido contra la autoridad, cuyo tipo básico vendría dado en el art. 240, y sus correpondientes tipos cualificados en los arts. 240.2º y 240.3º; y de otro el desacato dirigido contra funcionarios públicos y agentes de la autoridad -art. 245-, que tal y como expresa el mencionado autor, se complementa con cuatro distintas variantes (237).

QUERALT mantiene la tesis de que en el Capítulo VIII, el carácter de tipo básico le corresponde a la conducta recogida en el art. 245, constituyendo las restantes descripciones tipos agravados de la misma (238). Y por último, otros autores como CORBOBA y BUSTOS, hablan bien de modalidades de delitos contra la autoridad (239), bien de distintos tipos legales (240), sin precisar la relación existente entre los mismos.

Como ya se aludió oportunamente al estudiar la evolución legal de la figura objeto de estudio, la consideración de que unicamente puede denominarse desacato a la conducta recogida en el art. 240 del Cp -desacato a la autoridad-, tiene como base razones de distinta índole. De una lado argumentos de orden procesal (argumento que hoy día carece de fundamento, como ya se manifestó), y de otro, aquellos que hacen referencia a la denominación que ostenta el propio Capítulo VIII (241). Sin embargo, es evidente que todas las figuras recogidas en el mencionado capítulo tutelan idéntico bien jurídico y poseen una estructura similar, constituyendo el único elemento diferenciador los sujetos sobre los que recae la conducta típica.

La consideración como tipo básico de la conducta formulada en el art. 245, desacato contra funcionarios públicos y agentes de la autoridad, debido a las carencias estructurales de su descripción típica, con notorias ausencias en la misma, como se ha podido comprobar: así, la falta de mención de la calumnia como modo comisivo, o la ausencia del requisito de que el funcionario se encuentre en el ejercicio de sus funciones o la acción venga motivada por el ejercicio de las mismas, hace difícil su consideración como tipo básico.

El Capítulo VIII del Código penal, en mi opinión, se estructura con base en unas características típicas generales de la conducta "desacatar", con base a las cuales se construyen las diferentes figuras típicas, en las que la gravedad del injusto se se hace gravitar en función de los sujetos que realizan la conducta. La realidad de la vida nos muestra que el tejido básico del delito se halla en el tipo regulado en el art. 245, en donde a pesar de las carencias aludidas, nos encontramos con las formas generales de comisión.

Las formas especiales agravadas se conforman en atención al rango de la persona ofendida -funcionario público o autoridad- y del sujeto que lleva a cabo la misma -particular o funcionario público-. No puede caracterizarse al art. 245 como un genuino tipo básico. Más bien nos hallamos ante una protección general a los sujetos que ejercitan una función pública a través de formas jurídicas distintas. Podríamos hablar de circunstancias de agravación, campo intermedio entre las agravantes y los tipos cualificados.

Si el dolo significa el conocimiento y volición de los elementos que integran el tipo objetivo, el

error sobre los mismos, esto es, el desconocimiento sobre alguno de dichos elementos o su falsa representación, configura el error de tipo, en consecuencia la ausencia del dolo (242). El error de tipo se encuentra regulado en el art. 6 bis a) del Cp, en el que se recogen tanto los supuestos de error invencible como de error vencible.

En los supuestos de error invencible sobre alguno de los elementos que integran el tipo objetivo, esto es, si aún obrando el sujeto con la mayor diligencia no hubiera podido salir de su error, por ejemplo, no hubiera llegado a saber que la persona a la cual se dirige es funcionario público, la conducta sería atípica como desacato.

Cuando el error versa sobre un elemento que cualifica al tipo básico, como en este caso sucede con la condición de autoridad que ostenta el sujeto, y este es invencible, será de aplicación el tipo básico. Así si el sujeto activo conoce que la persona a quien se dirige ejerce funciones públicas, pero no conoce, ni puede conocer, que ostenta la cualidad de autoridad, no podrá aplicarse el tipo del art. 240.

Sin embargo, será indiferente, a estos efectos, que el autor desconoza que el sujeto afectado por su conducta esté constuído en autoridad, o bien ostente la categoría de Ministro. Puesto que ambos supuestos se encuadran en el tipo del art. 240 y, además, aunque el mencionado artículo estableza dicha distinción, ambas clases de sujetos pueden reconducirse a la categoría única de autoridad, el error sobre dicha condición será, por tanto, irrelevante.

El error también puede versar sobre el hecho de que el funcionario público se halle en el ejercicio de sus funciones. Al igual que en los casos anteriores, cuando el sujeto activo desconozca y, no tenga manera de conocer -error invencible-, que en el momento de producirse la ofensa o la amenaza el funcionario o la autoridad se encuentran ejerciendo las funciones que les competen, desde el punto de vista del delito de desacato la conducta será atípica (243).

Cuando el error sobre los elementos del tipo sea vencible, el art. 6 bis a), establece que en su caso la conducta será castigada como culposa. Lo cual significa, que unicamente aquellos delitos que admitan dicha forma de comisión podrán sancionarse, y caso de excluirse esta forma comisiva la conducta será impune.

A este respecto debe establecerse un triple planteamiento. En primer lugar, si se mantiene que el delito de desacato es un delito de tendencia, como veremos a continuación, y por tanto su tipo subjetivo se integra no sólo por el dolo, sino además por un especial elemento subjetivo del injusto como sería el ánimo de menospreciar el principio de autoridad o de vejar el prestigio del que deben estar rodeadas las instituciones. En este caso, dificilmente cabría admitir, según un sector doctrinal, la comisión culposa del desacato. Ya que la existencia de elementos subjetivos del injusto en el tipo subjetivo excluiría la posibilidad de comisión culposa del delito (244).

Un segundo planteamiento puede realizarse desde la perspectiva de aquellos autores que no excluyen la posibilidad de comisión culposa aún existiendo elementos subjetivos especiales en el tipo subjetivo del

delito (245). Y por último, cabe a su vez plantear una tercera hipótesis: negar la existencia de un especial "animus" en el tipo subjetivo y analizar la posibilidad de comisión culposa del delito de desacato. Situación idéntica a la anterior, sólo que planteada desde presupuestos distintos.

Al establecer nuestro Código penal una claúsula genérica, como es la del art. 565, para los supuestos de imprudencia (246), habrá que realizar una labor pormenorizada con cada uno de los tipos que integran el Código para dilucidar si admiten o no la comisión culposa, lo que en cierta forma hace peligrar el principio de legalidad, ya que se deja, en última instancia, en manos del juez la decisión de si un determinado delito admite o no comisión culposa.

Como acertadamente expone TORIO, para poder resolver adecuadamente la cuestión sobre la posible comisión culposa de un determinado delito será necesario "distinguir entre posibilidad conceptual y posibilidad jurídica de la ejecución imprudente como conceptos no siempre coincidentes entre si.(...) Mientras que al hablar de la posibilidad conceptual de la imprudencia se permanece en el plano prejurídico de la lógica formal, con el fin de averiguar si existe o no contradicción lógica en su admisibilidad, cuando se interroga, por el contrario, respecto a la posibilidad jurídica, la pregunta versa sobre la incriminación efectiva de la acción imprudente de que se trate." (247).

Por lo que respecta al delito de desacato, es conceptualmente posible imaginar una hipótesis de error de tipo vencible, asi, en el supuesto de que el autor de la amenaza desconoce, pudiendo fácilmente conocer,

que el funcionario al que se dirije se encuentra en el ejercicio de sus funciones. La dificultad radica en la existencia o no de una necesidad efectiva de incriminación para estas conductas. Necesidad que habrá que deducir del propio contenido típico de la figura delictiva y no unicamente de la posibilidad conceptual de su comisión.

A tenor de los diversos criterios que señala el profesor TORIO (248), cabe hacer las siguientes consideraciones. En primer lugar hay que tener en cuenta que la interpretación tradicional efectuada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, salvo error por mi parte, no ha admitido más que en una ocasión (249) la posibilidad de comisión culposa de este delito. A ello se une la también constante opinión doctrinal en el mismo sentido (250), si bien la misma adolece de una explicación suficiente de esta toma de postura.

Esta unanimidad puede venir motivada por la propia formación técnica de la descripción típica. Esta se halla compuesta por una serie de elementos normativos, la injuria, calumnia y amenaza, a los que tradicionalmente se atribuye, cuando se constituyen como delitos autónomos, la imposibilidad de comisión culposa.

A ello debemos añadir que la propia configuración del bien jurídico protegido por el delito de desacato, coadyuva a negar la imposibilidad jurídica de admitir la comisión culposa del mismo. Desde la perspectiva del prestigio de la Administración como interés tutelado, parece advertirse la necesidad de que unicamente en aquellos supuestos en que la conducta del sujeto activo sea dolosa, esto es, sólo cuando realmente conozca que se dirije, injuriandolo, contra un

funcionario público en el ejercicio de sus funciones, será merecedor de sanción penal. El ejecutar este mismo hecho con desconocimiento, vencible, de alguno de estos elementos, no parece adecuarse a la incriminación que se desprende de la estructura típica del delito.

A igual resultado llegamos desde la perspectiva del regular funcionamiento como bien jurídico propuesto, de "lege ferenda", por algún sector doctrinal. Parece más adecuado que exclusivamente en aquellos casos en que la acción del autor se realice dolosamente se sancione la misma, quedando impunes los supuestos de error vencible de tipo por imposibilidad de comisión culposa del delito. Razones de orden político criminal parecen avalar esta solución. En aquellos supuestos de delitos contra la seguridad del Estado en los que el legislador pretende ofrecer una protección penal exahustiva explicita tanto la comisión dolosa como la culposa, por ejemplo en el delito de prevaricación. Extender más allá de estos supuestos el ámbito típico de protección resulta, en mi opinión, desmesurado por la escasa lesividad que representa esta clase de comisión para el bien jurídico protegido.

3. El elemento subjetivo del injusto en los delitos contra el honor: el "animus injuriandi".

La doctrina española se pronuncia practicamente de forma unánime sobre la necesidad de un especial elemento subjetivo en los delitos contra el honor.

En su opinión, el tipo subjetivo del delito de injuria debe completarse con el que tradicionalmente ha venido denominándose "animus injuriandi". Así, no sólo es necesario que el sujeto conozca que la expresión que profiere posee un contenido menospreciante o deshonroso, sino que además debe tener ánimo de ofender o menospreciar al sujeto pasivo (251). Esta exigencia en el tipo subjetivo data de los primeros comentaristas, así GROIZARD ya indicaba la necesidad del mismo (252). Actualmente y, como explícitamente reconoce MUÑOZ CONDE, estamos ante un elemento subjetivo del injusto "distinto del dolo y que trasciende a él" (253).

Esta exigencia que tradicionalmente se ha atribuído al delito de injuria, a su vez se predica de la calumnia, al ser también concebida ésta como un delito contra el honor (254). Al predicarse de ambos delitos el elemento subjetivo, podría denominarse, en opinión de QUINTANO, "animus infamandi" (255).

Esta exigencia de un especial elemento subjetivo del injusto se deduce, según la doctrina, de la propia redacción del art. 457 del Código penal en el que literalmente se expresa que "Es injuria toda expresión proferida o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona". Concretamente del sentido de la preposición "en", es donde mayoritariamente se entiende que radica esa especial intencionalidad que caracteriza a la injuria y, por extensión a la calumnia. Al ser una preposición de contenido finalista, indiciaria de una determinada tendencia, "en deshonra", con ánimo de deshonrar, se deduce que el contenido del elemento subjetivo -el dolo- se enriquece con un"plus", un elemento subjetivo particular, consistente en este caso, como decíamos, en el ánimo de injuriar (256).

Contrario a esta interpretación se manifiesta RODRIGUEZ DEVESA, quien afirma que "La preposición 'en' designa una propiedad de la acción, con independencia de la intención de injuriar que tenga el sujeto.", luego aunque exista ánimo de ofender, si las palabras pronunciadas no son objetivamente ofensivas o injuriosas, faltará la acción tipificada. Por ello, para el mencionado autor, el significado ofensivo o menospreciante de las frases pronunciadas o de los actos ejecutados, depende de las circunstancias que rodeen el hecho (257). Continúa RODRIGUEZ DEVESA, "lo único cierto es que en una serie de casos, y a causa del carácter circunstancial del delito de injurias, la actitud anímica del sujeto traducida en gestos, en el acento, en el énfasis, se integra en la constelación de circunstancias que influyen sobre la licitud del hecho, excluyendo no la antijuridicidad, sino la tipicidad misma de la conducta" (258).

La doctrina mayoritaria no acepta esta interpretación. La necesidad de la existencia de un especial elemento subjetivo se desprende de la propia naturaleza del delito y de su redacción gramatical, por ello aunque las acciones sean objetivamente injuriosas, pero se hallan realizado sin ánimo de menospreciar -expresiones jocosas o con ánimo de crítica- no constituirán delito de injuria (259).

Con respecto a la necesidad de este "animus", se muestra también disconforme BACIGALUPO, quien pone de relieve las consecuencias insatisfactorias que en la práctica se producen por la apelación a este elemento: "la práctica reducción del delito a la dirección de su elemento subjetivo favorece un alto grado de manipulabilidad de la prueba en el proceso. Por tanto, no sólo

produce inseguridad para la víctima del hecho, sino también para el supuesto autor. En un cierto sentido, la 'teoría del animus' no es sino una consecuencia específica, en el ámbito del delito de injuria, de la teoría subjetiva de la autoría ("animus auctoris") y, consecuentemente, las críticas que se formulan contra ésta por las facilidades que otorga para la manipulación de la prueba son perfectamente extensibles a la tradicional interpretación subjetivista del delito de injurias." (260).

El dolo es "conocimiento, y voluntad de realización de los elementos del tipo objetivo" por lo que, dice BACIGALUPO, no cabe duda de que el "animus injuriandi" no puede diferenciarse del mismo: "El que profiere expresiones que tienen objetivamente un sentido lesivo del honor y sabe lo que hace, queriéndolo, habrá obrado con dolo. Para la supuesta 'intención específica de injuriar' no queda, por tanto, espacio alguno" (...) "En consecuencia, cuando se afirma que en el caso de expresiones claramente difamatorias debe presumirse el 'animus injuriandi', lo que en verdad se presume es el dolo.". Así, concluye el autor, ánimo de injuriar y dolo "se suporponen de una manera total y completa." (261).

Mención aparte merece la postura adoptada por VIVES. Este autor reconoce la existencia y necesidad de un elemento subjetivo del injusto tanto en el delito de calumnia como en el de injuria (262). Ahora bien, el autor entiende que este "animus injuriandi" no puede configurarse como "objetivo último de la voluntad", sino "que basta con el conocimiento del carácter lesivo para el honor de lo que se imputa y la asunción de las consecuencias dañosas para el bien jurídico que

resulten de la imputación." (263). Configuración del elemento subjetivo, que a pesar de la afirmación del autor, coincide plenamente con el contenido del dolo, ya que éste quedará integrado por el conocimiento de que las manifestaciones vertidas sean ofensivas para el honor y el sujeto activo acepte el daño que de las mismas se derive. Luego difícilmente se podrá hablar de elemento subjetivo especial a no ser que este quede identificado plenamente con el contenido del dolo, tesis ya mantenida por BACIGALUPO.

Como regla general, se puede afirmar que la exigencia de un elemento subjetivo en el tipo lleva aparejada la difícil admisión de su comisión culposa, puesto que es poco verosímil esta forma de realización dada la exigencia de un especial conocimiento y voluntad por parte del sujeto activo (264). Así, en los Delitos contra el honor, es mayoritario el sector doctrinal que unicamente admite la realización dolosa de los mismos, excluyendo la posibilidad de su comisión culposa (265). Contrarios a esta tesis se manifiestan DIAZ PALOS y RODRIGUEZ DEVESA. El primero de ellos admite que dicha comisión culposa queda excluída en la injuria, pero es admisible en el delito de calumnia (266). Mientras que para RODRIGUEZ DEVESA la comisión culposa es posible para ambas especies delictivas (267). No parece, al menos teóricamente -posibilidad conceptual-, una hipótesis extraña, la admisión de una comisión culposa cuando los delitos contra el honor son cometidos utilizando los medios escritos (268). Cuestión distinta será la referente a la necesidad de incriminación de estas conductas.

4. El elemento subjetivo en el delito de desacato: el ánimo de ofender el principio de autoridad.

Por lo que respecta al tipo subjetivo en el delito de desacato, hemos de constatar que en muchas ocasiones la doctrina no se pronuncia al respecto (269). Limitándose en otras a reseñar que nos encontramos ante un delito eminentemente doloso (270). Este dolo que integra el tipo subjetivo, al que ya aludímos, implica que el sujeto, cuando ejecuta la conducta ofensiva, tenga conocimiento de que la persona contra la que se dirige es un funcionario público, que se encuentra en el ejercicio de sus funciones -o, en su caso, que la ofensa venga motivada por la mismas-. Ahora bien, éste conocimiento debe completarse, en opinión de algunos autores, con un especial elemento subjetivo, el "animus injuriandi", "animus", que en opinión de PUIG PEÑA, debe entenderse como "la intención manifiesta de deshonrar, desprestigiar o menospreciar a la autoridad, atendiendo para ello no sólo a la acepción gramatical de las palabras, sino a los motivos, la ocasión, las circunstancias y los antecedentes del hecho.". Así, de acuerdo con el bien jurídico mantenido por un sector doctrinal, el elemento subjetivo del injusto deberá venir referido directamente al principio de autoridad (271), el sujeto tendrá que tener intención manifiesta de vejar o menospreciar a la autoridad, entendida como principio encarnado en la persona del funcionario público.

Para aquellos que mantengan el regular funcionamiento de la Administración como interés digno de protección, será el ánimo de alterarlo, lo que constituirá

el "plus" que se deberá añadir al dolo.

Es más, algún autor como CUELLO CALON, entiende que si las ofensas proferidas son objetivamente injuriosas, pero no concurre el mencionado "animus", ello dará lugar a la inexistencia del delito de desacato (272).

Esta exigencia de un elemento subjetivo específico para la consecución del tipo subjetivo en el delito de desacato, puede estar motivada por razones de distinta índole. En primer lugar, y como consecuencia de que la descripción típica se encuentra integrada, en parte, por los delitos contra el honor, estos ejercen tal influencia en la interpretación del desacato, que consiguen que el elemento subjetivo típico de la injuria -e incluso para algunos de la calumnia- como es el "animus injuriandi", se filtre a este delito. Obviándose de esta forma parte de la estructura típica del mismo, como es el desacato constituído por amenaza, conducta que "a priori", como delito autónomo, no requiere un tipo subjetivo particular, pero que al integrar el desacato se ve 'contaminada' por el mismo. En consecuencia, y, para aquellos que mantengan la necesidad del mismo, es requisito indispensable que cuando se amenace a un funcionario público, esta amenaza se ejecute con ánimo de ofender o menoscabar el principio de autoridad.

Otra razón distinta que mueve a un sector doctrinal a mantener la necesidad de dicho "animus" en el delito objeto de estudio, no obedece tanto al influjo que ejercen los Delitos contra el honor como parte integrante de la descripción típica del desacato, sino más bien al deseo de imponer cortapisas a la, un tanto desmesurada, interpretación que se ha venido efectuando

tradicionalmente de este delito. Así, autores como MORILLAS CUEVA, mantienen que el delito de desacato es un delito de tendencia finalista cuyo tipo subjetivo se encuentra integrado por el dolo al cual se añade un elemento teleológico consistente no sólo en el "animus injuriandi", sino también por la "intención específica del sujeto activo de ofender el principio de autoridad o de atacar, desde nuestra perspectiva del bien jurídico, el buen funcionamiento de la Administración, se logre o no" (273). Continúa el autor, "La conjunción del ánimo de calumniar o injuriar con el de menosprecio al principio de autoridad o a la Administración ha de valorarse atendiendo a las circunstancias del hecho, o a los móviles y a los factores objetivos y subjetivos de la relación, que en cada caso dibujan el alcance penal de la conducta." (274).

Con lo que aquí se está pretendiendo limitar el campo de aplicación del delito de desacato por vía de la exigencia de un especial "animus" en el tipo subjetivo. Si la persona que profiere expresiones objetivamente injuriosas no actúa movida por la intención de perjudicar el principio de autoridad -según la doctrina tradicional- o, el regular funcionamiento de la Administración -según otras posiciones-, no incurrirá en delito de desacato, sino, en opinión de MORILLAS CUEVA, en un delito contra el honor con la agravante en su caso del art. 10.16. Esta tesis pretende "limitar la excesiva amplitud de los tipos de desacatos, eliminando supuestos cuya punición raya los límites soportables para el buen funcionamiento de la libertad de expresión, y mantener, por otra parte, la gravedad sancionadora para conductas que presuponen un real exceso a la libertad citada, eso sí, con la garantía de la 'exceptio veritatis' al llevarlas a los delitos contra el

honor." (275).

En mi opinión no es ésta la vía más adecuada a seguir. En primer lugar y, aunque será objeto de análisis en el capítulo siguiente de este trabajo, si quisiera apuntar que el campo en el cual se debe dilucidar la presunta concurrencia del derecho fundamental de libertad de expresión, es en el ámbito de las causas de justificación, por tanto, en el ámbito de la antijuridicidad y no en el del tipo subjetivo. En segundo lugar, la indagación del presunto ánimo de ofensa al principio de autoridad supone un ejercicio de introspección psicológica de dudosa eficacia, por la dificultad que entraña y la inseguridad jurídica que crea, no sólo para el autor de la conducta sino también para la víctima (276); además de suponer una peligrosa subjetivización del delito, poco acorde con las garantías propias del principio de responsabilidad por el hecho (277).

El mantenimiento de este "animus" como elemento encaminado a limitar la interpretación del tipo de desacato, conlleva, además, una cierta disfuncionalidad. Como indica el propio MORILLAS CUEVA, deberá deducirse de las circunstancias que rodean a la acción, lo cual supone volver a un criterio, al menos en parte, objetivo, como son las cicunstancias que rodean al hecho.

Por otra parte mantener que en caso de falta de éste "animus" queda subyacente un delito contra el honor -obviándose una vez más el desacato cometido por medio de amenazas-, es cuando menos, desde un punto de vista práctico, un supuesto de difícil delimitación. Tomando como hipótesis un supuesto de manifestaciones injuriosas dirigidas contra un juez en el momento en

que se encuentra ejerciendo sus funciones, nos encontraríamos con que en primer lugar, tendríamos que averiguar si concurre o no el ánimo de alterar el regular funcionamiento de la Administración o, en su caso, el de ofender el principio de autoridad, lo que deberíamos deducir de las circunstancias que han rodeado el hecho. En caso de que llegasemos a la conclusión de que tal ánimo es inexistente, nos encontraríamos ante un delito de injurias, por ejemplo. Para ello, deberemos realizar una sutíl distinción entre el ánimo de alterar el funcionamiento de la Administración o si simplemente el sujeto actúa motivado por ofender a la persona privada, sin tener en cuenta la función que esta ejerce. En mi opinión sería más aceptable, para obviar los problemas de interpretación y de "buceo psicológico" a que conduce esta tesis, la reconducción del problema a los presupuestos mantenidos por PALAZZO en la doctrina italiana. PALAZZO mantiene que para lograr una interpretación menos 'expansiva' del delito de desacato se debería exigir que para la consecución del mismo no sólo fuese necesario que el funcionario público se encuentre en el ejercicio de sus funciones cuando se efectúe la ofensa, sino que además, ésta venga motivada precisamente por el ejercicio de dichas funciones (278). Así, en la hipótesis utilizada, las manifestaciones dirigidas contra el juez en el ejercicio de sus funciones sólo integrarían el delito de desacato en el caso de que las mismas viniesen motivadas por el ejercicio de dichas funciones. En caso contrario, esto es, si las mismas tuvieran su origen en asuntos de índole privada, pasarían a integrar un delito contra el honor. Solución que evita los riesgos, entre otros de índole probatoria, que suscita la utilización de la teoría del "animus".

Por último, para finalizar con las posturas

mantenidas por la doctrina con respecto al tipo subjetivo, señalar que BACIGALUPO, en congruencia con la posición mantenida en los delitos contra el honor, sostiene con respecto al desacato lo superfluo de la necesidad de un "animus" específico, por ser suficiente con el dolo para la configuración del tipo subjetivo (279).

5. La postura del Tribunal Supremo. El delito de desacato como delito de tendencia: el ánimo de menospreciar el principio de autoridad.

Con respecto a la problemática que nos ocupa, el análisis del tipo subjetivo en el delito de desacato, la posición mantenida por el Tribunal Supremo desde sus inicios, ha sido practicamente uniforme.

La doctrina jurisprudencial ha venido calificando al delito de desacato como un delito de tendencia finalista (280), por lo que unicamente será aceptable la comisión dolosa del mismo, excluyéndose, por definición las formas culposas. En esta regla general unicamente se ha producido una excepción, si no media error por mi parte, en una ya lejana sentencia de 19 de noviembre de 1.885 (JC 403), en la que excepcionalmente se admitió la comisión culposa de este delito. Se trataba de un supuesto de desacato contra un Ministro, cometido por escrito, concretamente, por medio de una carta dirigida a la sección "Cartas al Director" de un diario, en la que se vertían manifestaciones ciertamente injuriosas. El Tribunal aceptó "como hecho probado que

el director del mismo (...) ignoraba quién era el autor del comunicado por haberse extraviado la carta que fué remitida de Madrid, de cuyo contenido tampoco se enteró hasta después de verla publicada en el periódico, necesario es también aceptar que faltó en él la malicia, la voluntariedad y la intención de causar una ofensa con dicha publicación; más como por su carácter de director del periódico tenía un deber de conocer y revisar todo lo que en él se publica, su imprecisión y cautela de dejar correr sin leer los artículos de que pudiera resultar una ofensa y un delito, constituyen, a no dudarlo, una imprudencia temeraria".

Para el T.S. el delito de desacato se configura, como indica explicitamente en la sentencia de 8 de octubre de 1.973 (JC 1126) "en dos elementos, uno objetivo, constituido por la calumnia, injuria (con su arcaica variante del insulto) o amenaza, y otro subjetivo constituido por el 'animus infamandi' que no tiene sólo alcance deshonorante, como acontece en el delito privado, sino que alcanza mayor ámbito, en cuanto exige la intención deliberada de vejar o menospreciar a la persona que encarna la autoridad y precisamente en cuanto la misma es representante de esa cualidad pública" (281).

Así el desacato toma de su descripción típica -fundamentalmente de la injuria y de la calumnia- ese especial elemento subjetivo para integrarlo en su propio ámbito, trasformándose en un especial ánimo de vejar o menospreciar el principio de autoridad, principio que encarna en los funcionarios públicos. "Animus" que como indica la sentencia de 20 de junio de 1.974 (JC 1043), "no sólo tiene alcance deshonorante, como acontece en el paralelo delito privado, sino que precisa una mayor matización, en cuanto exige la intención

deliberada de vejar o menospreciar precisamente a la persona que encarna la Autoridad por sí o por delegación y en cuanto la misma es representante de esa cualidad pública (...), hasta constituir tal movimiento anímico más que un sedicente dolo específico, un verdadero elemento subjetivo del injusto, implícito, aunque no expreso en el tipo, hasta constituir la verdadera esencia de la infracción y hacer de la misma una ofensa moral al principio autoritario".

Esta exigencia de un elemento subjetivo específico en el tipo subjetivo del desacato, se ha exigido desde el inicio de la doctrina jursprudencial, como lo demuestra la sentencia de 2 de marzo de 1.881 (JC 5859), en la que se alude expresamente a la intención que movió al sujeto a pronunciar palabras ofensivas, hasta las más recientes como la de 17 de noviembre de 1.987 (Ar. 8531). En ella se manifiesta que el ánimo de menospreciar a la autoridad debe entenderse "como envolvente o superpuesto al específico 'animus infamandi' o 'iniuriandi' o intimidatorio, intrínsecamente característicos de los comportamientos específicos que la norma legal enumera. Dolo especial en el que gravita todo el peso del elemento subjetivo del injusto, y que por tanto puede ser directo o de propósito como un dolo indeterminado o de consecuencias necesarias, en el que el sujeto, representándose como necesarias o inevitables determinados efectos de su actuar, inherentes al resultado deseado aunque no perseguido directamente, los ratifica con su voluntad" (282).

Este elemento "si no es exteriorizado directamente, puede deducirse de las palabras o expresiones mismas si éstas significan gramaticalmente descrédito o menosprecio (...), o del sentido o significado de los

términos empleados mediante una interpretación racional y socio-cultural, efectuada por el Juzgador en concordancia con las circunstancias que rodearon los hechos y los motivaron.". Los criterios a tener en cuenta para valorar la existencia o no del "animus" y seguidos por el T.S. son los siguientes: en primer lugar, la delimitación del elemento subjetivo deberá efectuarse caso por caso, atendiendo a la adecuación o inadecuación social de la conducta; en segundo, se debe tener en cuenta el modo o manera, motivo u ocasión en que se hallan proferido las expresiones; en tercero, el valor y significación que se les atribuye en el medio en que las mismas se produjeron; y, por último, las relaciones existentes anteriormente entre los sujetos (283).

Por lo que habrá que recurrir a las circunstancias que rodearon la ejecución del hecho para poder deducir el ánimo que movió al sujeto activo a actuar, por lo que el juez establecerá una presunción al respecto, presunción que como el propio T.S. reconoce es una presunción "iuris tantum", por lo que podrá ser eliminada mediante prueba en contrario. Ello va a dar lugar a una inversión de la carga probatoria, como explícitamente se reconoce en la sentencia de 2 de junio de 1.986 (JC 3095), en la que manifiesta "que si las expresiones son objetivamente deshonorantes es al procesado a quien corresponde la carga probatoria de la existencia de un ánimo distinto y excluyente de la antijuridicidad" (284).

Este especial elemento subjetivo del injusto puede concurrir, e incluso verse desplazado, por la existencia de otros ánimos "en el sentido de poder ser eliminado mediante prueba en contrario y posibilidad de existir con otras intencionalidades con eficacia, no

solamente paliativa, sino incluso eliminatoria, pues 'animus iniuriandi', 'animus criticandi', 'defendendi' y 'retorquendi' pueden concurrir desplazando la intensidad de cada uno de ellos e inferir en la exoneración, liviandad y gravedad de las injurias;" (285). Ahora bien, la concurrencia de otros "animi" con el de infamar, no presupone, automáticamente, el desplazamiento de éste. Así puede coexistir con otros no siendo absorvido por ellos, como demuestra la sentencia de 3 de mayo de 1.982 (JC 597): "se hace necesario recordar que la concurrencia o coexistencia en un mismo artículo periodístico de dos 'animi' diferentes, en el caso de autos del 'criticandi' y del 'iniuriandi', no alcanza a eliminar el segundo, como tiene declarado esta Sala en sentencias de 28 de enero de 1.970, 12 de marzo de 1.975, 20 de diciembre de 1.977 y 8 de junio de 1.979, entre otras, sino que la voluntad específica de injuriar deducida claramente del sentido y significado de las palabras empleadas, continúa subsistente, por lo que el hecho sigue considerándose delictivo, porque como ya se ha dicho para criticar no es necesario injuriar".

Como detenidamente se explicará en el siguiente capítulo de este trabajo, la doctrina jurisprudencial tiende a solventar en el ámbito del tipo subjetivo los problemas de colisión de derechos, generalmente entre el derecho a la libertad de expresión y el prestigio de las instituciones públicas, acudiendo al expediente de la concurrencia de ánimos antes que al conflicto de derechos. Así el plano de resolución se inclina, a mi modo de ver peligrosamente, hacia el campo subjetivo dejando de lado su ámbito natural que sería el de las causas de justificación. Lo que conduce a una peligrosa subjetivización de los problemas.

Aunque, quizás, como pone de relieve BERDUGO "En la situación jurídica anterior a la Constitución esta vía constituía el último camino utilizable para excluir de relevancia penal a muchos de los casos que suponían el ejercicio de la libertad de expresión.", ya que el régimen político imperante no permitía el reconocimiento de la libertad de expresión como derecho fundamental (286).

VIII. Conclusiones

1.- De lo expuesto en las páginas anteriores cabe calificar a la descripción típica del delito de desacato, al menos, como poco afortunada. Poca fortuna que se deriva de múltiples factores, pero que pueden, en mi opinión, reconducirse a dos: en primer lugar, al hecho de que la descripción típica se conforme casi totalmente de elementos normativos, y concretamente el núcleo de la conducta se integre por la remisión normativa a las injurias, calumnias y amenazas, la primera de las cuales -que da lugar a los supuestos más frecuentes- se conforme a su vez totalmente sobre valoraciones de carácter socio-cultural. Lo que unido al carácter inmaterial, institucional, del bien jurídico -sobre el cual tampoco hay total acuerdo, y por el contrario se tiende a una reformulación del mismo- hace más difícil la fijación de entornos precisos en la delimitación práctica de la conducta típica. Inevitablemente, la consecuente labilidad interpretativa afecta de manera considerable al principio de seguridad jurídica.

En segundo lugar, a la deficiente técnica legislativa que presentan algunos tipos de desacato, entre los que cabe resaltar la regulación recogida en el art. 245, desacato a funcionario público y agente de la autoridad, sobre todo por la ausencia de referencia a la calumnia.

A estos factores se ha de añadir la incongruencia existente, en algunos supuestos, entre la mencionada descripción y lo que se propugna como interés tutelado por la norma. Incongruencia que viene motivada en parte por la inclusión de las conductas constitutivas de los delitos contra el honor como elementos del tipo. Ello da lugar a que en distintas ocasiones nos preguntemos si lo realmente protegido por estos delitos no es el honor del funcionario más que el prestigio de la Administración o en su caso el regular funcionamiento de la misma. Incluso si se admitiera el "principio de autoridad" como supuesto bien jurídico -tal como hace la jurisprudencia en numerosas ocasiones- tampoco se evitarían las incongruencias.

2.- Examinadas las conductas, estamos en condiciones de poder concluir si puede mantenerse que el bien jurídico protegido sea el principio de autoridad, el prestigio o el regular funcionamiento de la Administración pública. Y parece que pudieran afirmarse las tres propuestas, con matizaciones. Pero desechado el "principio de autoridad", en razón de los argumentos ya expuestos en el Capítulo tercero de este trabajo, veremos su adecuación para afectar a los restantes posibles objetos de protección, el prestigio y el regular funcionamiento.

Es necesario resaltar, que el carácter institucional y abstracto de los intereses protegidos, en cuanto carentes de sustrato material físico, al igual que ocurre con el bien jurídico honor, dificulta hablar de efectiva lesión del bien jurídico. Por ello no son aplicables los conceptos de "lesión y peligro" de bien jurídico en su configuración tradicional, construída para los delitos de bien jurídico con sustrato físico, como

la vida, integridad corporal... Es suficiente poder afirmar la idoneidad de la conducta para "menoscabar", conmover, perjudicar el interés protegido, según concepciones socio-culturales, de acuerdo con la experiencia general. Lo que no obsta a que se puedan apreciar distintas intensidades en la afectación posible a esos bienes jurídicos, en función de la clase de conducta o circunstancias de realización. Así es patente que una atribución falsa de un delito de malversación de fondos públicos, contiene un mayor grado de lesividad para el interés tutelado, que el simple insulto o exabrupto.

Pero evidentemente no se requiere la comprobación de un resultado efectivo de merma real del prestigio, o de alteración constatable del regular funcionamiento. Estos efectos pueden concurrir o no, y en mayor o menor grado, dependiendo a su vez de otras circunstancias externas a la conducta típica (prestigio consolidado de una institución, evidente falsedad de lo imputado, rápida reacción de desmentido con visos de verosimilitud, etc...). Lo importante, es poder constatar que objetivamente la conducta enjuiciada es idónea en sí para afectar los interses protegidos. Desde esta perspectiva sustancial de idoneidad para vulnerar el bien jurídico, se derivan una serie de consecuencias para la interpretación del ámbito típico.

3.- Por lo que se refiere a los elementos que configuran la conducta, resulta chocante la equiparación, en cuanto al grado de penalidad, de los distintos modos de ejecutar la conducta. Cuando parece lógico admitir que el hecho de injuriar a una autoridad/funcionario, implica un grado de lesividad menor respecto al bien jurídico protegido, que si la acción consiste en una calumnia o en una amenaza.

Desde la perspectiva del prestigio de la Administración como interés tutelado, encontramos que la calumnia -por ejemplo, la imputación de una malversación de fondos públicos- dirigida contra un autoridad, implica un mayor contenido desvalorativo que a mi juicio debería reflejarse en la sanción correspondiente, que si la conducta ejecutada consiste en un mero insulto o en una injuria. A ello debe añadirse la dificultad existente para encuadrar en el ámbito de necesidad de protección del prestigio de la Administración, la conducta consistente en amenazar. No cabe más que imaginarse la acción conminatoria dirigida a la autoridad cuando se encuentra en su despacho oficial, a solas, para comprender que en estos supuestos dificilmente puede aseverarse que se ponga en peligro el mencionado bien jurídico. Más bien parece que en estas hipótesis el bien jurídico puesto en peligro pudiera ser otro diferente.

Distinta perspectiva a la ofrecida se plantea si se toma como punto de referencia la protección del regular funcionamiento de la Administración. Aquí, tanto la calumnia como la amenaza constituyen conductas que pueden poner en peligro el mencionado bien jurídico. Idéntico aserto puede realizarse de la injuria, pero con algunas matizaciones. Será necesario relacionar este modo comisivo con el requisito de que la conducta se ejecute en presencia del funcionario. Cuando la injuria se lleva a cabo de forma privada, esto es, el funcionario se encuentra en el ejercicio de sus funciones, pero no existen testigos presenciales del hecho, sería discutible afirmar que en dicha situación se pone en peligro el regular funcionamiento de la Administración. Cabe pensar, más bien, en una acción cuya potencialidad lesiva se encamina a lesionar el honor

del funcionario como sujeto particular, su dignidad personal.

Ello es debido a la ausencia en la descripción típica del requisito de la presencia de terceros (o en su caso de publicidad) como elemento objetivo del tipo. La mera presencia de la autoridad, al menos en los supuestos de injuria, sin la necesaria concurrencia de terceros, no parece ser el medio más adecuado para poner en peligro el bien jurídico, ni siquiera desde el punto de vista del prestigio de la Administración. La existencia del requisito de la publicidad en la conducta, implica una mayor lesividad, que sería adecuado recogiese la regulación del delito.

En aquellas hipótesis en que la conducta se lleva a cabo por medio de escrito dirigido a la autoridad resulta evidente que cuando la carta injuriosa se dirige directamente a la persona ofendida, la vulneración tanto del prestigio como del regular funcionamiento es apenas perceptible, al menos en los casos de injuria -caso distinto cuando nos encontramos ante una calumnia y sobre todo ante una amenaza-. Sin embargo la publicación de la misma en un diario, aún no encontrándose dirigida directamente al funcionario, sino con la exclusiva intención de manifestar publicamente episodios deshonrosos del sujeto, afecta de foma notable a cualquiera de los bienes jurídicos mencionados.

En la primera hipótesis nos encontraríamos más bien ante un atentado al honor personal de la autoridad, que a mi entender debería quedar fuera del ámbito de protección del Capítulo VIII del Código penal. Posibilidad que no es trasladable a los supuestos en que la conducta consiste en una amenaza, ya que ésta,

independientemente del grado de publicidad existente, tiene virtualidad suficiente para poner en peligro el regular funcionamiento de la Administración, si lo consideramos como interés protegido.

La modalidad injuriosa de desacato, unicamente cuando se realiza ante terceros o bien con publicidad, contiene un grado suficiente de lesividad como para poner en peligro el prestigio de la Administración como interés tutelado. En los restantes supuestos, esto es, cuando la acción se comete ante la sola presencia de la autoridad o del funcionario público, parece más bien capacitada para lesionar su dignidad personal y, en consecuencia, sería más adecuado encuadrar dicha conducta entre los delitos contra el honor que en el Capítulo relativo al desacato.

Cuestión distinta es la relativa a la calumnia y a la amenaza. Ambas clases de conductas, aun no existiendo presencia de terceros ni publicidad, parecen adecuarse en mayor medida al menoscabo bien del prestigio de la Administración (calumnia), bien del regular funcionamiento (amenaza).

La imputación de haber realizado un hecho delictivo, sobre todo los relacionados específicamente con el ejercicio de las funciones públicas -cohecho, malversación, fraude fiscal-, produce una evidente puesta en peligro, ya sea del prestigio de la Administración, en cuanto que se cuestiona la "honorabilidad", no tanto de la persona particular encargada de la gestión de los negocios públicos, cuanto el propio prestigio de la Administración, representada en sus funcionarios.

Por lo que respecta a la conducta conminatoria, más bien parece que responde a un interés distinto. Concretamente se relaciona de manera más adecuada con la propuesta de tutelar en este delito el regular funcionamiento de los órganos públicos, ya que con ella se está intentando coaccionar al funcionario para que realice determinados actos, lo que puede entorpecer el normal desenvolvimiento de las funciones públicas.

4.- El ámbito de aplicación de la descripción típica se ha visto desbordado por razón del aumento de los posibles sujetos afectados por la conducta. 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 referente 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 escasos años. Esta situación plantea, de cara al desacato, cuestiones de distinta índole. Un primer problema se traduce en el posible desconocimiento por parte del sujeto activo de la persona a la que se está dirigiendo ostenta la categoría de funcionario público. Lo que nos conduce a supuestos de error de tipo.

Es evidente que si aún en el campo del Derecho Administrativo, ámbito propio de estos conceptos, las nociones de funcionario y autoridad requieren, incluso

para el especialista en la materia, una labor de indagación, en algunos casos exhaustiva, para delimitar con claridad qué sujetos ostentan tal categoría. Dificilmente se le puede exigir al particular un conocimiento tal que supere incluso al del perito en Derecho. Dos ejemplos serán suficientes para ilustrar esta afirmación. Si debemos analizar los estatutos correspondientes de las denominadas Corporaciones Sectoriales de base privada (v. gr. Colegios Profesionales), para poder afirmar que en ocasiones actúan como autoridades -así, en los casos de ejercicio de su potestad sancionatoria-, o bien, hay que acudir a la Ley de Ferrocarriles para conocer que los interventores del servicio ferroviario actúan como funcionarios públicos cuando deben restablecer el orden público. Es presumible, en la mayoría de actuaciones de los particulares, el desconocimiento de estas circunstancias. Así, su acción dolosa no abarcará el total contenido de la descripción típica, dando lugar a un error en la tipicidad.

Cuestión que se halla indisolublemente unida a las clases de funciones que ejecutan los funcionarios públicos. Como ya se señaló, el actual modelo de Estado se caracteriza por la asunción de una serie de servicios que, según concepciones tradicionales, se entendían como privados -sanidad, enseñanza...-. Ello conduce a cuestionarnos si realmente es necesario ampliar el ámbito de protección que dispensa el delito de desacato a todos los funcionarios públicos que llevan a cabo el ejercicio de estos servicios, o por el contrario, esta especial tutela penal debería restringirse, de algún modo, a aquellas funciones más relevantes, o ligadas de especial manera a los poderes tradicionales del Estado y, en consecuencia, unicamente a los funcionario o autoridades que los ejecutan, quedando el resto de

sujetos, a estos efectos penales, bajo la consideración de particulares. No tenemos más que pensar en la injuria dirigida a un médico perteneciente al INSALUD, cuando se encuentre en el efectivo ejercicio de sus funciones, y la misma conducta ejecutada en su consulta particular, en ambos casos achacándole su deficiente conocimiento de la ciencia médica. El desvalor que dicha conducta produce en ambos casos, es a mi entender idéntico, no comprendiéndose 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 supuesto se encuentra actuando como funcionario público y en el otro como particular. La afectación al bien jurídico prestigio de la Administración es, a mi entender, tan remota, que politico-criminalmente es innecesaria la sanción penal, sin olvidar la ineludible referencia al principio de "ultima ratio".

Podría cuestionarse si desde la perspectiva del regular funcionamiento de la Administración, como interés tutelado (propuesta de "lege ferenda" realizada por algunos autores, como se tuvo ocasión de exponer, pero que puede admitirse como interés protegido en la actual configuración legal del desacato, en relación concretamente a las amenazas), estas actuaciones de los particulares no obstaculizan de "algún modo" el normal desenvolvimiento en el 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 via 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-.

Sumados los factores reseñados anteriormente, se obtiene como resultado, en mi opinión, un quebrantamiento del "telos" bajo el cual fué concebida la norma. Si tradicionalmente se ha querido dispensar una especial protección a los sujetos que se hallan ligados al poder por ostentar la representación del Estado, entra dentro del campo de lo plausible, el que la protección penal se dispense a aquellas personas cuya relación con la fuente de poder es más cercana. Sin embargo, cuando los ámbitos en que la Administración desarrolla sus funciones dejan de estar delimitados con las funciones características o propias de los entes privados, a lo que se añade que para llevar a cabo esta labor "asistencial" son necesarios cada vez mayor número de funcionarios, estos se encuentran cada vez más distanciados de los que originariamente se consideraban sujetos cercanos al poder, lo que da lugar a una involución valorativa en la aplicación del tipo. Y hoy hablaríamos del "poder" democráticamente constituído, y de las instituciones básicas para el funcionamiento social basado en principios de seguridad jurídica, legalidad y control jurídico, desde parámetros de una configuración política democrática.

Por todo ello sería deseable una mayor delimitación del ámbito de aplicación de la norma. Delimitación que a mi modo de ver debe basarse en los siguientes criterios. De un lado, parece evidente que las conductas deshonorantes o conminatorias dirigidas contra "cualquier" clase de funcionario público no tienen virtualidad suficiente como para poner en peligro ninguno de los intereses propuestos como objeto de protección -prestigio y regular funcionamiento de la

Administración, pero incluso tampoco el principio de autoridad-, por ello debería efectuarse una restricción en el número de sujetos afectados por la conducta, en la linea ya apuntada por PALAZZO (287), esto es, sólo para sujetos que ostenten la categoría de autoridad y para los agentes de la misma.

En virtud de que los primeros, conforme a su categoría (ostentan jurisdicción propia según definición del art. 119 del Cp), representan de manera directa a la propia Administración, adecuándose de esta forma el delito a la propia "ratio legis" que lo inspiró en sus orígenes. Por lo que respecta a los agentes de la autoridad, la fundamentación sería de otro orden. Estos, por las especiales características de las funciones que ejercen -coerción sobre los ciudadanos-, se hallan más expuestos a la recriminación insultante por parte de los particulares; desde esta perspectiva, "a priori", parece lógico dispensarles una tutela especial o diferenciada, para garantizar su adecuado funcionamiento.

5.- La necesaria delimitación del ámbito de la tipicidad no sólo debe llevarse a cabo en el tipo objetivo, sino también, en el tipo subjetivo. Tal y como se ha observado, de la estructura típica de los arts. 240 y siguientes, se deduce que unicamente cabe la comisión dolosa de estos delitos.

Aunque como ya se expuso, conceptualmente, sea factible la hipótesis de comisión culposa, ésta no sólo carece de virtualidad lesiva, con respecto al bien jurídico protegido, sino que además, politico-criminalmente parece desaconsejable su punición.

Por lo que respecta a la configuración del tipo subjetivo, creo necesario decantarse por la negación de la existencia de un elemento subjetivo especial del injusto como sería el "animus iniuriandi". En primer lugar, porque su extensión al delito de desacato más bien parece provenir del hecho de que la descripción típica de éste se configura, basicamente, en base a los delitos contra el honor, delitos en los que tradicionalmente se ha venido exigiendo el mencionado "animus". Debido a ello, cuando se predica del desacato la necesaria existencia de un elemento subjetivo específico, se obvia normalmente, la conducta consistente en amenazar como acción que también da lugar al posible injusto. No parece lógico que tal elemento sea sólo predicable de una parte de los elementos que constituyen el tipo objetivo y la extensión del mencionado "animus" a la amenaza resulta realmente forzada.

En segundo lugar, cuando se quiere dotar de contenido material a este "animus", se viene explicitando que el mismo consiste en la especial disposición anímica del autor para menospreciar bien el principio de autoridad, bien desprestigiar a las personas en las cuales encarna la representación de los órganos de la Administración. Pues bien, esta especial disposición anímica coincide plenamente con el contenido propio y especifico del dolo. Así, cuando el particular injuria, calumnia o amenaza a una autoridad o a un funcionario público que se encuentra en el ejercicio de sus funciones, el contenido de su acción, para poder ser calificada como dolosa, debe abarcar todos y cada uno de estos elementos: en consecuencia, que su conducta implique menosprecio o vejamen hacia las personas a las cuales se dirige.

6.- Tal y como se indicaba al comienzo de estas consideraciones, la poca fortuna del delito de desacato también se manifiesta en las deficiencias de técnica legislativa en su regulación.

Quizás la más notoria sea la redacción del art. 245 -desacato a funcionario público y agente de la autoridad-, en la que la ausencia de la calumnia como modo comisivo y la falta del requisito de que los funcionarios públicos se encuentren en el ejercicio de sus funciones, plantea serios problemas de interpretación. Sin ambos elementos el tipo adquiere una dimensión poco aceptable, pero su inclusión por vía hermeneútica supone violentar la norma, dado que la letra de la ley no los exige. Cuestión, que más que objeto de interpretación -que llegada a cierto punto resulta estéril-, habría de ser objeto de reforma legislativa.

NOTAS AL CAPITULO CUARTO

(1) Vid. GROIZARD, Código penal, T.III, pp. 485-486; VIADA, Código penal, p.272; FERRER SAMA, Comentarios, T.III, pp.227-228; JASO ROLDAN, PE, T.II, p.94; QUINTANO RIPOLLES, Compendio, T.II, p.67; CUELLO CALON, Derecho penal, T.II, vol.I, p.168; RODRIGUEZ DEVESA, PE, (11ª ed), p. 889; QUERALT, PE, vol.II, pp.642-643; VIVES ANTON, PE, p. 165.

(2) A pesar de que la nomenclatura usada por el Tribunal Supremo es muy distinta, como vamos a comprobar, la idea que subyace en sus sentencias coincide básicamente con la postura mantenida por la doctrina. Así en algunas sentencias hace referencia a que la tipicidad del delito de desacato debe coordinarse con los correspondientes delitos contra el honor: ss. de 26 de junio de 1.963 (JC980), 29 de septiembre de 1.980 (JC 976), 2 de febrero de 1.981 (JC 101), 11 de abril de 1.986 (Ar. 1960). En otras sentencias hace alusión a que la estructura del delito de desacato, al menos parcialmente, está constituída por una norma penal en blanco: ss. de 13 de noviembre de 1.970 (JC 1236), 25 de octubre de 1.974 (JC 1405), 12 de diciembre de 1.981 (JC 1475), 28 de enero de 1.984 (JC 115). O bien entiende que este delito debe completarse con los de injuria y calumnia, así, ss. de 14 de octubre de 1.964 (JC 1528), 7 de marzo de 1.980 (JC 273), o en su caso confrontarse, como en la s. de 17 de noviembre de 1.987 (Ar. 8531).

(3) Vid. Capítulo Tercero. Como allí se intentó demostrar, la especial y diferenciada tutela del honor del funcionario público, supondría una vulneración del principio de igualdad de los ciudadanos recogido en el art. 14 de la Constitución española.

(4) En este sentido MUÑOZ CONDE, PE, p. 651. También QUERALT, PE, vol.II, pp. 642-643, hace hincapié en la necesidad de relativizar estos conceptos cuando la acción se dirige contra funcionario público.

(5) QUERALT, PE, vol.II, p. 643.

(6) El concepto de honor se caracteriza por las dificultades que se oponen a su precisión, como han señalado entre otros BELLO LANDROVE, "Infracciones", p. 708; BERDUGO, "Revisión", p. 305; y MUSCO, Bene giuridico, p. 6. Ello es debido a que no estamos ante un concepto estático, sino mutable, en función de parámetros claramente extrajurídicos como son la evolución de una determinada comunidad, el contexto social, etc. Debido a ello, cada sociedad en un momento histórico dado, puede tener un concepto de honor distinto al mantenido por otra. Por lo que nos enfrentamos a un concepto polémico que se encuentra fuertemente condicionado por las valoraciones sociales y culturales. Así lo han puesto de relieve ALONSO ALAMO, "Protección penal del honor", p. 139 y GARCIA PABLOS, "La protección penal", p. 221.
Ha sido predominante la tradicional clasificación efectuada por FRANK en la que éste divide el honor en subjetivo y objetivo. El primero estaría integrado tanto por el valor o mérito de una persona (honor interno), como por la representación que del mérito de esa persona se forman los sujetos que componen la sociedad (honor externo, fama, reputación). Mientras que el honor subjetivo consistiría en la representación que uno mismo tiene de su propio mérito o reputación (conciencia del honor); así como la voluntad de afirmar el propio valor o la propia reputación (sentimiento del honor).
Otra posible clasificación del concepto de honor estriba en la denominada concepción fáctica de honor, según la cual éste se encontraría compuesto por dos elementos: de un lado, el sentimiento que un sujeto posee de su propia dignidad y, de otro, la evaluación que sobre él efectúan lo miembros de la comunidad en que se desenvuelve (En este sentido: ANTOLISEI, PS, p. 145; CUELLO CALON, PE, T.II, vol.II, p. 680; DIAZ PALOS, "Injurias", p. 629; MANZINI, Trattato, vol.VIII, p. 505; SAPASARI, Sintesi, p. 482. Un análisis pormenorizado al respecto en MUSCO, Bene giuridico, pp. 10 y ss.). Y de otro lado la concepción normativa, que traslada el concepto de honor al plano propio de los valores y lo entiende como una parte de la dignidad humana, que en cuanto tal se encuentra presente en todos los hombres prescindiendo del "status" que ostenten en la escala social. Su contenido aparece vinculado al efectivo cumplimiento de los deberes

éticos que corresponden a cada individuo, HIRSCH, Ehre, pp. 45 y ss.; TENCKHOFF, Die Bedentung, p. 181 y ss. Cfr. sobre esta problemática ampliamente MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, Strafrecht (BT), p. 215 y ss.; y MUSCO, Bene giuridico, pp. 14 y ss. Alrededor de estas concepciones giran, actualmente, los intentos de definición de un concepto de honor.

(7) La despenalización de los delitos contra el honor, ha sido propugnada por distintos penalistas, si bien no por todos ellos en igual medida: ALONSO ALAMO, "Protección penal del honor", p. 144, en donde propone la supresión del nº 4 del art. 458 y una admisión más amplia de la figura de la "exceptio veritatis"; expresamente una descriminalización al menos parcial ASUA, "La tutela", p. 23; BELLO LANDROVE, "Infracciones", pp. 719 y 734; BERDUGO, Honor, p. 54; BOIX, "Consideraciones", p. 41; COBOS GOMEZ DE LINARES, "Consideraciones", pp. 261 y 273; GARCIA PABLOS, "La protección penal", pp. 214 y 231; MORALES PRATS, La tutela, p. 140; EL MISMO, "Adecuación social", p.717 y ss.; QUERALT, PE, vol.I, p. 221; VALLE MUÑIZ, "aspectos", p. 660; VIVES, PE, p. 691.

(8) A pesar de la ubicación de la calumnia en el Título correspondiente a los delitos contra el honor es controvertida por la doctrina la verdadera naturaleza del bien jurídico que aquí se protege. Así, autores como MUÑOZ CONDE, PE, p. 121, entiende que la naturaleza de este delito se encuentra más emparentada con los Delitos contra la Administración de Justicia que con las conductas referentes al honor. Naturaleza que en opinión del autor parece confirmarse por la relevancia que en esta conducta adquiere la "exceptio veritatis". En el mismo sentido de considerarlo un delito contra la Administración de Justicia, SAINZ CANTERO, "El contenido", p. 86. En contra Vid. BUSTOS, PE, p. 171; CUELLO CALON, Derecho penal, T.II, vol.II, pp. 680-681; VIVES, PE, pp. 656-657.

(9) CUELLO CALON, Derecho penal, T.II, vol.II, p.685; MUÑOZ CONDE, PE, p. 121; QUINTANO RIPOLLES, Tratado, vol.II, p. 1185; RODRIGUEZ DEVESA, PE, p. 246.

(10) RODRIGUEZ DEVESA, PE, p. 246; CUELLO CALON,

Derecho penal, T.II, vol.II, p. 684.

(11) QUINTANO RIPOLLES, Tratado, vol.II, p. 1190.

(12) ALONSO ALAMO, "Protección penal del honor", p.128; CUELLO CALON, Derecho penal, T.II, vol.II, p. 684; MUÑOZ CONDE, PE, p. 122; QUINTANO RIPOLLES, Tratado, vol.II, p. 1187; RODRIGUEZ DEVESA, PE, p. 243.

(13) BUSTOS, PE, p. 171; MUÑOZ CONDE, PE, p. 122; RODRIGUEZ DEVESA, PE, p.243.

(14) QUINTANO RIPOLLES, Tratado, vol.II, pp. 1235 y ss. En especial sobre la capacidad delictiva de las personas jurídicas Vid. GRACIA, El actuar, pp. 7 y ss.

(15) RODRIGUEZ DEVESA, PE, p. 248.

(16) El art. 454 preve una sanción de prisión menor y multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas, mientras que el art. 455 una de arresto mayor y multa de 20.000 a 100.000 pesetas.

(17) BUSTOS, PE, p. 173.

(18) GARCIA ARAN, La determinación, p. 63.

(19) CORDOBA, Comentarios, T.III, pp.552-553.

(20) MUÑOZ CONDE, PE, p. 652.

(21) Argumento esgrimido originariamente por JASO ROLDAN, PE, T. II, p. 96, y asumido por RODRIGUEZ DEVESA, PE, p. 895.

(22) RODRIGUEZ DEVESA, PE, p. 895, nota 43. En este mismo sentido ya se pronunciaba GROIZARD, Código penal, T.III, p.492.

(23) CORDOBA, Comentarios, T.II, p.560.

(24) La necesidad de proporción entre el hecho delictivo y la penalidad que se le asigna, es resaltada por los autores, así como la disfuncionalidad que a este respecto se vislumbra en el Código penal. Si bien hay que reconocer la dificultad de conseguir una perfecta armonización de las sanciones, ante una catálogo tan amplio de conductas delictivas. Sobre este tema Vid. BECCARIA, De los delitos, p. 35; BUENO ARUS, "aspectos", p. 1.080; MIR, Introducción, p. 159; MUÑOZ CONDE, Introducción, p. 78; RUIZ VADILLO, "dosimetría", pp. 351 y ss.

(25) Como pone de relieve LARENZ, Metodología, pp. 318 y ss.; "Una interpretación que ya no radica en la esfera del posible sentido literal, ya no es interpretación sino modificación del sentido".

(26) Aunque este ánimo no es sino el dolo propio de la injuria, Cfr. BACIGALUPO, "Colisión de derechos", pp. 83 y ss. A esta problemática nos referimos más adelante, Vid. apartado V de este mismo capítulo.

(27) BAJO, "Protección", p. 123; GARCIA PABLOS, "La protección penal", pp. 225-226.

(28) ALONSO ALAMO, "Protección penal del honor", p.134.

(29) Ya apuntaba MAURACH, la dificultad de tratar un tema tan sutil como el del honor con los guantes de madera del Derecho penal, Strafrecht (BT), p. 215. En este mismo sentido BAJO, "Protección", p. 124; SAINZ CANTERO, "El contenido", p. 88.

(30) ALONSO ALAMO, "Protección penal del honor", p.139; GARCIA PABLOS, "La protección penal", p. 224; MORALES PRATS, "Adecuación social", pp. 704-705. Protección del honor aparente que se deduce del ámbito tan restringido de aplicación que se otorga a la "exceptio veritatis".

(31) SAINZ CANTERO, "El contenido", p. 97.

(32) ALONSO ALAMO, "Protección penal del honor", p. 142 y ss.; ASUA, "La tutela", p. 27; BERDUGO, "Revisión", pp. 309 y ss.; BUSTOS, PE, p. 165; GARCIA PABLOS, "La protección penal", p. 222; MUÑOZ CONDE, PE, p. 114; QUERALT, PE, vol.I, p. 667; VIVES, PE, p. 667.

(33) RODRIGUEZ DEVESA, PE, p. 233.

(34) ALONSO ALAMO, "Protección penal del honor", p.135.

(35) RODRIGUEZ DEVESA, PE, p. 236; MUÑOZ CONDE, PE, p. 116; VIVES, PE, p. 661. Para BUSTOS, PE, p. 167, este supuesto es factible, aunque la posibilidad de su comisión sería poco frecuente.

(36) QUINTANO RIPOLLES, Tratado, T.II, p. 1229. En el mismo sentido CUELLO CALON, Derecho penal, T.II, vol.II, p. 693.

(37) Vid. por todos GOMEZ BENITEZ, PG, pp. 577 y ss.

(38) MUÑOZ CONDE, PE, p. 116; RODRIGUEZ DEVESA, PE, p.236.

(39) RODRIGUEZ DEVESA, PE, p. 236.

(40) QUINTANO RIPOLLES, Tratado, vol.II, p. 1195.

(41) DIAZ PALOS, "Injurias", p. 14.

(42) BAJO, PE, vol. III, p. 237; MUÑOZ CONDE, PE, p. 120; RODRIGUEZ DEVESA, PE, p. 239; SAINZ CANTERO, "El contenido", p. 88; VIVES ANTON, PE, p. 660.

(43) QUINTANO RIPOLLES, Tratado, vol.II, p. 1196.

(44) MUÑOZ CONDE, PE, p. 120; RODRIGUEZ DEVESA, PE, p. 243.

(45) Art. 570.2: "Serán castigados con multa de 5.000 a 25.000 pesetas: 2º Los que ofendieren de modo leve a los agentes de la autoridad, cuando ejerzan sus funciones, y los que, en el mismo caso, les desobedecieren."

(46) CORDOBA, Comentarios, T.III, p. 559.

(47) CORDOBA, Comentarios, T.III, p. 599.

(48) Art. 586.1: "Serán castigados con multa de 25.000 a 100.000 pesetas : 1º Los que injuriaren livianamente a otro de palabra o de obra, si reclamare el ofendido, cuyo perdón extinguirá la pena."

(49) GROIZARD, Código penal, T.III, p. 482.

(50) CORDOBA, Comentarios, T.III, p. 543; FERRER SAMA, Comentarios, T.III, p. 228; MUÑOZ CONDE, PE, p. 652; QUERALT, PE, p. 643; RODRIGUEZ DEVESA, PE, pp. 890-891; VIVES, PE, p. 165. Señala también la dificultad de delimitar la diferencia entre injuria e insulto, pero dejando su precisión al arbitrio de los tribunales CUELLO CALON, Derecho penal, T.II, vol.I, p. 169.

(51) JASO ROLDAN, PE, T.II, p. 93.

(52) Art. 493: "El que amenazare a otro con causar al mismo o a su familia, en sus personas, honra o propiedad, un mal que constituya delito será castigado:
1º Con la pena de prisión menor, si se hubiese hecho la amenaza exigiendo una cantidad o imponiendo cualquiera otra condición, aunque no sea lícita, y el culpable hubiere conseguido su propósito, y con la pena de arresto mayor si no lo hubiere conseguido.
La pena se impondrá en su grado máximo si las amenazas se hicieren por escrito o a nombre de entidades reales o supuestas.
2º Con la pena de arresto mayor y multa de 100.000 a 500.000 pesetas si la amenaza no fuere condicional."
Art. 494: "Las amenazas de un mal que no constitu

ya delito, hechas en la forma expresada en el número primero del artículo anterior, serán castigadas con la pena de arresto mayor."

(53) No se muestra pacífica la doctrina a la hora de establecer el bien jurídico protegido por el delito de amenazas. Para un sector doctrinal en el mismo se estará protegiendo la libertad de decisión, así lo expresa QUERALT, PE, vol.I, pp. 117 y 121: "lo que intenta evitar la punición de las amenazas es la altercaión violenta del proceso de motivación de los sujetos al ponérseles bajo unas condiciones ilegítimas de presión a fin de obtener una decisión del amenazado". En el mismo sentido se manifiestan, BAJO, PE, vol.III, p. 118; MAQUEDA, Los delitos, p. 21; MIRA, "concepto", p. 129; RODRIGUEZ DEVESA, PE, p. 300; TORIO, "La estructura", p. 22; COBO/CARBONELL, PE, p. 702.
Otros, sin embargo, entienden que el objeto de tutela sería la libertad de resolución, JASO ROLDAN, PE, T.II, p.299. Y por último quienes aseguran que lo protegido es la seguridad como presupuesto de la libertad, así, BUSTOS, PE, p. 110, para quien "Seguridad que hay que entender como el conjunto de circunstancias objetivas para que se dé la capacidad de actuación, ya sean objetivas a la situación o a la persona". En el mismo sentido y ampliamente LARRAURI, Libertad, pp. 191 y ss.; LORENZO SALGADO, "El delito", pp. 441 y ss.

(54) QUERALT, PE, vol.I, p. 643.

(55) FERRER SAMA, Comentarios, T.III, p. 229. En el mismo sentido CUELLO CALON, Derecho penal, T.II, vol.II, p. 170 y QUINTANO RIPOLLES, Tratado, T.I, vol.II, p. 1039.

(56) BAJO, PE, vol.III, p. 119; MAQUEDA, Los delitos, p. 22; RODRIGUEZ DEVESA, PE, p. 297.

(57) RODRIGUEZ DEVESA, PE, p. 298. En el mismo sentido MAQUEDA, Los delitos, p. 24; MUÑOZ CONDE, PE, p. 133.

(58) JASO ROLDAN, PE, pp. 312-313.

(59) MUÑOZ CONDE, PE, p. 133; RODRIGUEZ DEVESA, PE, p. 298.

(60) RODRIGUEZ DEVESA, PE, p. 298. En el mismo sentido MAQUEDA, Los delitos, p. 25; COBO, PE, p. 703. En contra MUÑOZ CONDE, PE, p. 133, para quien cabe la posibilidad de que el mal con el que se conmina sea lícito.

(61) En este sentido, Vid. MAQUEDA, Los delitos, p. 25; RODRIGUEZ DEVESA, PE, p. 298.

(62) BAJO, PE, vol.III, p. 121; MAQUEDA, Los delitos, p. 27; QUINTANO RIPOLLES, Tratado, T.I, vol.II, p. 1042; RODRIGUEZ DEVESA, PE, p. 298.

(63) QUINTANO RIPOLLES, Tratado, T.I, vol.II, p. 1040.

(64) CORDOBA, Comentarios, T.III, p. 543. Para este autor el "pretender que la noción del tipo de amenazas del primer párrafo del art. 493, que circunscribe la misma a la conminación de un mal a las 'personas', a la 'honra' y a la 'propiedad', obliga a restringir el alcance de la acción de amenaza castigada en el capítulo del desacato (arts. 240 y ss.) a las amenazas que afecten a los bienes aludidos", supone una restricción que el autor considera infundada.

(65) GROIZARD, Código penal, T.V, p. 687; CUELLO CALON, Derecho penal, T.II, vol.I, p. 170.

(66) BAJO, PE, vol.III, p. 120; GROIZARD, Código penal, T.V, p. 696; JASO ROLDAN, PE, T.II, p. 312; MAQUEDA, Los delitos, p. 23; RODRIGUEZ DEVESA, PE, p. 298.

(67) BAJO, PE, vol.III, p. 120; MAQUEDA, Los delitos, p. 25; QUINTANO RIPOLLES, Tratado, T.I, vol,II, p. 1046.

(68) BAJO, PE, vol.III, p. 120; QUERALT, PE, vol.I, p. 123; QUINTANO RIPOLLES, Tratado, T.I, vol.II, pp.

1048-49; RODRIGUEZ DEVESA, PE, p. 298.

(69) QUINTANO RIPOLLES, Tratado, T.I, vol.II, p. 1047.

(70) MUÑOZ CONDE, PE, p. 134; QUERALT, PE, vol.I, p.123.

(71) MAQUEDA, Los delitos, p. 23.

(72) QUINTANO RIPOLLES, Tratado, T.I, vol.II, p. 1045. Ahora bien, el autor lo considera necesario "por imperativos de lógica jurídica, a los efectos de sustantivizar el delito de amenazas y diferenciarlo de otros en que figura asimismo commo elemento dinámico la intimidación o 'vis compulsiva', tales como los de coacción, robo y extorsión."

(73) En contra del carácter de futuro del mal BAJO, PE, vol.III, p. 121; MIRA, "concepto", p. 155.

(74) GROIZARD, Código penal, T.III, p. 450 y T.V, pp. 694-95. En el mismo sentido COBO, PE, p. 148; CUELLO CALON, Derecho penal, T.II. vol.II, p. 170; JASO ROLDAN, PE, T.II, pp. 86 y 95.

(75) CORDOBA, Comentarios, T.III, p. 544. En el mismo sentido FERRER SAMA, Comentarios, T.III, p. 209; RODRIGUEZ DEVESA, PE, p. 297.

(76) QUINTANO, Compendio, T.II, p. 68.

(77) MUÑOZ CONDE, PE, p. 636.

(78) QUERALT, PE, vol.I, p. 127. Crítico también con esta regulación QUINTANO RIPOLLES, Tratado, T.I, vol.II, p. 1056.

(79) Art. 242: "Incurrirán en la pena de prisión menor los que injuriaren o amenazaren gravemente a los ejércitos o a sus instituciones, Armas, Clases o Cuerpos determinados.

Cuando las injurias o amenazas a que se refiere el párrafo anterior no fueren graves se impondrá al culpable la pena de arresto mayor o multa de 250.000 a 500.000 pesetas."

(80) QUERALT, PE, vol.II, pp. 646-647; RODRIGUEZ DEVESA, PE, p. 896.

(81) VIVES, PE, p. 169.

(82) Así la sentencia de 16 de octubre de 1.984 (JC 1375), en la que se condena por un delito del art. 242 del Cp, la redacción de un escrito en el que un objetor de conciencia se limitaba a plasmar su ideología antimilitarista.

(83) RODRIGUEZ DEVESA, PE, p. 896. En un sentido similar QUERALT, PE, vol.II, p. 647.

(84) En la citada sentencia el ponente, Sr. Vivas Marzal, reconoce que "sujeto pasivo, lo ha de ser necesariamente una colectividad, determinada y al propio tiempo despersonalizada o indiferenciada, entre las cuales figuran, los Ejércitos..." para a continuación explicitar que "La dinámica comisiva o acción puede materializarse mediante injurias, cuyo concepto se halla en el arttículo 457 del Código penal o por medio de amenazas, entendiendo por tales, el anuncio de un mal futuro, posible, ilícito, determinado, dependiente de la voluntad de quien lo hace y capaz de atemorizar o, al menos, inquietar, al destinatario o destinatarios del mismo, si bien, algún sector doctrinal, resalta la inidoneidad de este medio operativo, el cual, como se infiere del contenido de los artículos 493 y siguientes del Código penal, es esencialmente individual y, por lo tanto, poco adecuado y apto para afectar a colectivos."

(85) Así la pretensión de fundamentar esta especial protección en base a "los sentimientos patrióticos y el honor de los militares o Fuerzas Armadas, que sabido es, rinden un especial culto al mismo, en un claro intento de degradar y desprestigiar los valores e ideales, en aras de los cuales se hallan dispuestos a ofrendar su vida por la Patria" en

sentencia de 16 de octubre de 1.984 (JC 1375).

(86) Vid. por todos CEREZO, "Los delitos de atentado", especialmente pp. 332 y ss.

(87) Vid. por todos COBO, PE, pp. 149-150.

(88) ALVAREZ CID, Código penal, p. 588; CUELLO CALON, Derecho penal, T.II, vol.I, p. 171; VIADA, Código penal, p. 292.

(89) CORDOBA, Comentarios, T.III, p. 545.

(90) Vid. supra Capítulo segundo, pp.73 y ss. y 121 y ss.

(91) GARÇON, Code, T.I, p. 807. En idéntico sentido GARRAUD, Traité, T.IV, p. 539; CHAVEAU/HÉLIE, Théorie, T.I, nº 2054; MERLE/VITU, Traité, p. 329.

(92) GARÇON, Code, T.I, p. 807.

(93) MANZINI, Trattato, vol.V, 5ª ed, p. 519.

(94) Se reconoce que se encuentran permanentemente en el ejercicio de sus funciones: el Alcalde, ss. de 8 de octubre de 1.948 (JC 376), 16 de junio de 1.969 (JC 1341); los Fiscales, ss. de 21 de marzo de 1.873 (JC 1614), 30 de junio de 1.972 (JC1108), 6 de junio de 1.973 (JC 837), 26 de febrero de 1.975 (JC 299); los funcionarios judiciales y agentes de policía, 1 de mayo de 1.874 (JC 2210); 4 de febrero de 1.892 (JC 307); 22 de mayo de 1.968 (JC 834); 6 de junio de 1.973 (JC 837), 21 de diciembre de 1.976 (JC 1550).

(95) En el mismo sentido la S. de 6 de junio de 1.973 (JC 837) en la que se reconoce que "en el estatuto del Ministerio Fiscal se consagra y de su propia función se deduce, que mientras se encuentran en la provincia o lugar de sus servicios los funcionarios del Ministerio Fiscal como los Jueces y

Magistrados no están sólo de servicio durante sus horas normales de jornada, pues la función que ejerce lleva inherente la permanencia en el servicio de tal forma que en todo momento y ocasión vienen obligados a actuar si necesario fuera, y correlativamente deben ser también protegidos, pero además ponderable que el art. 240 del CP tanto refiere a encontrarse en el ejercicio o con ocasión, y sean consecuencia de haber ejercido estas funciones". También las de 31 de enero de 1.877 (JC 3768); 27 de marzo de 1.890 (JC 208); 22 de diciembre de 1.891 (JC 259); 5 de mayo de 1.899 (JC 155). .

(96) En idénticos términos s. de 11 de junio de 1.953 (JC 406).

(97) Literalmente el considerando de la citada sentencia dice: "por cuanto el art. 240 del CP tiene un plural contenido, comprendiendo en su ámbito tipificador la calumnia, la injuria, los insultos y las amenazas contra autoridades en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas; esta conjunción de diversos ilícitos penales es demostrativa de haberse agrupado en el aludido artículo varias conductas delictuales que tienen aisladamente consideradas un tratamiento sustantivo penal separado y autónomo cuando se dirige contra particulares, pero que se aglutina, cuando cualquiera de ellas, la calumnia, la injuria, los insultos o las amenazas se agrupan en razón al denominador común que las cualifica de ser destinatario de las mismas una autoridad ejerciente, o (...) con motivo de sus funciones (...), sin que por cierto sea factible separar el ente privado y el autoritario, cuando se trata de autoridades que por su peculiar función y singular cometido están en constante y permanente servicio, sin prácticas soluciones de continuidad, mientras sirven determinados cargos de innegable contenido autoritario."

(98) CUELLO CALON, Derecho penal, T.II, vol.I, p.171. En el mismo sentido CORDOBA, Comentarios, T.III, p. 545. Es preciso puntualizar que otros autores no hacen referencia a este tema en el análisis dedicado al delito de desacato, remitiéndose a lo enunciado en el delito de atentado y, extendiendo su pronunciamiento positivo sobre esta cuestión a aquél, así: ALVAREZ CID, Código penal, T.II, p.

553; FERRER SAMA, Comentarios, p. 210; MUÑOZ CONDE, PE, p. 645; QUERALT, PE, vol.II, p. 626; RODRIGUEZ DEVESA, PE, p. 876.

(99) CEREZO, "Los delitos de atentado", pp. 333-34. En el mismo sentido GROIZARD, Código penal, T.III, p. 455; VIVES, PE, p. 150.

(100) El art. 233 del Cp preve expresamente la figura del atentado para aquellos supuestos en que la intimidación o el empleo de la fuerza se ejerciten contra autoridad o funcionario público aún cuando hubiesen cesado en sus funciones, por hechos relativos al ejercicio de las mismas.

(101) Sentencias de 14 de mayo de 1.884 (JC 445), 25 de junio de 1884 (JC 573), 25 de abril de 1.894 (JC 222).

(102) CUELLO CALON, Derecho penal, T.II, vol.I, p. 178; MUÑOZ CONDE, PE, p. 652; QUERALT, PE, vol.II, p. 643; RODRIGUEZ DEVESA, PE, p. 895.

(103) Ss. de 31 de enero de 1.877 (JC 3768); 12 de junio de 1.889 (JC 435); 27 de marzo de 1.890 (JC 208); 22 de diciembre de 1.891 (JC 260); 9 de marzo de 1.894 (JC 137); 30 de diciembre de 1.896 (JC 267); 26 de enero de 1.897 (JC 48); 8 de octubre de 1.901 (JC 54); 31 de diciembre de 1.901 (JC 199); 2 de abril de 1.912 (JC 177); 4 de enero de 1.927 (JC 2); 12 de enero de 1.931 (JC 8); 1 de mayo de 1.946 (JC 542); 5 de octubre de 1.962 (JC 955); 16 de junio de 1.964 (JC 1209); 24 de abril de 1.974 (JC 672); 29 de septiembre de 1.987 (JC 6651).

(104) CORDOBA, Comentarios, T.III, p. 560. Interpretación que como ya se aludió, resulta insatisfactoria, pero que en este caso concreto es la única para que se presenta como posible para salvar el escollo de la ausencia de este requisito en el art. 245.

(105) Vid. por todos CEREZO, "Los delitos de atentado", pp. 332 y ss.

(106) CORDOBA, Comentarios, T.III, p. 546. En el mismo sentido GROIZARD, Código penal, T.III, pp. 456-57.

(107) En este sentido Vid. QUERALT, PE, vol.II, pp. 625-26; RODRIGUEZ DEVESA, PE, p. 876; VIADA, Código penal, T.II, pp. 295-96; VIVES, PE, p. 151. Sólo en aquellos supuestos de falta absoluta de competencias se podrá considerar que el funcionario público pierde la condición de tal y, por tanto, actúa como un particular, así MUÑOZ CONDE, PE, p. 646.

(108) Vid. supra. Capítulo segundo notas 77 y 79.

(109) VENDITTI, La reazione, p. 9.

(110) En este sentido ANTOLISEI, Manuale, vol.II, p. 818.

(111) Sentencia de 31 de enero de 1.877 (JC 3768).

(112) En el mismo sentido Ss. de 8 de febrero de 1.882 (JC 6415); 14 de mayo de 1.884 (JC 8020); 4 de diciembre de 1.890 (JC 314); 25 de octubre de 1.901 (JC 86); 2 de enero de 1.927 (JC 2); 19 de marzo de 1.934 (JC 142); 2 de junio de 1.970 (JC 744); 17 de mayo de 1.972 (JC 781); 29 de junio de 1.979 (JC 886); 7 de marzo de 1.980 (JC 273).

(113) Sentencia de 30 de enero de 1.961 (JC 99).

(114) CORDOBA, Comentarios, T.III, p. 546.

(115) GROIZARD, Código penal, T.III, pp. 482-83.

(116) CUELLO CALON, Derecho penal, T.II, vol.I, p. 172; CORDOBA, Comentarios, T.III, p. 548.

(117) Sentencia de 1 de mayo de 1.874 (JC 2210).

(118) Ss. de 21 de abril de 1.785 (JC 2746); 14 de noviembre de 1.892 (JC 224) y 5 de mayo de 1.899 (JC 155).

(119) Sentencia de 27 de septiembre de 1.971 (JC 1063).

(120) CHAVEAU/HéLIE, Théorie, T.I, nº 2061. En igual sentido GOYET, Droit pénal, p. 156; VOUIN, Droit pénal, p. 668.

(121) GARRAUD, Traité, T.IV, p. 568.

(122) MANZINI, Trattato, vol.V, 5ª ed, p. 516. En igual sentido LEVI, Delitti, 4ª ed., p. 429; RICCIO, "Oltraggio", p. 830; SISTI, "Oltraggio ad un p. u.", p. 262.

(123) GRISPIGNI, I delitti, p. 279. En igual sentido MAGGIORE, Diritto penale, vol. II, T:I, p. 206; RANIERI, Manuale, vol.II, p. 279; VANNINI, Quid Iuris?, p. 36.

(124) Vid. supra Capítulo segundo, pp.76 y ss. y 111 y ss.

(125) CORDOBA, Comentarios, t.iii, PP. 548-49. En igual sentido QUINTANO RIPOLLES, Comentarios, p. 582.

(126) CUELLO CALON, Derecho penal, T.II, vol.I, p. 173.

(127) CORDOBA, Comentarios, T.III, p. 549.

(128) GROIZARD, Código penal, T.III, p. 483. En igual sentido la S. de 6 de mayo de 1.871 (JC 328).

(129) Circunstancia ya prevista en la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código penal de 1.983, en donde se requiere junto a la presencia el requisito de la publicidad del hecho (art. 471). Cuando faltase esta circunstancia (art. 471.5) disminuye la penalidad atribuída al hecho. Idénticos

presupuestos rigen cuando el sujeto afectado es un funcionario público, art. 473.

(130) DEL TORO, Comentarios, T.II, p. 728.

(131) DEL TORO, Comentarios, T.II, p. 729. Esta restricción propuesta por el autor es producto de "una interpretación teleológica sobre la totalidad del ordenamiento penal", puesto que una vez analizados los distintos tipos que configuran la Parte Especial del Código penal, concluye que son mayoría los destinados a la protección de aquellos intereses en que el autor de la conducta criminal es un funcionario público, mientras que los destinados a proteger a estos del ataque de sus víctimas, es notoriamente inferior. De lo que se desprende "que la noción de Autoridad y de función pública ocupa dimensión mucho más amplia si se utilizan dichos caracteres para delinquir, o durante el delito, que si son lesionados por personas ajenas a los mismos".

(132) La moderna legislación sobre funcionarios estatales, data en España del Decreto de 18 de junio de 1.852, denominado de Bravo Murillo. Mientras que el concepto de funcionario público a efectos penales se da por primera vez en el Código penal de 1848.

(133) Art.404: "Para los efectos de que trata el artículo 400 no se tendrá por funcionarios públicos á los que públicamente profesan alguna ciencia ó arte, sino como cuando tales profesores esten dotados por el Gobierno ó por la comunidad del pueblo respectivo".

(134) Art.322: "Para los efectos de este título se reputa empleado todo el que desempeña un cargo público, aunque no sea de Real nombramiento, ni reciba sueldo del Estado."

(135) PACHECO, El Código penal, T.II, p.395. En el mismo sentido ALVAREZ y VIZMANOS; Comentarios, T.II, pp.233-234.

(136) Vid. COBO DEL ROSAL, "Exámen crítico", p.220.

(137) Art. 416: "Para los efectos de este título y de los anteriores del presente libro, se reputará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la ley, ó por eleccion popular ó por nombramiento de Autoridad competente, participe del ejercicio de funciones públicas."

(138) GROIZARD, Código penal, T.IV, p.320.

(139) Los tres Capítulos a que hace referencia son: Cap.IV "De los atentados contra la Autoridad y sus agentes, resistencia y desobediencia"; Cap.V "De los desacatos, insultos, injurias y amenazas á la Autoridad, y de los insultos, injurias y amenazas á sus agentes y á los demás funcionarios públicos."; y Cap. VI "Desórdenes públicos".

(140) Art.214: "A los mismos efectos, se reputará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la ley, o por elección popular, o por nombramiento de autoridad competente, participe del ejercicio de funciones públicas.

(141) Art.213: "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."

(142) En este Código aunque se mantiene la letra de la ley, se retoma la ubicación anterior para el concepto de funcionario, abandonando por tanto la Parte General del Código, el Libro I, para pasar al Libro II como antaño.

(143) Así entre otros: FERRER SAMA, Comentarios, T.II, p.427; DE MIGUEL, "El concepto", p. 403; DEL TORO MARZAL, Comentarios, p.726; QUINTANO RIPOLLES, Comentarios, p. 96; ROYO-VILLANOVA, "El concepto de funcionario", p.10.

(144) COBO DEL ROSAL, "Exámen crítico", p.229.

(145) Por lo que respecta al Derecho Administrativo, se presentan una serie de dificultades, que por ir más allá de los lógicos límites que tiene este trabajo, no podemos atender. Pero si quisiera señalar, la dificultad que he encontrado para establecer un concepto de autoridad a efectos administrativos. Es un tema al que la doctrina no ha dedicado suficiente atención y que como pone de relieve el Tribunal Constitucional, en la sentencia anteriormente mencionada, "es harto impreciso en nuestro ordenamiento jurídico", además ambos conceptos, el de autoridad y el de funcionario, no se oponen sino que la calificación de tal depende "del propio contenido de la misión ejercitada, actuando dentro del círculo de sus atribuciones". Ha existido algún intento de delimitar el concepto de autoridad en el ámbito del Derecho Administrativo, Vid. DE MIGUEL, "El concepto", pp. 397 y ss.

(146) El ingente número de personas que se hallan ligadas contractualmente con la Administración del Estado, ha dado lugar a que sea una expresión comunmente aceptada la de Estado burcrático. Así, ENTRENA CUESTA, Curso, vol.1/2, p.274.

(147) ENTRENA CUESTA, Curso, vol.1/2, p.275. A modo de ejemplo, el citado autor, menciona al personal de carácter político, funcionarios profesionales o de carrera, contratados administrativamente, colaboradores voluntarios y ocasionales de la Administración, los vinculados a la misma por contrato laboral, etc.

(148) Vid. ENTRENA CUESTA, Curso, vol.1/2, p.276.

(149) El art.1 de la LFCE dice que: "Los funcionarios de la Administración pública son las personas incorporadas a la misma por una relación de servicios

profesionales y retribuídos, regulada por el Derecho Administrativo."

(150) Estas notas son las que caracterizan al funcionario en un sentido amplio. Vid. ENTRENA CUESTA, Curso, vol.1/2, p.277. En el mismo sentido, ROYO-VILLANOVA, "El concepto de funcionario", p.14; DE LA VALLINA, "Sobre el concepto", p.111. A estas características, añade COBO DEL ROSAL, las de voluntariedad y permanencia, además de la participación en la función pública. "Exámen crítico", p.229. Caracteres que según ENTRENA CUESTA, perfilan un concepto más estricto de funcionario, Curso, vol.1/2, p.278.

(151) COBO DEL ROSAL, "Exámen crítico", pp.237-238.

(152) ENTRENA CUESTA, Curso, vol1/2, p.287. El autor al realizar el análisis de la evolución de la LFCE, cita como antecedente más remoto el Decreto de 18 de junio de 1.852, denominado de Bravo Murillo, y señala que "bajo su vigencia se produjo una auténtica anarquía en el campo de la función pública: los aspectos más elocuentes de esta situación estaban representados por la proliferación de los Cuerpos de funcionarios". Ello nos induce a pensar que no se presentaba una tarea fácil al legislador penal, que por fuerza debía de dar una definición extremadamente genérica que abarcase tal variedad de tipologías.

(153) Según MARQUEZ AZCARATE, Código penal, pp.222-23, la cualidad de funcionario/autoridad, desde el punto de vista del Derecho penal, se toma en consideración sólo para determinadas finalidades: a) proteger la función pública contra los ataques a las personas que la desempeñan o contra su prestigio; b) determinar la responsabilidad penal de los funcionarios por los hechos inherentes a su función, que lesionen bienes jurídicos, ya sean públicos o privados y c) fundamentar la exigencia de una mayor responsabilidad cuando se prevalen de su poder o facultades, por razón de su cargo.

(154) RODRIGUEZ DEVESA, PE, p.1.126. En el mismo sentido QUERALT, "El concepto penal", p.486; EL MISMO; PE, vol.II, p.570.

(155) Por lo que respecta al rango jerárquico de las normas legales, tema clásico del Derecho Administrativo, remito para su consulta a cualquiera de los Manuales al uso, así entre ellos GARCIA DE ENTERRIA/FERNANDEZ, Curso, vol.I, pp.135 y ss.; ENTRENA CUESTA, Curso, vol.1/1, pp.90 y ss.; GARRIDO FALLA, Tratado, vol.I, pp. 198 y ss.; PARADA VAZQUEZ, Derecho, T.I, pp. 31 y ss.

(156) DEL TORO, Comentarios, T.II, p.735.

(157) DEL TORO, Comentarios, T.II, p.734.

(158) DEL TORO, Comentarios, T.II, pp.735-36. Fundamenta su interpretación desde una perspectiva histórica. Como ya se apuntó al esbozar la evolución legal del art.119, éste es heredero del art.416 del Cp. 1.870, en donde se introdujo la actual regulación del concepto de funcionario, restringiendo el concepto dado por el Cp. de 1.848, en donde para obtener tal cualificación bastaba con la mera participación en la función pública. Según el autor, el legislador pretendió limitar el nombramiento de funcionarios para tratar de paliar las arbitrariedades a que podía dar lugar, a efectos penales, una definición tan extensa como la del art.322 del Cp. de 1.848. Por ello la exigencia de una disposición inmediata de la ley que legitimara un nombramiento efectuado bien por elección, bien por nombramiento de autoridad competente.
En contra de esta interpretación QUERALT, "El concepto penal", p.487, para quien las motivaciones del legislador de 1.870 eran diversas. No trataba tanto de delimitar o garantizar los nombramientos de funcionarios, sino más bien posibilitar la inclusión en la misma de los Ministros y altos cargos de la Nación, que a pesar de desempeñar cargos públicos no eran funcionarios de carrera.
Me parece más acertada la consideración hecha por el profesor DEL TORO, ya que la redacción del Código de 1.848, dada su amplitud posibilitaba la inclusión de los mencionados sujetos, puesto que el único requisito necesario para adquirir la condición de funcionario era "la participación en la función pública".

(159) DEL TORO, Comentarios, T.II, p.736. A favor de

esta interpretación BUSTOS, PE, p.371, para quien, a pesar de que esta interpretación violenta la letra del art.119, también es cierto que en último término (mediatamente) será la ley la que determine la condición de funcionario, lo que el Código quiere destacar son los diversos orígenes que la adscripción del sujeto puede tener.

(160) Así en S. de 24 de febrero de 1.950 (JC 83), en donde el T.S. argumentaba del siguiente modo su consideración como funcionarios públicos: "dada la nueva organización del Estado y las varias y múltiples funciones que, dentro del mismo, viene desempeñando la Falange española Tradicionalista y de las J.O.N.S., en sus diversos cometidos y ramificaciones, todos ellos de carácter público, es fuerza reconocer, a efectos penales, la cualidad de funcionarios públicos a que hace referencia el art. 119 del C.P., (...), a toda persona que presta sus servicios o está al frente de alguno de los cometidos o encargos".

(161) QUERALT, "El concepto penal", p.488.

(162) La afirmación taxativa de QUERALT de que en el "actual contexto democrático, el sufragio deberá ser universal", a mi modo de ver, hará referencia a elecciones de carácter político, pues es posible el acceso a la categoría no de funcionario, sino de autoridad, a través de procesos electorales que no implican el sufragio universal. Así y como se verá oportunamente, los sujetos elegidos como miembros de las Juntas Rectoras de los Colegios Profesionales, ostentan la condición de autoridad y sin embargo son elegidos unicamente por los profesionales colegiados.

(163) QUERALT, "El concepto penal", p.488. EL MISMO; PE, vol.II, p.570.

(164) QUERALT, "El concepto penal", p.489.

(165) QUERALT, "El concepto penal", p.482.

(166) DEL TORO, Comentarios, T.II, p.733. MUÑOZ CONDE,

PE, p.687.

(167) QUERALT, "El concepto penal", p.482.

(168) CEREZO, "Los delitos de atentado", p. 320, n.5.

(169) RODRIGUEZ DEVESA, PE, pp. 1125-26. En el mismo sentido BUSTOS, PE, p. 372; COBO, "Exámen crítico", p. 224; FERRER SAMA, Comentarios, T.II, p. 429.

(170) DE LA VALLINA, "Sobre el concepto", p.115.

(171) RODRIGUEZ DEVESA, PE, pp.1.126-27.

(172) En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE, PE, p.687. En contra DEL TORO, Comentarios, T.II, p.739, para quien la categoría de funcionario de hecho es inadmisible dentro del concepto de funcionario que expone el art.119. En idéntico sentido ORTS GONZALEZ, El delito de usurpación, p. 73.

(173) Así lo pone de relieve LOPEZ-FONT, "La noción de autoridad", p.366.

(174) DEL TORO, Comentarios, T.II, p.743.

(175) GROIZARD, Código penal, T.IV, p.321; VIADA y VILASECA, Código penal, T.II p.696; RODRIGUEZ DEVESA, PE, p.1.074, (9ª); QUERALT, "El concepto penal", p.493; DEL TORO, Comentarios, T.II, pp.730 y 743; COBO DEL ROSAL, "Exámen crítico", p.244.

(176) QUERALT, "El concepto penal", p.494; ORTS GONZALEZ, El delito de usurpación, p. 62.

(177) Disiente, en parte, de esta opinión DEL TORO, Comentarios, T.II, p.730. Para quien, aunque sea mínimamente, los funcionarios públicos también poseen "una cierta potestad de imperio".

(178) GROIZARD, Código penal, T.IV, 2ª ed., p.758.

(179) Como se verá posteriormente, el Tribunal Supremo, en alguna ocasión, ha calificado el mismo cargo bien como autoridad, bien como funcionario público.

(180) FERRER SAMA, Comentarios, T.II, p.428.

(181) COBO DEL ROSAL, "Exámen crítico", p.244. En contra se manifiesta QUERALT, "El concepto penal", p.495; para quien no es adecuado relacionar el concepto de autoridad con el poder de coerción, ya que si la coerción es jurídica, corresponde al ordenamiento jurídico como tal, mientras que la física es desechable. En caso de desobediencia a las órdenes que emanan de una autoridad, la respuesta adecuada no viene por el camino de la coerción física, sino que deberá ser castigada por los órganos jurisdiccionales competentes y entonces nos hallaríamos ante la coerción jurídica propia de todo ordenamiento jurídico.

(182) DEL TORO, Comentarios, T.II, pp.746-47; QUERALT, "El concepto penal", p.495.

(183) DEL TORO, Comentarios, T.II, pp.746 y ss.

(184) Es interesante resaltar, como el autor hace hincapié en el dato de que la desobediencia a las decisiones de la autoridad puede quebrantar su prestigio, lo que deja traslucir una concepción de la misma entendida como entidad "supra partes", sin incidir, como creo sería más correcto, en el hecho de que la desobediencia a sus actos puede producir una alteración en el regular tráfico jurídico. La autoridad, no es más que un funcionario público, que jerárquicamente, dentro del escalafón administrativo, tiene mayores competencias y responsabilidades, pero no por ello deja de estar al servicio del ciudadano como funcionario público que es, y como miembro de una Administración que presta unos servicios a los mismos.

(185) Con respecto al concepto de mando QUERALT, "El

concepto penal", p.496, diferencia dos vertientes: la que denomina potestad interna que "hace referencia al poder autoritario del que ciertos funcionarios están revestidos cuando ocupan determinados escalones dentro de la pirámide jerárquica y en relación a sus subordinados"; y la potestad externa, en la que se restringe el ámbito de actuación a aquellas resoluciones que afectan exclusivamente a los ciudadanos.

(186) Vid. Capítulo III.

(187) QUERALT, "El concepto penal", p.498; EL MISMO; PE, vol.II, p.573.

(188) QUERALT, "El concepto penal", p.499; EL MISMO; PE, vol.II, p.573.

(189) GARCIA DE ENTERRIA/FERNANDEZ, Curso, vol.I, p.368.

(190) RODRIGUEZ DEVESA, PE, p.1.128; QUERALT, "El concepto penal", p.501.

(191) QUERALT, "El concepto penal", p.507.

(192) GARCIA DE ENTERRIA/FERNANDEZ, Curso, vol.I, pp. 364 y ss. Donde se analiza extensamente la Tipología de los Entes Públicos.

(193) GARCIA DE ENTERRIA/FERNANDEZ, Curso, vol.I, p.376.

(194) GARCIA DE ENTERRIA/FERNANDEZ, Curso, vol.I, p.379.

(195) GARCIA DE ENTERRIA/FERNANDEZ, Curso, vol.I, p.381.

(196) Vid. nota 33. Como allí se ponía de manifiesto, no es la elección popular la única que posibilita

el acceso a la función pública. El modo en que se accede a los órganos directivos de los Colegios profesionales así lo demuestra.

(197) QUERALT, "El concepto penal", p. 502.

(198) QUERALT, "El concepto penal", p.503.

(199) RODRIGUEZ DEVESA, PE, p.1.129; CEREZO MIR, "Los delitos de atentado", p.321; QUINTANO RIPOLLES, Comentarios, 69; QUERALT, "El concepto penal", p.507; EL MISMO; PE, vol.II, p.575. En contra ORTS GONZALEZ, 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 aquélla una categoría conceptual distinta y autónoma respecto de ésta."

(200) JASO ROLDAN, PE, T.II, p.84. En igual sentido CEREZO MIR, "Los delitos de atentado", p.320.

(201) RODRIGUEZ DEVESA, PE, p.1.129; En el mismo sentido QUERALT, "El concepto penal", p.504; EL MISMO; PE, vol.II, p. 577.

(202) Vid. nota 177.

(203) Como ya se hizo referencia en el lugar oportuno, y a modo de recordatorio, los funcionarios públicos se limitan a la tramitación de los diversos asuntos, siempre dentro del ámbito de su competencia, y aunque en la resolución de los mismos se vean obligados a tomar cierto número de decisiones, esta capacidad no puede equipararse con el significado del término "imperium", que se refiere a la capacidad de mando no como mera tramitación ni ejecución de órdenes impartidas por superior (que tampoco esto último es "imperium"), sino como equivalente a poder.

(204) SS. de 22 de noviembre de 1.884 (JC 8427), y 18 de diciembre de 1.888 (JC 443), en las que el cargo de Delegado de Hacienda es considerado en la primera de ellas como autoridad y en la segunda como funcionario público.

(205) Así han considerado autoridad al Obispo las SS. de 22 de octubre de 1.885 (JC 313), 8 de febrero de 1.887 (JC 93) y 24 de enero de 1.889 (JC 71); al Provisor de diócesis las SS. de 23 de marzo de 1.889 (JC17) y 6 de julio de 1.889 (JC 84); y al Párroco las de 1 de abril de 1.970 (JC 550), 19 de mayo de 1.975 (JC 787) y 8 de febrero de 1.973 (JC 209).

(206) Cfr. Libro II, Parte II del Código de Derecho Canónico, en donde se regula exhaustivamente la estratificación jerárquica de la Iglesia Católica.

(207) Art. 16.1 CE: "Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley". Como muestra de la disparidad tan radical de enfoques será suficiente transcribir el art. II de la Ley de Principios del Movimiento Nacional Texto Refundido de la Ley de 17 de mayo de 1.958 mediante Decreto de 20 de abril de 1.967: "La Nación española considera como timbre de honor el acatamiento a la Ley de Dios, según la doctrina de la Santa Iglesia Católica, Apostólica y Romana, única verdadera y fe inseparable de la conciencia nacional, que inspirará su legislación".

(208) Art.240.3º: "Si el culpable fuere funcionario público, jerárquicamente subordinado al ofendido, se le impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el párrafo anterior, y si no existiera subordinación jerárquica, se impondrán en su grado máximo aquellas penas".

(209) Art.241: "El funcionario público que, hallándose su superior jerárquico en el ejercicio de su cargo, lo calumniare, injuriare, insultare o amenazare de hecho o de palabra en su presencia o en

escrito que le dirija, será castigado con la pena de prisión menor, si la calumnia, insulto, injuria o amenaza fueren graves, y con la de arresto mayor si no lo fueren.
Si el funcionario culpable no estuviere subordinado jerárquicamente al ofendido, se impondrán en su grado mínimo las penas señaladas en el párrafo anterior".

(210) Art.103.1º CE: "La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho."

(211) HAURIOU, Prècis de droit, p.103.

(212) Vid. por todos PARADA VAZQUEZ, Derecho, pp. 23 y ss. Como indica el mencionado autor, el principio de jerarquía es un "sistema de estructuración escalonada, y normalmente piramidal, de los diversos órganos y en virtud del cual los del nivel superior mandan sobre los del inferior, cuya actividad dirigen y controlan para reducir a unidad y coordinar hacia un determinado fin la actividad del conjunto".

(213) DE VALLES, Teoria giuridica, pp.277 y ss.

(214) GARCIA DE ENTERRIA/FERNANDEZ, Curso, vol.II, p.67.

(215) Me remito a lo ya expuesto en el Capítulo III de este trabajo.

(216) SS. de 12 de junio de 1.889 (JC 435), 9 de julio de 1.890 (JC 91) y 21 de diciembre de 1.969 (JC 265); 18 de marzo de 1.922 (JC 60); 18 de septiembre de 1.984 (Colex 1.107); 17 de noviembre de 1.987 (Ar. 8531).

(217) RODRIGUEZ DEVESA, PE, p.893.

(218) CUELLO CALON, PE, T.II, vol.I, p. 167.

(219) Por ejemplo el profesor BUSTOS, en su Manual de Derecho penal (Parte Especial), no hace ninguna referencia al tema.

(220) MUÑOZ CONDE, PE, p.635; QUERALT, PE, vol.II, p.642.

(221) Vid. por todos JESCHECK, Tratado, vol.I, p. 398.

(222) GOMEZ BENITEZ, PG, p. 206; MIR, PG, p. 200.

(223) JESCHECK, Tratado, vol.I, p. 399; CEREZO, Curso, p. 356; MEZGER, Tratado, T.II, pp. 151-52.

(224) GOMEZ BENITEZ, PG, p. 208.

(225) Por todos Vid. CEREZO, Curso, p. 347. En la doctrina española coexisten las posiciones dogmáticas que mantienen la sistemática neoclásica de la teoría del delito -ubicación del dolo en la culpabilidad, integrando el conocimiento de la antijuridicidad- y las posiciones que aún no coincidentes con los presupuestos filosóficos del finalismo acogen la teoría del injusto personal y del "dolo natural".
Aquí seguiremos la sistemática llamada finalista, por entender que posibilita una mejor comprensión de las diferencias entre las diversas categorías utilizadas en la dogmática de la teoría del Delito.

(226) GOMEZ BENITEZ, PG, p. 207.

(227) QUERALT, PE, vol.II, p. 644; VIVES, PE, p. 166.

(228) El dolo directo de primer grado se caracteriza por la certeza del sujeto activo de que realiza los elementos del tipo. Predomina el factor de la voluntad. Vid. GOMEZ BENITEZ, PG, p. 207; JESCHECK, Tratado, vol.II, p. 402; MIR, PG, p. 202.

(229) En esta modalidad dolosa predomina el elemento cognoscitivo. Vid. GOMEZ BENITEZ, PG, p. 207; JESCHECK, Tratado, p. 403 y ss.; MIR, PG, p. 202.

(230) Vid. GOMEZ BENITEZ, PG, p. 207; JESCHECK, Tratado, vol. II, pp. 404-05; MIR, PG, p. 203.

(231) Dos son las teorías que la doctrina ha elaborado para precisar la distinción entre dolo eventual y culpa con previsión o culpa consciente: la del consentimiento y la de la probabilidad. Respecto a la primera de ellas, la distinción se realiza en base a la actitud interna del sujeto. Si el autor se representa el resultado y deja de actuar, estaremos ante un supuesto de culpa consciente; por el contrario, si aún así, decide llevar a delante su acción, la conducta se sancionará en base a dolo eventual.
Por el contrario, para la teoría de la probabilidad, el dolo eventual no contiene elemento volitivo alguno, al autor le parece probable la realización del tipo y en base a ello actúa. Si considera probable la producción del resultado lesivo o dañoso, estaremos ante dolo eventual, si meramente posible, ante culpa consciente. Aquí se prescinde de averiguar si el sujeto consintió o no, ya que político-criminalmente no es preciso saberlo, a lo que se añade que esa indagación de carácter psicológico ofrece grandes dificultades. Vid. BUSTOS, PG, pp. 211 y ss.; CEREZO, PG, pp. 357 y ss.; COBO/VIVES, PG, pp. 449 y ss.; GIMBERNAT, "Acerca", pp. 171 y ss.; GOMEZ BENITEZ, PG, pp. 209 y ss; MIR, PG, pp. 203 y ss.; MUÑOZ CONDE, Teoría, pp. 64-66; QUINTERO OLIVARES, PG, pp. 344-347.

(232) Reciben idéntica sanción penal las conductas cometidas con dolo directo que con dolo eventual, Vid. por todos GOMEZ BENITEZ, PG, p. 214 y MIR, PG, p. 203. Aunque sería deseable que se llevase a cabo una matización al respecto.

(233) MEZGER, Tratado, T.II, pp. 122 y ss. En idéntico sentido JESCHECK, Tratado, vol.I, p. 400; MIR, PG, pp. 200-201.

(234) Ello no obsta a que en su caso pueda dar lugar a

un error de prohibición, JESCHECK, Tratado, vol. I, p. 400; MIR, PG, p. 201.

(235) GROIZARD, Código penal, T.III, p. 473. Idéntica interpretación mantienen DEL AGUILA BURGOS, "Desacato", p. 473; y VIADA y VILASECA, Código penal, T.II, p. 271.

(236) En este sentido actualmente VIVES, PE, pp. 164, 167 y 168. Para este autor sólo podemos hablar de desacato en los supuestos regulados en el art 240 Cp, mientras que las restantes conductas constituirían injurias, insultos y amenazas a los funcionarios públicos, si bien reconoce que la estructura básica de estos delitos es idéntica a la del desacato propio.

(237) RODRIGUEZ DEVESA, PE, pp. 893 y ss. Según expresa el propio autor "Esta figura sirve de base para cuatro variantes, en las que se incluye expresamente la calumnia al lado de la injuria, el insulto o la amenaza. Todas ellas basadas en que el sujeto activo sea un funcionario, de modo análogo al sistema seguido en los desacatos a la autoridad.". En similar sentido parecen decantarse otros autores que distinguen entre desacatos dirigidos contra la Autoridad y desacatos contra funcionarios públicos, bien aplicando a esta segunda modalidad la denominación de Insultos injurias y amenazas contra funcionarios públicos, Vid. CUELLO CALON, Derecho penal, T.II, vol.I, p. 166; MUÑOZ CONDE, PE, pp. 653 y ss.

(238) QUERALT, PE, vol.II, pp. 642 y 645.

(239) CORDOBA, Comentarios, T.III, p. 538.

(240) BUSTOS, PE, p. 490. Este autor unicamente hace referencia a los distintos tipos legales que se regulan en el Capítulo VIII, haciendo hincapié en que la estructura típica del art. 245 es el supuesto más elemental de todos ellos.

(241) Se debe recordar que el encabezamiento del Capítulo VIII no habla exclusivamente del desacato sino

que hace referencia a "De los desacatos, insultos, injurias y amenazas a la autoridad, y de los insultos, injurias y amenazas a sus agentes y a los demás funcionarios públicos".

(242) Vid. CEREZO, PG, p. 348; GOMEZ BENITEZ, PG, pp. 220 y ss; JESCHECK, Tratado, vol.I, p. 412; MIR, PG, pp. 208 y ss.

(243) Atipicidad que unicamente afecta a la conducta de desacato como tal. Ello no obsta a que permanezca vigente, en su caso, un posible delito de injurias, calunmia o amenazas.

(244) Entre los autores que entienden que la existencia de determinados elementos subjetivos del injusto impiden la comisión culposa del delito, cabe destacar a JIMENEZ DE ASUA, Tratado, t.V, 2º ed, pp. 1050 y ss. y 1.59; ANTON ONECA/RODRIGUEZ MUÑOZ, PG, T.I, p. 224; QUINTANO RIPOLLES, Derecho penal, p. 236; EL MISMO, Comentarios, p. 1.064; DEL ROSAL, Derecho penal, 3º ed, p. 429; CUELLO CALON, PG, T.I, vol.II, p. 480; RODRIGUEZ DEVESA, PG, 11º ed, p. 486. Además es de notar que asimismo este es el punto de vista de la jurisprudencia. [Veánse las sentencias citadas por los mencionados autores].

(245) CORDOBA, Die Regefung, p. 437, ha puesto de relieve que desde el punto de vista lógico es posible la comisión culposa de los delitos que contienen elementos subjetivos del injusto en los casos en que medie un error vencible sobre un elemento del tipo objetivo, ya que tal error es compatible con el elemento subjetivo de que se trate, como sucede en la violación o en el abuso deshonesto cuando el autor está sujeto a error sobre la edad o la seriedad de la resistencia de la víctima; y así lo reconocen TORIO, "Sobre los límites", pp. 54 y ss.; GIMBERNAT, "Dos aspectos", pp. 127 y ss.; CEREZO, Curso, pp. 375 y ss.; OCTAVIO DE TOELDO/HUERTA, PG, p. 631. Sin embargo estos autores no llegan a la misma conclusión. CORDOBA afirma que la exclusión de la comisión por imprudencia respecto de los delitos que contienen elementos subjetivos del injusto, es satisfactoria materialmente por restringir el ámbito de la aplicación de la culpa aunque por lo expuesto no sea

correcta desde el punto de vista de la lógica. CEREZO en cambio, concluye que los elementos subjetivos del injusto restringen la posibilidad de comisión culposa de una figura delictiva, pero que no la eliminan, es decir, admite en tales supuestos la comisión imprudente, y a la misma conclusión llegan también OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA.

(246) Como pone de relieve TORIO, "Sobre los límites", pp. 56 y ss. el establecimiento por nuestro Código penal de una clausula genérica como la del art. 565, da lugar a graves problemas de inseguridad jurídica, "que ha de considerarse como un residuo adverso a la función de garantía de los tipos y un motivo de oscuridad respecto a la vigencia real del principio 'nullum crimen sine lege'".

(247) La doctrina española mayoritaria viene entendiendo que la regulación de la imprudencia en los arts. 565 y concordantes del Código penal responde al criterio de incriminación de la culpa respecto de todos los delitos, aunque admite determinadas excepciones que establece por via de interpretación, entre las que la mayoría de los autores cuenta la de aquellos delitos que contienen elementos subjetivos del injusto, por entender en último término, que tales elementos subjetivos exigen la comisión dolosa (Vid. nota 44). Sin embargo TORIO, "Sobre los límites", sigue un planteamiento muy diverso. Distingue entre la "posibilidad conceptual y la posibilidad jurídica de la ejecución imprudente" de un determinado delito como conceptos no siempre coincidentes (p. 58). A su juicio lo decisivo no es si desde el plano de la lógica formal, previo al jurídico, existe o no contradicción en la admisibilidad de la ejecución imprudente de una determinada figura delictiva, sino si el tipo del concreto delito obstruye o intercepta según su "sentido conjunto" la posibilidad de la ejecución por culpa, y en consecuencia afirma que en el ámbito de las teorías generales del delito no puede darse una respuesta concluyente a esta cuestión, ya que constituye un problema que corresponde a la Parte especial (p. 63). A su juicio es preciso realizar una investigación agotadora de la especie delictiva que acabe por decidir si el dolo del hecho es o no parte conformadora de la misma o, en otros términos, si

el legislador ha tipificado solamente la comisión dolosa o ha dejado abierto el camino también a la incriminación por imprudencia. En sede de teoría general del delito TORIO entiende que unicamente cabe dar pautas generales para tal proceso exegético, que pueden estar contradichas o no confirmadas por la concreta figura delictiva (p. 78 y ss.) y a la hora de indicar en síntesis las "pautas indiciarias" de la exigencia excluyente cita entre ellas la exigencia de "elementos subjetivos del injusto que conforme a su contenido material suponene el dolo del hecho", como por ejemplo el art. 514 nº1 (p. 82).
El planteamineto de TORIO que supone un cambio de método radical respecto de la doctrina mayoritaria, puesto que no admite que en principio todo delito pueda comterse por imprudencia, es seguido también por COBO/VIVES, PG, p. 435; si bien consideran que la posibilidad jurídica de comisión por imprudencia desaparecerá en aquellos casos en que el hecho comporte la referencia a especiales momentos anímicos (elementos subjetivos del injusto); y por BUSTOS, PG, pp. 265 y ss., para quien los tipos que contengan elementos subjetivos de intención trascendente no admiten la ejecución culposa.

(248) TORIO, "Sobre los límites", pp. 79-80.

(249) En sentencia de 19 de noviembre de 1.885 (JC 403), a la cual se hará referencia posteriormente al tratar la posición mantenida por el Tribunal Supremo respecto al especial elemento subjetivo del injusto o "animus" de vejar el principio de autoridad.

(250) La doctrina es ciertamente parca al tratar el problema del tipo subjetivo en el delito de desacato. Los autores, bien omiten cualquier referencia al respecto, bien se limitan a expresar que nos encontramos ante un tipo eminentemente doloso, sin razonar suficientemente dicha aseveración. Vid. QUERALT, PE, vol.II, p. 64; VIVES, PE, p. 166.

(251) Cabría caracterizar a los delitos contra el honor como delitos de intención, esto es, aquellos que requieren un ánimo específico o una intención

especial en su ejecución. Sobre los denominados delitos de tendencia Vid. COBO/VIVES, PG, p. 301; GOMEZ BENITEZ, PG, p. 240; RODRIGUEZ MOURULLO, PG, p. 254. En contra de la exigencia de "animus", Vid. por todos en la doctrina italiana MANZINI, vol.VIII, pp. 541 y ss.; por lo que se refiere al derecho alemán MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, Strafrecht (BT), nm. 3. 12.

(252) GROIZARD, Código penal, T.V, p.331. En el mismo sentido de exigir una especial intención en la injuria VIADA, Código penal, T.III, p. 187.

(253) MUÑOZ CONDE, PE, p. 117. Mayoritariamente la doctrina exige en el tipo de injurias la presencia de un elemento subjetivo especial, Vid. BAJO, PE, T.III, p.242; BUSTOS, PE, p.168; CASTEJON, Derecho penal, T.I, p.456; CUELLO CALON, Derecho penal, T.II, vol.II, (14ª ed), p.696; DIAZ PALOS, "Injurias", p.9; QUINTANO RIPOLLES, Tratado, vol.II, p. 1.274; DEL ROSAL, "Injurias", p.99; SAINZ CANTERO, "El contenido", p.102; SANCHEZ TEJERINA, PE, T.II, (4ª ed), pp. 295-96. En contra de este especial elemento subjetivo en el delito de injurias se posiciona la doctrina extranjera, Vid. por todos MANZINI, Trattato, vol. VIII, pp. 541 y ss.; MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, Strafrecht (BT), nm.3. 12.

(254) Así para BUSTOS, es evidente la necesidad de exigencia del elemento subjetivo en el delito de calumnia, porque a pesar de probarse la veracidad de los hechos, puede subsistir el delito de injuria, PE, p. 173.
MUÑOZ CONDE mantiene que si la calumnia se concibe como delito contra el honor, será necesario el elemento subjetivo. Ello no sería preciso si nos encontraramos ante un delito contra la Administración de Justicia. Para el autor es más plausible la primera opción, dada la ubicación de la calumnia en el Código penal. "En todo caso el dolo debe abarcar la conciencia de la falsedad de la imputación, y el 'animus iniuriandi' la asunción de las consecuencias dañosas para el honor que resulten de la imputación." PE, p. 122.
En el mismo sentido de exigir la necesidad de este elemento en la calumnia, GROIZARD, Código penal, T.V, p.287; BAJO, PE, T.III, p.252; VIVES, PE, p.657; CASTEJON, Derecho penal, T.I, p. 456;

SANCHEZ TEJERINA, PE, T.II, (4ª ed), p.294. Sin embargo CORDOBA es de la opinión que este especial "animus" es unicamente predicable de la injuria, pero no así de la calumnia, Comentarios, T.III, p. 543. En el mismo sentido DIAZ PALOS, "Calumnia", p.589.

(255) QUINTANO RIPOLLES, Tratado, vol.II, p. 1.272.

(256) Así para VIVES, "en el texto legal, dicha preposición comporta un sentido de finalidad totalmente manifiesto, que queda fuera de toda discusión razonable. Por otra parte, una incriminación de las injurias que atendiese sólo a los elementos objetivos podría, según se vió, entrar en pugna con las exigencias constitucionales dimanentes de la libertad de expresión.", PE, p. 661 (subrayado en el original). Deduciendo también de la preposición 'en' el elemento subjetivo del injusto Vid: RODRIGUEZ MUÑOZ, en Notas a MEZGER, T.I, p.350; CUELLO CALON, Derecho penal, T.II, vol.II, p.696; DIAZ PALOS, "Injurias", p.9; BAJO, PE, T.III, p.242; BUSTOS, PE, p.168; MUÑOZ CONDE, PE, p.117.

(257) RODRIGUEZ DEVESA, PE, p. 220.

(258) RODRIGUEZ DEVESA, PE, p. 222.

(259) MUÑOZ CONDE, PE, p. 117. Sobre la denominada concurrencia de ánimos Vid. especialmente QUINTANO RIPOLLES, Tratado, vol.II, pp. 1.274-94, en donde el autor realiza una exposición exhaustiva de todas las clases de 'animi', 'defendendi', 'narrandi', 'consulendi', 'iocandi', 'corrigendi' y 'criticandi', que en su caso, pueden desplazar al 'animus injuriandi'. Se ha de tener en cuenta, que la concurrencia de uno de ellos no excluye automáticamente el ánimo de menosprecio dirigido contra el sujeto pasivo. Habrán de valorarse las circunstancias concretas en que se haya llevado a cabo la manifestación presuntamente injuriosa. En este sentido explícitamente se manifiesta VIVES, para quien "el 'animus iniuriandi' no queda necesariamente excluído por la presencia de otros móviles inspiradores del actuar. La conducta típica puede haberse llevado a cabo básicamente para criticar, informar, divertir, etc.; pero si el

autor conoce que lo que imputa es ofensivo y acepta la lesión del honor que resulte de su actuar no puede negarse la existencia de 'animus injuriandi'." PE, p.657 (subrayado en el original). También aluden a la concurrencia de ánimos BAJO, PE, T.III, pp. 242 y ss.; BUSTOS, PE, p.169; CUELLO CALON, Derecho penal, T.II, vol.II, pp. 698 y ss.; DIAZ PALOS, "Injurias", p.9 y ss.

(260) BACIGALUPO, "Colisión de derechos", p. 87.

(261) BACIGALUPO, "Colisión de derechos", p. 88. En el mismo sentido se manifiesta QUERALT, para quien ni en la calumnia ni en la injuria es necesaria la presencia de un especial elemento del injusto. Cuando se hace referencia al "animus injuriandi", en opinión del autor "se trata de la coloración del dolo, no de un nuevo elemento", PE, vol.I, p. 232; EL MISMO, "Animus", p. 2.

(262) VIVES, PE, pp. 657 y 661.

(263) VIVES, PE, p. 657.

(264) Respecto a la posibilidad o no de admisión de comisión culposa de un tipo en base a la existencia de un elemento subjetivo especial del injusto en su tipo subjetivo, me remito a lo expuesto al hablar sobre el error de tipo en el epígrafe anterior.

(265) BAJO, PE, T.III, p.252; BUSTOS, PE, pp.168 y 173; GROIZARD, Código penal, T.V, p.339; QUINTANO RIPOLLES, Tratado, vol.II, p. 1.272; MUÑOZ CONDE, PE, pp. 117 y 122; QUERALT, PE, vol.I, pp. 232 y 239; VIVES, PE, pp. 658 y 662.

(266) DIAZ PALOS, "Injurias", p. 13. En contra QUINTANO RIPOLLES, Tratado, vol.II, p. 1.271, pues aún reconociendo la estructura objetiva de la calumnia, según el autor, no se puede perder de vista que tanto la calumnia como la injuria son delitos contra el honor y además, en ambos, cabe la presencia de otros ánimos que puedan desplazar al "animus infamandi".

(267) RODRIGUEZ DEVESA, PE, pp. 224 y 231. El autor ofrece el siguiente ejemplo para demostrar su aserto: "escrito injurioso no destinado a ver la luz, que llega a manos de un tercero por la negligencia del autor" PE, p. 224.

(268) El hecho de que al menos teóricamente sea factible la comisión culposa de la injuria o de la calumnia, no implica, forzosamente, su incriminación. Será necesario distinguir, como acertadamente propone TORIO, entre la simple posibilidad conceptual de su admisión y la necesidad de incriminación jurídica efectiva, "Sobre los límites", pp. 58 y ss.

(269) No hacen ninguna alusión al tipo subjetivo en el delito de desacato, GROIZARD, BUSTOS, MUÑOZ CONDE y RODRIGUEZ DEVESA.

(270) QUERALT, PE, vol.II, p.644; VIVES, PE, p. 166. Cabe señalar que este autor expone que no cabe comisión culposa en el desacato debido a la existencia de un elemento subjetivo del injusto, sin embargo a la hora de explicitar el contenido de este 'animus' parece adherirse a la postura mantenida por el Tribunal Supremo, para quien, éste consiste en "el ánimo de ofender o menoscabar el principio de autoridad". Ello supondría realizar una difícil labor de conjunción entre este 'animus' y el bien jurídico propuesto por el autor, que como se indicó en el capítulo precedente sería la dignidad de la función pública entendida de modo funcional.

(271) PUIG PEÑA, PE, (7º ed), p. 118.

(272) CUELLO CALON, Derecho penal, T.II, vol.I, p. 174.

(273) MORILLAS CUEVA, "El art. 20", p. 685.

(274) MORILLAS CUEVA, "El art. 20", p. 686.

(275) MORILLAS CUEVA, "El art. 20", p. 686.

(276) Problema que ya señala BACIGALUPO en referencia al delito de injuria.

(277) MAZZACUVA, "Disvalore", p. 239.

(278) PALAZZO, "Oltraggio", pp. 859 y ss. Es necesario recordar que la doctrina mayoritaria, tanto italiana como francesa, rechaza la presencia de un especial elemento subjetivo del injusto en el delito de desacato. En ambos paises se interpreta que nos encontramos ante un delito eminentemente doloso, por lo que en el mismo no cabe la comisión culposa, y cuyo tipo subjetivo -dolo- debe consistir en el conocimiento por parte del autor de que las expresiones que está utilizando son manifiestamente injuriosas y, a su vez, conocer que el sujeto al cual se dirige ostenta la cualidad de funcionario público y que el mismo percibe la ofensa. Vid. supra, Capítulo Segundo, II.3.F y IV.3.D.

(279) BACIGALUPO, "Colisión de derechos", p. 98.

(280) En este sentido SS. de 26 de junio de 1.963 (JC 980); 25 de octubre de 1.974 (JC 1405); 12 de marzo de 1.975 (JC 393); 16 de noviembre de 1.977 (JC 1137); 21 de octubre de 1.978 (JC 828); 15 de noviembre de 1.983 (JC 1514); 16 de noviembre de 1.983 (JC 1515); 17 de noviembre de 1.987 (Ar. 8531) y 14 de junio de 1.988 (Ar. 4920).

(281) En el mismo sentido ss. de 8 de octubre de 1.973 (JC 1126); 15 de enero de 1.974 (JC 43); 20 de junio de 1.974 (JC 1043); 12 de marzo de 1.975 (JC 393); 22 de marzo de 1.976 (JC 429); 6 de febrero de 1.979 (JC 126); 7 de marzo de 1.980 (JC 273); 28 de noviembre de 1.980 (JC 1331); 29 de septiembre de 1.981 (JC 1070); 10 de abril de 1.982 (JC 484); 13 de junio de 1.983 (JC 911); 7 de mayo de 1.984 (JC 659); 16 de octubre de 1.984 (JC 1375); 7 de octubre de 1.985 (JC 1386); 17 de noviembre de 1.987 (Ar. 8531).

(282) Se reconoce la exigencia de un especial elemento subejetivo en las SS. de 28 de noviembre de 1.888 (JC 381); 21 de abril de 1,890 (JC 261); 5 de

octubre de 1.927 (JC 36); 18 de octubre de 1.927 (JC 55); 26 de octubre de 1.927 (JC 65); 16 de noviembre de 1.927 (JC 94); 27 de marzo de 1.934 (JC 154); 18 de abril de 1.934 (JC 199); 24 de abril de 1.934 (JC 214); 15 de marzo de 1.947 (JC 120); 20 de noviembre de 1.958 (JC 1039); 7 de diciembre de 1.960 (JC 1032); 28 de junio de 1.962 (JC 810); 22 de enero de 1.964 (JC 107); 29 de septiembre de 1.969 (JC 1661); 19 de noviembre de 1.968 (JC 1542); 31 de octubre de 1.969 (JC 1897); 22 de diciembre de 1.971 (JC 1636); 21 de octubre de 1.972 (JC 1384); 22 de marzo de 1.976 (JC 429); 7 de marzo de 1.980 (JC 273); 29 de septiembre de 1.981 (JC 1070); 10 de abril de 1.982 (JC 484); 28 de enero de 1.983 (JC86); 7 de mayo de 1.984 (JC 659); 16 de octubre de 1.984 (JC 1375); 7 de octubre de 1.985 (JC 1386); 18 de junio de 1.986 (Ar. 3172); 27 de junio de 1.986 (Ar. 3184); 17 de noviembre de 1.987 (Ar. 8531); 31 de enero de 1.989 (La Ley 9586).

(283) S. de 29 de febrero de 1.980 (JC 233). en el mismo sentido SS. de 25 de septiembre de 1.977 (JC 59); 4 de noviembre de 1.978 (JC 215); 22 de mayo de 1.979 (JC 64); 28 de noviembre de 1.980 (JC 1331); 9 de marzo de 1.981 (JC 319); 15 de noviembre de 1.983 (JC 234) y 2 de junio de 1.986 (Ar. 3095).

(284) En idéntico sentido Vid. Ss. de 19 de noviembre de 1.968 (JC 1542); 31 de octubre de 1.969 (JC 1897); 28 de noviembre de 1.980 (JC 1331); 17 de mayo de 1.985 (JC 805) y 10 de abril de 1.986 (JC 484).

(285) S. de 28 de noviembre de 1.980 (JC 1331). Sobre la concurrencia de distintos "animus" Vid., Ss. de 24 de marzo de 1.881 (JC 5910); 11 de mayo de 1.885 (JC 23); 13 de mayo de 1.885 (JC 40); 28 de mayo de 1.885 (JC 70); 8 de marzo de 1.934 (JC 124); 27 de junio de 1.968 (JC 1072); 19 de noviembre de 1.968 (JC 1542); 31 de octubre de 1.969 (JC 1897); 6 de febrero de 1.969 (JC 126); 25 de abril de 1.980 (JC 473); 3 de mayo de 1.982 (JC 597); 31 de octubre de 1.983 (JC 1431); 17 de mayo de 1.985 (JC 805) y 2 de junio de 1.986 (Ar. 3095).

(286) BERDUGO, Honor, p. 76.

(287) PALAZZO, "Oltraggio", p. 868. Este autor entiende que la única posibilidad de adecuar el tipo del delito de desacato al espíritu de la Constitución, pasa por una modificación de la estructura del delito. Fundamentalmente, por vía de reducir el número de sujetos afectados por la conducta. De este modo, unicamente quedarían comprendidos en la misma, aquello sujetos que llevan a cabo funciones significativas "de la soberanía" -lo que nosotros podemos hacer equivaler al concepto de autoridad-, y de otro, quienes se encuentran particularmente expuestos a molestias y ofensas por el hecho de ejercer funciones que exigen constante contacto con el público.

CAPITULO QUINTO: LA ANTIJURIDICIDAD. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION CON ESPECIAL REFERENCIA A LOS ARTS. 461 Y 8.11 DEL CODIGO PENAL.

I. Introducción.

Al tratar de los elementos negativos del delito de desacato, es obligado repasar las causas de justificación que excluyen la antijuridicidad de la conducta. No obstante la mayoría de las eximentes de justificación dificilmente son aplicables a este delito. No cabe duda de que tanto la legítima defensa, e incluso, el estado de necesidad justificante, teoricamente estan posibilitadas de concurrir en este delito. Sin embargo la practica de los tribunales nos demuestra que la dinámica comisiva del delito no genera la aplicación de las mismas. Unicamente la descrita en el nº11 del art.8 puede concurrir en este ámbito para legitimar la conducta típica. Sin embargo, tradicionalmente al hablar del delito de desacato sólo se hacía alusión a la "exceptio veritatis", figura que permanece en el Código penal, y cuya naturaleza jurídica es objeto de discusión.

Desde su inclusión en el Código penal la "exceptio veritatis", que actualmente se recoge en los arts. 453 y 461, quedó ubicada en el Capítulo referente a los "Delitos contra el honor". Por ello tradicionalmente el estudio de su naturaleza jurídica y de su ámbito de aplicación se ha visto marcado por este encuadramiento, siendo analizada desde la perspectiva de la injuria y de la calumnia(1).

El análisis de la "exceptio" como fuente casi única de exclusión de responsabilidad criminal en el delito de desacato, responde a lo que denominaremos visión tradicional o clásica de los elementos negativos

del desacato. Actualmente, la perspectiva ha variado, pasando a cobrar especial relevancia el ejercicio legítimo de un derecho como factor excluyente del injusto, sustituyendo el protagonismo que ostentaba la "exceptio".

Veremos en primer lugar un esbozo del planteamiento usual del problema, en el que la "exceptio veritatis" aparece como casi único supuesto relevante de exclusión de responsabilidad del desacato. A continuación se analizarán las modernas posiciones de la doctrina en las que la colisión de derechos, particularmente a través de la aplicación del art. 8,11º del Código penal, va a desplazar la aplicación del art.461 a un ámbito meramente residual.

Al hilo del análisis de la eximente de ejercicio legítimo de un derecho, será de obligada referencia la alusión al art.20 de la CE, que recoge el derecho tanto de manifestar libremente las opiniones como el de recibir una información veraz. Y ello, porque será desde esta perspectiva constitucional desde la que la doctrina actual va a revisar los postulados tradicionales de las causas de justificación, sobre todo en los delitos contra el honor, aunque sus conclusiones serán extensibles a la problemática que plantea el delito de desacato, como tendremos ocasión de comprobar.

II. Interpretación tradicional de las causas de justificación en el delito de desacato. La "exceptio veritatis".

La que denominamos interpretación clásica o tradicional ha centrado su debate, fundamentalmente, en la posibilidad de aplicar o no al desacato la figura recogida en el art.461 del Cp., denominada "exceptio veritatis". A lo que debe añadirse la discusión sobre su naturaleza jurídica como causa de justificación, o como causa de exclusión de la punibilidad.

1. Configuración legal de la "exceptio veritatis". Su inclusión en el capítulo correspondiente a los Delitos contra el honor.

La "exceptio veritatis" aparece ya en el Código penal de 1.822, en el Capítulo I "De las calumnias, libelos infamatorios, injurias y revelación de secretos confiados ", en el Título II "De los delitos contra la honra, fama y tranquilidad de las personas " en el art.706 (2).

Se excluye el castigo del delito de injuria cuando los sujetos prueben la "certeza" de sus imputaciones cuando estas afecten a funcionario público por "delito, culpa, defecto ó exceso" cometido en el ejercicio de sus funciones.

Esta regulación se mantiene con una redacción mejor lograda, en el Código penal de 1.848. En el Título XI "De los delitos contra el honor", Capítulo II "Injurias"; el art.373 dice:

> "Al acusado de injuria no se admitirá prueba sobre la verdad de las imputaciones, sino cuando estas fueren dirigidas contra empleados públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de su cargo."
> "En este caso será absuelto el acusado si probare la verdad de las imputaciones."

Texto que se mantiene inalterado hasta el Código penal de 1.928, en el que se añadirá una segunda excepción que abarcará aquellos supuestos en los que las imputaciones vertidas por el ofensor se refieran a delitos perseguibles a instancia de parte (3). Esta redacción será la que permanezca hasta nuestros días, con un breve paréntesis en el año 1.932 (4), en el que el Código republicano retomó la regulación establecida en el Código de 1.848. Vuelve a excluir a los particulares de la posibilidad de probar la veracidad de lo imputado, restrigiendo unicamente la prueba de la verdad a las imputaciones que afecten a los funcionarios públicos.

Hay que destacar como rasgo común desde 1.822, en primer lugar, la mención exclusiva a los funcionarios públicos, obviándose en todo momento la de la autoridad. Ello, se relaciona con la paralela configuración legal del delito de desacato, que en su primitiva redacción, en la Reforma de 1.850 (5), se entendía como un

delito contra la autoridad, quedando en las injurias comunes las dirigidas contra los funcionarios públicos del Estado. No se introduce a estos en la descripción del desacato hasta veinte años más tarde, en el Código penal de 1.870. Con lo cual es lógica la inclusión de la "exceptio" en el capítulo correspondiente a los "Delitos contra el honor", puesto que las ofensas a ellos dirigidas constituían un delito contra los particulares. La alteración de este esquema legal en 1.870, va a dar lugar a diversos problemas de interpretación.

El análisis que a continuación se realiza de la figura de la "exceptio veritatis", se efectua desde la perspectiva del delito de desacato. Por ello se obvia la problemática que dicha excepción plantea en su configuración y ámbito de aplicación con respecto a los delitos contra el honor. El punto de referencia de nuestro estudio será únicamente la primera parte del artículo 461, la referente a los funcionarios públicos; dejaremos a un lado la segunda, cuyo ámbito se circunscribe a la imputacion de delitos perseguibles a instancia de parte dirigida contra particulares.

Y ello porque, para algunos autores -RODRIGUEZ DEVESA, DIAZ PALOS, entre otros-, ambos supuestos no responden a idéntica naturaleza jurídica (6), sino que su efectividad es diversa en función de si la imputación afecta a funcionarios públicos o a los particulares.

Este análisis nos conducirá a plantearnos una serie de cuestiones, entre las que caben destacar las siguientes: de un lado, los problemas que plantea la ubicación de la "exceptio" en el Capítulo de los

"Delitos contra el honor"; y por otro, los diferentes efectos que la institución tiene según se trate de calumnia o de injuria, ya que al constituir la "verdad" de lo imputado elemento excluyente del tipo en la primera, su virtualidad es diversa a la que despliega en la injuria.

2. Análisis de la "exceptio veritatis".

La "exceptio" tanto en relación a la calumnia como en relación a la injuria, se ubica en el título correspondiente a los "Delitos contra el honor", en los artículos 456 y 461. Apuntábamos como ha sido esta ubicación la que ha dado lugar a la discusión sobre su posible aplicación o no al delito de desacato.

En cuanto a la calumnia, la verdad de la imputación -que debe probarse- excluye la tipicidad en todo caso, se trate de particulares o de funcionarios (7).

Para las injurias es en el artículo 461 del Capítulo II "De las injurias", donde se recoge la figura de la "exceptio", y textualmente dice:

> "Al acusado de injuria no se admitirá prueba sobre la verdad de las imputaciones sino cuando estas fueren dirigidas contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de su cargo, o cuando tenga derecho a perseguir el delito imputado en el caso del

número 1 del artículo 458.
En estos casos será absuelto el acusado si probare la verdad de las imputaciones."

Texto idéntico al introducido en el Código de 1.928.

A. Imputación de hechos.

El primer requisito del art.461 versa sobre la imputación de hechos. De esta afirmación parece obvio deducir que quedan excluídas de la prueba de la verdad la imputación de valoraciones (8). Para poder probar que algo es o no cierto deberemos estar ante una imputación concreta de la que poder predicar su veracidad o falsedad, no sobre una apreciación o valoración, que no deja de ser una opinión emitida por el ofensor, y en cuanto tal no susceptible de prueba, puesto que se trata de una valoración eminentemente subjetiva y particular, propia del sujeto.

Viene a confirmar esta aseveración la reciente doctrina, que proviene fundamentalmente del campo del Derecho civil y del constitucional (9), en la que autores como MUÑOZ MACHADO y SALVADOR, ponen de manifiesto que la "veracidad" unicamente puede predicarse de los hechos y no de las valoraciones y ello por diversas razones: en primer lugar, porque cuando nuestro ordenamiento alude al concepto de "verdad" (10) se refiere exclusivamente a hechos ya que tal criterio sería de imposible aplicación tanto a las opiniones como a las valoraciones; y en segundo, porque nuestra sociedad

está construída en base al presupuesto del pluralismo político y social, debido a lo cual unicamente se podrá generar un debate libre, plural y abierto cuando las ideas y opiniones puedan circular libremente, sin que la manifestación de las mismas deba contrastarse en los tribunales de justicia (11).

No se nos oculta la dificultad que entraña la delimitación clara y precisa entre hecho y valoración (12). En multitud de ocasiones a la imputación de un hecho va intimamente unida la valoración que el ofensor realiza sobre el mismo, lo que conduce a preguntarse si en estas situaciones será factible la prueba de la verdad.

En el intento de precisar cuando la imputación versa sobre hechos susceptibles de prueba, la doctrina ofrece algunos criterios, meramente orientativos, que puedan servir de pauta de interpretación para el juez.

Siguiendo el análisis que realiza MANTOVANI (13), nos encontramos que la doctrina italiana, cuya regulación de la "exceptio" asemeja en cierto modo a la nuestra (14) analiza el concepto de "fatto determinato" desde dos perspectivas (15). En primer lugar quienes afrontan el concepto desde su raiz interna, buscandolas características intrínsecas del mismo, en esta línea se agrupan dos corrientes distintas: a) quienes propugnan que el hecho debe de darse absolutamente pormenorizado y b) quienes piensan que basta con la expresión de datos suficientes para individualizarlo; en segundo lugar, las posiciones que profundizan en las características externas del hecho, atendiendo a la credibilidad del hecho narrado (como MANZINI o ANTOLISEI), o bien, a la "idoneidad del hecho para ser objeto autónomo de

prueba judicial acerca de su veracidad o falsedad." (16).

Sin embargo y aún reconociendo la dificultad de delimitación entre ambos supuestos, en lo que si parece mostrarse de acuerdo la doctrina, como claramente expone ALONSO ALAMO, es en que "se ha de sostener que las cualificaciones deshonorantes, evoquen la realización de un delito o no, no son susceptibles de prueba." (17). Es decir, las expresiones que en sí mismas encierran una descalificación o sean insultantes, constituyen de por sí valoraciones impregnadas de capacidad "deshonorante", que como tales es indiferente que se pruebe o no el sustrato de sospecha de comisión de un delito sobre el que se construyen.

Si bien en lo que se refiere a la prueba de la verdad con respecto a los particulares hay que mostrarse totalmente de acuerdo con el anterior aserto, creo que desde la perspectiva de los delitos recogidos en el Capítulo VIII del Código penal es necesario matizarla. Y ello porque la actitud con que debemos enfrentarnos a las conductas posiblemente deshonorantes que se refieren a los poderes públicos, debe ser distinta que estas mismas conductas referidas a sujetos particulares.

En efecto, el hecho de ostentar un cargo público que posibilita la gestión y decisión de asuntos que afectan a la mayoría de los ciudadanos, debe traducirse en una mayor posibilidad de criticar dicha gestión por parte de los administrados (18) quizás de una forma más "agresiva" que la que es permisible cuando dichas manifestaciones se refieren a simples ciudadanos, por supuesto que siempre con el límite insalvable de que dichas manifestaciones vengan siempre referidas a

hechos concernientes al ejercicio del cargo.

La ausencia de criterios sólidos de diferenciación entre imputaciones de hecho y valoraciones, dará lugar a peligrosas fluctuaciones que indirectamente pueden poner en peligro, no sólo la seguridad jurídica de los ciudadanos, sino incluso el principio de legalidad.

B. Veracidad o falsedad de la imputación.

La segunda cuestión que plantea el art.461 versa sobre la veracidad o falsedad de la imputación realizada. El ofensor, sólo quedará exento de responsabilidad criminal si es capaz de probar la veracidad de la imputación manifestada, ahora bien, ¿qué clase de verdad nos exige el art.461?. Un sujeto puede creer que aquello que manifiesta es absolutamente cierto y sin embargo una vez analizados los hechos estos no responden a la realidad, bien porque su información era errónea, bien porque no comprobó adecuadamente la misma, etc. ¿Cabe en estos casos la aplicación de la "exceptio"?.

Podemos diferenciar dos clases distintas de verdad, de un lado la verdad objetiva, aquella que responde a la realidad y que es admitida como tal por la mayoría, y la verdad subjetiva, que se corresponde con las creencias y convicciones del sujeto sobre la certeza de aquello que manifiesta.

Siguiendo el análisis que efectúa BERDUGO, podemos determinar que ambos tipos de verdad encuentran

reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico. La **verdad subjetiva** viene reconocida en el art.20.1.d) de la Constitución (19). Verdad subjetiva que tendrá como límite un mínimo **"deber de comprobación"** por parte del sujeto, comprobación que variará en función de cada caso concreto (20). Por tanto "quedaría incluído dentro del ejercicio de la libertad de expresión la afirmación, que aunque objetivamente falsa, se ha emitido tras cumplimentar el referido 'deber de comprobación'", y quedan excluídos los casos de falsedad consciente y de manifiesto desprecio a la misma (21).

De lo contrario, esto es, de afirmar que la clase de verdad exigida por la Constitución fuese la verdad objetiva, llevaría a presuponer la existencia de una única verdad que sería la que el Estado manifiesta a través de sus órganos, en este caso los jurisdiccionales. Plantemiento de todo punto de vista contrario a un Estado que se denomine democrático (22).

En lo que se refiere a la verdad expresada en los arts.456 y 461 del Cp., nos encontramos ante una **verdad objetiva** (23). Si como en su lugar se puso de manifiesto (24) el Tít. XI protege lo que denominábamos honor formal (la apariencia de honor en el sujeto, independientemente de que lo merezca o no, en una concepción clásica del honor; tal y como lo demuestra el ámbito tan restringido de aplicación que tiene la "exceptio") (25), sólo jugará la verdad cuando ésta se compruebe, y éste será el criterio para delimitar el posible conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor, "pues sólo si lo afirmado coincide con la realidad se salvaguardan los intereses a los que la libertad de expresión condiciona en estos casos." (26). Con lo que estamos relegando al ámbito procesal, con

las dificultades probatorias lógicas, la decisión última sobre la veracidad o no de lo afirmado, o mejor dicho, la concreción de esa expresión o afirmación de un hecho, a parámetros de realidad que vendrían delimitados por el convencimiento al que llegue el juez en vista de las pruebas aportadas.

Esta dualidad del término "veracidad" plantea serios problemas cuando nos enfrentamos a su aplicación al delito de desacato. Desde esta perspectiva la doctrina más moderna intenta una reformulación de las causas que excluyen de responsabilidad penal en el ámbito de del delito de desacato. En palabras de BERDUGO "En un Estado democrático es insostenible que la conformidad a derecho del ejercicio de la libertad de expresión referida a la actividad de los funcionarios públicos quede reducida a la verdad objetiva de lo afirmado." (27), y de ahí la solución propuesta por el citado autor de que el conflicto debe solucionarse en el ámbito de la eximente nº11 del art.8 (28), en cuyo ejercicio si encuentra cabida la verdad aparente.

C. Funcionarios públicos por hechos concernientes al ejercicio de su cargo.

Debemos deslindar dos cuestiones diferentes: la primera hace referencia al sentido que el vocablo funcionario público debe tener en el ámbito del art. 461, esto es, si en el mismo puede integrarse la autoridad y agentes de la misma.

La segunda se refiere a lo que debe entenderse por hechos concernientes al ejercicio del cargo.

Cuando se analice el ámbito de aplicación de la "exceptio" veremos que la doctrina aún admitiendo mayoritariamente su aplicación al delito de desacato se divide en dos posturas diferentes: los que sólo la admiten cuando la prueba recae sobre actos ejecutados exclusivamente por funcionarios públicos y, aquellos que aceptan su aplicación en todo caso, inclusive cuando la imputación recae sobre actos de la autoridad (29).

La inclusión de la autoridad dentro de los supuestos del art.461, viene motivada por razones de diverso orden. Se ha de tener en cuenta que el concepto de funcionario tal y como viene recogido en el art.119, tiene un sentido amplio, en el que tiene perfecta entrada la autoridad (30). La descripción típica del delito de desacato diferencia entre funcionario y autoridad a efectos de la gravedad del injusto; pero allí donde no se establezcan diferencias parece lógico que prime la interpretación, ya aludida, según la cual el vocablo "funcionario público" acoge tanto el término autoridad como el de agente de la misma.

De lo contrario se establecería una interpretación restrictiva que lesionaría las legítimas expectativas de los ciudadanos de poder criticar la gestión de los asuntos públicos hecha por las autoridades (31), así, por ejemplo, se nos estaría vedando la crítica, quizás acerba, a la actuación de los Ministros. Parece lógico que si el fundamento de la "exceptio" en lo que atañe a la función pública es el interés en clarificar la actuación de los funcionarios, con mayor motivo deberá alcanzar a la autoridad, representante directa del Estado y por tanto más afectada por el principio de responsabilidad de sus actuaciones, principio básico en

un Estado que pretenda ajustar su actuación a derecho.

En lo concerniente a lo que debe entenderse por hechos realizados en el ejercicio del cargo, me remito a la exposición efectuada en el capítulo caurto de este trabajo.

3. Ambito de aplicación de la "exceptio veritatis" y su significación.

La significación de la figura de la "exceptio veritatis" no puede construirse aisladamente. Deberemos tener en cuenta obviamente aquellos delitos a los que debe aplicarse; pero no podemos pasar por alto el encuadramiento sistemático que tiene en la estructura de nuestro Código penal. Tampoco puede ser ajena a la misma la concepción del honor tradicionalmente mantenida por nuestra doctrina; como ya se puso de relieve, ha prevalecido, hasta casi nuestros días, una concepción formal de honor, entendiéndose por tal el honor aparente y no el real, lo cual ha supuesto un ámbito de aplicación muy restringido para la "exceptio". Si lo que prevalecía era la apariencia de honor, lógicamente no podía darse un ámbito de aplicación extenso a la indagación sobre la veracidad de las imputaciones.

Antes de proseguir, quisiera añadir que esta constante referencia al honor no es en modo alguno gratuita. Como se indicó, la influencia que ha tenido tanto el hecho de que la prueba de la verdad se ubique en el capítulo referente a los delitos contra el honor,

como el que parte de la conducta constitutiva del delito de desacato sea la injuria y la calumnia, ha dado lugar a que éste vea imbuida toda su estructura por laconcepción de honor mantenida, sobre todo a lo largo del siglo XIX y comienzos del XX.

Al hilo del discurso propuesto para el análisis del bien jurídico protegido por el delito de desacato, veíamos como en su primera redacción en el Código penal de 1.850, éste se entendía como un ataque al principio de autoridad, autoridad encarnada en los Ministros y autoridades como representantes legítimos del Estado, y decíamos que nos hallabamos ante una regulación que respondía a un momento histórico muy determinado en donde la convulsión social existente pugnaba con el nacimiento de una estructura administrativa moderna que intentaba consolidarse. De ahí la necesidad de firme protección de sus representantes más significativos.

Los funcionarios públicos quedaban excluídos de la regulación del desacato. Todo ataque constitutivo de una injuria/calumnia daba lugar a un delito contra el honor de igual naturaleza que el cometido contra los particulares.

Sin embargo, el legislador del siglo XIX considera que cuando este ataque al honor del funcionario público contiene un plus, en cuanto que implica un ataque a algún acto del mismo en consideración a las funciones que ejerce, existe un interés prevalente al del simple honor personal del mismo, que sería el interés de la Administración a esclarecer y conocer si las actuaciones de sus miembros son o no conformes a derecho.

El conjunto normativo, constituído por el desacato, los delitos contra el honor y la "exceptio", se manifestaba sumamente coherente. La protección por un lado del principio de autoridad y del respeto a la dignidad que como representantes legítimos del Estado poseen las autoridades; y por otro la protección del honor de todos los ciudadanos, incluídos los funcionarios públicos. Sólo cabía una excepción a esta protección, cuando el ataque dirigido contra éstos últimos versara sobre hechos concernientes a la función pública en el desempeño de su profesión .

Este esquema se trastoca con la inclusión de los funcionarios públicos en el delito de desacato en el Código de 1.870. Sin embargo la figura de la "exceptio" sigue ubicándose en el capítulo correspondiente a los Delitos contra el honor, lo que lleva a plantear dos cuestiones en relación a su ámbito, dada la nueva regulación: en primer lugar si la "exceptio" será aplicable al delito de desacato y en qué supuestos; y en segundo, si es extensible o no a la figura de la autoridad.

De tal manera que las injurias a funcionarios públicos no pueden considerarse ya delitos contra el honor particular, sino contra los intereses que se protegen en el Capítulo VIII, en relación a intereses estatales. Luego la interpretación de la "exceptio veritatis", de aplicarse al desacato, deberá realizarse en función del bien jurídico de este delito contra el Estado.

Previo a la respuesta de estas interrogantes, y con el objeto de obtener una visión global de todos los supuestos en que cabe hacer uso de la prueba de la

verdad, es necesario realizar un breve paréntesis para estudiar el ámbito de aplicación de la misma cuando la conducta es constitutiva de calumnia.

A. La "exceptio" y la conducta constitutiva de calumnia.

La figura de la "exceptio veritatis" en su relación con el delito de desacato se muestra problemática cuando la conducta delictiva consiste en injuriar; sin embargo cuando nos encontramos ante una calumnia, tanto la doctrina como la jurisprudencia muestran mayor unanimidad en la interpretación del texto legal. Lo cual se deriva de las propias diferencias entre estas dos figuras dentro del título de los delitos contra el honor.

Partiendo de la definición que el propio Código penal ofrece de la calumnia como "falsa imputación de un delito de los que dan lugar a un procedimiento de oficio", la doctrina se ha mostrado acorde en admitir que si no existe falsedad en la imputación no existirá delito, -ausencia de tipicidad- luego, si no hay calumnia, tampoco podrá darse desacato (32), en estos casos.

Incluso se afirma lo superfluo de la "exceptio" en el delito de calumnia, puesto que la propia defincián legal ya exige la falsedad de lo imputado para la existencia del mismo (33). Estaríamos ante una **causa de atipicidad** (34) ya que si la imputación es verdadera faltan las condiciones que exige la descripción típica para que nazca el delito de calumnia.

En parecidos términos se expresa el T.S., realizando una interpretación literal del concepto de calumnia. Considera que cuando la imputación dirigida contra la autoridad versa sobre la comisión de un delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio, y el ofensor pueda probar la veracidad de la misma, no existirá calumnia ni por tanto desacato (35). Si bien enlos inicios se mostró vacilante, como lo demuestra la S. de 4 de mayo de 1.876 (JC 3355) en donde alega que si "no pudiera procederse contra el que dirige imputaciones calumniosas contra la Autoridad, sino después de haber procesado a esta misma Autoridad así desacatada, se establecería un principio subversivo del orden social y moral y rebajaría el prestigio de las Autoridades constituídas, sujetándolas a los efectos de malignidad, estimulada ya por la dilación del castigo y ya por la realidad de todos los efectos de la ofensa sufrida." (36)

Interpretación que revela, por el contrario, una subversión del fundamento que caracteriza a la "exceptio". Ya que si ésta se basa, como dice PACHECO, en el interés que tiene la sociedad en que los crímenes sean castigados (37), aquí lo que primaría sobre este interés social, de acuerdo con la sentencia del T.S., sería el prestigio de la Autoridad sobre toda posible consideración a una supuesta errónea actuación de la misma, creyendo que con esta hiperprotección de la autoridad se favorece la conservación del orden social. Cabe preguntarse, si no será, efectivamente, la rígida protección de cualquier tipo de actuación de los órganos que representan al Estado, incluso ante sus excesos, lo que a la larga fomenta o permite, esta subversión del orden que tan afanosamente se quiere salvaguardar.

En resumen, desde esta perspectiva tradicional tenemos que en lo que respecta a la calumnia constitutiva del delito de desacato, será necesaria una imputación falsa del delito. Cuando ésta sea verdadera y así se demuestre, no habrá lugar a desacato calumnioso.

B. Ambito de aplicación de la "exceptio veritatis" en la injuria. Posición de la doctrina.

Dado que la prueba de la verdad se ubica en el Título correspondiente a los "Delitos contra el honor", la cuestión que se plantea es averiguar si la misma es de posible aplicación a las injurias constitutivas del delito de desacato.

En principio la redacción legal es clara ya que expresamente dice el art.461 que se podrá probar la veracidad de las imputaciones contra funcionarios públicos por hechos cometidos en el ámbito de sus funciones.

Las dudas que suscita la interpretación del citado artículo, provienen de que el mismo expresa que será "Al acusado de injuria" al que no se le admitirá prueba de veracidad excepto en los casos que a continuación enuncia. Con lo cual, en una primera aproximación, resulta que de la regulación queda excluido el delito de desacato. Si esta premisa fuese cierta la cuestión a resolver sería en qué campo puede desplegar su virtualidad el art.461, pues también en una rápida observación parece que escasas, por no decir nulas, serán las imputaciones dirigidas contra funcionarios públicos por hechos relativos a su función, que no sean constitutivas del delito de desacato.

Las tesis mantenidas por la doctrina española con respecto a la relación entre la prueba de la verdad y el delito de desacato, se pueden agrupar con base en tres criterios: a) aquellos que mantienen la inadmisión de la misma en todo caso; b) quienes piensan que es de aplicación siempre y cuando la conducta injuriosa haga referencia exclusivamente a funcionarios públicos, exceptuándose la autoridad; c) y por último quienes defienden su aplicación en todos los supuestos, incluyendo por tanto a la autoridad.

Como representante de la primera postura tenemos a RODRIGUEZ DEVESA (38), quien defiende la inadmisión de la "exceptio" por dos órdenes de motivos. En primer lugar porque "el prestigio de la autoridad está por encima del interés en dilucidar los hechos injuriosos que se le atribuyen."; y en segundo, porque la ubicación sistemática del art.461 imposibilita su aplicación al delito de desacato, amén de que conceptualmente la injuria no requiere la falsedad de la imputación.

¿Queda éste vacío de contenido?. De mantenerse esta postura el único supuesto que resta a la posible aplicación del art.461 sería la imputación de hechos como consecuencia del cargo que ejerce el sujeto siempre y cuando se realizaran fuera de su presencia o en escrito no dirigido al mismo (39). Pues de lo contrario la "exceptio" vería vaciado totalmente su contenido y perdería su razón de ser, ya que cuando se hace referencia a hechos de naturaleza privada estamos ante un delito de desacato pero no es este el supuesto al cual hace referencia el nº1 del art.461 que requiere que la imputación verse sobre hechos concernientes al ejercicio del cargo.

La doctrina española es practicamente unánime al admitir la aplicación de la "exceptio" al delito de desacato. Esta unanimidad se trunca a la hora de decidir el margen de aplicación de la prueba.

Realizando una interpretación restringida del art.461, un sector doctrinal, opina que la prueba de la verdad sólo debe alcanzar a los funcionarios públicos, excluyéndose de su ámbito de aplicación a los sujetos constituídos en autoridad (40). Así a pesar de reconocer explicitamente, como lo hace VIADA (41), que con la prueba de la verdad se "presta un servicio a la causa pública", puesto que la misma ayuda al Estado en el conocimiento de aquellos hechos reprobables ejecutados por sus funcionarios, no extiende la misma a las autoridades, quizás, puesto que no fundamenta esta exclusión (42), en la creencia, de que éstas se encuentran en un plano superior, fuera del alcance de la reprobación social.

Estableciendo un campo de actuación más amplio para la "exceptio veritatis", se encuentra otro sector doctrinal, más cercano en el tiempo, y para el cual ésta debe recaer también sobre aquellas imputaciones realizadas contra la autoridad (43). Como expone QUINTANO "resultaría absurdo, y por añadidura odiosamente injusto, sostener, como se deduce de la interpretación restrictiva, que ese interés general deba ceder ante los funcionarios ostentando carácter de autoridad, como si ello les otorgase una especie de tabú, impenetrable incluso al mínimo ejercicio de la ciudadanía, que es el de descubrir y denunciar los eventuales abusos o incorrecciones en que incurrieren."(44).

Otro argumento a favor de la inclusión de la

autoridad en el ámbito de aplicación de la prueba de veracidad, nos lo ofrece CORDOBA (45) al subrayar el hecho de que una interpretación restrictiva de su campo de aplicación iría en contra del sentido que actualmente se propone en la interpretación del art.119 del Cp. Que como ya tuvimos oportunidad de analizar (46) entiende la inclusión del término autoridad en el más amplio de funcionario público.

C. Fundamento de la admisión de la prueba de la verdad en el delito de desacato.

La justificación de la "exceptio veritatis, en lo que atañe a los funcionarios públicos, se basa en el interés preponderante que el Estado y la sociedad tienen en que se descubra la veracidad de las imputaciones proferidas para que de este modo quede a salvo el prestigio de la Administración Pública (47). Y no sólo eso, añadiría que como tal poder del Estado debe estar sometido al principio de legalidad para evitar abusos y arbitrariedades en el ejercicio del mismo.

Al contrario de lo que sucede con las recriminaciones dirigidas contra particulares, en las que la sociedad no tiene ningún interés en conocer si las aseveraciones son ciertas o no, cuando estas se dirigen contra fucionarios públicos surge un interés que prevalece sobre la acusación deshonorante "porque la sociedad, el Estado á quien presta aquél sus servicios, tiene interés en averiguar si realmente concurren en sus servidores esos vicios ó faltas imputados al empleado, presta un servicio á la causa pública, y por eso establece el artículo la justa excepción de que en tal

caso se exima de toda pena al injuriante." (48). Esta fundamentación no ha variado en el tiempo.

A mi modo de ver se está produciendo una confusión de planos. Se argumenta que el interés personal del agraviado cede ante el interés del Estado en mantener su prestigio, o bien en la utilidad de la causa pública (49). Pero no debe confundirse lo que constituye objeto de protección en el delito de injurias con el interés protegido en el desacato. La ubicación del art.461 en el capítulo de los Delitos contra el honor favorece esa confusión. Como pone de relieve QUINTANO su ubicación correcta se encontraría en el Tít.II Cap. VIII "De los desacatos" (50) puesto que normalmente las conductas injuriosas dirigidas contra funcionarios públicos van a constituir un delito de desacato y no una injuria privada. Si esto fuera así, esto es, si la conducta injuriosa se dirige contra el funcionario en su faceta de sujeto particular no ha lugar la aplicación de la "exceptio" ya que nos encontramos ante un delito contra el honor. Mientras que si la misma conducta hace referencia al sujeto en su faceta de funcionario, esto es, por hechos referentes al ejercicio de su cargo, estaremos ante un desacato, con lo cual el interés a proteger, ya sea el prestigio de la Administración o el principio de autoridad, será este el que ceda y no el interés personal del agraviado que como tal no entra en consideración, pues la propia configuración del tipo autónomo de desacato traspasa el carácter privado de la injuria para hacerla pública, diluyendo esa privaticidad en un interés de carácter superior.

Si bien, hasta cierto punto, esta confusión de planos se posibilita por la propia configuración típica del delito, puesto que la misma permite la

consideración como delito de desacato de aquellas conductas afrentosas que hagan exclusiva referencia a asuntos privados o particulares del funcionario público, siendo suficiente el mero requisito de que éste se halle en el ejcrciio de las funciones públicas cuando la ofensa se lleve a cabo.

Nos encontramos de nuevo con esa corriente subterránea que subyace en el delito de desacato que asume como objeto de protección el honor en sentido individual, que tan difícil es de deslindar de la conducta de carácter público.

El hecho de que las conductas que dan lugar al delito de desacato sean la injuria y la calumnia, -comportamientos constitutivos de los correspondientes tipos autónomos contra el honor- favorece esa trasposición de planos, deslizándose los argumentos sobre el "honor" particular, cuando en el desacato es la función pública que desempeña el sujeto la que dota de significación y contenido material al delito.

Ahora bien, si el bien jurídico a proteger porel desacato, como propugnan diversos autores, es el regular funcionamiento de la Administración pública, este no sería atacado y en consecuencia no cedería ante la concurrencia de la "exceptio veritatis", la prueba de la verdad es necesaria para la salvaguarda de dicho bien jurídico; y ello porque el regular funcionamiento de la Administración conlleva la investigación de todas las denuncias que se llevan a cabo sobre el incorrecto actuar de sus funcionarios. Por lo tanto, desde esta perspectiva la excepción de veracidad carecería de sentido tal y como ha venido entendiéndose y nos trasladaríamos al plano del art.8,11º, ejercicio legítimo de un

derecho, que se analizará posteriormente.

Sería el principio de autoridad, o el interés de mantener el prestigio de la Administración, lo que ante la sospecha de un comportamiento irregular del funcionario, cede como interés supeditado a la trasparencia y necesidad de conocimiento de irregularidades en el desempeño de la función.

En realidad la "exceptio veritatis" en el desacato entronca de alguna manera con el propio fundamento de éste, desde su cara negativa. La autoridad, el prestigio, el regular funcionamiento, requieren del respeto al funcionario en su cargo; pero igualmente requieren del comportamiento correcto del propio funcionario. Si este se separa de su cometido, se excede o abusa, el mantenimiento del prestigio, o incluso de la "autoridad", entendida en el mejor sentido (51), requiere la detectación de tales anomalías para su reprobación, como medio de mantener la credibilidad de esa función, y como legitimación de esa exigencia de respeto al funcionario, que anima la figura del desacato.

D. Análisis de la jurisprudencia.

Al igual que la doctrina, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se encuentra dividida a la hora de pronunciarse sobre la aplicación y ámbito de la prueba de la verdad a los delitos de desacato. Buena muestra de ello son las recientes SS. de 20 de enero de 1.984 (JC 55) y 17 de mayo de 1.985 (JC 805) en las que el ponente Sr. VIVAS MARZAL, reconoce explicitamente la polémica que ocasiona el tema pero no se pronuncia

sobre el fondo de la cuestión, limitándose a realizar una recopilación de las opiniones mantenidas hasta ahora por el T.S. (52).

También aquí clasificamos en tres diversos apartados la opinión jurisprudencial. En primer lugar se encuentran aquellas sentencias que rechazan de plano la admisión del art.461 a los delitos comprendidos en el Cap. VIII del Código penal (53), si bien esta es una línea jurisprudencial antigua y podemos afirmar que abandonada. La "exceptio" unicamente será aplicable cuando los hechos imputados a los funcionarios públicos "se persigan por querella particular, por la acción privada del ofendido y fuera por consiguiente de las condiciones ya exigidas para constituir desacato perseguible de oficio" (54), es decir, sólo cuando el hecho constituya delito contra el honor, encuadrable en los arts. 453 y 457 del Cp.

De acuerdo con esta opinión, el ámbito de aplicación de la "exceptio" queda realmente reducido, perdiendo practicamente su virtualidad, ya que serán escasos los supuestos en que las injurias dirigidas contra funcionario público por hechos concernientes a su cargo no constituyan delito de desacato.

Esta interpretación de la prueba de la verdad conlleva una visión restrictiva de la interpretación que actualmente se da al art.119 del Cp. De otra parte contradice el sentido literal de la propia "exceptio", pues esta claramente habla de imputaciones efectuadas a funcionarios públicos por actuaciones realizadas en el ejercicio de sus funciones.

Una segunda línea jurisprudencial admite la

aplicación de la prueba de la verdad pero sólo en los casos en que las imputaciones recaigan sobre funcionarios públicos, excluyendo de su ámbito a los sujetos constituídos en autoridad, ya que dicha prueba "se inspiró en el propósito de salvaguardar los prestigios e imponer el máximo respeto a la autoridad en el ejercicio de la jurisdicción que le es propia" (55). Según esto la autoridad se encuentra en un plano superior al del funcionario; se pone de relieve, una vez más, la sobrevaloración del principio de jerarquía, y su trasposición a la relación Administración-ciudadano. La jerarquía se debe entender como una mera necesidad de organización interna y funcional, pero no de cara al ciudadano, que es, simplemente, el destinatario de los servicios que la Administración debe prestar. El funcionario, ubicado en el escalafón inferior puede ser objeto de crítica y se permite controlar su actividad en el ejercicio de la función pública, mientras que la autoridad, encaramada en más altas cumbres, es intocable y se sobreentiende que su actuación será siempre intachable, o al menos, aunque no lo sea, tampoco el ciudadano está capacitado para juzgarla. Conclusión que colisiona con la necesaria trasparencia y capacidad de control democrático de las instituciones y sus representantes.

La tercera opinión, dentro de la doctrina jurisprudencial, defiende la admisión en todo caso de la prueba de la verdad del art.461 al delito de desacato, ya sea el sujeto afectado funcionario o autoridad, puesto "que en el concepto referido de empleado público deben comprenderse desde los que figuran en las más altas categorías de la Administración, a los que ocupan puestos de orden secundario, los que se hallan investidos de autoridad y los que colaboran al servicio de ésta." (56).

4. Naturaleza jurídica de la "exceptio veritatis".

Desde el planteamiento tradicional de la función y significación de la "exceptio veritatis", el problema de su naturaleza jurídica se ha abordado desde dos perspectivas diversas. De un lado, quienes han considerado que nos encontramos ante una causa de justificación y en consecuencia se está legitimando un actuar precedente contrario a derecho; y quienes opinan que la "exceptio" no es más que una excusa absolutoria, que afectará a la punibilidad del delito.

A. La "exceptio" como causa de justificación.

Quienes afirman que la "exceptio" juega como causa de justificación (57) fundamentan su aserto desde la perspectiva del interés preponderante según el cual, al entrar en conflicto dos intereses diversos, de un lado la protección del principio de autoridad y de otro el interés del Estado en controlar y averiguar el funcionamiento real de sus órganos, prevalece este segundo sobre el primero dando lugar a que la conducta que origina el desacato se justifique por la necesidad de indagar la veracidad de las imputaciones vertidas por el ofensor (58).

B. Causa de exclusión de la punibilidad. Excusa absolutoria.

Haciendo siempre referencia a la "exceptio" desde el punto de vista de los funcionarios públicos, otros autores opinan que estaríamos ante una efectiva excusa absolutoria otorgada por la ley. El delito, hecho injusto, subsiste, sin embargo el legislador atendiendo al hecho de que el bien jurídico protegido por el delito de desacato es el prestigio de la función pública, no existe mejor medio de ponerlo a salvo que permitir la indagación sobre la veracidad de las imputaciones efectuadas por el ofensor, para que no quepan dudas sobre el actuar de los funcionarios públicos (59), si se demuestra que lo imputado es cierto, a pesar de la existencia de un delito, se ve la oportunidad de eximir de sanción al sujeto activo.

Esta exención de pena viene motivada en palabras de VIADA "porque la sociedad, el Estado á quien presta aquél sus servicios tiene interés en averiguar si realmente concurren en sus servidores esos vicios ó faltas imputados al empleado, presta un servicio á la causa pública, y por eso establece el artículo la justa excepción de que en tal caso se exima de toda pena al injuriante." (60).

Argumento que como se puede comprobar, coincide con el que aportan quienes defienden que la naturaleza jurídica de la "exceptio veritatis" corresponde a las causas de justificación. En definitiva nos encontramos con un interés por parte del Estado en averiguar si realmente las imputaciones que se vierten contra sus funcionarios/autoridades, por hechos relacionados con

el ejercicio de su función pública, son verdaderas o falsas, para poder salvaguardar el prestigio que rodea el ejercicio de la función pública.

III. Reinterpretación de las causas de exclusión de la antijuridicidad del desacato. Colisión de derechos.

La interpretación hasta ahora mantenida sobre el contenido y significación de la institución de la "exceptio" ha sido superada, fundamentalmente, por el cambio sustancial producido en el panorama legislativo español. La promulgación de la Constitución en el año 1.978 y el reconocimiento en la misma de una serie de derechos fundamentales como son el honor (art. 18,1º), la libertad de expresión (art. 20,1.a) y el derecho a la información veraz (art. 20,1.d), ha supuesto un cambio de perspectiva que indudablemente va a afectar al tipo penal objeto de estudio.

Es necesario señalar, que el cambio en la interpretación de las causas de justificación del desacato no obedece exclusivamente a la constitucionalización de los citados derechos fundamentales, sino a la conjunción de diversas causas cuya convergencia ha dado lugar a una profundización en la interpretación referida.

Las primeras Constituciones españolas, comenzando por la de 1.837, recogían el derecho de los ciudadanos a manifestar libremente sus opiniones (61). Incluso tras la guerra civil, con el consiguiente

drástico recorte de las libertades públicas, el Fuero de los Españoles en su art.12 reconocía el derecho de libertad de expresión, si bien "convenientemente" limitado: "Todo español podrá expresar libremente sus ideas mientras no atenten a los principios fundamentales del Estado".

El contexto político liberal del siglo XIX, no favoreció en nuestro país la profundización de los derechos de expresión, preocupado el Estado, ante todo, por la consolidación de sus instituciones. El desarrollo y profundización de los derechos cívicos requiere, amén de un clima de establidad política, la progresiva asimilación cultural, y sin duda la paulatina democratización real de la sociedad, lo que no llega a entreverse entre nosotros de manera estable y continuada hasta hace escasos años.

Es es el contexto internacional, sobre todo a partir de la Segunda Guerra Mundial, cuando se extiende la conciencia de la necesidad de reconocimiento y apoyo al ejercicio de los derechos cívicos, a través de la influencia que despliegan declaraciones universales como la de las Naciones Unidas de 1.948 (62). La realidad política que surge en España tras la contienda civil, impidió la recepción real de tales declaraciones y en consecuencia, su plasmación legal.

Será sólo a partir de la Constitución de 1.978 cuando se produzca en nuestro país el contacto con la sensibilidad democrática y sus consecuencias de cara a los derechos de expresión, información, crítica, etc.

Por ello, como pone de relieve BACIGALUPO "Lo nuevo de la situación proviene, en verdad, del carácter

de la libertad de expresión en el contexto de un Estado democrático." (63), y no tanto de la constitucionalización de los mencionados derechos.

A estas condiciones democráticas que posibilitan el pleno desarrollo de los derechos de libertad de expresión e información veraz, hemos de añadir la mayor delimitación en los diversos planos que integran la teoría del delito, como factor coadyuvante a la reinterpretación que se está efectuando de los elementos negativos del delito de desacato. Ambos factores van a dar lugar a nuevas propuestas doctrinales en las que la "exceptio veritatis" va a quedar relegada a un segundo plano, para dejar paso a la aplicación del art.8,11º, eximente de ejercicio de un derecho.

1. La libertad de expresión y la información veraz.

La Constitución en el Título correspondiente a los derechos y deberes fundamentales (Título I, Secc.1º "De los derechos fundamentales y de las libertades públicas"), ennumera una serie de derechos, no estableciendo jerarquía alguna entre los mismos. Esto es, desde el punto de vista constitucional todos los derechos allí enunciados poseen el mismo valor y ninguno de ellos tiene preeminencia sobre los otros.

Dentro de éstos, en el art.20, encontramos el derecho a la libertad de expresión y el de recibir información veraz. A pesar de encontrarse intimamente ligados, y ser el primero origen y fundamento del

segundo, podemos decir que la **libertad de expresión** consiste en la libre expresión, por parte de todos los ciudadanos, de sus ideas, opiniones y pensamientos; mientras que el **derecho de información** se configura como la libre transmisión y recepción de informaciones veraces (64).

La redacción del art.20 CE, supone una superación del esquema individualista y típicamente liberal, en el que nace la libertad de expresión (65), entendida unicamente como capacidad del individuo para comunicarse con sus semejantes, como derecho que se opone frente al Estado, concepción que mantiene a lo largo de todo el siglo XIX. Para pasar a concebirse de forma social o colectiva (66), así en palabras de FERNANDEZ y PARADA "El nuevo planteamiento tendrá la virtud de reconducir la libertad a la realidad social en un doble sentido: poniendo en conexión dialéctica lo individual con lo colectivo, la opinión individual con la opinión pública, y poniendo en conexión la capacidad abstracta de ser libre, el atributo ético que se predica de la condición humana, con las situaciones sociales concretas que lo hacen posible, lo dificultan o lo impiden." (67).

Se está añadiendo un nuevo perfil a la libertad de expresión. Esta debe ubicarse en un Estado social, caracterizado por el contraste y la pluralidad de opiniones, por la valoración de diferentes puntos de vista; lo cual generará, lógicamente, controversias y situaciones de conflicto.

La conjunción de ambos derechos, viene a enmarcar el libre desarrollo de las instituciones democráticas, ya que estas se sustentan en la libre emisión de opiniones por parte de los ciudadanos, opiniones

basadas en una libertad de información que ayuda a la formación de la opinión pública. Opinión pública, que habrá de ser plural, puesto que el modelo de sociedad en que nos desenvolvemos no es el de la uniformidad.

Esta concepción del derecho de expresar libremente las ideas y opiniones, queda plasmada en la setencia del Tribunal Constitucional 168/1.986 de 22 de diciembre: "Como este Tribunal ha puesto de manifiesto en anteriores decisiones (...), el texto del artículo 20.1.d) de la Constitución, distinto del que se refiere a la difusión de pensamientos, ideas y opiniones (artículo 20.1.a)), reconoce dos derechos íntimamente conectados, que en aras al interés de todos en conocer los hechos de actualidad que puedan tener trascendencia pública, se concretan en la libre comunicación y recepción de información veraz, de tal manera que los sujetos de ese derecho son no sólo los titulares del órgano o medio difusor de la información o los profesionales del periodismo o quienes, aun sin serlo, comunican una información a través de tales medios, sino, primordialmente, la colectividad y cada uno de sus miembros."

Como ya se señaló, el legislador constituyente no creyó oportuno establecer una jerarquía entre los diversos derechos y deberes fundamentales recogidos en la Constitución. Sin embargo, a través de la labor hermeneútica realizada por la doctrina y el Tribunal Constitucional, se ha establecido, si no una jerarquización, si al menos una preeminencia de los derechos reconocidos en el art.20 CE sobre los restantes de la misma Sección 1ª. El T.C. en S. 6/1.981 de 16 de marzo interpreta que "el artículo 20 de la Constitución, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían

vacíos de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas hueras las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el artículo 1º, apartado 2º, de la Constitución, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política."

A partir de esta sentencia de 1.981, diversas y reiteradas han sido las ocasiones en que el Alto Tribunal ha tenido oportunidad de manifestarse, y siempre en parecidos términos. Entre las más recientes, tenemos la S. 159/1.986 de 12 de diciembre en la que la ponente BEGUE CANTON explicita "que el artículo 20 de la norma fundamental, además de consagrar el derecho a la libertad de expresión y a comunicar o recibir libremente información veraz, garantiza un interés constitucional: la formación y existencia de una opinión pública libre, garantía que reviste una especial trascendencia ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática".

Haciendo hincapié, asimismo, en la faceta colectiva del derecho, ya que "no sólo protege un interés individual, sino que entraña 'el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública, indisolublemente ligada con el pluralismo político'." (68).

La libertad de información y de manifestación de la propia opinión se vinculan de forma estrecha con el ejercicio de la crítica tanto social como política. Los ciudadanos tienen derecho a controlar y criticar la gestión que los diversos órganos del Estado efectúan de

los intereses públicos. En el ejercicio de ese derecho de crítica de la actividad de la función pública puede producirse una colisión con otros intereses protegidos por el ordenamiento jurídico-penal, así en nuestro caso con el prestigio y dignidad que deben circundar el ejercicio de la función pública, según la interpretación tradicional que del bien jurídico protegido en el delito de desacato se ha venido dando.

Estaríamos ante una colisión de derechos. De un lado el ejercicio del derecho a manifestar libremente la opinión, que asiste a todo ciudadano (en el que se encuadraría el de criticar el ejercicio de la función pública) y de otro el interés en salvaguardar la dignidad de los sujetos que encarnan a los órganos de la Administración.

A continuación vamos a ver, de forma somera, como solventa este problema tanto la doctrina como nuestros tribunales.

A. Colisión de derechos. Libertad de expresión "versus" derecho al honor (art.20.4 CE).

El conflicto entre derechos fundamentales que vamos a analizar, se ha desarrollado entre el enunciado en el art.18 CE, derecho al honor, y los recogidos en el art.20 CE, derecho a la libertad de expresión e información veraz. Como tales derechos ninguno posee una virtualidad ilimitada, por tanto deberemos establecer sus límites y averiguar qué criterios se seguirán en caso de colisión.

De la lectura del art.20.4 CE parece desprenderse que será la libertad de expresión la que ceda ante el derecho al honor (69). Este textualmente dice: "Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollan y especialmente en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia". Sin embargo la lectura que del texto constitucional ha efectuado tanto la mayoría de la doctrina como el Tribunal Constitucional, parece indicar justo lo contrario.

El Tribunal Constitucional en la sentencia 104/1.986 de 17 de julio (ponente TOMAS y VALIENTE) reconoce que a pesar de que ambos derechos tienen el carácter de derechos fundamentales, ya que el honor viene reconocido en el art.18 CE y no sólo como límite a la libertad de expresión en al art.20.4, esto no significa que necesariamente "y en todo caso tal afectación del derecho al honor haya de prevalecer respecto al ejercicio que se haya hecho de aquellas libertades, ni tampoco siempre hayan de ser éstas consideradas como prevalentes, sino que se impone una necesaria y casuística ponderación entre uno y otras."

De donde se desprende que para aquellos casos de conflicto entre ambos derechos no existe un criterio único de solución, estos es, no se considerará apriorísticamente, que un derecho prevalece siempre y en todo caso sobre el otro en caso de conflicto,sino que será a través del criterio de la ponderación desde el que tendremos que hallar la solución al conflicto.(70).

Para el T.C. el criterio de la ponderación deberá realizarse teniendo en cuenta la preeminencia

que se ha venido otorgando a la libertad de expresión, como pone de relieve la citada sentencia que transcribimos textualmente: "Es cierto que el derecho al honor es considerado en el art. 20.4 como límite expreso de las libertades del 20.1 de la Constitución, y no a la inversa, lo que podría interpretarse como argumento en favor de aquél. Pero también lo es que las libertades del art.20, como ha dicho este Tribunal, no sólo son derechos fundamentales de cada ciudadano, sino que significan 'el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático'".

Perfilando más esta idea, continua el Tribunal: "Esta dimensión de garantía de una institución pública fundamental, la opinión pública libre, no se da en el derecho al honor; o, dicho con otras palabras, el hecho de que el art.20 de la Constitución 'garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas hueras las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática', otorga a las libertades del art.20 una valoración que trasciende a la que es común y propia de todos los derechos fundamentales".

La utilización del criterio de la ponderación para solucionar los conflictos que se originan entre las libertades recogidas en el art.20 CE y el derecho al honor, no encuentra una aceptación unánime en la doctrina. Para algún autor, como VIVES ANTON, el hecho de dar preeminencia a la libertad de expresión sobre

otros derechos recogidos en la Constitución, no es un criterio acertado, pues "En una evaluación crítica de los argumentos que dicha resolución ofrece, habría de destacarse en primer término, que no es posible establecer un rango entre derechos fundamentales: la Constitución los coloca a la par y, al igual que se aducen razones para sobreponer la libertad de expresión al derecho al honor, cabría aducir otras no menos fuertes en sentido contrario." (71). La aplicación del citado criterio conduce a que sea el juez ordinario quien resuelva en caso de conflicto, y dicha resolución llevará consigo, necesariamente la restricción, aunque sea parcial, de uno de ellos, por tanto se estará estableciendo un límite a los mismos que según los arts. 53.1 y 81.1 de la norma fundamental las reglas para la solución de conflictos entre derechos fundamentales solo puede establecerlas la ley (72).

El citado autor (73) propone como alternativa más correcta al criterio de la ponderación, la siguiente: en primer lugar, se deberán determinar los límites internos de cada uno de los derechos; en segundo, verificar la concurrencia de los presupuestos formales de la ingerencia en el ámbito de los derechos en conflicto; en tercer lugar, indagar a tenor del criterio de la proporcionalidad la justificación o no de la ingerencia; y por último, delimitar el contenido esencial de cada uno de los derechos en conflicto, y comprobar que la solución que se haya adoptado respeta ese contenido mínimo indispensable que opera como "límite de los límites" en los derechos fundamentales.(74).

Sin embargo, no debemos olvidar que las colisiones entre derechos constitucionales, en opinión de MUÑOZ MACHADO, deben resolverse "usando técnicas

interpretativas que no coarten ni restrinjan la información ni imposibiliten o reduzcan la crítica o el debate públicos, necesarios en la sociedad democrática." (75).

B. Planteamiento del Tribunal Supremo: solución del conflicto de derechos a través de los elementos subjetivos del tipo. "Animus iniuriandi versus animus criticandi".

El T.S. ha eludido la problemática que plantea la colisión de derechos en el campo de las causas de justificación, para plantearlo, como ya tuvimos ocasión de apuntar, en el plano del animus, esto es, en el del específico **elemento subjetivo del injusto** que exige en el tipo subjetivo del delito como complemento del dolo genérico de actuar.

Esta forma de afrontar el conflicto entreambos intereses, de una parte el derecho de libre expresión y de otra el prestigio de la función pública, origina una cierta confusión.

Confusión que proviene de la interrelación de diversos planos. El primero de ellos, al que ya se hizo alusión, es la dificultad existente para discernir cuando nos encontramos ante la imputación de un hecho y cuando ante meras valoraciones, además de que en múltiples ocasiones a la imputación de un hecho va unida la valoración que el sujeto hace del mismo.

En segundo lugar, no hemos de olvidar que en la base de la conceptualización de las conductas que originan el delito de desacato se encuentra el aserto

de que toda afirmación que en sí tenga capacidad suficiente para desprestigiar, ofender o menospreciar, -en definitiva las actitudes insultantes- da lugar, automáticamente, a la realización del tipo penal, independientemente de que a la misma vayan unidas imputaciones que pudieran ser constitutivas de delito (76).

De la unión de ambos planos el T.S. resuelve el conflicto de intereses por vía del "animus iniuriandi" sin entrar en lo que sería el fondo del asunto, esto es, la investigación sobre la veracidad o no de las imputaciones vertidas por el sujeto activo.

Como ejemplo de esta situación, y aunque la cita resulte prolija, creo esclarecedora la S. de 4 de junio de 1.984 (JC 832) que paso a transcribir: "esta Sala viene entendiendo que los principios de 'auctoritas' y 'dignitas' que se funden en el bien jurídico atacado por este delito no pueden valorarse hasta el punto de excluir el ejercicio del derecho de crítica y de libre información que forma parte esencial y nuclear del principio constitucional de libertad de expresión, y necesario -además- para el eficaz control de quienes gobiernan por y para la comunidad, pero la interrelación entre ambos términos, desacato por una parte y libertad de expresión por otra, lleva en su entraña una difícil y espinosa cuestión de límites, en la que juega un destacado papel, para la conceptuación delictiva, la presencia de un intención preponderante de menosprecio o ataque al principio de autoridad y a la dignidad de la función que el agraviado desempeña, dolo específico o elemento del injusto, que, sin el apoyo de presunción alguna, ha de resultar del ponderado examen, en cada caso, de los factores subjetivos y objetivos de la conducta enjuiciada, alzaprimando los intereses

comunitarios a través de una laxa, indulgente o comprensiva valoración de la crítica periodística, siempre que resplandezca sobre cualquier oscura o torpe motivación un limpio propósito informativo y de salud pública, aunque padezca -solamente en la medida de lo imprescindible- el honor y fama pública de quienes ejercen dichas funciones, que deben ver en ello una de las más sensibles servidumbres de su vocación política, pero en caso alguno puede aquella prevalencia ser otorgada cuando las palabras y expresiones patentizan un propósito de denostar, de vejamen para la imagen pública del desacato, que ensombrece y mancilla la dignidad de la función y barrena la autoridad de quien la ostenta; ciertamente, el art.20 de la Constitución española, (...), reconoce el derecho a la libre expresión de ideas y opiniones, y, conjuntamente, el derecho a comunicar y recibir libremente información veraz, pero estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos constitucionalmente reconocidos, especialmente el derecho al honor" (77).

Tres elementos interesa destacar de esta sentencia, comunes por otra parte a otras muchas del citado Tribunal: de una lado, resaltar como la sala segunda utiliza el criterio de la PONDERACION para solventar los casos de conflicto entre derechos fundamentales y bienes jurídicos protegidos por el Código penal. Pero como podemos comprobar, este criterio junto con el concepto de elemento subjetivo del injusto que mantiene el T.S., sirve para, en mi opinión, sobrevalorar en detrimento de las libertades recogidas en el art.20 CE, no ya sólo el derecho al honor, reconocido constitucionalmente, sino valores más imprecisos como la "dignitas" de los funcionarios públicos, que no encuentran acogida en la norma fundamental (78).

En segundo lugar, que a pesar de la mención a los derechos fundamentales recogidos en el art.20 CE, se limita a su enunciación, sin deducir ninguna consecuencia práctica de su aplicación, pues a pesar del reconocimiento expreso de los mismos, continua supeditando su aplicación a la intencionalidad con la que el sujeto ha llevado a cabo su conducta.

En tercer lugar, aun aludiendo a la "auctoritas" y a la "dignitas" como elementos conformadores del bien jurídico protegido por el delito de desacato, -luego un interés jurídico diverso del protegido en los delitos contra el honor-, a la hora de mencionar los intereses en conflicto se refiere al derecho al honor, con lo cual una vez más vuelve a afluir la componente privada que tiñe al delito de desacto debido a la configuración típica del mismo.

El hecho de poner el acento en el elemento subjetivo del injusto (79), enmascara, en mi opinión, un recorte efectivo de un derecho fundamental, como es el de la libertad de expresión. Y ello, porque aun estando absolutamente de acuerdo con el aserto de que no se pueden permitir aquellas conductas tendentes unicamente al insulto y menosprecio de las personas, hemos de tener en cuenta que cuando nos enfrentamos al delito de desacato, no estamos ante simples particulares sino ante funcionarios públicos, y precisamente por ello deberá primar el interés en la investigación sobre la veracidad o mendacidad de las imputaciones (80) vertidas en su contra, como interés primario para el regular funcionamiento de la Administración pública, y no sólo desde este punto de vista, sino que incluso desde la perspectiva del prestigio de la Administración como bien jurídico a proteger, no existe mejor modo de

prestigiar una institución, y por consiguiente a los funcionarios que la representan, que la trasparencia en su forma de actuación, pues como bien expresa PADOVANI, "sólo un prestigio frágil y precario puede temer la palabra inconexa de un exaltado, destinada a caer en el vacio y en el aislamiento cuando se dirige contra instituciones y órganos que la conciencia social rodea de natural respeto." (81).

Si tenemos en cuenta que la mayor parte de las veces el ánimo de ofender excluye al de criticar y la excepcionalidad con que el art. 461 se ha venido aplicando, es hasta cierto punto lógico manifestar que a través de esta interpretación se ha producido un efectivo recorte del derecho de expresar libremente las opiniones (82), lo que motiva en cierto modo el ataque de que viene siendo objeto ultimamente el delito de desacato.

Creo que la vía del "animus", pudo ser hasta épocas todavía no tan lejanas, la vía por la cual el derecho a la libertad de expresión tuvo cabida en un régimen político que la amordazó sistemáticamente. Sin embargo desde la perspectiva de un Estado social y democrático de Derecho, parece que existen vías más adecuadas dogmáticamente para solucionar el conflicto de derechos que se plantea. De lo contrario se produce una etización de la conducta, una sobrevaloración del desvalor de acción, puesto que se refuerza la necesidad de sanción en base a la forma o el modo en que se ha ejecutado la conducta, que hace practicamente inexistente la consideración del desvalor de resultado, esto es, se oscurece la necesidad de lesión o puesta en peligro del bien jurídico, máxime en estos delitos de peligro hipotético, con lo cual se difumina la función limitadora

que caracteriza al concepto de bien jurídico (83).

Como pone de relieve MUÑOZ MACHADO, no estamos ante "un problema de ténicas idóneas, sino de disposición o combinación de las mismas, y, sobre todo, de adaptación a las reglas de una Constitución nueva, que es un fenómeno que no puede seguir ocupando, como hasta ahora, un plano secundario en la jurisprudencia penal." (84).

2. El art. 8,11º. Ejercicio legítimo de un derecho.

El planteamiento anteriormente expuesto es lo que ha motivado que la más reciente doctrina penal se plantee el problema de la colisión de derechos desde la perspectiva del ejercicio legítimo de un derecho.

El conflicto entre la libertad de expresión y la protección que el Derecho penal dispensa a la autoridad y a los funcionarios públicos, debe solventarse en el ámbito de las causas de justificación y comprobar si se dan los supuestos necesarios para que concurra la eximente del art.8,11º (85), teniendo en cuenta, como pone de relieve MUÑOZ MACHADO que "Si la libertad de informar es, además de un derecho individual, una libertad, una función o una garantía de pervivencia del sistema democrático, tiene que estar necesariamente más protegida cuando se usa en relación con personas o negocios públicos. La incidencia que el objeto sobre el que la información recae tiene sobre la configuración de la libertad es muy amplia por afectar, matizándolos, al

sistema entero de límites que actúan sobre ella."(86).

Ahora bien, antes de utilizar los criterios, sin duda útiles, que sobre el conflicto entre derecho al honor y libertad de expresión ha manejado la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, al problema que se plantea con respecto al delito de desacato, no hemos de olvidar que cuando afrontamos la colisión de intereses entre la libertad de expresión y el bien jurídico protegido en éste, no nos estamos moviendo en el campo de dos derechos reconocidos constitucionalmente, puesto que tanto el prestigio de la Administración, como el tan denostado principio de autoridad unido estrechamente al concepto de orden público, incluso el regular funcionamiento de la Administración pública, son valores o intereses que no poseen reconocimiento constitucional alguno, aunque si bien el último enunciado se recoge en el art.103.1 CE, no se ubica dentro de los derechos y deberes fundamentales, en este caso se hace referencia a un principio organizativo de la estructura estatal que puede ser digno de protección, pero no responde a la categoría de derecho fundamental.

La reciente doctrina ha reconducido el tema de los elementos negativos del delito de desacato con base en los siguientes presupuestos: de un lado, parte del análisis del concepto de veracidad, que como tuvimos ocasión de comprobar reconduce a la exigencia de **veracidad subjetiva**, esto es, el sujeto una vez realizado el deber mínimo de comprobación sobre los hechos que va a imputar cumple con el requisito de la verdad. Pero como también pusimos de manifiesto, este concepto de verdad no es el que recoge el art.461 del Código penal.

De otra parte, reconoce el papel preponderante que en un Estado de Derecho alcanza el derecho de libertad de expresión, como derecho que permite la libre circulación de ideas y pensamientos, base fundamental de un Estado que se considere democrático.

De la conjunción de ambos aspectos se llega a la conclusión de que la vía expuesta por la "exceptio veritatis" es excesivamente exigua y limita de forma harto discutible, desde una perspectiva constitucional, la libertad de expresión, para lo cual se habrá de reconducir el conflicto entre este derecho y el interés jurídicamente protegido en los arts. 240 y siguientes al nº11 del art.8 del Código penal.

¿Qué ambito de aplicación queda entonces para la "exceptio veritatis"?. En palabras de VIVES ANTON "se limita a excluir la punición allí donde la lesión del honor se ha revelado apta para poner de manifiesto la verdad de ciertos hechos que, por revestir carácter de delito o por afectar al ejercicio de la función pública, determinan que la reprobación de la comunidad sobre el injuriado haya de expresarse por medio de la pena criminal o mediante el recurso a sanciones administrativas." (87).

Por tanto la "exceptio veritatis" quedaría como una causa de exclusión de la punibilidad para aquellos supuestos en que el sujeto activo ha imputado maliciosamente unos hechos que en el curso del proceso penal se revelan ciertos (88).

IV. Conclusiones.

Parece evidente que la reciente doctrina entiende superada la institución de la "exceptio veritatis" y reconduce el problema de las causas de exención de responsabilidad criminal en el delito de desacato a las causas de justificación y concretamente al ejercicio de un derecho (art.8,11º).

Este cambio de actitud se debe, en parte, al redimensionamiento que se ha efectuado del problema con base al análisis de los derechos y libertades reconocidos en la Sección segunda de la Constitución. Fundamentalmente del derecho de emitir libremente las ideas, así como el de recibir y transmitir información veraz.

Ello ha llevado a la doctrina a cuestionarse tanto el concepto de veracidad, como los límites y contenidos de cada uno de los derechos, que por ser colindantes, pueden entrar facilmente en conflicto.

Como límites legítimos del derecho de libre información se reconocen tanto el deber de veracidad entendida la verdad como verdad subjetiva, esto es, la actitud que el sujeto activo muestra hacia ella, que se traduce en la realización de una investigación mínima para averiguar si aquello que piensa imputar es cierto o no.

En segundo lugar, el respeto por la dignidad de la persona, lo que a su vez se traduce en los modos y formas en que el sujeto emplea para expresar sus juicios tanto de valor como las imputaciones de hecho.

A estos dos límites a la libertad de expresión, habremos de añadir la necesaria distinción entre el ámbito de lo público y lo privado. Interpretándolo del siguiente modo: el mayor riesgo o vulnerabilidad que por el hecho de ejercitar funciones públicas, corren los funcionarios públicos y las autoridades, lo que en modo alguno pretende hacer equivaler al hecho de que deban soportar vejaciones que afecten a su dignidad como personas, pero si al hecho de que ante imputaciones de determinados hechos que afecten a la función pública, aunque vayan unidos a imprecaciones de tipo afrentoso, deberá ampliarse el campo de la permisibilidad penal.

Sentados estos presupuestos, el conflicto que se pueda plantear deberá resolverse en el campo de las causas de justificación, y más concretamente en el del ejercicio legítimo de un derecho (art.8,11º). No olvidando que cualquiera que sea la opción que se tome en cuanto al bien jurídico protegido en los arts.240 y ss. del Código penal (prestigio de la Administración, regular funcionamiento de la misma), éste no posee reconocimiento constitucional alguno, lo cual no implica que siempre y en todo caso se deba considerar prevalente la libertad de expresión, pues la necesidad de respeto, como contenido mínimo indispensable de la dignidad de las personas, puede y debe prevalecer en aquellas ocasiones en que la imputación verse sobre valoraciones cuyo contenido menoscabe efectivamente la misma. En los casos en que la imputación verse sobre hechos que afecten al ejercicio de la función pública y vayan acompañados de valoraciones que puedan menoscabar el honor personal del sujeto, la solución no será fácil, pero en mi opinión, debe prevalecer el interés en la trasparencia de la gestión de los auntos públicos, como

principio mínimo de un Estado que se denomine democráti-
co, con lo cual primará la investigación sobre la vera-
cidad o no de las mismas.

NOTAS AL CAPITULO QUINTO.

(1) La práctica totalidad de la doctrina al tratar el tema de la "exceptio veritatis", lo hace en el tema correspondiente a los Delitos contra el honor, justo después de analizar el delito de injuria. Al estudiar los problemas que plantea esta figura con respecto al delito de desacato se limitan a dilucidar si es aplicable o no al citado delito y la naturaleza jurídica que le corresponde, olvidando, en la mayoría de los casos, la diversidad de bienes jurídicos que amparan de un lado la injuria y la calumnia, y de otro, el desacato.

(2) Art.706: "Tampoco cometen injuria los que por medio de la imprenta, ó por escrito ó de palabra publiquen, anuncien ó censuren delito, culpa, defecto ó esceso cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, y con relación á ellas, ó delito ó culpa sujeta á pena por la ley civil, y cometida por cualquier otro contra la causa pública en los casos en que la misma ley conceda acción popular para acusarlos ó denunciarlos, con tal que unos y otros prueben la certeza de lo que digan."

(3) Art.361: "Al acusado de injuria no se le admitirá prueba sobre la verad de las imputaciones.
Se exceptúan:
1º Cuando éstas se dirijan contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de su cargo.
2º En el caso del núm.1º del art.628, cuando quien impute el delito tenga derecho a perseguirlo.
En ambos casos, será absuelto el acusado si probare la verdad de las imputaciones".

(4) Art.455: "Al acusado de injuria no se admitirá prueba sobre la verdad de las imputaciones, sino cuando éstas fueren dirigidas contra empleados públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de su cargo.

En este caso será absuelto el acusado si probare la verdad de las imputaciones".

(5) Sobre la evolución legal del delito de desacato, Vid. supra Capítulo Primero, II. 3.

(6) Vid. RODRIGUEZ DEVESA, PE (9ª ed.), p.228 y DIAZ PALOS, "Injurias", p.16. Ambos autores otorgan diversa virtualidad a la prueba de la verdad. Si la imputación se dirige contra funcionario público por actos relativos a su ejercicio profesional, estaremos ante una causa de justificación; mientras que si la imputación se dirige contra particulares la eximente afectará a la culpabilidad y no a a la antijuridicidad.
También distingue entre ambos supuestos MUÑOZ CONDE, PE, p.120.
Otro de los motivos de la supresión del estudio del segundo supuesto del art.461, es que aquí no se pretende realizar un estudio exhaustivo sobre la figura de la "exceptio veritatis", sino tratar los problemas que plantea como elemento excluyente de la responsabilidad criminal en el delito de desacato.

(7) Las particularidades que ofrece la prueba de la verdad en la conducta calumniosa serán objeto de análisis en el apartado siguiente, ya que al constituir la "falsedad" elemento del tipo de calumnia nos encontramos ante una situación diversa que en la imjuria.

(8) Entre otros, por ser unánime la aseveración: GROIZARD, El Código penal; T.V, p.367; RODRIGUEZ DEVESA, PE (9ª ed.), p. 228; QUINTANO, Tratado, vol. II, p.1.309; BUSTOS, PE, p.170. En el mismo sentido BACIGALUPO, "Colisión de derechos", p.95, quien afirma que la veracidad unicamente puede predicarse de los hechos, por tanto no de las valoraciones.

(9) Tanto desde la perspectiva del Derecho civil como del Derecho constitucional se está demostrando un gran interés por el análisis del derecho al honor y su colisión con la libertad de expresión y el derecho a la propia imagen. Este auge deriva de la búsqueda de criterios, fundamentalmente provenientes del Derecho anglosajón, para la recta

aplicación de la LO 1/1.982 sobre protección del honor, la intimidad y la propia imagen. Muchas de las conclusiones a las que lleguen serán de granu tilidad para nuestro estudio. Entre la abundante bibliografía existente cabe destacar: AA.VV. ¿Qué es difamar?. Libelo contra la Ley del Libelo, Madrid, 1.987; MUÑOZ MACHADO, Santiago; "Mitos, insuficiencias y excesos en la construcción jurídica de las acciones por difamación" en Poder Judicial, (2ª época), nº1, 1.986 pp.11-22; EL MISMO; Libertad de prensa y procesos por difamación. Madrid, 1.988; ROJO AJURIA, Luis; "La tutela civil del honor y la intimidad " en Actualidad civil, nº18, 1.988, pp.1.073-1.086; EL MISMO, "la tutela civil del derecho a la intimidad" en AnDerCiv, 1.986, pp. y la bibliografía citada por los mismos.

(10) MUÑOZ MACHADO, Libertad de prensa, p.43. Aunque el autor se refiere exclusivamente a la Constitución española el criterio es aplicable al art.461 del Cp ya que éste explicitamente indica que la veracidad debe recaer sobre "imputación de hechos", no aludiendo en ningún momento a valoraciones.

(11) SALVADOR CORDECH, ¿Qué es difamar?, pp. 31-33.

(12) ALONSO ALAMO, "Protección penal", p. 137.

(13) En este punto se seguirá el estudio que sobre el tema ha realizado MANTOVANI, Fatto determinato, pp. 7 y ss.

(14) El art.596 del código penal italiano dice textualmente:
"Il colpevole dei delitti preveduti dai due articoli precedenti non è ammesso a provare, a sua discolpa, la verità o la notorietà del fatto attribuito alla persona offesa.
Tuttavia, quando l'offesa consiste nell'attribuzione di un fatto determinato, la persona offesa o l'offensore possono, d'accordo, prima che sia pronunciata sentenza irrevocabile, deferire ad un giurì d'onore il giudizio sulla verità del fatto medesimo.

Quando l'offesa consiste nell'attribuzione di un fatto determinato, la prova della verità del fatto è però sempre ammessa nel procedimento penale:
1) se la persona offesa è un pubblico ufficiale ed il fatto ad esso attribuito si riferisce all'esercizio delle sue funzioni;
2) se per il fatto attribuito alla persona offesa è tuttora aperto o si inizia contro di essa un procedimento penale;
3) se el querelante domanda formalmente che il giudizio si estenda ad accertare la verità o la falsità del fatto ad esso attribuito.
Se la verità del fatto è provata o se per esso la persona, a cui il fatto è attribuito, è per esso condannata dopo l'attribuzione del fatto medesimo, l'autore dell'imputazione non è punibile, salvo che i modi usati non rendano per se stessi applicabili le disposizioni dell'articolo 594, comma 1, ovvero dell'articolo 595, comma 1."

(15) Vease MANTOVANI, Fatto determinato, pp.10 y ss. El autor expone con claridad las líneas seguidas por la doctrina y jurisprudencia italianas para delimitar los conceptos de "fatto determinato" y "fatto indeterminato", ambos paralelos a lo que nuestro código denomina "juicio de hecho" y "valoraciones".

(16) Como representante del primer grupo recogemos la opinión de SPASARI, quien mantiene que para la existencia de "un fatto determinato non è necessario indicarne tutte le circonstanze di tempo, di luogo e di persone: basta individuarlo nella sua storicità di fatto particolare, per sua natura caratteristico ed irripetibile, al quale fine il riferimento agli elementi di specificazione può essere più o meno ampio o più o meno sintetico.". (SPASARI, Sintesi, p.101).
Entre los que atienden a la credibilidad del hecho narrado, se encuentra MANZINI, para quien "In genere si può dire soltanto, che la forma adoperata dall'agente deve essere tale, non solo da permettere al giudice la individuazione di un fatto determinato e della persona alla quale è attribuito (la cui opinione è irrelevante), ma altresì da essere facilmente e sicuramente interpretabile anche da stranei al rapporto tra offensore ed offeso,..." (MANZINI, Trattato, vol.V p.530).

(17) ALONSO ALAMO, "Protección penal", p.138. En el mismo sentido MUÑOZ MACHADO, Libertad de prensa, p. 159.

(18) MUÑOZ MACHADO, Libertad de prensa, p.153; SALVADOR CORDECH, ¿Qué es difamar?, p.49; VIVES ANTON, PE, p. 162.

(19) Art 20.1.d) CE: "Se reconocen y protegen los derechos: d) A comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión".

(20) BERDUGO, Honor, p. 84. En el mismo sentido MUÑOZ MACHADO, Libertad de prensa, p.41. VIVES ANTON, PE, p. 655.

(21) BERDUGO, Honor, p. 85.

(22) BERDUGO, Honor, p. 85.

(23) BERDUGO, Honor, p. 86.

(24) Vid. supra Capítulo IV, parte primera, tipo objetivo.

(25) La regla general de inadmisión de la prueba de la verdad, así como la escasa aplicación de la misma en los supuestos permitidos por el art.461, permite afirmar que la protección penal está pensando en el honor formal o aparente, ALONSO ALAMO, "Protección penal", p.139.

(26) BERDUGO, Honor, p.86.

(27) BERDUGO, Honor, p.91.

(28) En el mismo sentido MUÑOZ CONDE, PE, p. 652; VIVES ANTON, PE, p. 656. A pesar de acudir todos ellos al expediente del art.8,11º, no llegan a esta solución por el mismo camino como más tarde

comprobaremos. A lo que hay queañadir, que al mantener posturas divergentes respecto a la teoría general del delito, los efectos de la eximente no son en todos los casos idénticos. Así BERDUGO resuelve la cuestión en el ámbitodel injusto, ya que, partidario de la teoría de los elementos negativos del tipo, considera las causas de justificación como parte del tipo negativo del tipo del injusto con lo cual la concurrencia del art.8,11º daría lugar a la atipicidad de la conducta.

(29) La cuestión se plantea unicamente entre la autoridad y los funcionarios públicos. En lo que respecta al término 'agente de la autoridad', este no suscita cuestión alguna, ya que como se comprobó al estudiar los sujetos afectados por la conducta típica se viene entendiendo que el concepto de funcionario público engloba a los mismos. Un sector doctrinal ponía de manifiesto que su nominación era incluso superflua. Vid. Capítulo cuarto, VI. 2.D.

(30) CUELLO CALON, Derecho penal, p.706; CORDOBA RODA, Comentarios, T.III, p. 547. Vid. supra Capítulo cuarto, VI.

(31) En este sentido se expresa QUINTANO RIPOLLES, Tratado, p. 1.311.

(32) Aquí no se esta discutiendo la posibilidad de que inexistente la calumnia por ser cierta la imputación efectuada, quede como tipo residual el de injuria, lo que supone como afirma QUINTANO RIPOLLES en su Tratado, vol.II, p. 1.308 que "El valor absoluto de la prueba de veracidad queda, pues, en la práctica menoscabado aun en sistemas teoricamente ilimitados como el nuestro, mediante la posible conversión de la calumnia en injuria". Contrario a esta opinión es RODRIGUEZ DEVESA, PE, (9ª ed), p. 826, para quien a pesar de ser cierta la imputación "la inoportunidad del momento elegido para sentirla deja en pie una conducta injuriosa, y, por lo tanto, el desacato."

(33) VIADA, Código penal, T.III, p. 184.

(34) PACHECO, El Código penal, (2ª ed.), T.III, pp. 177 y 197; CASTRO y ZUÑIGA, Código penal, T.II, p. 350; GROIZARD, El Código penal, T.V, 1.893, p. 309; JASO ROLDAN, Derecho penal, p. 94; FERRER SAMA, Comentarios, T.III, p.230;MORILLAS CUEVA, "El art. 20", p. 688; CORDOBA RODA, Comentarios, T.III, p. 547; QUINTANO RIPOLLES, Tratado, vol.II, p. 1.187; MUÑOZ CONDE, PE, pp. 121-22; BUSTOS, PE, p. 172. LLega a la misma solución, sólo que por una via diversa, VIVES ANTON, PE, pp.654-55, que partiendo del concepto de veracidad subjetiva entiende que cuando este requisito se cumple no se realiza el tipo de calumnia y la "exceptio" pasará a ser una causa de exclusión de la pena "que ampara imputaciones maliciosas o irresponsables que, sin embargo, se muestran verdaderas en el curso del proceso". Un análisis más pormenorizado de la opinión del citado autor, se realizará posteriormente al estudiar la reinterpretación que de la "exceptio veritais" se ha efectuado recientemente.

(35) SS. de 13 de mayo de 1.885 (JC 36); 12 de marzo de 1.877 (JC 3.843); 30 de abril de 1.889 (JC 344); 30 de abril de 1.956 (JC 408) y 13 de noviembre de 1.970 (JC 1.232).

(36) El subrayado es mío.

(37) PACHECO, El código penal, (2ª ed.), T. III, p. 197.

(38) RODRIGUEZ DEVESA, PE (9ª ed), p. 826. Comparte parcialmente esta postura MUÑOZ CONDE, PE, p. 571; para este autor como consecuencia de la autonomía del delito de desacato la figura de la "exceptio veritatis" es de aplicación exclusiva a los delitos contra el honor. Reconduce el tema a través de la eximente de ejercicio de un derecho que considera una via más aceptable, "Por eso la 'exceptio veritatis' en estos casos, más que de una simple excusa, se trata de una auténtica causa de justificación que convierte en lícita la conducta de denuncia y crítica al Gobierno." Igualmente en "Sobre la aplicación", p. 261.

(39) BERDUGO, Honor, p. 90. Este sería el único

supuesto, en virtud de la interpretación del art.245, en que dichas conductas dirigidas contra un funcionario público no serían constitutivas de desacato.

(40) CASTRO Y ZUÑIGA, Código penal, p. 350; VIADA, Código penal, p. 245; JARAMILLO, Novísimo, p. 66; CUELLO CALON, Derecho penal, p. 706.

(41) VIADA, Código penal, p. 245.

(42) Ninguno de los autores citados en la nota 40 fundamentan la exclusión de la autoridad del ámbito de aplicación de la prueba de la verdad. Como hipótesis, también puede aducirse que dicha exclusión viene motivada por el hecho de que mantienen una concepción estricta del delito de desacato, entendiendo por tal las injurias, insultos, calumnias y amenazas dirigidas exclusivamente contra los Ministros y autoridades, excluyendo del término desacato a los funcionarios públicos y agentes de la autoridad. Luego las mismas conductas dirigidas contra estos pueden ser objeto de "exceptio veritatis", mientras que al "desacato" no le sería aplicable dicha institución. Sin embargo, GROIZARD, que mantiene esta misma distinción, si acepta la aplicación de la prueba de la verdad a este supuesto, como veremos a continuación.

(43) GROIZARD, El Código penal, vol.V, pp. 486-7; FERRER SAMA, Comentarios, p. 231; QUINTANO RIPOLLES, Tratado, vol.II, pp. 1.311-12; CORDOBA, Comentarios, T.III, p. 547.

(44) QUINTANO RIPOLLES, Tratado, vol.II, p. 1.311.

(45) CORDOBA, Comentarios, T.III, p. 547.

(46) Vid supra. Capítulo cuarto, VI.

(47) GROIZARD, El Código penal, T.V, pp. 311 y 368; FERRER SAMA, Comentarios, p. 231.

(48) VIADA, Código penal, T.III, (4ª ed), p. 245.

(49) DIAZ PALOS, "Injurias", p. 16.

(50) QUINTANO RIPOLLES, Tratado, vol.II, p. 1.310. Cuestión resuelta en la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código penal de 1.983, en cuyo art. 474 se incluye la figura de la "exceptio veritatis" en el capítulo regulador del delito de desacato.

(51) Retomaríamos el concepto clásico de autoridad entendida como "auctoritas", superioridad moral del sujeto con base en sus méritos, y no el concepto de autoridad hipostatizada, al que se corresponde el manejado por la jurisprudencia y cierto sector doctrinal.

(52) En ambas sentencias el Sr. VIVAS MARZAL, manifiesta que nos encontramos ante un tema "asaz polémico y controvertido", realizando una sucinta exposición de las diversas opiniones vertidas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

(53) SS. de 30 de diciembre de 1.874 (JC 2.606); 19 de diciembre de 1.881 (JC 6.287); 28 de noviembre de 1.882 (JC 6.818).

(54) S. de 23 de junio de 1.876 (JC 3.440).

(55) S. de 14 de septiembre de 1.944 (JC 109). En el mismo sentido: SS. de 31 de diciembre de 1.883 (JC 7.575); 24 de febrero de 1.892 (JC 111) y 3 de diciembre de 1.923 (JC 108).

(56) S. de 18 de abril (JC 199). En el mismo sentido se manifiestan las de: 6 de mayo de 1.871 (JC 328); 19 de abril de 1.884 (JC 7.924); 13 de mayo de 1.885 (JC 36); 4 de junio de 1.888 (JC 5); 18 de septiembre de 1.888 (JC 179); 18 de abril de 1.934 (JC 200); 5 de febrero de 1.964 (JC 215); 31 de octubre de 1.983 (JC 1.432).

(57) Aludimos a la prueba de la verdad que atañe al

supuesto recogido en el primer párrafo del art.461, esto es, cuando las imputaciones se dirigen contra funcionarios públicos.

(58) GROIZARD, El Código penal, T.V, p. 368; JASO ROLDAN, Derecho penal, T.II, p. 94; DIAZ PALOS, "Injurias", p. 16; RODRIGUEZ DEVESA, PE, (9ª), p. 228; MUÑOZ CONDE, PE, p. 570.

(59) FERRER SAMA, Comentarios, p. 231.

(60) VIADA, Código penal, p. 245. En el mismo sentido se manifiestan: FERRER SAMA, Comentarios, p. 231 y QUINTANO RIPOLLES, Tratado, vol.II, p. 1.309.

(61) Constitución de 1.837, art.2.1: "Todos los españoles pueden imprimir y publicar libremente sus ideas sin previa censura, con sujección a las leyes". De igual texto es el art.2 de la Constitución de 1.845. En la Ley constitucional de Reforma de 1.857, se recogía en el art.17: "Tampoco podrá ser privado ningún español: del derecho de emitir libremente sus ideas y opiniones, ya de palabra, ya por escrito, valiéndose de la imprenta o de otro procedimiento semejante." La Constitución de 1.876 (art.13.1) mantiene este mismo texto, sólo que añadiendo "sin sujección a la censura previa". Y por último la Constitución de 1.931, en su art. 34.1, expresa que: "Toda persona tiene derecho a emitir libremente sus ideas y opiniones, valiéndose de cualquier medio de difusión, sin sujetarse a censura previa."

(62) La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su art.19, declara que: "Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión." En el mismo sentido se expresa el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de Roma (4 de noviembre de 1.950) en su art. 10.1º: "Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar

informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras."

(63) BACIGALUPO, "Colisión de derechos", p. 84.

(64) CHINCHILLA, "Derecho de información", p. 63.

(65) FERNANDEZ-MIRANDA y PARADA, "Libertad de expresión", p. 493; BERDUGO, Honor, p. 64.

(66) MUÑOZ MACHADO, Libertad de prensa, p. 151.

(67) FERNANDEZ-MIRANDA y PARADA, "Libertad de expresión", p. 495.

(68) En el mismo sentido la sentencias del Tribunal Constitucional 12/1.982 de 31 de marzo; 62/1.982 de 15 de octubre; 74/1.982 de 7 de diciembre y 104/1.986 de 17 de julio. Al igual que la doctrina más reciente: FERNANDEZ-MIRANDA y PARADA, "Libertad de expresión", p. 502; MUÑOZ MACHADO, Libertad de prensa, pp. 153 y 172 y CHINCHILLA, "Derecho de información", p. 71.

(69) SEMPERE, "Derecho al honor", p. 436.

(70) El criterio de la ponderación como elemento capaz de resolver el conflicto entre derechos no es acogido unánimemente por la doctrina penal. A favor del mismo se pronuncia BERDUGO, Honor, pp. 68 y ss., en donde considera que el honor no constituye un límite interno a la libertad de expresión y por tanto, los casos de conflicto deberán solucionarse de acuerdo a los principios de interacción y ponderación, ya enunciados por la doctrina alemana.

(71) VIVES ANTON, PE, p. 650.

(72) VIVES ANTON, PE, p. 650.

(73) VIVES ANTON, PE, pp. 647 y ss. en donde el autor realiza una extensa exposición de los diferentes criterios existentes para los casos de conflicto de derechos en diversos sistemas jurídicos.

(74) En el mismo sentido MUÑOZ MACHADO, Libertad de prensa, pp. 149 y ss.

(75) MUÑOZ MACHADO, Libertad de prensa, p. 35.

(76) ALONSO ALAMO, "Protección penal", p. 138; MUÑOZ MACHADO, Libertad de prensa, p. 159.

(77) El subrayado es mío. El elenco de sentencias a citar a este respecto sería excesivamente prolijo, por lo que citará exclusivamente las más recientes en el tiempo, entre otros motivos, por ser más prolija la fundamentación del Tribunal Supremo: SS. de 31 de octubre de 1.983 (JC 1.431); 16 de octubre de 1.984 (JC 1375); 17 de mayo de 1.985 (JC 805); 23 de mayo de 1.985; 18 de junio de 1.986 (Ar. 3172); 27 de junio de 1.986 (Ar. 3199); 17 de noviembre de 1.987 (Ar. 8531); 21 de enero de 1.988 (Ar. 409); 5 de febrero de 1.988 (Ar. 897); 31 de enero de 1.989 (la Ley 9586).

(78) Siguiendo el criterio de la ponderación, arguye la doctrina, que los resultados a los cuales se llega son inaceptables, pues en definitiva se está dejando en manos de los jueces la delimitación de los derechos fundamentales. En este sentido MUÑOZ MACHADO, Libertad de prensa, p. 173; VIVES ANTON, PE, p. 650.

(79) En opinión de MUÑOZ MACHADO, Libertad de prensa, p. 38, el acento no debe colocarse tanto en el "animus", como en la actitud que el informador tiene respecto al contenido del derecho que ejercita; con esto se intenta hacer hincapié en la actitud del sujeto activo sobre la veracidad de la imputación, esto es, si cumple el deber mínimo de diligencia en cuanto a la comprobación de los datos que piensa imputar.

(80) Es clarificadora a este respecto la distinción que se efectua en otras ramas del Derecho entre el ámbito público y el privado, en este sentido MUÑOZ MACHADO, Libertad de prensa, p. 43, expone textualmente que "los criterios de penalización de los agravios al honor de las personas públicas deberían medirse, justamente, con mucha mayor flexibilidad. De manera que la protección de la libre información fuera mucho mayor y los riesgos asumidos los menos posibles."

(81) PADOVANI, "Bene giuridico", p. 276.

(82) ALONSO ALAMO, "Protección penal", p. 147; MORILLAS CUEVA, "El art. 20", p. 689; MUÑOZ MACHADO, Libertad de prensa, p. 45; GARCIA PABLOS, "La protección penal", p. 210.

(83) Sobre este problema vease el articulo de MAZZACUVA, "Disvalore d'azione e disvalore d'evento nella descrizione dell'illecito penale: aspetti problematici", pp. 235-278 en Funzioni e limiti del diritto penale, Padova, 1.984.

(84) MUÑOZ MACHADO, Libertad de prensa, p. 33.

(85) GARCIA PABLOS, "La protección penal", p. 227; BERDUGO, Honor, p. 91; MUÑOZ CONDE, PE, p. 652; VIVES ANTON, PE, p. 656. En sentido análogo, aunque más partidario de la ampliación de la "exceptio veritatis", BELLO LANDROVE, "Infracciones", p. 734.

(86) MUÑOZ MACHADO, Libertad de prensa, p. 153.

(87) VIVES ANTON, PE, p. 656.

(88) VIVES ANTON, PE, p. 164.

CAPITULO SEXTO: AUTORIA, PARTICIPACION Y GRADO DE DESARROLLO.

I. Las distintas figuras del delito de desacato. Delito común y delito especial impropio.

A continuación se van a desarrollar los problemas que, con respecto al delito de desacato, plantea el tema de la autoría y participación. Cabe resaltar, que la atención prestada por la doctrina española a la cuestión que en este momento es objeto de análisis ha sido mas bien escasa, limitándose por lo general a reenviar este tema a los respectivos delitos que configuran la descripción típica del desacato (injuria, calumnia y amenaza).

En el análisis de esta materia se pueden resaltar dos aspectos en función de la clase de desacato. En primer lugar, los problemas que representa la autoría y participación respecto a los tipos comunes de desacato, esto es, cuando la conducta es ejecutada por un particular. A ello habrá que añadir los supuestos especiales de responsabilidad criminal que se derivan de la comisión del acto típico por medio de imprenta y de la utilización, en general, de medios de radiodifusión.

En segundo lugar el estudio de las hipótesis en que el hecho delictivo al ser cometido por funcionario público se encuadra en algunos de los arts. 240.3 o 241 -delitos especiales impropios-. Debiéndose hacer referencia a las especialidades que ello genera en cuanto a la participación bien de los "extraneus", bien de los denominados "intraneus" en el delito común.

En principio, y salvo los supuestos específicos recogidos en los arts. 240.3 y 241, sujeto activo

del delito de desacato puede ser cualquier persona. Concepto que no puede identificarse con el de autor, ya que éste último implica un juicio que posibilita predicar de quien así se denomina una responsabilidad criminal, mientras que el concepto de sujeto activo, supone unicamente que una persona ha realizado el comportamiento típico descrito por la norma, y que posteriormente puede o no, ser catalogado como autor del delito (1). Ahora bien, "El sujeto activo, como elemento del hecho típico, circunscribe el ámbito de los posibles autores" (2), así, no podrán ser autores del correspondiente delito aquellas personas que no reúnan las características exigidas para el sujeto en la descripción típica.

De la propia redacción legal de los arts. 240 y siguientes cabe distinguir dos supuestos distintos a los que habrá que hacer referencia. De un lado los recogidos en los arts. 240.1 y 2, 244, y 245, tipos que cabría caracterizar como delitos comunes, dado que pueden ser cometidos por cualquier persona (3); y de otro, la cualificación recogida en el art. 240.3 y la figura del art. 241, en los que unicamente cabe predicar la cualidad de sujeto activo de los funcionarios públicos. Estos, como ya hizo notar QUINTERO, se configuran como delitos especiales (4). Precisamente porque la característica de los delitos especiales radica en que unicamente pueden ser autores de los mismos un número determinado de personas. Delitos especiales que cabría adjetivar de impropios, dada la existencia del correlativo delito común, por lo cual esa misma conducta realizada por particular genera la correspondiente responsabilidad criminal de conformidad al tipo común. En contraposición a los especiales propios, donde no existe correspondencia alguna con un delito común consistente en la misma acción cometida por persona que carezca de la

cualificación exigida (5).

Supuestos especiales impropios que según la doctrina se fundamentan en la infracción de un deber específico por parte del autor (6), lo cual no supone, como ha señalado QUINTERO que el injusto realizado sea de distinta naturaleza que el delito común, la especificidad radicará en la intensidad con respecto a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico (7) precisamente por la especial posición del sujeto en relación a la indemnidad o a la protección del bien jurídico en cuestión.

Los arts. 240.3 y 241 en principio deberían responder a estos presupuestos, esto es, la cualificación que en un principio supone que la injuria o la amenaza sea vertida por un funcionario público debería fundamentarse tanto en la infracción de un deber específico del sujeto, en este caso en el principio de jerarquía en el que se basa el funcionamiento de la Administración (art. 103.1 CE), como en la mayor intensidad que el ejercicio de esta conducta conlleve para la puesta en peligro del interés tutelado por la norma. ¿Pero ello es así?. Veamoslo.

Por lo que respecta a la infracción del deber, y en referencia a los supuestos del art. 240.3 y 241.1, es evidente que dado el principio de jerarquía, con base al cual se organiza la estructura administrativa, el funcionario público tiene un especial deber de acatamiento respecto a sus superiores jerárquicos, deber que en general no le es exigible a los ciudadanos. Ahora bien, en mi opinión la infracción de éste, en todo caso, podría dar lugar a una sanción en el ámbito de lo disciplinario, pero no en el campo atinente al Derecho

penal. Unicamente desde la perspectiva de la protección del principio de autoridad, tal y como tradicionalmente ha venido interpretando nuestra jurisprudencia este delito, cabría justificar la inclusión de este supuesto en el campo de la represión penal. Si se interpreta el desacato como un ataque a la autoridad y en consecuencia a las personas que la encarnan, éste deberá entenderse como más grave cuando sea un funcionario público jerárquicamente subordinado, el que lo lleve a cabo. Desde esta perspectiva encuentra su lógica explicación el hecho de la inadmisión por parte de nuestros tribunales de delito de desacato cuando se comete entre autoridades. La Autoridad no puede desatacarse a si misma, como ya se aludió en el capitulo anterior (8).

La propia redacción legal también preve los supuestos en que siendo autor el funcionario público no exista subordinación jerárquica entre ofensor y ofendido. Sin embargo aquí cabría distinguir dos hipótesis distintas. De un lado la recogida en el art. 240.3º en que a pesar de no existir subordinación jerárquica la ofensa se dirige contra una autoridad, supuesto al cual es extensible la argumentación anteriormente efectuada. Y de otro, la incluida en el párrafo 2º del art. 241, en el que se regula el caso del funcionario público que se dirige contra otro funcionario público al que no se encuentra jerárquicamente subordinado. En éste, la fundamentación basada en el principio de jerarquía no entra en juego, ya que ambos se encuentran integrados funcionalmente en el servicio público, pero sin relación de subordinación alguna. Sinceramente, no se alcanza a comprender la justificación de esta incriminación. Desde la perspectiva ahora analizada, es evidente que no se establece entre funcionarios no subordinados un especial deber de jerarquía. Luego desde este punto de

vista la infracción de un especial deber por parte del sujeto activo parece diluirse, puesto que acudir al expediente de la especial relación que el funcionario tiene para con la Administración y en consecuencia respecto a los restantes funcionarios, no parece tampoco ser de entidad suficiente como para integrar un especial tipo penal. Al igual que en el anterior supuesto mencionado parece más bien que nos encontramos ante infracciones propias del ámbito disciplinario administrativo que del Derecho penal.

En segundo lugar, la cualificación también se debe fundamentar en la mayor intensidad de ataque al bien jurídico protegido. Unicamente desde el planteamiento seguido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y algún sector doctrinal de mantener el principio de autoridad como interés protegido por el desacato, encuentra sentido esta configuración como delito especial impropio. Y ello porque efectivamente el grado de intensidad para la puesta en peligro de este principio es mayor cuando la injuria, la calumnia o la amenaza es llevada a cabo por un funcionario público que por un particular, con base precisamente, en el principio de jerarquía ya aludido. Sin embargo desde la perspectiva del prestigio o del regular funcionamiento de la Administración -bien jurídico propuesto de "lege ferenda"- como intereses de posible tutela por la norma, habría que considerar la especial obligación del funcionario de colaborar en el fluído funcionamiento de la Administración. Desde esta perspectiva el insulto continuo al superior jerárquico, la amenaza al mismo, adquieren un nivel de lesividad mayor, sobre todo de cara al regular funcionamiento de la Administración, que idéntica conducta cometida por el particular.

Tomando como interés tutelado el prestigio de la Administración, también parece que existe un "plus" en la gravedad de la conducta cuando es ejecutada por funcionario público. Gravedad que adquiere plenitud cuando la conducta injuriosa o conminatoria es ejecutada ante terceros (9) por el mayor desprestigio que la misma puede causar cuando es un funcionario público el que insulta a otro o a una autoridad. Mayor lesividad que se diluye en el momento en que la acción se produce sin presencia de testigos.

El "plus" de lesividad que suponen estos comportamientos no es de tal relevancia con respecto a idéntica conducta llevada a cabo por un particular. Ahora bien, la cuantificación del grado de intensidad de la conducta y del sujeto que la realiza es de difícil precisión. Por ello y en razón del principio de "ultima ratio" creo más adecuado trasladar estas posibles cualificaciones al ámbito disciplinario del Derecho Administrativo y no ubicarlas en el campo del Derecho penal.

En realidad y por lo que respecta al párrafo tercero del art. 240 -funcionario público que se dirige contra la autoridad existiendo o no subordinación jerárquica entre ellos-, cabe pensar que más bien nos encontramos ante una cualificación de la conducta descrita en los dos primeros párrafos del mismo artículo, cualificación que proviene del hecho de que la persona que lleve a cabo la conducta sea un funcionario público y no un particular. Mientras que la figura del art. 241, se demuestra un tanto extraña. Extrañeza que proviene, además de por los motivos ya expuestos, del hecho de que la penalidad asignada para los casos en que la injuria, calumnia y amenaza no sean graves, resulta un

híbrido, ya que no atenua ni agrava la prevista en el art. 245. En ambos casos es idéntica: arresto mayor. Si a esto le añadimos que en aquellas hipótesis en que el funcionario público no estuviere subordinado jerárquicamente al ofendido esta pena deberá imponerse obligatoriamente en su grado mínimo, más bien parece que estemos ante un pretendido tipo privilegiado respecto a la conducta descrita en el art. 245. Solución que no parece concordar con el "telos" normativo, puesto que el grado de lesividad al bien jurídico debería ir, en todo caso, escalonándose desde el particular al funcionario, siendo la primera conducta más benigna que la segunda, insistimos, desde la perspectiva de la estructura jerárquica y piramidal que informa a nuestra Administración.

1. La autoría y coautoría en el desacato.

Generalmente la doctrina cuando aborda el tema de la autoría en el estudio del delito de desacato, se limita a solventar la cuestión reconduciendo el tema a los correspondientes delitos, como figuras autónomas, que configuran su descripción típica (10). Según esto, dicen, habremos de remitirnos a los delitos contra el honor -injuria y calumnia- y contra la libertad y seguridad -amenaza-, para dilucidar quién o quienes pueden ser autores de este delito.

Sin embargo, e intentando mantener la coherencia con posturas anteriormente adoptadas, creo sea más conveniente abordar la problemática de la posible autoría del delito de desacato desde su propia perspectiva,

teniendo en cuenta que nos encontramos ante un delito con una configuración típica propia y dotado de un contenido específico, que le viene dado por el interés tutelado por el mismo, interés que en modo alguno es, como se ha comprobado, subsidiario o tributario de los bienes jurídicos protegidos por las figuras jurídicas que conforman su descripción típica tomadas como delitos independientes.

Sentada esta premisa y partiendo de la base de que podemos calificar como autor a aquella persona que realiza por sí misma la conducta descrita en el tipo legal, en suma, quien lleva a cabo la realización de la descripción típica (11), y teniendo en cuenta que la actividad a realizar en este delito es personal, física, puede configurarse al desacato como un delito de propia mano. Como dice JESCHECK, son delitos de propia mano aquellos en que "el tipo presupone un acto de realización corporal que el autor debe ejecutar por sí mismo para que concurra el específico injusto de la acción de la correspondiente clase de delito" (12). Es necesaria la realización personal de los elementos de la descripción típica. Sólo podemos hablar de autor en los supuestos de injuria, calumnia y amenaza, respecto al que realice de forma personal la conducta menospreciante, calumniosa o conminatoria. Es evidente que a efectos jurídico-penales el que insulta a través de otro, no es el autor de la conducta. De ahí, que en estos delitos caracterizados como de propia mano se excluya la posibilidad de **autoría mediata** como forma de autoría, ya que la necesidad de que la comisión del hecho delictivo deba realizarse personalmente, excluye la utilización de terceros como instrumento, que es precisamente lo que caracteriza a esta modalidad de autoría (13).

Tanto la injuria, como la calumnia constitutivas de desacato, parecen requerir la realización personal de las mismas, imposibilitándose de este modo la ejecución por medio de un "instrumento". Incluso en aquellos supuestos en que el medio de comisión utilizado para la realización del delito sea el escrito -carta conteniendo una calumnia dirigida a una autoridad-, y aún suponiendo que el envío material de la misma sea realizado por un tercero ajeno a su redacción y que desconozca su contenido, éste no realiza ninguno de los elementos de la descripción típica. Unicamente se limita a llevar a cabo la ejecución meramente material de un hecho efectuado por un tercero que es quien verdaderamente realiza el injusto. Cuestión distinta sería la amenaza en la que si cabría autoría mediata.

Como consecuencia, aquellos supuestos que aparentemente pudieran aparecer como de autoría mediata, por ejemplo el abogado que hace creer a su cliente que para ejercitar una mejor defensa de su causa es necesario alegar en la vista que el juez ha manipulado las pruebas, deberán reconducirse a supuestos de participación, bien de inducción, bien a supuestos de cooperación en el delito -auxilio necesario o complicidad-.

Con respecto a **la coautoría**, esta, en virtud del art. 14.1 del Cp se manifiesta cuando son varios los sujetos intervinientes en el hecho delictivo que "toman parte directa en la ejecución" del mismo.

Respecto a la naturaleza jurídica de la coautoría la doctrina penal española mantiene posisiones diversas. Para algunos autores nos encontramos ante una verdadera forma de autoría, por lo que no cabe atribuírle a la misma un carácter accesorio (14), mientras que

otros, así GIMBERNAT, entienden que la responsabilidad del coautor es accesoria, en cuanto que se sanciona con base al hecho realizado por el autor (15), luego cuando hablamos de coautoría nos encontraríamos, según esta postura, ante una forma de participación.

Como dice MIR, nos encontramos ante la última modalidad de autoría rayana en la participación (16).

Para poder hablar de coautoría es necesario que los distintos sujetos realicen conjuntamente los elementos que integran la descripción típica y que sobre tal realización exista un acuerdo de voluntades (17).

Si la coautoría se caracteriza por "tomar parte en la ejecución", el problema se plantea en aquellos tipos delictivos en que no cabe distinguir distintas partes o fracciones en la ejecución de los mismos, como sería el delito de desacato, lo que parece imposibilitar la intervención de más de un sujeto en la ejecución del mismo (18). Cuando varias personas injurian o calumnian conjuntamente a un funcionario público, todas y cada una de ellas realizan los elementos de la descripción típica, esto es, ejecutan al unísono, pero no conjuntamente. Por ello todas serán autoras de un delito de desacato, no co-autoras del mismo. Cada una de ellas lleva a cabo totalmente la conducta típica con sus elementos objetivos y subjetivos, y dan lugar a tantos delitos como personas lleven a cabo "personalmente" la conducta típica.

2. La participación.

Por participación se entiende la contribución que un sujeto aporta al hecho principal realizado por el autor. Cabe distinguir dos supuestos dentro de la participación: la inducción y la cooperación, pudiendo esta última a su vez, ser necesaria o innecesaria -complicidad-. En todo caso la conducta típica la realiza el autor, mientras que los partícipes, pese a que en algunos casos puedan tener un dominio funcional más o menos intenso de la actividad del autor -cooperación necesaria- responden en función -principio de accesoriedad- de lo realizado por el autor. La responsabilidad de los partícipes se fundamenta normalmente en las previsiones del art. 12 y siguientes del Cp, que constituyen causas de extensión de la responsabilidad criminal (19).

Este carácter accesorio de la participación supone que la conducta del partícipe se califica en función de la tipicidad del autor -principio de unidad de título de imputación-. Ello va a generar ciertos problemas en los delitos especiales propios e impropios, en aquellos casos de intervención tanto del "extraneus" como del "intraneus". A esta problemática tendremos ocasión de referirnos en relación a la cualificación del art. 240.3 y al delito recogido en el art. 241.

A. La inducción.

La inducción se define como el influjo psíquico ejercido sobre un sujeto -autor material- provocando en él la resolución delictiva (20). Lo que JESCHECK denomina ejercer una "influencia espiritual" (21) sobre una persona para que realice un hecho antijurídico.

Como expone JESCHECK la inducción es una causa de extensión de la penalidad, dada su concepción restrictiva de la autoría, -"el concepto de autor se vincula al tipo de la correspondiente clase de delito" (22)-, y por ello tanto la inducción como la complicidad significan que el ámbito de la punibilidad se amplía a acciones que quedarían excluídas del ámbito típico si no estuviesen legalmente determinadas. De acuerdo con la descripción típica no podrían sancionarse estas colaboraciones. La inducción como una forma de participación, remite a una responsabilidad accesoria al hecho llevado a cabo por el autor (23). Forma de participación que en virtud del art. 14.2 Cp recibe idéntica sanción penal que la que corresponde al autor material del hecho delictivo.

Elementos fundamentales de la inducción son, en primer lugar que el inductor haya provocado en el autor material del hecho la resolución de cometer el acto delictivo, por un medio psíquico, y en segundo lugar es también necesario, que la influencia por él ejercida sea eficaz, esto es, que el individuo inicie efectivamente actos de ejecución tendentes a la realización del delito.

Esta forma de participación puede concurrir en

relación al desacato. No es difícil imaginar la hipótesis en que un sujeto persuade a otro para llevar a cabo una acción injuriosa o calumniosa contra un funcionario público o una autoridad. También cabría incluir aquí aquellos supuestos de utilización de un inimputable para la comisión del hecho delictivo. Por ejemplo, utilizar a un menor para la redacción de la carta injuriosa. Como expresa MIR, "En cuanto se entiende que el instrumento actúa en todos estos casos antijurídicamente y sólo sin culpabilidad, no sería necesaria a efectos de punibilidad la autoría mediata" (24). Estaríamos ante supuestos encuadrables en la figura de la inducción, que en razón al principio de accesoriedad limitada, darían lugar a responsabilidad criminal del inductor con base en la conducta antijurídica del sujeto activo, aunque no concurra en él la imputación subjetiva o culpabilidad. En los demás supuestos de inducción, estaríamos ante un delito de desacato con dos responsables, el autor material y el inductor.

B. La cooperación.

El Código penal español distingue dos clases distintas de cooperación: el denominado auxilio necesario, regulado en el art. 14.3, en el que se sanciona con igual pena que a los autores materiales del hecho delictivo a quienes contribuyan al mismo con un acto sin el cual éste no se hubiera podido ejecutar; y de otro, el auxilio no necesario -complicidad-, regulado en el art. 16. Los cómplices, como es sabido, cooperan a la ejecución del hecho con un acto irrelevante para la realización del mismo, acto que necesariamente deberá ser anterior o simultáneo a su realización, pero

nunca posterior al del autor.

Si tal y como se afirma la cooperación necesaria supone la interposición de actos imprescindibles para que el hecho delictivo se lleve a cabo (25), no parece que esta modalidad de participación pueda ser frecuente en el delito de desacato. Tal y como éste se configura, y en cualquiera de sus modalidades ejecutivas, oral o escrita, no parece admisible, independientemente del criterio o criterios que se adopten para calibrar el grado de "necesidad" de la colaboración del partícipe, que el facilitar el papel necesario para redactar la carta injuriosa o el transporte al sujeto para calumniar a un funcionario público, puedan considerarse actos imprescindibles tendentes a facilitar de tal modo la comisión del hecho delictivo, que sin su concurso éste no hubiera podido llevarse a cabo. Los supuestos reales de colaboración se enmarcan en relación a las injurias o calumnias a través de medios de difusión, pero en estos casos la presencia de los arts. 13 y 15 obliga a una contemplación particular a la que enseguida se hará referencia.

Más bien nos encontramos ante supuestos de auxilio no necesario o complicidad, ya que los actos que pueda disponer el hipotético partícipe nunca podrán ser de la entidad requerida como para configurar una situación de auxilio necesario a la realización del hecho delictivo.

C. El encubrimiento.

La figura del encubridor se encuentra recogida en el art. 17 del Cp, regulándose en el mismo dos modalidades de encubrimiento, conocidas como favorecimiento real y favorecimiento personal.

El encubrimiento consiste en la aportación de actos posteriores a la comisión del hecho delictivo que facilitan al autor o autores materiales el agotamiento del mismo, o la ocultación frente a la persecución de la Justicia. De ahí que su naturaleza como forma de participación en el delito sea discutida puesto que, en propiedad, es difícil "participar" en algo que ya ha sido realizado. Mayoritariamente la doctrina reclama una naturaleza jurídica distinta para esta figura, como delito contra la Administración de Justicia. Por ello sería más adecuada su configuración, no como una forma de participación, naturaleza a la cual no responde, sino como un delito autónomo (26).

Por lo que respecta al delito de desacato, puede concurrir, en primer lugar, la modalidad regulada en el nº 2 del art. 17 -favorecimiento real-, consistente en ocultar o inutilizar el cuerpo, efectos o instrumentos del delito, acción tendente a impedir el descubrimiento del mismo. Siempre que se trate de comisión del delito utilizando medios materiales relativos a la difusión o realización por escrito.

En cuanto al favorecimiento real, recogido en el nº 1 del mencionado art. 17 (auxiliar a los delicuentes para que se aprovechen de los efectos del delito o falta), no es factible que opere en este delito por sus

propias características.

El favorecimiento personal, unicamente cabrá en el supuesto de intervención de abuso de funciones públicas por parte del encubridor, cuando éste ostente la categoría de funcionario público y albergue o proporcione la fuga al culpable del delito (art. 17.3º Primera), pues el desacato no pertenece al catálogo de los delitos aludidos en el nº 2 del art. 17.3º.

3. La participación en los supuestos de delito especial impropio: el funcionario público como autor del delito.

La participación se caracteriza por su accesoriedad respecto a la conducta ejecutada por el autor. La tipicidad llevada a cabo por éste será la aplicable a los partícipes en el hecho delictivo en virtud del principio de unidad de título de imputación.

Por lo que respecta a los tipos comunes ello no entraña problemática especial alguna. Si cualquier persona puede ser autora de un delito de desacato del art. 245, por ejemplo, también cualquiera que facilite al autor la comisión -en alguna de las formas posibles ya descritas- quedará abarcada su acción por la tipicidad del mencionado artículo.

Los problemas se presentan en los supuestos en que las figuras delictivas requieren especiales características para el autor de la conducta, en nuestro caso

-delito especial impropio- cuando el que ejecuta materialmente la conducta es un funcionario público -"intraneus"- inducido a la misma por un particular -"extraneus"-; o por el contrario, cuando el particular -"extraneus"- la lleva a cabo inducido o auxiliado por un funcionario público -"intraneus"-, ¿de qué responde cada uno de ellos?.

En principio esta problemática resulta especialmente espinosa en los delitos de resultado para determinar en base a qué descripción típica serán responsables criminalmente los sujetos que practican actos ejecutivos no típicos encaminados a que el "intraneus" lleve a buen fin la conducta descrita en el tipo. Así, en un ejemplo clásico, el no pariente que sujeta a la víctima para que el hijo pueda apuñalarla.

Sin embargo, y en lo que respecta al delito de desacato, hemos de tener en cuenta que nos encontramos ante un delito de propia mano que no exige un resultado típico, sino unicamente la puesta en peligro del bien jurídico protegido y que como tal delito de propia mano exige la realización corporal y personal de la conducta descrita en el tipo.

Sin perder de vista este dato, veamos a continuación las distintas soluciones propuestas por la doctrina respecto a estos problemas de participación en los delitos especiales impropios.

En primer lugar y siguiendo las reglas generales de la participación y los principios que la informan -principios de unidad de título de imputación y accesoriedad-, un sector doctrinal entiende que en estos supuestos tanto el "intraneus" como el "extraneus"

responden de idéntico delito (27). Si la participación es accesoria respecto al hecho cometido por el autor, lógicamente todos los que coadyuven a su ejecución, de la forma que sea, participarán de la tipicidad en que éste haya recaído. Así el particular ("extraneus") que induce a un funcionario público ("intraneus") a injuriar a una autoridad, participará de la agravación prevista en el párrafo 3º del art. 240. Igualmente si la inducción recae sobre la injuria efectuada contra otro funcionario público superior jerárquico o no (art.241).

En ambos casos unicamente el funcionario público puede realizar la conducta pues sólo de él es predicable el especial deber de respeto, que como ya aludímos, fundamenta esta agravación, y si a ello se añade que nos encontramos ante un delito de propia mano, sólo el personalmente podrá ejecutar la conducta. Luego es lógico que en estos supuestos no se rompa la unidad de título de imputación, ya que el "extraneus" que induce a la conducta debe conocer la relación funcionarial que une a los sujetos.

En la hipótesis contraria, esto es, cuando es el "intraneus" funcionario público, el que induce al particular a realizar la afrenta a la autoridad, en mi opinión tampoco existe la necesidad de romper el título de imputación, respondiendo ambos por un delito de desacato a la autoridad del art. 240.1, ya que la conducta es ejecutada materialmente por el particular al cual no le une especial relación de jerarquía con la autoridad, luego el funcionario público está induciendo a la comisión de un desacato que no contiene el desvalor específico que conllevaría esa misma conducta realizada por él personalmente. No tendría sentido aplicar aquí el tipo especial impropio cuando se encuentra

ausente ese "plus" de lesividad respecto al bien jurídico tutelado.

Otro sector doctrinal bien apoyándose en la regulación establecida en el primer párrafo del art. 60 del Cp (28), bien en razones de justicia material (29), llega a soluciones distintas, concretamente, a la necesidad de ruptura del título de imputación. La existencia de un tipo común como serían los supuestos de los arts. 240. 1 y 245, permitiría que el "extraneus" respondiese por estos, mientras que la responsabilidad criminal de los "intranei" debería reconducirse bien al art. 240.3º -para los supuestos en que el afectado fuese una autoridad- o al art. 241 si nos encontramos ante otro funcionario público como sujeto al que se dirige la acción menospreciante (30).

Cuando el particular, por ejemplo, ayuda prestando la máquina de escribir al funcionario público para la ejecución de la carta injuriosa, está colaborando a la realización de un desacato realizado personalmente por el funcionario público, por lo que no sería correcto romper el título de imputación, la sanción deberá ir en función de la establecida en el correspondiente tipo para el autor principal, pues como acertadamente expresa QUINTERO "el contenido de ese injusto del cómplice es en esencia idéntico en la naturaleza al del autor principal, ya que no en su intensidad. En el delito especial [por contraposición a los comunes] lo único que difiere es que no 'hubiera podido ser autor principal, aunque lo hubiese querido', pero sin que esto impida que pueda participar del injusto." (31).

A idéntica solución de la ruptura del título de imputación, aunque siguiendo un razonamiento distinto, llega entre otros RODRIGUEZ MOURULLO. Utiliza para

ello la siguiente argumentación. El mencionado autor opina que la exigencia de unidad de título de imputación y su mantenimiento "es fruto de un equívoco". Para él no se participa en el delito en sí (hecho ya valorado), sino en el hecho (32), por lo que el autor no comete el delito, acción ya valorada, sino un hecho que será objeto de valoración posterior por el juez -delito-, así, los partícipes realizan conductas accesorias al hecho que pueden ser objeto de valoración jurídica distinta a la imputable al ejecutor material -autor- (33).

Continuando con la opinión de RODRIGUEZ MOURULLO, para este autor, "la función decisoria en la cuestión de si el extraño debe responder como partícipe de un delito especial impropio o como partícipe del correlativo delito común, corresponde a la voluntad legal expresada en la concreta figura delictiva. La definitiva respuesta incumbe, pues, a la interpretación del particular tipo de delito especial impropio, y constituye un desacierto pretender derivar de la estructura de la participación y de los principios generales que la gobiernan una respuesta unitaria." (34).

En mi opinión se muestra más acertada la primera de las soluciones expuestas. De la propia configuración del desacato como delito de peligro y de propia mano, exigiéndose la realización personal de la conducta, cabe deducir que la participación tanto del "extraneus" en el hecho cometido por funcionario público, como de "intranei" en el llevado a cabo por particular debe dar lugar a la responsabilidad criminal que se derive del hecho -tipicidad- cometido por el autor.

No parece correcto que el Secretario de un

Juzgado que induce a un particular a calumniar a un juez responda por un desacato del art. 240.3º, mientras que la responsabilidad del "extraneus" derive del art. 240.1º, ya que es éste el que personalmente lleva a cabo la conducta, por ello el "plus" de lesividad para el bien jurídico que se podría derivar de esa misma conducta ejecutada por un funcionario público desaparece. En consecuencia no sería lógico romper el título de imputación.

4. Responsabilidad derivada de la comisión del delito de desacato por medios de difusión mecánicos: arts. 13 y 15 del Cp.

La excepción a las reglas generales de la participación que supone el art. 13 del Cp en relación con el art. 15 del mismo cuerpo legal, no obedece, en opinión de RODRIGUEZ MOURULLO, a razones técnicas, sino más bien a consideraciones políticas, derivadas del medio utilizado para la comisión del hecho delictivo (35).

Nos encontramos ante normas especiales pensadas para aquellas situaciones en que el hecho delictivo se ha cometido por medio de imprenta, grabado u otra forma mecánica de reproducción, radiodifusión o cualquier otro procedimiento que facilite la publicidad.

Dos son los principios por los que se rige esta materia. De un lado, el de la <u>limitación</u>, explicitado en el art. 13 (36), en virtud del cual se reduce

el número de personas responsables del hecho delictivo, quedando como único sujeto con responsabilidad criminal el autor real del escrito, lo que conlleva la exclusión de todos aquellos que hayan participado en el mismo, inductor, cómplices, encubridores (37). El segundo principio que rige en esta materia es el de la efectividad -art. 15 Cp- (38), por medio del cual la norma legal busca los medios precisos para conseguir que, desconocido o ausente el autor real del delito, alguien responda de la actuación presuntamente delictiva (39). Lo que viene en denominarse una "ficción" de autoría (40).

Son evidentes los problemas que esta regulación presenta. Veamoslos en función, exclusivamente, del delito de desacato.

Como ya manifestó QUINTANO se puede producir la paradoja de que quien presta a sabiendas una máquina de escribir como instrumento para escribir una carta injuriosa a una autoridad, puede ser responsable, como cómplice, de un delito de desacato, mientras que si el autor se vale de un medio de publicidad más eficaz, la responsabilidad del partícipe "se volatiliza" (41).

Estas dificultades se derivan de la exclusión de las reglas generales de la participación. La persona que induce a un tercero a injuriar a un Ministro por medio de un escrito publicado en un diario, queda exento de responsabilidad, siéndolo unicamente el redactor del mismo -autor real-. Ahora bien, si éste, por alguna de las causas enunciadas en el art. 15 -no ser conocido, no hallarse domiciliado en España o encontrarse exento de responsabilidad criminal con arreglo al art. 8 del Cp- no puede responder de la acción cometida, estarán sujetos a la misma, los directores, editores y

en su defecto los impresores de la publicación. Personas que nada han tenido que ver, en principio, con la realización del hecho típico.

Esta interpretación supone una responsabilidad objetiva que vulneraría las garantías que se derivan del principio de culpabilidad (42) recogido en el art. 1 del Cp, que exige que los sujetos actuen con dolo o culpa para poder responder criminalmente.

VIVES ANTON ha propuesto una tesis encaminada a evitar esta objetivización de la responsabilidad: unicamente responderan como autores los directores, editores o impresores, cuando puedan ser considerados como tales a efectos del art. 14 del Código penal (43).

Como señala MARTINEZ PEREZ en los supuestos de ausencia o desconocimiento del autor real del hecho nos encontramos ante una condición objetiva de punibilidad propia (44), en el mismo sentido de lo propugnado por VIVES ANTON, puesto que la penalidad se hace depender de una condición objetiva como es el que no pueda responder efectivamente el autor real del hecho. Efectivamente debe interpretarse que el art. 15 no amplia la esfera de lo punible sino que al contrario reduce las responsabilidades previstas en el art. 14 del Cp, en relación con el principio de culpabilidad arriba mencionado.

Otra posibilidad para paliar la objetivización de la responsabilidad criminal a que parace dar lugar una primera aproximación al art. 15, sería considerar, como hacen algunos autores (45), que nos encontramos ante supuestos de culpa "in vigilando". Siempre que se considere que el director, editor o en su caso el

impresor, tienen un deber de vigilancia respecto a lo que se publica en su diario, ello generaría una posición de garantía, sobre aquello que es objeto de publicación, deber cuyo incumplimiento daría lugar a la responsabilidad criminal aludida.

A. La posible incriminación culposa derivada de la responsabilidad que genera el art. 15 del Cp.

La previsión legal de responsabilidad de estos sujetos obliga a plantear, una vez más, la posibilidad de comisión imprudente del delito de desacato. Como ya se aludió oportunamente, la descripción típica del desacato exige una comisión dolosa, sin embargo en aquellos casos en que el autor real del hecho, según los arts. 13 y 15 del Cp, no responda efectivamente de la acción cometida y la responsabilidad criminal se traslade al editor, director o impresor de la publicación, podría pensarse en una responsabilidad culposa de los mismos.

En este sentido se manifiesta la ya antigua sentencia de 19 de noviembre de 1.885 (JC 403) en la que se castiga al director de un diario por imprudencia dado que "ignoraba quién era el autor del comunicado por haberse extraviado la carta que fué remitida de Madrid, de cuyo contenido tampoco se enteró hasta después de verla publicada en el periódico, necesario es también aceptar que faltó en él la malicia, la voluntariedad y la intención de causar una ofensa con dicha publicación; más como por su carácter de director del periódico tenía un deber de conocer y revisar todo lo que en él se publica, su imprecisión y cautela de dejar correr sin leer los artículos de que pudiera resultar

una ofensa y un delito, constituyen, a no dudarlo, una imprudencia temeraria".

De donde el tribunal deduce con respecto al director del diario una actitud que se decanta en "culpa in vigilando", dado el deber de conocer el contenido de aquello que publica.

La alusión a la "culpa in vigilando" por parte de los sujetos mencionados en el art. 15 consigue eludir los problemas que esta responsabilidad subsidiaria o "en cascada" presenta respecto a la exigencia de actuación con dolo o culpa exigida en el art. 1 del Cp -principio de culpabilidad-.

Esta culpa supone que el director, editor o impresor, en su caso, no han puesto las medidas de cuidado exigibles en el desempeño de su actividad para evitar que el peligro para el bien jurídico se produzca. Ahora bien, así como respecto al director puede afirmarse que la publicación de un determinado texto o artículo entra dentro del ámbito de dominio que el puede o debe controlar en aras de la protección del bien jurídico, en relación al editor e impresor, no puede llegarse a la misma conclusión. Máxime dada la mecanización tecnológica e informática que caracteriza la producción de los medios de comunicación hoy día.

Además debe tenerse en cuenta que la valoración del contenido del deber de vigilancia del director del medio no es sencilla, pues por un lado la libertad de expresión debe impedir que esa vigilancia se convierta en censura previa, con lo que el ámbito de control se reduce a los casos de meridiano contenido injurioso, y por otro lado, la ponderación de los casos dudosos

plantea serias dificultades de decisión en la que intervienen criterios valorativos siempre susceptibles de discusión. La duda inicial sobre el contenido injurioso, decidida a favor de la libertad de expresión -que posteriormente puede ser interpretada por el juez como expresión injuriosa- no debe dar lugar a responsabilidad culposa si el director sopesó razonablemente los elementos a valorar.

Y si dificultades se presentan para justificar esta "culpa in vigilando" del director, no son menores las que encontramos según vamos descendiendo en la "cascada" de posibles sujetos criminalmente responsables.

Dificilmente podría admitirse la responsabilidad por culpa en el caso de que, por ejemplo, desconocido el autor real y quedando exentos de responsabilidad el director y editor de la publicación, tuviere que hacer frente a la misma el impresor de la misma. Incluso acudiendo al expediente de la "culpa in vigilando" la atribución de responsabilidad criminal en esta hipótesis resultaría dificilmente compaginable con la exigencia del art. 1 del Cp, ya que no es factible entender que el director del establecimiento donde se haya impreso o publicado el diario conteniendo el escrito injurioso, que es la persona a quién se entiende por impresor a efectos del art. 15, tenga un deber de cuidado exigible jurídicamente sobre la vigilancia del contenido de lo que se imprime en su establecimiento.

Una interpretación objetivista de estos preceptos viene siendo ya rechazada por el T.S., exigiéndose "el dolo o culpa, al menos, para la incorporación de la persona al círculo de los responsables que jamás pueden serlo por la sola circunstancia de que el verdadero

autor sea desconocido o se halle fuera de España o estuvieren exentos de responsabilidad.", según manifiesta la sentencia de 25 de noviembre de 1.988 (Ar.3240), en la que se exime de responsabilidad criminal en concepto de auxiliador necesario (nº 3 del art. 14 Cp) al Director del "Diario de Granada" por haber permitido la publicación de un escrito, calificado de injurioso, dirigido contra el director de un centro penitenciario, si bien en este caso la exención es debida a que se conoce al autor material del hecho, por lo que en virtud de la disposición del art. 13 quedan excluídas de responsabilidad las personas que hayan participado de algún modo en la comisión del hecho delictivo.

En todo caso es muy discutible la admisisón de la incriminación culposa, que como se dijo, no parece admisible para el propio autor de las expresiones injuriosas. Consecuentemente menos admisible lo será para una persona alejada de la conducta típica especifica, como es el director del medio. A mi juicio, la llamada "culpa in vigilando" unicamente debiera dar lugar a responsabilidad penal cuando el director, conociendo que el contenido injurioso excedía de los límites de la libertad de expresión, hubiera dado luz verde a su publicación, en el caso concreto en cuestión, o bien a través de un permiso genérico admitiendo sin expresar reserva alguna, cualquier tipo de contenidos en el medio de su dirección. Por tanto o bien claro conocimiento del contenido injurioso, o conocimiento eventual en cuanto admitido genéricamente cualquier contenido. Dolo directo o dolo eventual, en conducta de colaboración con la acción típica.

II. El grado de desarrollo del delito.

En este apartado vamos a tener la oportunidad de considerar distintas cuestiones, algunas de las cuales ya han sido aludidas en capítulos anteriores.

Tendremos que referirnos al momento consumativo del delito haciendo uso de la distinción ya analizada sobre la necesidad o no de la percepción de la ofensa o de la conminación por parte del sujeto afectado, autoridad o funcionario público.

De otra parte, deberemos averiguar si realmente la descripción típica del desacato admite o no las formas imperfectas de ejecución, frustración y tentativa. Para ello será necesario distinguir las distintas posibilidades de comisión del hecho delictivo: forma oral, real o escrita.

1. Consumación del hecho delictivo: la percepción de la ofensa o de la amenaza.

Al contrario de lo que sucede con los conceptos de frustración y tentativa, el Código penal español no ofrece definición alguna de lo que debe entenderse por consumación del hecho delictivo. Sin embargo existe acuerdo en la doctrina para considerar el estado de consumación del delito como "la realización de todos los elementos, tanto los elementos objetivos como los

subjetivos, del tipo del delito previsto en la Parte Especial (46). Por tanto para averiguar cuando concurre la consumación del delito habremos de acudir a las distintas descripciones típicas del Libro II del Código penal.

La determinación del momento consumativo del delito deberá deducirse, pues, mediante la interpretación de la respectiva y concreta figura delictiva (47). A la hora de realizar esta labor hermeneútica y como criterio general fundamental, será necesario constatar el objeto de protección de la norma, como dato determinante a la hora de concretar el momento de la consumación (48).

Ahora bien, de forma general pueden establecerse ciertos criterios, fundamentalmente, en razón de las distintas clases de tipos existentes. Así, en los denominados delitos de mera actividad, es suficiente la realización de la conducta prohibida para que se de la consumación del mismo. En los delitos de resultado para poder hablar de consumación, éste deberá producirse. En los de peligro será necesaria la efectiva puesta en peligro del bien jurídico, y por último, en los tipos de omisión propia, se dará la consumación cuando "el sujeto deja pasar la última posibilidad de realizar la acción debida" (49).

Veamos a continuación cuál es el momento consumativo en el delito de desacato.

Al igual que sucedía en el tema referente a la participación, la doctrina al analizar el "iter criminis" del desacato realiza idéntico reenvio a los diferentes tipos que lo integran: injuria, calumnia y

amenaza (50). Una vez más se constata la constante tributación que el delito de desacato padece respecto a las figuras que integran su descripción típica.

Puede afirmarse que es mayoritaria la doctrina española al concretar el momento consumativo en estos delitos. Así, y por lo que respecta a los delitos contra el honor, injuria y calumnia, viene entendiendo que ambos se consuman cuando la ofensa llega a conocimiento del ofendido (51), momento consumativo que es extensible a los supuestos de amenaza (52), delito en el que también el conocimiento de la conminación por parte del sujeto pasivo dará lugar a la consumación del hecho delictivo.

Por lo que respecta propiamente al delito de desacato como figura autónoma hemos de tener en cuenta que la redacción legal de los arts. 240, 241 y 245 exige que el hecho ofensivo sea cometido "en presencia" de la autoridad o del funcionario público, o bien "en escrito dirigido" a los mismos. Mientras que el art. 244, preve un modalidad de comisión distinta caracterizada por el hecho de que la conducta se ejecute fuera de la presencia o en escrito no dirigido directamente a la autoridad.

Como ya se expuso en el capítulo cuarto de este trabajo (53) el término "presencia" debe hacerse equivalente a percepción de la ofensa por parte del sujeto, puesto que como acertadamente indica CORDOBA, aunque la literalidad de la ley no lo exija, éste parece ser su sentido más acertado (54). Por lo que la consumación del desacato se hará efectiva cuando la autoridad o el funcionario público perciban efectivamente la ofensa de la que son objeto.

De igual modo, cuando el hecho delictivo sea ejecutado en la modalidad de "escrito dirigido" directamente a los sujetos mencionados (55), el delito se consumará cuando aquél sea conocido por los mismos (56).

Se puede afirmar, que al menos en esta modalidad comisiva, el momento de consumación es coincidente con el de las figuras delictivas que le sirven de sustrato.

Cabe preguntarse si para los supuestos recogidos en el art. 244 -injurias, calumnias o amenazas dirigidas contra la autoridad fuera de su presencia o en escrito no dirigido directamente a la misma- el momento de consumación será el mismo, esto es, si para entender que se ha dado la consumación material del hecho será necesario también el conocimiento por parte de la autoridad de la palabra ofensiva, la imputación delictiva o de la conminación.

En mi opinión la solución que debe darse en esta hipótesis es distinta. Aquí la consumación de la conducta delictiva se producirá en el momento en que ésta llega a conocimiento de terceros y no directamente a la autoridad. Y ello por las siguientes razones que derivan del objeto de protección de la norma. Si acogemos el prestigio de la Administración como objeto de tutela, es evidente que cuando se publica en un diario, por ejemplo, un escrito que pueda considerarse injurioso para una determinada autoridad -así, la manifestación de incompetencia de un Ministro- el peligro para ese bien jurídico se consuma en el momento en que el escrito ve la luz en el diario, sin que sea forzosamente necesario que el tal Ministro tenga conocimiento

inmediato del mismo para poder afirmar que la conducta delictiva se encuentra perfeccionada. Puesto que el perjuicio se produce en el instante en que terceros -los lectores- tienen conocimiento de las manifestaciones menospreciantes.

Idéntica consideración es predicable desde la perspectiva del principio de autoridad como interés objeto de tutela, así como desde el plano del regular funcionamiento de la Administración.

En esta hipótesis el daño para el bien jurídico se produce, se perfecciona, en el momento en que la acción ofensiva o amenazante llega a conocimiento de terceros.

En consecuencia para poder hablar de consumación en el delito de desacato habremos de distinguir dos supuestos distintos. De una lado, cuando las ofensas se dirigen directamente al funcionario público o autoridad, supuesto en que será necesario el conocimiento de las mismas por parte de la víctima para poder hablar de consumación del hecho delictivo. Y, en segundo lugar, cuando esta misma ofensa no se dirige directamente al mismo sino a terceros. En este caso es suficiente el conocimiento de éstos para que la conducta se encuentre perfeccionada.

Sin embargo, creo que no se puede concluir este apartado sin realizar una consideración, en mi opinión relevante. Desde la perspectiva de los distintos bienes jurídicos propuestos como objeto de tutela, excluído el principio de autoridad por las razones ya expuestas (57), puede que el momento de consumación más adecuado en este delito no sea el del conocimiento de

la autoridad o del funcionario público de la ofensa de que son objeto, sino más bien, el momento en que ésta llega a conocimiento de terceros. Es en es instante cuando realmente el peligro, el grado de lesividad de la conducta, alcanza plenitud. La injuria proferida a la autoridad en la intimidad del ejercicio de sus competencias puede ser, en mayor o menor medida, ofensiva, pero queda reducida al ámbito de lo privado, aunque el sujeto ejerza funciones públicas. Ahora bien, este mismo hecho conocido o cometido ante terceros, alcanza el relieve necesario para hacer peligrar el interés objeto de tutela.

Es por lo que una vez más, creo, puede reclamarse la necesidad de incluir la publicidad o la presencia de terceros como elementos de la descripción típica. Es en ese momento cuando realmente la configuración típica encontraría su verdadero sentido.

2. Formas imperfectas de ejecución. Distinción con base en el medio comisivo: realización oral o escrita del delito de desacato.

Las formas imperfectas de ejecución se encuentran reguladas en el art. 3 del Cp. De acuerdo con la descripción legal estaremos ante un delito frustrado cuando el culpable del hecho haya practicado todos los actos de ejecución del delito pero el resultado lesivo no se produzca por causas independientes a su voluntad. Mientras que la tentativa se caracteriza porque el culpable da inicio a la ejecución del delito pero no

practica todos los actos de ejecución, también por motivos ajenos a su voluntad.

Antes de adentrarnos en la problemática específica que plantean las formas imperfectas de ejecución respecto a la descripción típica de desacato, será necesario exponer la cuestión relativa a qué actos son considerados como "todos" los necesarios para poder hablar de frustración del hecho delictivo, y en consecuencia, posibilitar la distinción de esta figura de la de tentativa.

Tres han sido los criterios manejados por la doctrina a la hora de intentar delimitar ambas figuras. En primer lugar y siguiendo un **criterio subjetivo**, se entiende que el dato decisivo para determinar en qué momento se realizan todos los actos de ejecución del hecho delictivo vendrá determinado exclusivamente sobre la base del plan del autor, es decir, la representación que el sujeto se haya hecho del desarrollo de su actividad delictiva. Desde esta perspectiva existirá tentativa cuando el sujeto, según su plan, crea necesaria la ejecución de más actos para llevar adelante el mismo.

Desde un **criterio objetivo** la distinción se basaría en la realización o no de los actos realmente necesarios para dar lugar al resultado, independientemente de la representación o plan que se haya hecho el sujeto. Habrá de acudirse por ello, a la estructura del tipo objetivo del delito consumado para verificar que actos son necesarios para su producción.

Por último, autores como MIR y GOMEZ BENITEZ mantiene un criterio que cabe calificar de **objetivo-subjetivo.** Aquí se fundamenta la distinción desde

un punto de vista objetivo, no será el plan del autor el que decida el mometo de la distinción, sino un espectador objetivo, distinto de éste. Ahora bien, en algunos supuestos, sólo sobre la base del conocimiento del plan del autor se podrá determinar qué clase de actuación es la seguida por el sujeto. Estaremos ante un elemento que habrá de ser tenido en cuenta por el espectador imparcial para determinar si se han ejecutado todos o sólo parcialmente los actos necesarios para la consumación del tipo (58).

El posible problema que plantean estas formas imperfectas de ejecución del delito estriba en si es o no posible su admisión en todos y cada uno de los delitos previstos en la Parte Especial del Código penal. En principio esta cuestión deberá resolverse en función de cada específica figura de delito (59), sin perder de vista que determinados tipos, aquellos en cuya forma ejecutiva no puedan delimitarse espacio-temporalmente distintas fracciones en su ejecución, presentarán dificultades para admitir, al menos alguna, de estas formas imperfectas.

Así, algunos autores han reseñado como en los delitos denominados formales la frustración no sería factible, ya que en ellos la mera manifestación del autor da lugar a la consumación (60).

Por lo que respecta a la figura del desacato habrá que distinguir las distintas modalidades de comisión de este delito para comprobar si puede darse una respuesta unitaria a la admisión o inadmisión de las formas imperfectas de ejecución, o por el contrario, la solución será distinta en función del medio comisivo utilizado.

A. Ejecución oral del delito de desacato. Inadmisión de formas imperfectas punibles.

Como ya se ha hecho constar anteriormente, la doctrina penal española utiliza respecto a la cuestión de las formas imperfectas de ejecución, relativas al delito de desacato, la técnica de remisión a los correspondientes delitos que integran su descripción típica. Conforme a ello, ésta es mayoritaria, por no calificarla de unánime, en el sentido de afirmar que tanto la injuria como la calumnia -entendidas como delitos contra el honor- (61), así como la amenaza (62), que se hayan realizado de forma verbal, no admiten formas imperfectas de ejecución punibles, -tentativa y frustración-. De lo que cabe deducir, en consecuencia, que trasladando esta tesis al delito de desacato, tampoco éste admitiría, según esta forma de comisión, la tentativa y la frustración.

Solución aceptable dado que esta forma de comisión no permite una efectiva separación espacio-temporal entre la manifestación del sujeto -emisión de palabras injuriosas- y la realización plena de la acción típica. Difícilmente cabe su ejecución sin que ello de lugar a la consumación del hecho delictivo. En esta hipótesis el delito se perfecciona desde el mismo instante en que el autor, por ejemplo, emite la amenaza dirigida contra la autoridad, siempre y cuando se cumplan los restantes requisitos legales, esto es, que ésta se encuentre en el ejercicio de sus funciones y la conminación se haya efetuado en su presencia.

B. Ejecución real o escrita del delito. Admisión de la tentativa y de la frustración.

Dado que la comisión del delito de desacto por medio de hechos -real- o por escrito, supone un modo de ejecución susceptible de ser fraccionado en el tiempo, ello permite el que estas formas comisivas admitan formas imperfectas de ejecución punibles.

Respecto a esta cuestión y por lo que atañe a los delitos contra el honor y a la amenaza, también la doctrina se muestra mayoritaria en su admisión (63).

Sin embargo es necesario establecer alguna matización al respecto. Si bien la doctrina es mayoritaria a la hora de admitir las formas imperfectas punibles en estas hipótesis, no es suficientemente explícita a la hora de determinar si son ambas modalidades, tentativa y frustración, las admisibles o por el contrario, solamente puede concurrir una de ellas.

Parece, que al menos en hipótesis, pueden admitirse ambas formas imperfectas. Cuando el sujeto envia la carta injuriosa pero esta no llega a conocimiento de la autoridad, sino por ejemplo, de un tercero, el autor habrá realizado todos y cada uno de los actos ejecutivos necesarios para la consumación del delito, sin embargo, por motivos ajenos a su voluntad, irregular funcionamiento del servicio de correos, la carta no llega a su destinatario, luego nos encontraremos ante un delito frustrado.

En hipótesis, al menos, también es factible la realización del hecho en grado de tentativa. Pensemos

en el supuesto de quien redacta una carta conteniendo una imputación delictiva y retarda su envío un día, periodo de tiempo en que la misma es descubierta por un tercero a quien ésta no iba dirigida. Siguiendo un criterio mixto -objetivo-subjetivo- el autor no ha llegado a realizar todos y cada uno de los actos de ejecución necesarios para la consumación del hecho delictivo -faltaba el cursar el escrito calumnioso-, como podría comprobar cualquier "espectador imparcial" a lo que se une que incluso dentro del "plan del autor" este no ha llegado a realizar todos los actos que tenía previstos para la realización completa del tipo.

III. Recapitulación.

Cabe concebir al delito de desacato como un delito de propia mano dado que la ejecución del mismo exige la realización personal, corporal, del autor. Lo que conceptualmente supone la exclusión de la autoría mediata, como forma de autoría, en este delito.

El supuesto recogido en el art. 241, el funcionario público que hallándose subordinado jerárquicamente, o no, al ofendido, le injuria, calumnia o amenaza, puede conceptuarse de tipo especial dada la exigencia legal de que la acción ofensiva sea cometida por un funcionario público, e impropio, dada la existencia del correlativo delito común (arts. 240.1 y 245).

Por lo que respecta a las formas de participación, son admisibles tanto la inducción como la

complicidad. La admisibilidad de la figura del auxiliador necesario presenta problemas puesto que la ayuda que pueda prestarse al autor nunca será de tal entidad, independientemente del criterio que se siga para calibrar el grado de necesidad de la misma, como para configurar esta forma de participación. Unicamente en los supuestos de persona que facilita la publicación o difusión del escrito ofensivo o conminatorio, podría dar lugar a esta figura, sin embargo la regulación legal explicitada en los arts. 13 y 15 del Cp, parece imposibilitar, "a priori", esta solución.

La responsabilidad que se deriva de los mencionados artículos genera, según una interpretación tradicional, una responsabilidad objetiva, que unicamente puede paliarse acogiendo la tesis mantenida por VIVES ANTON, en el sentido de que tanto los directores como los editores o el impresor, unicamente incurriran en responsabilidad criminal cuando pueda predicarse de ellos alguna de las formas de participación reguladas en el art. 14.

En nuestra opinión queda excluída su responsabilidad por culpa (derivada de "culpa in vigilando") dado que la comisión imprudente de este delito quedó descartada incluso para el autor del mismo.

Por lo que se refiere a la consumación del desacato, como regla general puede afirmarse que el mismo se consuma cuando la ofensa o la amenaza llegan a conocimiento de la autoridad o del funcionario público. Sin embargo en el supuesto recogido en el art. 244 -cuando la acción se ejecuta fuera de la presencia de la autoridad o en escrito no dirigido a la misma- será suficiente para la perfección del hecho que éste llegue

a conocimiento de terceros.

En cuanto a las formas imperfectas de ejecución -tentativa y frustración- unicamente son factibles en aquellos supuestos en que la conducta se haya ejecutado por escrito. Son inadmisibles en las hipótesis en que el delito se ejecuta por medio de expresión oral, ya que aquí éste se perfecciona en el mismo instante en que la ofensa o la conminación se realizan.

NOTAS AL CAPITULO SEXTO.

(1) QUINTERO OLIVARES, PG, p. 526. En idéntico sentido RODRIGUEZ MOURULLO, Comentarios, T.I, p. 802, quien ejemplifica con el supuesto del inimputable que puede ser sujeto activo de la acción pero no es responsable jurídicamente. LLeva a cabo un hecho antijurídico, pero no puede ser calificado como autor del delito. Igualmente COMEZ BENITEZ, Teoría, p. 109; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, PG, p. 47.

(2) COBO/VIVES, PG, p. 267.

(3) Sobre el concepto de delito común Vid. BUSTOS, PG, p. 189; CEREZO, Curso, p. 333; COBO/VIVES, PG, p. 268; JESCHECK, Tratado, vol.I, p. 361; MIR, PG, p. 168; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, PG, p. 49; RODRIGUEZ DEVESA, PG, (12ª ed), p. 420.

(4) QUINTERO OLIVARES, delitos, pp. 22 y ss., especialmente p. 28.

(5) Sobre el concepto de delitos especiales propios e impropios Vid. BUSTOS, PG, pp. 189-190; CEREZO, Curso, pp. 333-334; JESCHECK, Tratado, vol.I, p. 361; MIR, PG, p. 169; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, PG, pp. 49-51; QUINTERO, delitos, p. 31.

(6) BUSTOS, PG, pp. 189-190; GOMEZ BENITEZ, Teoría, p. 155; QUINTERO OLIVARES, delitos, pp. 35-36. En el mismo sentido OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, PG, p. 51, para quienes "En numerosas ocasiones, la estructura de lo injusto de los delitos especiales se asienta en la existencia de específicos deberes a cargo de sus determinados sujetos activos. La infracción de los mismos es un elemento de los respectivos tipos, exigida por razón de las singulares relaciones que han de vincular a los sujetos activos de tales tipos con los bienes jurídicos que se tratan de amparar con su previsión normativa".

(7) QUINTERO OLIVARES, delitos, p. 45.

(8) Vid. capítulo cuarto, VI. 3. B. b.

(9) La regulación del delito de desacato en el ordenamiento español no recoge específicamente la agravante de que el hecho sea cometido ante terceros, circunstancia que si es señalada por el Código penal italiano, concretamete en el art. 341, últ. pfo. donde expresamente se hace constar que la pena será aumentada cuando el hecho sea cometido en presencia de una o más personas.

(10) COBO/VIVES, PE, p. 166; QUERALT, PE, vol.II, p. 643.

(11) Es mayoritaria la doctrina penal española que hace derivar el concepto de autor de los correspondientes tipos de la Parte especial. Vid. BUSTOS; PG, p. 327; CEREZO, PG, p. 235; COBO/VIVES, PG, p. 557; GIMBERNAT, Autor, p. 219; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, PG, pp. 480 y 483; QUINTERO OLIVARES, PG, p. 537; RODRIGUEZ DEVESA, PG, (12ª ed), p. 796; RODRIGUEZ MORULLO, Comentarios, T.I, p. 802. En contra ANTON ONECA, PG, p. 467, quien mantiene que el concepto de autor se deriva del art. 14.1º Cp.
Distintas son las teorías que han intentado precisar el concepto de autor, aunque sea brevemente, se hará un referencia a las mismas. En primer lugar, encontramos el denominado concepto unitario de autor, según esta teoría no es posible distinguir entre autoría y participación puesto que toda persona que interviene en un hecho debe de ser considerada autora del mismo, por lo que todos los intervinientes en el hecho delictivo, como consecuencia lógica, serán sancionados por igual. Por lo que respecta al denominado concepto extensivo de autor, parte de la teoría de la equivalencia de condiciones y entiende que todos aquellos que aportan alguna intervención al hecho delictivo son causa del mismo, sólo que la ley obliga a distinguir diversos grados de responsabilidad, por lo que los tipos de participación se muestran como causas de restricción de la pena. La diferencia entre autor y partícipe deberá buscarse por tanto en un criterio subjetivo: será autor quien obre con ánimo de tal y partícipe sólo quien actúe con ánimo de

participe.
Los inconvenientes no sólo político-criminales, sino también dogmáticos, que plantean estas concepciones de autor, llevan a la doctrina a la concepción restrictiva de la autoría. Aquí se parte del siguiente presupuesto: no todo el que es causa del delito puede ser considerado como autor, ya que no todos los sujetos intervinientes realizan el tipo. Habrá que discernir qué clase de contribución a la realización del hecho es necesaria para poder predicar de un sujeto la cualidad de autor. En este punto la doctrina se divide, pudiéndose distinguir tres teorías distintas: a) para la teoría objetivo-formal, se considerará autor a quien realice todos o alguno de los actos ejecutivos previstos en el correspondiente tipo; b) la teoría objetivo-material, hace radicar la distinción entre autor y partícipe en la importancia objetiva de la contribución del sujeto al hecho, y por último c) la teoría del dominio del hecho, conforme a ella será considerado autor quien tenga poder sobre la realización del hecho descrito en el tipo.
Una amplia exposición de las distintas teorías brevemente expuestas en GIMBERNAT, Autor, pp. 19 y ss.; GOMEZ BENITEZ, Teoría, pp. 114 y ss.; EL MISMO, "El dominio", pp. 103 y ss.; JESCHECK, Tratado, vol.II, pp. 889 y ss.; MIR, PG, pp. 309 y ss.; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, PG, pp. 471 y ss.

(12) JESCHECK, Tratado, vol.I, p. 361, concretamente este autor cita como ejemplo de delito de propia mano a la injuria. Sobre el concepto de delitos de propia mano, Cfr. COBO/VIVES, PG, p. 269, que caracterizan a esta clase de delitos como "aquellos en los que la propia naturaleza del acotencimiento externo descrito por la Ley restringe su posible realización a un círculo limitado de personas."; GOMEZ BENITEZ, "El dominio", pp. 118 y ss.; MIR, PG, p. 169; GIMBERNAT, Autor, p. 229; RODRIGUEZ DEVESA; PG, (12ª ed), pp. 420-421.

(13) Sobre el concepto de autoría mediata Vid. BUSTOS, PG, p. 330; COBO/VIVES, PG, pp. 558-559; GOMEZ BENITEZ, Teoría, p. 160; EL MISMO, "El dominio", p. 119; JESCHECK, Tratado, vol. II, pp. 919 y ss.; MIR, PG, pp. 318 y ss., en especial p. 325; MUÑOZ CONDE, Teoría, pp. 178-179; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, PG, pp. 486-487; QUINTERO OLIVARES, PG, pp. 538 y ss.; EL MISMO, delitos, pp. 89 y ss.; RODRIGUEZ DEVESA, PG, (12ª ed), pp. 800 y ss.

(14) BUSTOS, PG, p. 331; COBO/VIVES, PG, p. 560; MUÑOZ CONDE, Teoría, pp. 179-180; JESCHECK, Tratado, vol. II, p. 937; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, PG, p. 529; RODRIGUEZ MOURULLO, Comentarios, T.I, p. 866.

(15) GIMBERNAT, Autor, pp. 219 y ss.; QUINTERO OLIVARES, PG, p. 544.

(16) MIR, PG, p. 328.

(17) COBO/VIVES, PG, pp. 560-561; MIR, PG, pp. 328 y ss.; MUÑOZ CONDE, Teoría, p. 179; JESCHECK, Tratado, vol.II, pp. 937 y ss.

(18) Como pone de relieve JESCHECK, Tratado, vol.II, p. 937, la coautoría consiste en la división del trabajo delictivo, luego en los delitos de mera actividad en los que es suficiente la manifestación de voluntad para su consumación y por ello es practicamente imposible distinguir partes o fracciones en su ejecución no cabrá la comisión de los mismos bajo la forma de coautoría. Cfr. COBO/VIVES, PG, p. 561; JESCHECK, Tratado, vol.II, p. 941; QUINTERO OLIVARES, PG, p. 545.

(19) JESCHECK, Tratado, vol.II, p. 893. En el mismo sentido ANTON ONECA, PG, p. 467; BUSTOS, PG, p. 328; GOMEZ BENITEZ, Teoría, p. 495; MUÑOZ CONDE, Teoría, p. 176 y 181 y ss.; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, PG, pp. 514 y 529; RODRIGUEZ DEVESA, PG, (12ª ed), pp. 810 y ss.

(20) Sobre el concepto y características de la inducción, Cfr. BUSTOS, PG, p. 336; COBO/VIVES, PG, pp. 564 y ss.; JESCHECK, Tratado, vol.II, pp. 957 y ss.; MIR, PG, pp. 343 y ss.; MUÑOZ CONDE, Teoría, p. 183; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, PG, pp. 530 y ss.; QUINTERO OLIVARES, PG, p. 546; RODRIGUEZ MOURULLO, Comentarios, T.I, pp. 846 y ss.

(21) JESCHECK, Tratado, vol.II, p. 959.

(22) JESCHECK, Tratado, vol.II, p. 892.

(23) COBO/VIVES, PG, p. 564; MIR, PG, p. 342; RODRIGUEZ MOURULLO, Comentarios, T.I, p. 847; MUÑOZ CONDE, Teoría, p. 177; QUINTERO OLIVARES, PG, p. 544.

(24) MIR, PG, p. 323. En el mismo sentido se posiciona MUÑOZ CONDE, Teoría, p. 179, para quien en los supuestos de utilización de inimputables no es fácil fundamentar la autoría medita ya que no siempre el hombre de atrás tiene dominio sobre el hecho. Generalmente nos encontraremos ante supuestos de inducción.

(25) Conforme a la redacción del art. 14.3 Cp estamos ante supuestos de auxilio necesario cuando el partícipe aporta al hecho delictivo un acto sin el cual la acción delictiva no se hubiese llevado a cabo. Su aportación debe ser necesaria para la ejecución del delito. Los problemas se plantean precisamente a la hora de valorar esta "necesidad".
Descartada una necesidad abstracta, puesto que como puso de relieve CARRARA, Programma (PG), I, parágrafo 463, nota 1, p. 399, desde esa perspectiva ninguna aportación sería necesaria dado que las posibilidades de comisión del hecho delictivo son infinitas, tendremos que atenernos a la necesidad en concreto para delimitar los conceptos de auxiliador necesario y cómplice. Desde este punto de vista, dos son las teorías que se han elaborado por la doctrina española. RODRIGUEZ MOURULLO, Comentarios, T.I, pp. 874 y ss., entiende que se debe establecer "un juicio hipotético a posteriori que versa sobre las posibilidades del autor principal en un momento histórico concreto. Si el autor hubiera tenido que renunciar a la ejecución o, al menos, aplazarla en espera de conseguir una colaboración equivalente o de que un cambio de circunstancias no hiciera precisa la cooperación ajena, el auxilio es necesario. Si el autor podía realizar el hecho -aunque fuese recurriendo a una forma de ejecución distinta- en la misma ocasión en que lo realizó sin el concurso del cooperador ni otro equivalente, el auxilio no es necesario. Lo que decide son, pues, las posibilidades que el autor tenía en el momento concreto para lograr la ejecución en sí -cualquiera que fuese su modalidad- prescindiendo de la colaboración ajena".
Tesis distinta es la mantenida por GIMBERNAT, Autor, pp. 151 y ss., quien formula la denominada teoría de los bienes escasos, que podría resumirse

del siguiente modo: si la aportación del sujeto al hecho constituye un bien escaso para el autor en el momento concreto de llevar a cabo el delito, su acción constituirá cooperación necesaria, en caso contrario, complicidad.
Una tercera solución a este problema es la aportada por MIR, PG, p. 349, solución que cabría calificar de ecléctica, dado que en su opinión ambas teorías son compatibles, puesto que apuntan a distintos aspectos del problema. Mientras que "La primera acierta a distinguir entre el 'si' y el 'cómo' del hecho (mejor que entre el 'resultado' y las 'modalidades de acción', que sólo apunta a los delitos de resultado)", la segunda "tiene razón al situar el punto de mira 'ex ante', porque nunca podrá saberse con seguridad si luego el autor hubiera podido o no cometer el delito sin la cooperación. En cuanto al criterio de la 'escasez', es útil para auxiliar a decidir si la aportación se presentaba (ex ante) ante los ojos del espectador objetivo, atendido el plan del autor, como 'condicio sine qua non' de la realización del tipo. Pero lo decisivo es en cualquier caso, según impone la fórmula del art. 14.3º, la constatación (por aquél o por otro medio) de que 'ex ante' apareciera la cooperación como necesaria."

(26) Vid. BUSTOS, PG, p. 341; COBO/VIVES, PG, P. 565; CONDE PUMPIDO, Encubrimiento, p. 90; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, PG, p. 550; QUINTERO OLIVARES, PG, p. 566; DE LA MATA, Límites, p. 18; RODRIGUEZ MOURULLO, Comentarios, T.I, pp. 899-900; RODRIGUEZ DEVESA, PG, (12ª ed), pp. 827 y ss. Haciéndose eco de este clamor de la doctrina el Proyecto de Código penal de 1.980 incluye el encubrimiento como delito autónomo en el Tit. XI "Delitos contra la Administración de Justicia", Cap. VI "Del favorecimiento personal y real". Regulación que a su vez se mantiene en el Anteproyecto de nuevo Código penal de 1.983, Tit. XVII "Delitos contra la Administración de Justicia", Cap. II "Del favorecimiento personal y real". MIR, PG, pp. 353-354, matiza, sin embargo, esta cuestión. Para este autor hay que distinguir en este problema dos cuestiones distintas: de un lado, es evidente que el encubridor no puede considerarse partícipe de un delito puesto que no puede participarse en aquello que ya ha sucedido. De otro, en su opinión, la doctrina mayoritaria no ha reparado en que el art. 17 del Cp no obliga a entender esta figura como una forma de participación, lo único que tal

precepto legal hace es imponer la responsabilidad del encubridor por los delitos o faltas cometidos por el autor, esto es, el encubrimiento posee un carácter accesorio respecto al hecho principal. En consecuencia, no sería una forma de participación, sino un delito no autónomo, accesorio del hecho encubierto. Y concluye el autor, "Las razones dogmáticas en contra de considerarlo una forma de participación no deberían, pues, jugar ningún papel a la hora de decidir si debe pasar o no a convertirse en un delito autónomo. En esta cuestión sólo debe valorarse si conviene que la pena del encubrimiento se fije con independencia de la del hecho encubierto y si debe admitirse la participación en el encubrimiento." En el mismo sentido GOMEZ BENITEZ, Teoría, p. 543.

(27) OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, PG, p. 514. En el mismo sentido de no romper el título de imputación GIMBERNAT, Autor, pp. 292 y ss. Para este autor el extraño que participa en un delito especial responde también en base al mismo, al igual que el funcionario que participa en un delito común responde en base a éste y no al especial.

(28) Art. 60.1: "Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistieren en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad sólo de aquellos culpables en quienes concurran".
En base a esta redacción legal, tradicionalmente, la jurisprudencia y un sector doctrinal entienden que en los supuestos de participación de "extranei" en la comisión del hecho delictivo debe romperse el título de imputación, así, ANTON ONECA, PG, p. 465, que argumenta que "el castigar al particular y al funcionario por la misma infracción va contra la voluntad de la ley encerrada en el delito especial, voluntad claramente dirigida a sancionar el incumplimiento de un deber que pesa sobre la persona calificada, pero no sobre el particular".

(29) Vid. COBO/VIVES, PG, p. 563, nota 66. Dichos autores entienden que el art. 60 solamente es aplicable a las circunstancias modificativas del delito, pero por razones de justicia material y sin necesidad de acudir al art. 60, es preciso romper la

unidad de título de imputación, ya que en los delitos especiales impropios "el partícipe responderá conforme a la figura común correlativa, pues no puede articularse una participación en las características de la culpabilidad que fundamentan la reprochabilidad del autor". Sobre la situación en España de esta problemática, Vid. por todos GIMBERNAT, Autor, pp. 265 y ss.

(30) Críticos con este planteamiento por entender que el art. 60 unicamente es de aplicación a las circunstancias modificativas de los arts. 9, 10 y 11 y no a aquellas que pasan a conformarse como elementos del tipo Vid. COBO/VIVES, PG, p. 571, nota 66; GIMBERNAT, Autor, pp. 279 y ss.; MIR, PG, p. 341; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, PG, p. 515; QUINTERO OLIVARES, delitos, pp. 59 y ss.

(31) QUINTERO OLIVARES, delitos, pp. 49-50.

(32) RODRIGUEZ MOURULLO, Comentarios, T.I, p. 866.

(33) RODRIGUEZ MOURULLO, Comentarios, T.I, p. 867.

(34) RODRIGUEZ MOURULLO, Comentarios, T.I, p. 868.

(35) RODRIGUEZ MOURULLO, Comentarios, T.I, p. 798. Incide también en el matiz político de esta alteración de las reglas generales de la participación QUINTANO RIPOLLES, Comentarios, p. 268.

(36) Art. 13: "Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior los delitos y faltas que se cometan por medio de la imprenta, el grabado u otra forma mecánica de reproducción, radiodifusión u otro procedimiento que facilite la publicidad. De dichas infracciones responderán criminalmente sólo los autores."

(37) BUSTOS, PG, p. 332; GOMEZ BENITEZ, Teoría, pp. 571-572; RODRIGUEZ DEVESA, PG, (12ª ed), pp. 840-841.

(38) Art. 15: "Sin embargo, de lo dispuesto en el artículo anterior solamente se reputarán autores de las infracciones mencionadas en el artículo 13 los que realmente lo hayan sido del texto, escrito o estampa publicados o difundidos. Si aquéllos no fueren conocidos o no estuvieren domiciliados en España o estuvieren exentos de responsabilidad criminal, con arreglo al artículo 8 de este Código, se reputarán autores los directores de la publicación que tampoco se hallen en ninguno de los tres casos mencionados. En defecto de éstos, se reputarán autores los editores, también conocidos y domiciliados en España y no exentos de responsabilidad criminal según el artículo anteriormente citado, y, en defecto de éstos, los impresores.
Se entiende por impresores, a efectos de este artículo, los directores o jefes del establecimiento en que se haya impreso, grabado o publicado, por cualquier otro medio, el escrito o estampa criminal."

(39) ANTON ONECA, PG, p. 486; GOMEZ BENITEZ, Teoría, p. 572; RODRIGUEZ MOURULLO, Comentarios, T.I, p. 799.

(40) GOMEZ BENITEZ, Teoría, p. 572. Es evidente que se parte de una ficción pues el propio texto de la ley entiende que "se reputarán como autores", luego reconoce que no son los verdaderos y propios autores de la conducta.

(41) QUINTANO RIPOLLES, Comentarios, p. 257.

(42) Principio de culpabilidad distinto de la categoría dogmática "culpabilidad" en la teoría del delito. Vid. MIR, PG, pp. 79 y ss. En donde el autor incluye el principio de culpabilidad como uno de los límites al "ius puniendi" del Estado, una de cuyas facetas, que es la que aquí interesa resaltar, hace referencia a que no es suficiente "requerir que el hecho esa materialmente causado por el sujeto para que pueda hacérsele responsable de él; es preciso además que el hecho haya sido querido (doloso) o haya podido preverse y evitarse (que pueda existir culpa o imprudencia): principio de dolo o culpa.". En definitiva, no es suficiente con la mera causación del resultado lesivo o peligroso para el bien jurídico, sino que éste debe de derivar de un acto bien voluntario del

sujeto, bien de la infracción de la norma objetiva de cuidado (imprudencia).

(43) VIVES ANTON, Libertad, pp. 85 y ss., concretamente en p. 86. Se muestran partidarios de la tesis mantenida por este autor, OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, PG, pp. 504 y ss.

(44) MARTINEZ PEREZ, condiciones, pp. 142-145. En el mismo sentido de considerar que en el art. 15 del Cp se recoge una condición objetiva de punibilidad ANTON ONECA, PG, pp. 262 y 486; COBO/VIVES, PG, p. 322, nota 11; MIR, Adiciones, vol.II, p. 771; OCTAVIO/HUERTA, PG, p. 386. Ahora bien, cabe resaltar que no todos estos autores conciben esta condición objetiva de punibilidad, recogida en el art. 15, del mismo modo. Pues si bien para algunos, como es el caso de ANTON ONECA, nos encontramos ante una responsabilidad, descartada la objetiva, basada en la culpa "in vigilando", como pone de relive MARTINEZ PEREZ, condiciones, p. 143, "habría que desembocar en la lógica conclusión de que la circunstancia en comentario no puede constituir una genuina condición objetiva de punibilidad, dado que, en modo alguno, puede afirmarse que la misma representa una causa de limitación de la punibilidad".
MIR, a su vez, la califica como condición objetiva de punibilidad impropia, que además posee una naturaleza distinta a las demás, puesto que "mientras que la extensión de la responsabilidad prevista en el artículo 15 Cp responde a motivos político-criminales de prevención general que no guardan relación alguna con el injusto, las demás condiciones encierran en realidad presunciones de injusto".

(45) ANTON ONECA, PG, p. 486. Sobre la "culpa in vigilando" y los problemas que representa Cfr. VIVES ANTON, Libertad, pp. y ss.

(46) Cfr. FARRE TREPAT, Tentativa, p. 235 y la bibliografía allí citada. La doctrina viene distinguiendo entre los conceptos de consumación formal y material. Se entiende por consumación formal del delito la derivada de la regulación del art. 49.2º del Cp, esto es, la plena realización del tipo en todos sus elementos. Distinta es la consumación material, término que puede hacerse equivalente a

agotamiento del delito. El autor no sólo realiza los elementos de la descripción típica, sino que además consigue satisfacer la intención que perseguía cuando inició la acción. Por ejemplo, lucrarse con el dinero conseguido por la sustracción. Cfr. BUSTOS, PG, pp. 318-319; COBO/VIVES, PG, p. 542; FARRE TREPAT, Tentativa, pp. 236 y ss.; MUÑOZ CONDE, Teoría, pp. 162-163; RODRIGUEZ MOURULLO, Comentarios, T.I, p. 71.

(47) RODRIGUEZ MOURULLO, Comentarios, T.I, p. 73.

(48) RODRIGUEZ MOURULLO, Comentarios, T.I, p. 72.

(49) Vid. RODRIGUEZ MOURULLO, Comentarios, T.I, pp. 73-79.

(50) VIVES, PE, p. 166; QUERALT, PE, vol.II, p. 643, aunque entiende que este tipo será normalmente de "consumación instantánea", es necesario, en su opinión, remitirse a las distintas figuras de las que es tributario el delito de desacato.

(51) BAJO, PE, T.III, p. 254; BUSTOS, PE, p. 170; MUÑOZ CONDE, PE, p. 119; QUINTANO RIPOLLES, Tratado, T.I, vol. 2, pp. 1.252 y ss.; RODRIGUEZ DEVESA, PE, (10ª ed), pp. 240-41.

(52) BAJO, PE, T.III, p. 122; MUÑOZ CONDE, PE, p. 134; QUINTANO RIPOLLES, Tratado, T.I, vol. 2, p. 1054; RODRIGUEZ DEVESA, PE, (10ª ed), p. 134. En contra COBO/CARBONELL, PE, p. 704, para quien la consumación del delito se produce sólo cuando tiene lugar la efectiva lesión del bien jurídico.

(53) Vid. Capítulo cuarto, V. 1.

(54) CORDOBA RODA, Comentarios, T.III, pp. 549-550.

(55) Vid. Capítulo cuarto, V. 2.

(56) CORDOBA RODA, Comentarios, T.III, p. 550.

(57) Vid. Capítulo tercero, VII.

(58) Vid. por todos FARRE TREPAT, Tentativa, pp. 253 y ss., y la bibilografía allí citada.

(59) FARRE TREPAT, Tentativa, p. 250.

(60) Así DEL ROSAL, Derecho penal, p. 323, haciendo referencia a lo que denomina "delitos de ejecución simple" o "delitos de expresión", como por ejemplo la calumnia o la injuria. Comparte esta opinión RODRIGUEZ MOURULLO, Comentarios, T.I, p. 106. Sin embargo este autor y por lo que se refiere a la tentativa, considera que su admisión no puede excluirse "a priori", incluso en las que denomina "conductas unisubsistentes" que serían aquellas perfeccionables por la práctica de un sólo acto, ya que "pueden existir actos ejecutivos que no se correspondan formalmente con la conducta descrita en el correspondiente tipo de delito consumado, bastando que, por su interdependencia con ella aparezcan, según la concepción natural, como partes integrantes de la misma." T.I, p. 141.

(61) Esta tesis se deduce, en la mayoría de los casos, por vía negativa, así, los autores mantienen que unicamente caben las formas imperfectas punibles en los supuestos en que tanto la injuria como la calumnia se hayan realizado por escrito, lógicamente cuando el medio utilizado sea la expresión oral se deberá entender que tal posibilidad queda excluída. Vid. BAJO, PE, T.III, p. 254; MUÑOZ CONDE, PE, pp. 118 y 122; QUERALT, PE, vol.I, p. 227; QUINTANO RIPOLLES, Tratado, T.I, vol. 2; p. 1.253; RODRIGUEZ DEVESA, PE, (10ª ed), pp. 240-241.

(62) BAJO, PE, T.III, p. 122; MUÑOZ CONDE, PE, p. 134; QUERALT, PE, vol.II, pp. 123-124.

(63) BAJO, PE, T.III, pp. 122 y 254; BUSTOS, PE, p. 170; VIVES, PE, p. 663; MUÑOZ CONDE, PE, pp. 118 y 134; RODRIGUEZ DEVESA, PE, (10ª ed), pp. 240-241. Excluyen la posibilidad de imperfecta ejecución en las amenazas QUERALT, PE, vol.II, p. 123; QUINTANO RIPOLLES, Tratado, T.I, vol. 2, p. 1054.

CAPITULO SEPTIMO: PENALIDAD Y PROBLEMAS CONCURSALES.

Una vez realizado el análisis de los elementos del tipo objetivo y subjetivo del delito de desacato, así como de los problemas que suscitan las causas de justificación y la participación en el mismo, examinaremos ahora las cuestiones atinentes a la penalidad. Posteriormente analizaremos la problemática de relación del desacato con otras figuras con las que pueda tener alguna conexión, adentrándonos en las cuestiones del concurso de leyes y del concurso de delitos.

I. La penalidad del delito de desacato.

La graduación de las penas que corresponden a las distintas clases de conductas que conocemos como desacato, se realiza con base en diferentes criterios. Así, se tiene en cuenta primordialmente, el sujeto que recibe la acción ofensiva o conminatoria, -autoridad o funcionario público-; en segundo lugar, el modo en que esta acción se lleva a cabo, -en su presencia o en escrito dirigido a alguno de estos sujetos, o por el contrario, si la persona ofendida se halla ausente o el escrito no se le dirige directamente-; y por último, la gravedad o levedad de la ofensa o amenazas inferidas.

Será la combinación de estos criterios la que dará lugar a la distinta gravedad o levedad de la penalidad en los supuestos de desacato. Veamos la que corresponde a cada uno de ellos.

1. La pena correspondiente a cada uno de los supuestos de desacato.

Iniciando esta mera enunciación en una escala ascendente encontramos en primer lugar, la conducta básica -desacato a funcionario público- que recibe una sanción de arresto mayor, no distinguiendose en el art. 245, como ya se señaló, si la injuria o la amenaza son graves o no, por lo que ambas modalidades quedan incluídas en el mencionado artículo.

Continuando, en la escala ascendente de la penalidad que corresponde a este delito, se hallan aquellos supuestos en los que la conducta delictiva tiene lugar entre funcionarios públicos -art. 241- (1). Aquí se advierte ya una de las disfunciones que van a aflorar en la penalidad del delito de desacato.

Como ya se aludió, el art. 241 recoge en su estructura típica, una conducta que, en principio, debe suponer un mayor grado de lesividad para cualquiera de los bienes jurídicos que se piensan protegidos en este delito. Así, desde el principio de autoridad, es lógico que la conducta llevada a cabo por el funcionario público sea más grave que la ofensa ejecutada por un particular, dado el especial deber de respeto que posee éste respecto a sus superiores, especial deber que no afecta de igual modo a los particulares. También en el ámbito del prestigio de la Administración como interés tutelado encuentra sentido una mayor gravedad de la penalidad de estos supuestos, ya que la injuria inferida por un funcionario contra otro puede dañar aquél prestigio de forma más grave. Por último, de igual modo si tomamos

como interés digno de tutela el regular funcionamiento de la Administración, es admisible que el mismo se vea más perjudicado cuando la conducta obstaculizadora es interpuesta por un miembro de la propia Administración.

Desde este planteamiento no parece coherente que el funcionario público que injuria de forma no grave a otro funcionario respecto al cual se encuentra subordinado jerárquicamente, reciba una sanción penal de arresto mayor, idéntica a la que recibiría esa misma conducta ejecutada por un particular contra el mismo funcionario público (art. 245). Igualmente resulta disfuncional la penalidad impuesta en los supuestos en que no existiendo subordinación jerárquica entre los funcionarios públicos uno de ellos profiere una calumnia calificada de no grave contra otro. En esta hipótesis la pena a imponer según el art. 241 será la de arresto mayor en grado mínimo, mientras que, y al igual que en el supuesto anterior, esa misma conducta realizada por particular deberá recibir una sanción de arresto mayor en toda su extensión.

Lógicamente y dado el "telos" del delito de desacato, están más gravemente penados aquellos supuestos en que sea un Ministro o una autoridad la persona afectada por la ofensa o la amenaza. Cuando la injuria, la calumnia o la amenaza sean graves, el culpable recibirá una pena de prisión menor y multa de 100.000 a 500.000 pesetas; cuando no lo fueren arresto mayor y multa de 100.000 a 200.000 pesetas.

2. Comparación de la penalidad del delito de desacato con la de los delitos que le sirven de sustrato material.

Si como se ha expuesto, se detectan algunas insuficiencias en la comparación de la penalidad de los distintos supuestos recogidos en el Capítulo VIII del Código penal, éstas se agravan si a su vez relacionamos las penas que corresponden a las distintas hipótesis de desacato con las de los delitos que le sirven de sustrato material: injuria, calumnia y amenaza.

Veamos por separado que sucede con cada uno de estos delitos. Comenzaremos la exposición por los delitos contra el honor.

Con respecto a la calumnia, supuesto que recibe mayor sanción penal dentro de esta clase de delitos, tenemos que la penalidad prevista en el art. 454 -calumnia realizada por escrito y con publicidad- es de prisión menor y multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas. Si comparamos esta pena con la correspondiente al supuesto más grave de desacato recogido en el art. 240 -calumnia grave dirigida contra un Ministro o autoridad en su presencia y en el ejercicio de sus funciones- nos encontramos con la paradoja de que aún siendo idéntica la pena privativa de libertad, no lo es así la pena pecuniaria, puesto que en el art. 240 se preve una multa cuya cuantía no sobrepasa el medio millón de pesetas.

También resulta superior la pena prevista en el mencionado art. 454 si la comparamos con la del art.

241 -desacato entre funcionarios públicos-, ya que aquí cuando existe subordinación jerárquica y la calumnia es grave la pena que corresponde es la de prisión menor, no preveyéndose pena pecuniaria alguna, por lo que ésta puede considerarse inferior a la prevista en el art. 454 dada la ya mencionada falta de previsión de la multa en el art. 241.

Por último para finalizar con este somero cuadro descriptivo, también resulta notoriamente inferior la pena prevista para el desacato regulado en el art. 245 si la comparamos con el delito de calumina, pues en aquél la pena prevista es la de arresto mayor. Desde el punto de vista de la penalidad a imponer es más grave la calumnia dirigida contra un particular que la realizada contra un funcionario público, incluso en los supuestos más leves de aquella, esto es, los realizados sin escrito y sin publicidad -art. 455- donde la sanción es la de arresto mayor y multa de 20.000 a 100.000 pesetas.

Por lo que respecta al delito de injuria, encontramos que los supuestos recogidos en el art. 459 -injurias graves efectuadas por escrito y con publicidad-, también reciben mayor sanción que la hipótesis de desacato regulada en el art. 245, ya que la pena a imponer en aquellos supuestos es la de arresto mayor o destierro más una multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas.

También en la equiparación de penas con el delito de amenaza, concretamente con el supuesto de amenaza condicional sin que el sujeto haya conseguido su propósito, vemos que la pena a imponer es idéntica a la que corresponde para los supuestos de desacato

contra funcionario público: arresto mayor. Igual sucede con la hipótesis de amenaza recogida en el art. 494, amenaza condicional de un mal no constitutivo de delito, que también recibe una pena de arresto mayor. Ahora bien, a efectos de esta comparación ha de tenerse en cuenta que la amenaza constitutiva de desacato es aquella que tiene un contenido meramente ofensivo o de menosprecio.

3. Consideraciones sobre la penalidad en el desacato: constatación de la disfuncionalidad de la misma a la luz del bien jurídico protegido por este delito.

De lo hasta aquí expuesto cabe hacer dos órdenes de reflexiones por lo que respecta a la sanción a imponer al delito de desacato. Una primera que cabría denominar de orden intrasistemático, ya que hace referencia a la penalidad del desacato desde su perspectiva interna, de análisis comparativo de la penalidad correspondiente a cada una de las distintas hipótesis de desacato que se contemplan en el Capítulo VIII del Código penal. Y un segundo orden de consideraciones que podrían señalarse como extrasistemáticas, dado que abarca el aspecto comparativo respecto a otras figuras delictivas, concretamente a aquellas que sirven a esta figura delictiva de sustrato material.

Respecto a la primera cuestión, creo poder aseverar que existe una disfuncionalidad en la penalidad entre los supuestos recogidos en los artículos 245 y 241. En el primero de ellos, desacato de particular

contra funcionario público, se asigna una pena de arresto mayor, independientemente de que la ofensa o conminación sean leves o graves. Sin embargo el art. 241 para los casos de desacato entre funcionarios públicos efectúa una distinción en función de distintas variables distinguiéndose la existencia o no de subordinación jerárquica y la gravedad o no de las ofensas o amenazas inferidas. Pues bien, en los supuestos de no gravedad y subordinación jerarárquica la pena asignada es también de arresto mayor, y a su vez, ante la inexistencia de dicha subordinación y también en casos de no gravedad la pena asignada por este artículo es la de arresto mayor en grado mínimo.

Afirmamos la disfuncionalidad de esta escala valorativa de la pena a la luz del interés tutelado por estas normas. Independientemente de la perspectiva adoptada respecto a éste, la penalidad de los supuestos recogidos en el art. 241 debería ser más grave que la de los mencionados en el art. 245. Pues ya sea el principio de autoridad, el prestigio de la Administración o el regular funcionamiento de la misma el interés tutelado por la norma jurídica, parece más grave la conducta llevada a cabo, en contra de estos bienes jurídicos, por el funcionario público que la efectuada por el particular, tal y como se ha puesto de relieve anteriormente (2).

Esta aseveración puede confirmarse en base a los orígenes del Capítulo VIII. Como ya se expuso en el Capítulo primero, la finalidad primordial del delito de desacato en sus orígenes, consistió en la protección de la autoridad frente a los ataques de que pudiera ser objeto con el fin de preservar los cimientos de una Administración incipiente y sujeta a las convulsiones

sociales existentes en la época. De ahí que las conductas efectuadas por funcionarios públicos revistan mayor gravedad que las llevadas a cabo por particulares. Siempre serán más oprobiosos y, potencialmente más peligrosos, los ataques generados en el seno de la propia institución que los provenientes del exterior. A ello se puede sumar la regulación que de la penalidad del delito de desacato efectúan los Proyectos de 1.980 y 1.983, que como vamos a comprobar a continuación, corrige este defecto asegurando a estos supuestos una pena siempre superior, no sólo a los delitos que le sirven de sustrato material, sino también a las hipótesis recogidas en los actuales art. 241 sobre las del art. 245.

No obstante puede matizarse esta opinión desde la perspectiva de los valores propugnados por la Constitución de 1.978, en la que se propugna una primacía de la persona, como principio general, sobre otros valores abstracto-institucionales. Desde este punto de vista podría ser lógica la inversión de penalidad que se produce en el desacato en general, respecto a los delitos que le sirven de base.

Ahora bien, también se es consciente de que dada la pormenorizada regulación de que es objeto este delito, cuantificar, desde el punto de vista de la pena, adecuadamente el grado de dañosidad que cada una de estas conductas supone para el interés tutelado y matizar cada una de ellas, no es tarea fácil.

Cabe realizar un segundo orden de apreciaciones desde parámetros comparativos con las sanciones que corresponden de forma independiente a cada una de las conductas que configuran la estructura típica del desacato. No parece adecuado que las distintas hipótesis

que configuran estos delitos reciban una sanción penal idéntica o superior a la prevista para alguno de los casos de delito de desacato. Que el hecho de calumniar a un particular reciba mayor pena que calumniar a un Ministro o a una autoridad (aunque en ambos casos la pena privativa de liberatd es idéntica, en el primero de ellos la cuantía de la multa puede ascender hasta un millón de pesetas, mientras que en el segundo el límite viene impuesto en las 500.000 pesetas), carece de sentido desde una interpretación teleológica del delito. Si lo que se quiere proteger con el desacato (descartado el principio de autoridad por los motivos ya expuestos al analizar la problemática del bien jurídico protegido por este delito) es el prestigio de las instituciones públicas y concretamente de la Administración del Estado, no parece razonable que estas conductas reciban una sanción penal menor que idéntica conducta dirigida contra particulares. Con más razón puede argumentarse que si aquello que se considera tutelado es el regular funcionamiento de la Administración, "a priori" parecen mucho más graves las conductas tendentes a quebrantar este funcionamiento que las destinadas a lesionar el honor de los particulares.

4. La graduación de la pena del delito de desacato en el Proyecto de Código penal de 1.980 y en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código penal de 1.983.

Los criterios según los que se gradua la mayor o menor gravedad de la sanción a imponer para el delito

de desacato tanto en el PCP de 1.980 como en la PANCP de 1.983, no varían con respecto a la actual regulación, con la excepción de éste último, que añade un nuevo criterio como es el de la publicidad a la hora de evaluar el grado de lesividad de la conducta respecto al bien jurídico tutelado.

El legislador, imagino que consciente de las contradicciones que la penalidad de este delito conlleva en la actualidad, ha optado en ambos Proyectos por un sistema consistente en asignar a cada una de las hipótesis que dan lugar a delito de desacato la pena superior en grado a la correspondiente infracción común (3), lo cual evitaría las disfuncionalidades que se han mencionado y que van a dar lugar a cuestiones de no fácil resolución, en relación a la problemática concursal, tanto en el ámbito del concurso de leyes como en el del concurso de delitos. Temas que serán objeto de atención a continuación.

II. Problemas concursales.

A continuación vamos a referirnos a las distintas cuestiones que caben plantearse respecto al concurso, tanto de leyes como de delitos.

1. El concurso de leyes.

Cuando una conducta es susceptible de encuadrarse en dos o más preceptos del Código penal, pero de manera que la aplicación de uno de ellos excluye la del otro por recoger aquel en plenitud el desvalor del hecho cometido, nos encontraremos ante un concurso de leyes (4). En realidad el concurso de leyes es un concurso meramente aparente, ya que si en principio parecen ser varias las normas que concurren para desplegar sus efectos, en definitiva solo una será aplicable, y sólo una la que desplace a las restantes, puesto que el contenido desvalorativo de la conducta unicamente será recogido en su totalidad por una de ellas.

Para solventar esta apariencia de concurrencia normativa deberá acudirse a criterios hermeneúticos. Habrá de tenerse en cuenta la descripción típica de cada una de las normas que entran en juego, así como el interés tutelado por cada una de ellas, para poder concluir cuál de las analizadas recoge en mayor medida el desvalor de la acción ejecutada por el autor, o si por el contrario se trata de desvalores distintos, de manera que no pueda afirmarse que uno de los tipos penales comprende o absorve el desvalor del otro u otros. En cuyo caso tendremos que acudir al concurso de delitos.

La cuestión que aquí nos vamos a plantear consiste en averiguar si es o no posible la admisisón del concurso de leyes entre el delito de desacato y los delitos de injuria, calumnia y amenazas. Cuando un sujeto imputa la comisión de un hecho delictivo a un funcionario público o a una autoridad, cabe cuestionarse si

dicha acción es subsumible en los arts. 240 y siguientes o si por el contrario, podemos remitirnos al art. 454, delito de calumnia, pues se calumnia a una persona, que además es funcionario.

Ha sido escasa la atención prestada sobre estas cuestiones, no sólo por parte de la doctrina sino también por la jurisprudencia. Aún cuando se le haya dedicado alguna atención al problema, la solución planteada no es, al menos en mi opinión, clarificadora. Así, algún autor, como QUERALT, cuando se refiere al tema explicita que "Respecto a los delitos de injurias, calumnias y amenazas se establece una relación de especialidad; relación bastante turbia, por otra parte, si, como aquí, no se considera que es el honor el bien jurídico protegido en los delitos de desacato, sino algo diferente. Pero la interpretación habitual de estas normas y de su entrecruzamiento permite, casi con seguridad contra reo, jugar a dos barajas." (5). Con lo que no parece quedar clara la tesis del autor respecto a si nos encontramos ante un concurso de leyes, que se resolvería por aplicación del principio de especialidad, o bien, si se niega la existencia de dicho concurso con base en el distinto bien jurídico protegido por estas clases de delitos -desacato de un lado y delitos contra el honor por otro-.

Como ya se ha indicado, la cuestión suscitada por la posible concurrencia de varias normas penales aplicables a un concreto supuesto, deberá ser resuelta por vía de interpretación de los distintos tipos penales en juego. Para ayudar a la realización de esta labor hermeneútica, la doctrina ha elaborado una serie de criterios que son objeto de aplicación desde un punto de vista abstracto y que se expondrán a continuación

para dilucidar la posibilidad de su aplicación al delito de desacato.

En primer lugar, encontramos la denominada relación de especialidad. Desde este punto de vista estaríamos ante una ley especial que cuando ésta abarca el contenido desvalorativo de una ley general, a la que añade un "plus", esto es, una serie de elementos que la hacen más específica, pero sobre un sustrato común, que cuando se trata de relaciones de especialidad entre preceptos que configuran conductas típicas, supone la participación del mismo bien jurídico. La regla para solventar esta aparente concurrencia, será la ya conocida de "ley especial deroga ley general" (6).

Este parece ser el punto de partida, entre otros (7), de QUERALT a la hora de afrontar la posibilidad de un concurso de leyes entre el delito de desacato y las distintas figuras que integran los delitos contra el honor.

Esta posible solución, en mi opinión, no parece procedente. No puede afirmarse que el delito de desacato se halle en relación de especialidad no sólo respecto a los delitos contra el honor, sino también a los delitos contra la libertad, concretamente respecto a la amenaza. Y ello porque entre estas distintas especies delictivas no existe el nexo común de identidad de bien jurídico que la relación de especialidad exigiría. Si ésta se basa en el hecho de la existencia de una norma penal que recoge con mayor precisión el desvalor de un determinada conducta -por ejemplo la injuria dirigida contra un juez en el ejercicio de sus funciones-, en detrimento de una aparente concurrencia de otra norma general -en este caso el delito de injuria- que abarca

sólo parcialmente el desvalor que conlleva la ejecución de esa conducta, ello supondría como consecuencia lógica, un sustrato común, comunidad que debería venir dada por el interés protegido por ambas normas.

Pero como ya hemos tenido ocasión de reiterar, éste no es el caso de las conductas recogidas en el Capítulo VIII del Código penal y las que le sirven de sustrato material -injuria, calumnia y amenaza-. En cada una de estas acciones tomadas aisladamente, como descripciones típicas con sustantividad propia, obtenemos que el interés que el legislador ha intentado tutelar no es coincidente con el del desacato. En aquellas se protege bien el honor, bien la libertad del individuo, bienes jurídicos de carácter eminentemente individual -bienes de la personalidad-, mientras que en éste el bien jurídico es otro, poseedor de un marcado carácter institucional, ya sea el prestigio de la Administración, ya su regular funcionamiento. Lo que trae como consecuencia que dificilmente pueda hablarse aquí de una relación de especialidad entre tales preceptos.

Cuando un ciudadano particular calumnia a un Ministro, el desvalor total que produce esta conducta no se halla recogido en los arts 453 y 454, ya que en ellos se tutela el honor del particular atacado por la falsa imputación de la comisión de un hecho delictivo, mientras que en el art. 240 se establece una protección a la persona, pero no como tal, sino como mero representante -órgano- de la Administración. Luego la ofensa se concreta en el mismo, pero se entiende dirigida contra aquélla. No estamos ante un ataque al honor del Ministro-persona, sino al prestigio del Ministro como representación de la institución que encarna.

Ahora bien, si se partiese de una perspectiva diferente, como es la que adopta VIVES, la solución a esta cuestión sería radicalmente distinta. Como ya se expuso, este autor entiende que el delito de desacato es un delito pluriofensivo, constituyendo el honor uno de los bienes jurídicos afectados por la conducta (8), de ahí, que coherente con esta afirmación, mantenga que nos encontramos, en estas hipótesis, ante un concurso de leyes que debe solventarse en atención a la relación de especialidad (9), en virtud de la cual, los arts. 240 y siguientes desplazan a la norma general constituída por los delitos contra el honor. Aquí sí cabe afirmar la existencia de dicha relación dada la existencia de una identidad parcial de interés protegido por ambas normas jurídicas. Desde este planteamiento, el desacato contendría un "plus" sobre los delitos contra el honor, consistente en ser un funcionario público la persona perjudicada por la conducta ofensiva. Pero a mi juicio el desacato no requiere que se afecte al honor personal, y cuando éste se da, el desvalor no queda abarcado por el desacato, salvo casos de ataques leves al honor personal (10).

El segundo de los principios que intenta solventar la cuestión objeto de nuestra atención, es el de subsidiariedad. La relación de subsidiariedad consiste en la existencia de una norma (ley subsidiaria) que unicamente tendrá aplicación en el caso de que otra (ley primaria) no sea aplicable (11).

Tampoco en este supuesto cabe hablar de concurso de leyes en relación al delito de desacato. Sin embargo es preciso realizar alguna matización. Para ello será necesario distinguir varios supuestos.

En primer lugar ha de hacerse referencia a aquellas conductas que guardan una relación estricta con el ejercicio de la función pública. Esto es, que la causa o motivo de la ofensa o de la amenaza venga referida unicamente a hechos relativos al ejercicio de la función pública. En estas hipótesis, suponiendo ley primaria la recogida en los arts. 240 y siguientes del Código penal, en mi opinión, no cabe pretender aplicar como ley subsidiaria, en caso de ausencia de alguno de los elementos de la descripción típica, -así, por ejemplo, el sujeto había perdido la condición de funcionario-, la que regula los delitos contra el honor o la libertad. Y ello porque la conducta se basa unica y exclusivamente en la relación existente con la función pública, luego en modo alguno se está vulnerando el honor o la libertad del funcionario como sujeto particular.

Insisto una vez más, nos encontramos ante normas jurídicas cuyo ámbito de protección va destinado a intereses distintos y no parificables.

Ahora bien, no cabe ocultar la existencia de supuestos de desacato en los que a la ofensa o conminación, llamemosla estrictamente "profesional", se le añade una ofensa o amenaza que poseen unicamente carácter personal. ¿Cabe hablar en estos supuestos de subsidiariedad tácita?. Para poder dar una respuesta afirmativa a esta interrogante tendría que partirse, bien de considerar al delito de desacato como un delito pluriofensivo, bien de entender que lo protegido por el mismo es el honor del funcionario público. Como reiteradamente se ha expuesto, ambas propuestas han quedado descartadas. Pienso que la solución a estas hipótesis debe venir dada por la vía de considerarlas como un concurso

de delitos y no de leyes. A esta cuestión haremos referencia en el siguiente epígrafe de este capítulo.

Al hilo de la relación de subsidiariedad es necesario hacer mención expresa de la postura que a este respecto mantiene RODRIGUEZ DEVESA. Este autor considera que el delito de desacato es un "delicta sui generis" (12) y tal y como indica, los delitos así calificados se encuentran respecto a la ley general en una relación de subsidiariedad tácita relación que no podrá solventarse por la regla del art. 68 del Cp. (13). Ahora bien esta regla general es invertida por el porpio autor en el delito de desacato debido a, como indica, "una defectuosa técnica de relación con la calumnia propagada por escrito y con publicidad". Tal y como ya se señaló anteriormente, esta conducta recibe mayor sanción penal que los supuestos recogidos en el art. 240, lo que trae como consecuencia para el autor, la ineludible aplicación del art. 68 en esta hipótesis (14).

En mi opinión no puede sustentarse esta solución, más si cabe, basándose en un mero defecto de técnica legislativa en cuanto a la penalidad correspondiente a cada uno de los delitos. También cabe disentir, con base en los motivos anteriormente expuestos en relación al interés tutelado por ambas normas jurídicas. No puede trasladarse el desvalor de conducta que supone calumniar a un Ministro en razón del cargo que ocupa, a una simple calumnia dirigida contra un particular, dado que, insistimos una vez más, aquí se protege el honor personal del sujeto, mientras que en el desacato el interés tutelado es distinto, estaríamos ante la protección del prestigio de la Administración.

De nuevo afloran algunos de los problemas que reiteradamente hemos constatado en el delito de desacato y que impregnan toda su estructura típica. El hecho de que el sustrato material de este delito se configure con base, primordialmente, en los delitos contra el honor, trae como consecuencia la dificultad de deslindar el ámbito de protección de cada una de las figuras aparentemente concurrentes.

A esta configuración típica del desacato puede añadirse como factor coadyuvante de cara a dificultar su delimitación con otros ámbitos típicos, la interpretación que de la misma se ha venido efectuando. Como ya se aludió (15), para considerar una conducta como típica de delito de desacato, es suficiente con que el funcionario público se encuentre en el ejercicio de sus funciones y ésta se le dirija directamente a él en su presencia, independientemente de que la misma haga referencia o no al cargo que ostenta, esto es, al ejercicio mismo de esa función pública, luego puede tratarse de una ofensa de índole estrictamente privada, siendo suficiente la concurrencia objetiva de las circunstancias mencionadas para que según la doctrina mayoritaria nos encontremos dentro del ámbito de protección de los arts. 240 y siguientes. Ello da lugar lógicamente a una dificultad, que me atrevería a calificar de insalvable, a la hora de deslindar ambas normas penales.

En cuanto a la relación de consunción, nos encontramos en una situación que limita claramente con el concurso de delitos. Aquí, en contraposición a las hipótesis anteriores, la valoración que debe realizarse de las normas en juego, no puede llevarse a cabo desde un plano abstracto, sino en concreto (16). Estamos ante un criterio valorativo más próximo al concurso de

delitos. En la relación de consunción se establece una concurrencia entre dos normas penales que tutelan bienes jurídicos distintos, en las que el desvalor de una de ellas, en la dinámica concreta de los hechos, puede decirse que comprende al de la otra (Ejemplo clásico en esta materia es la admisión de que el delito de homicidio consume al de inhumación ilegal). Esta relación puede establecerse en aquellos supuestos en que el desvalor del tipo consumido es de escasa entidad, o comparativamente inferior, de tal forma que la penalidad a él asignada es esencialmente inferior a la que corresponde al tipo que consume (17).

Lo fundamental es la valoración de la entidad de la lesión que significa el hecho que puede ser "consumido", o el interés que se protege en el precepto, en comparación con el precepto más grave.

A este respecto, y siguiendo la exposición de JESCHECK, podríamos incluir "a priori" este supuesto entre aquellos que este autor denomina de "hecho acompañante típico" (18). Así, en estos supuestos "el legislador, al establecer una precepto penal cualificado, ya ha tomado en cuenta la circunstancia de que el hecho, normalmente, aparece acompañado de otro hecho dotado de un contenido de injusto esencialmente inferior que no afecta a la gravedad del hecho principal". Ahora bien, como a continuación expone el mismo autor "no puede, sin embargo, aplicarse cuando el delito accesorio se aparta del curso normal y manifiesta un contenido de injusto propio". Aquí, para JESCHECK cabría hablar de concurso ideal de delitos (19). Esto es, cuando existe una diferencia esencial en la gravedad de las penalidades puestas en comparación, no cabría admitir la relación de consunción (20).

La problemática que plantea la relación de consunción respecto al delito de desacato nos acerca a situaciones que propiamente pueden calificarse como de concurso de delitos. No tenemos más que pensar en la siguiente hipótesis: particular que lleva a cabo una acción calumniosa dirigida contra un funcionario público cuando éste se encuentra en el ejercicio de sus funciones, pero la calumnia consiste no sólo en imputaciones que afectan al ejercicio de la función pública, sino también al ámbito de la vida privada. ¿Cabe aquí hablar de relación de consunción?. La respuesta depende de la gravedad de esa injuria. Si ésta es leve o insignificante en comparación a la gravedad de las manifestaciones relativas a la "función" pública, podría admitirse la consunción. Pero si la entidad del insulto en relación a aspectos estrictamente personales del funcionario, es significativa, afecta seriamente al honor y dignidad personal, no debe quedar absorvida por el desacato.

Si tomamos la gravedad de las penas como indicadores de gravedad del hecho, tendríamos que afirmar que si el ataque personal al honor constituye una mera "falta" podremos admitir la consunción por el desacato. Pero si presenta entidad suficiente para dar contenido a un "delito" de injuria, dado que la pena de éste es igual, o superior (21) a la del desacato, hay que rechazar la consunción. Sólo cabría admitir concurso ideal de delitos.

De lo que cabe deducir la posible existencia de un concurso ideal de delitos. Veamos a continuación si es factible la admisión de semejante hipótesis.

2. El concurso de delitos.

Es en los artículos 69, 70 y 71 del Código penal donde se recoge el tratamiento legal del denominado concurso de delitos. Nuestro Código distingue dos clases distintas de concurso: la primera, denominada concurso real (arts. 69 y 70), consistente en la comisión por parte de un mismo sujeto de una pluralidad de hechos que constituirán dos o más delitos. La segunda, el concurso ideal (art. 71), que puede consistir bien en la ejecución de un sólo hecho por parte del autor que dará lugar a dos o más delitos, supuesto considerado propiamente de concurso ideal; o bien, una segunda hipótesis, cuya naturaleza es discutida, delito medio para cometer otro (también denominado concurso medial), apuntando la doctrina actualmente su naturaleza como supuesto de concurso real y no ideal (22).

A su vez se distingue dentro del concurso ideal entre el denominado concurso ideal homogéneo y el heterogéneo. El primero tiene lugar cuando los delitos producidos son iguales, mientras que en el segundo los delitos acaecidos son distintos.

A continuación se va a plantear la posible admisión de la figura del concurso de delitos respecto al delito de desacato. Para ello, lógicamente, habremos de distinguir ambas clases de concurso.

A. El concurso real en el delito de desacato. Especial referencia al concurso con el delito de atentado.

Si tal y como se ha expuesto el concurso real consiste en la realización de varios hechos que van a dar lugar a varios delitos, es evidente que no existe obstáculo alguno para la admisión de esta clase de concurso en el delito de desacato. Lógicamente deberá darse una desconexión espacio-temporal en la ejecución da las distintas acciones, pues de lo contrario nos encontraríamos ante un supuesto de delito continuado.

Mención especial merece la cuestión que se plantea respecto al delito de atentado. Es unánime tanto la opinión doctrinal como la jurisprudencial (23) al considerar que el delito de desacato queda absorbido por el de atentado, ya que como explícitamente reconoce VIVES ANTON, nos encontramos ante "un acto previo o posterior impune". Luego parece deducirse de sus palabras que nos hallamos ante un supuesto de concurso de leyes que se resolvería por el principio de consunción.

El razonamiento que se ha seguido tradicionalmente para llegar a esta solución, se ha basado en la afrimación de la identidad de bienes jurídicos protegidos por ambas normas jurídicas. Así, ha manifestado reiteradamente la doctrina y la jurisprudencia (24), que el desacato supone un ataque moral al principio de autoridad, mientras que el atentado consistiría en un ataque físico o material dirigido contra ese mismo bien jurídico. De ahí, que cuando ambas acciones se den conjuntamente, particular que insulta a agente de la autoridad cuando éste va a efectuar su detención y posteriormente le agrede, el desavalor inicial de la

conducta queda consumido por el segundo, más grave que aquél. Hasta aquí no habría nada que objetar a este planteamiento. Es evidente que en este tipo de situaciones, muy frecuentes por otra parte, el insulto efectuado no supone una acción cuyo grado de lesividad cabría estimar de entidad suficiente como para no quedar absorbido por la conducta agresiva posterior, que supone una progresión en el ataque al funcionario.

Si el criterio utilizado para determinar la gravedad y la posibilidad de consunción, es el de la pena prevista para cada delito, llegaremos a otra conclusión. Pensemos en la siguiente hipótesis: funcionario público que injuria gravemente, en su presencia, a su superior jerárquico, y éste ostenta la cualidad de autoridad. Según la previsión legal del art. 240.2º esta conducta recibiría una pena de prisión mayor y multa de 500.000 a 750.000 pesetas. Si a continuación de la injuria, este mismo funcionario, agrede a la autoridad a la cual se encuentra subordinado, propinándole una paliza que genera unas lesiones, en virtud del los arts. 231.2º y 232.2º la pena a imponer será la de prisión mayor y multa de 100.000 a 1.000.000 pesetas. ¿Puede hablarse en estos supuestos de consunción?. No parece que el desvalor que genera la primera acción, a juzgar por la pena que le corresponde legalmente, sea de tan escasa entidad como para quedar absorbido por el desvalor que supone la realización de la segunda conducta. Ahora bien, negar aquí la posibilidad del concurso de leyes nos conduce inexcusablemente a la admisión del concurso real de delitos lo cual lleva aparejado, como inmediata consecuencia, consecuencia por lo demás altamente insatisfactoria desde nuestro punto de vista, la gravedad de la pena a imponer al sujeto.

Puede apuntarse también la posibilidad de una relación de subsidiariedad tácita entre el desacato y el atentado. Como indica MIR "la subsidiariedad tácita debe admitirse cuando la interpretación del sentido de un precepto pone de manifiesto que no pretende ser aplicado cuando concurre otra posible calificación más grave del hecho por constituir éste una forma de ataque más grave o acabada del mismo bien jurídico" (25). Luego desde el planteamiento, aceptado mayoritariamente, por el que tanto en el delito de desacato como en el de atentado existe identidad de bien jurídico protegido, puede entenderse que éste último se configura como una modalidad de ataque más acabada respecto al interés tutelado. El atentado supone un ataque físico, material, mientras que en el desacato estamos ante una agresión meramente espiritual o inmaterial, luego de menor contenido desvalorativo que la anterior. Por ello no parece presentar obstáculo grave la admisión en estos supuestos de la mencionada relación de subsidiariedad.

No obstante, en este caso estamos ante dos hechos: uno, la manifestación injuriosa, que se agota en la expresión verbal, y otro, el acometimiento físico. No se trata de que uno de ellos pueda aparentemente tipificarse en dos preceptos, sino que cada uno de estos actos tiene vida propia y pertenece a tipos distintos.

Pero evidentemente, la valoración de que estamos ante bienes jurídicos muy relacionados, o en progresión, conduce a que la solución más satisfactoria sea la calificación de ambos hechos como un sólo delito. Por ello lo más adecuado es admitir la relación de consunción por la cual el desacato queda subsumido en el atentado.

De esta manera queda abierta la posibilidad de mantener la presencia de dos delitos, desacato y atentado, cuando por la gravedad de las injurias o calumnias, pueda mantenerse la tipificación autónoma del desacato. Supuesto concreto que nos conducirá al concurso real de delitos entre desacato y atentado.

B. Concurso ideal de delitos.

Dos son las cuestiones que en este epígrafe van a ser objeto de atención. En primer lugar se tendrá que hacer referencia a las hipótesis en que un sujeto lleva a cabo una acción, ya sea injuriosa, calumniosa o conminatoria y sean varios los sujetos afectados por la misma. En segundo lugar no puede obviarse el espinoso tema de la posible afectación del honor personal del funcionario público por medio de una conducta "prima facie" unicamente constitutiva de desacato. Problema sumamente complejo y que deriva, una vez más, de la propia descripción típica del delito en cuestión.

Si como ya se señaló es suficiente para llenar el contenido desvalorativo de la descripción típica el que el particular, o en su caso el funcionario público, realicen su acción ofensiva o amenazante cuando la autoridad o el funcionario se encuentren en el ejercicio de sus funciones, situación meramente objetiva, dado que no es necesario que la mencionada acción tenga que tener relación con el contenido propio y específico de las funciones que los mismos llevan a cabo, ello va a dar lugar a tres grandes bloques de situaciones. La primera, en la que la ofensa o amenaza ejecutada conlleven una relación de causa a efecto con el ejercicio de la

función pública. Hipótesis que desde la perspectiva del concurso ideal de delitos no plantea problema alguno, dado que nos encontraríamos ante un delito de desacato sin más.

La segunda hipótesis en la que el contenido de la ofensa puede ofrecer una doble vertiente. De un lado, el autor imputa, por ejemplo, la comisión de un hecho delictivo referido al ejercicio de la función pública, pero a ello añade injurias de carácter estrictamente personal. Luego el contenido de la acción sería doble: de un lado una ofensa, llamémosla "estrictamente profesional", y de otro, una conducta que afectaría unicamente a la esfera íntima y personal del funcionario público.

Para finalizar con una tercera hipótesis. Dado que se reconocen como delito de desacato aquellas conductas ofensivas de cualquier clase que se ejecuten cuando el funcionario público se halle en el ejercicio de sus funciones, no sería absurdo plantear el supuesto en el que el contenido ofensivo tenga un ámbito exclusivamente privado.

La cuestión que se plantea hará referencia a si es posible la admisión en estos dos últimos supuestos de un concurso ideal de delitos. Concretamente entre los delitos contra el honor y el delito de desacato.

a. Afectación de varios sujetos por la conducta ofensiva o conminatoria: inadmisión del concurso ideal.

La cuestión que aquí se suscita es la siguiente: cuando la persona que realiza la ofensa se dirige al unísono a varios funcionarios públicos ¿nos encontramos ante un concurso ideal o ante un único delito de desacato?. La doctrina jurisprudencial a este respecto ha venido manteniendo que aunque sean varios los sujetos afectados por la conducta, si el hecho por medio del cual se ha producido la ofensa es único, estaremos ante un único delito de desacato (26). En opinión de VIVES ANTON "habría que matizar tal doctrina según los supuestos y atendiendo, no sólo a la unidad de hecho, sino también a la producción de un único menoscabo de la función pública" (27).

Parece acertado el criterio jurisprudencial de considerar un único delito dada la unidad de actuación -un único hecho-, pues independientemente del número de sujetos sobre los que recaen las manifestaciones injuriosas, el bien jurídico afectado continua revistiendo unidad: desde el punto de vista jurisprudencial el principio de autoridad, desde la perspectiva propuesta por la doctrina, el prestigio de la Administración.

No debe olvidarse que independientemente del número de sujetos afectados por la conducta, -en quienes recae directamente el hecho ofensivo-, éstos se configuran no como sujetos pasivos del delito, ya que unicamente encarnan a la Administración, son sus órganos, luego en puridad el sujeto pasivo de la misma es uno, no una pluralidad: la Administración. Por ello, con independencia del número de sujetos inmediatamente

afectados por la ofensa, el sujeto pasivo del delito sigue siendo único, luego el delito también. Cuestión distinta será si en la ejecución de la ofensa media una distancia espacio-temporal considerable. En estos supuestos existirán tantos cuantos delitos como personas inmediatamente afectadas haya, puesto que en cada una de las conductas -diferenciadas- realizadas se afectará a la Administración.

Aquí no cabría hablar de unidad delictiva, sino que deberán aplicarse las reglas generales del concurso real de delitos.

b. La posible afectación del honor del funcionario público: ¿concurso ideal de delitos?.

Como ya se enunció anteriormente, dos son las hipótesis que aquí se van a manejar. En primer lugar, aquellos supuestos en los que la conducta llevada a cabo por el sujeto activo tiene como origen motivos de índole exclusivamente privada, sólo que dicha acción es ejecutada cuando la autoridad o el funcionario público se encuentran en el ejercicio de las funciones que les son propias.

Un segundo grupo de hipótesis se encuentra conformado por aquellas conductas que podríamos calificar de "doble contendio desvalorativo", en las que la acción del autor posee un contenido que afecta, de un lado a la Administración pública, esto es, al funcionario como órgano -representante- de la misma, y de otro, a su honor como persona individual.

Si no media error por mi parte, en una única ocasión se ha puesto de relieve esta problemática. Concretamente en Italia por medio de una Ordenanza de remisión de la Pretura de Prato de 15 de enero de 1.975 (n. 121) a la que ya se hizo referencia con anterioridad (28).

En ella se intentaba poner de relieve la desigualdad de los funcionarios públicos respecto a los restantes ciudadanos, debido a la carencia por parte de los primeros de legitimidad procesal a la hora de iniciar un proceso penal en estos supuestos. Dado que unicamente se ha venido reconociendo en estos casos la existencia de un delito de desacato, quedando absorvida la parte de la conducta referente a las imputaciones de carácter privado por las de carácter profesional, y por tanto, dirigidas contra la Administración. Según la opinión del magistrado italiano, el funcionario público se vería sumido en una clara desigualdad respecto a los ciudadanos que no ostentan tal categoría. Su vida privada se vería forzosamente sometida al juicio público, incluso en situaciones no deseadas por los mismos.

Esta problemática unica y exclusivamente se produce en los países que integran lo que hemos dado en denominar el modelo latino, debido a que en ellos, por la propia estructura de la descripción típica, se posibilita la inclusión como desacato de las ofensas de carácter privado.

En los países que responden la modelo germánico, concretamente en Austria y Alemania, esta cuestión practicamente no llega a suscitarse. En el ordenamiento austriaco (29), en los supuestos del parágrafo 116 si la ofensa dirigida contra los órganos allí mencionados,

además de tener relación con las actividades públicas que los mismos desempeñan, posee un contenido privado, se permite la figura del concurso ideal de delitos (30). En Alemania, unicamente integrarán la figura agravada del parágrafo 187a, aquellas ofensas que tengan relación con la posisicón del ofendido en la vida pública, constituyendo las demás, simples delitos contra el honor (31).

La admisión del posible concurso ideal de delitos supone, lógicamente, excluir la premisa de que nos encontremos ante un delito pluriofensivo. Como ya se adujo (32) ello queda descartado por considerar que el injusto típico de desacato no recoge, como de hecho confirma la penalidad que el legislador le ha asignado, el desvalor de ambas conductas, la dirigida contra la Administración y la posible contra el honor personal del funcionario público.

Preterida la pluriofensividad del delito de desacato, veamos que sucede con las hipótesis que hemos dado en llamar de "doble contenido desvalorativo" y de aquellas en que la ofensa reviste un carácter exclusivamente personal o privado.

En primer lugar podemos encontrarnos con conductas que a pesar de que en ellas el autor haga referencia a asuntos particulares de la autoridad o de la vida privada del funcionario público, el desvalor de la ofensa privada es de escasa entidad. Aquí, aún concurriendo los dos desvalores de acción enunciados, si el relativo a las condiciones personales y privadas del sujeto es de escasa relevancia, debe entenderse, como ya se ha apuntado con anterioridad, que quedaría consumido por el más grave de los producidos, así, el ataque

encaminado a desprestigiar a la función pública. Desde esta perspectiva no nos encontraríamos ante un concurso ideal de delitos, sino ante un caso a resolver por el principio de consunción.

Pero también pueden encontrarse acciones en que la referencia a lo "privado" y a lo "público" sean de igual entidad. Así por ejemplo, quien imputa a un juez el hecho de haber dictado una sentencia favorable en una causa debido a su condición de homosexual recriminándole llevar una vida privada desordenada y poco edificante. En estas hipótesis creo necesario realizar una distinción en función de la persona afectada por la conducta.

Si quien recibe directamente la acción ofensiva es una autoridad o un Ministro, la doctrina ha puesto de relieve que en el caso de las denominadas personas públicas que ocupan cargos de relevancia, la protección del derecho al honor se muestra más débil en aras a la preservación de la libertad de expresión (33), dado precisamente su carácter público y lo relevante de las funciones que llevan a cabo. Será precisamente, por esta segunda característica por lo que, en determinados supuestos obtenga prevalencia la conducta ejecutada contra la Administración que la de carácter privado.

Ahora bien, no se ha de perder de vista que dentro del ámbito típico de protección del delito de desacato se encuentran no sólo aquellas personas que calificamos de autoridad sino también los funcionarios públicos. Pensemos por ejemplo, en que la persona afectada por la conducta anterior es un profesional de la enseñanza o un médico perteneciente al INSALUD. La relevancia "pública" de estos como de la inmensa mayoría de

los funcionarios públicos se ve notablemente disminuída si la comparamos con la de los sujetos constituídos en autoridad, o los Ministros, luego el razonamiento basado en la constricción de su derecho al honor a unos límites más estrechos que los aplicables a los restantes ciudadanos, no tendría fundamento.

En estas hipótesis es necesario calibrar que el daño personal causado al sujeto puede ser de tanta relevancia como el efectuado contra el prestigio de la Administración, por lo que al tratarse de dos bienes jurídicos distintos, tutelados en dos normas jurídicas diferenciadas y habiéndo sido afectados por una sola acción que cabe encuadrar como unidad de hecho (34), dado que no existe separación espacio-temporal en la conducta, cabría afirmar la existencia de un concurso ideal de delitos.

El tercer grupo de supuestos en el que a mi entender puede plantearse una solución conflictiva es aquél en que el contenido desvalorativo de la conducta se refiere única y exclusivamente a la vida privada del funcionario público. Aquí nos enfrentamos a un tema ciertamente vidrioso dado que nos adentramos, más aún si cabe, en un campo eminentemente valorativo, lo que puede dar lugar a una gran discrecionalidad por parte del que juzga (35). No obstante cabe apuntar algún avance de solución en función de los sujetos afectados por la conducta y del bien jurídico protegido por el delito.

En primer lugar hemos de referirnos a las situaciones en que la persona afectada es una Autoridad o un Ministro, sujetos que como hemos aludido reiteradamente se caracterizan por la mayor relevancia de las

funciones que ejercen y se hallan, lógicamente, más expuestos a la crítica pública. De ahí que en ellos el ámbito de lo "privado" se vea estrechado en sus límites en comparación con los sujetos particulares. Desde esta perspectiva, puede suceder que la imputación o la ofensa realizadas, aún siendo de carácter eminentemente privado pueda repercutir en el ámbito público. Así la alusión al mantenimiento de relaciones sexuales extramatrimoniales de un juez, pero relacionadas con un caso sobre el cual debe dictar sentencia. Aquí cabría decidirse por su consideración como delito de desacato dado que implicaría, en el fondo, un cuestionamiento de su posible ecuanimidad a la hora de dictar sentencia.

Sin embargo, cuando éste mismo hecho tiene como destinatario a un funcionario público cuya relevancia en el esquema de la función pública se aleja del centro de toma de decisiones relevante para la vida pública -idéntica imputación pero referida a un médico de la Seguridad Social- en mi opinión, debería ser factible la admisión del concurso ideal de delitos. El hecho de que este funcionario mantenga relaciones extraconyugales, aunque esta afirmación se realice durante el ejercicio de sus funciones, no afecta más que al ámbito privado de su honor y no a la función pública, es por lo que de "lege ferenda" sería deseable que estos supuestos se incluyeran en el ámbito típico de los delitos contra su honor, o en su caso, se recondujesen por la vía de tutela que ofrece la L.O. 1/1.982 de 5 de mayo sobre protección civil al Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen. Quedando, por tanto, excluídos del ámbito típico del delito de desacato, ya que en mi opinión aquí no se encuentra afectado el bien jurídico que se pretende tutelar en él.

Ahora bien, si el punto de partida que se toma para dilucidar esta cuestión es el relativo a considerar tutelado en este delito el regular funcionamiento de la Administración pública, puede llegarse a soluciones diferentes. En algunas hipótesis puede suceder que aunque la ofensa posea este carácter eminentemente privado, el hecho de ejecutarla cuando el funcionario público se halla en el ejercicio de sus funciones, suponga una interrupción, incluso grave, del servicio público, con lo cual habría que admitir la existencia del delito de desacato, puesto que se estaría vulnerando el interés protegido por el mismo.

Soy consciente de que lo hasta ahora expuesto es criticable, puesto que existe una ausencia de unidad de criterio para responder a la pregunta de si es factible o no la admisión del concurso ideal de delitos en el delito de desacato. Sin embargo, creo que una respuesta, bien afirmativa bien negativa, de orden genérico es manifiestamente imposible de darse en lo que a este delito respecta. Y ello por el, ya denunciado reiteradamente, abuso que la descripción típica hace de elementos valorativos a lo que se añade el número tan amplio de sujetos que pueden verse afectados por la conducta típica, todo ello tiene como consecuencia el que nos encontramos ante supuestos que aunque se unifiquen formalmente bajo la etiqueta de desacato, responden a situaciones radicalmente distintas, llegando algunas, incluso, a ser discutible que se encuentren dentro del ámbito de protección de la norma penal objeto de análisis.

III. Breve referencia a la responsabilidad civil.

Antes de finalizar este capítulo unas breves reflexiones sobre la responsabilidad civil derivada del delito de desacato.

Como es sabido, el art. 19 del Código penal establece que toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente respecto a los daños y perjuicios derivados de su conducta ilícita, recogiéndose en el art. 101 y siguientes del propio código el alcance de esa responsabilidad civil. En cuanto a las personas que pueden reclamar esa responsabilidad por los daños y perjuicios, el art. 104 expresamente alude a cómo la "indemnización de los perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado, por razón del delito, a su familia o a un tercero". Y en consonancia con esta previsión, la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su art. 110 establece que los perjudicados por un delito o falta que no hubieren renunciado a su derecho podrán mostrarse parte en la causa para ejercitar las acciones penales o civiles que procedan; pero aun cuando no intervengan como parte en la causa, no por ello debe entenderse que renuncian a su derecho de restitución, reparación o indemnización que a su favor pudiera acordarse en sentencia firme, salvo que hayan renunciado expresamente. Y sabido es que en todo caso el perjudicado puede reservarse el ejercicio de la acción civil para ejercitarla después de finalizado el juicio criminal (art. 112 LECri.).

En relación al desacato, el problema que se

plantea es la posibilidad de que el funcionario público sobre el que recae la ofensa, o la amenaza, pueda ejercer la reclamación por los perjuicios que en su caso se le hubieran causado personalmente por razón de desacato.

En cuanto que estamos ante un delito configurado sobre un bien jurídico institucional, e inmaterial, sobre la base de que la conducta típica es idónea para menoscabar el prestigio de la Administración o su funcionamiento ordinario, tenemos que el sujeto pasivo del delito es por lo tanto la Administración afectada, la institución administrativa donde el funcionario desempeña su trabajo profesional. Por lo tanto ésta será la legitimada en primer lugar para reclamar la responsabilidad civil por los perjuicios causados si éstos pueden probarse y evaluarse. Pero dado el carácter inmaterial del bien jurídico, la conducta típica se consuma sin necesidad de constatar una efectiva lesión al interés protegido. Como se dijo, basta la posibilidad de menoscabo del bien jurídico, el peligro para el mismo, para poder afirmar la tipicidad de la conducta, requiriéndose únicamente esa idoneidad para afectarlo.

Normalmente ese perjuicio efectivo no puede constatarse, o es difícil de evaluar, y se considera que la mera condena penal constituye respuesta suficiente para "reparar" el daño causado a la Administración. Por otro lado, el posible "daño moral" por las imputaciones atribuídas respecto al funcionamiento de la Administración, es aún más difícil de evaluar. Y en todo caso, debe tenerse en cuenta que no puede equipararse al "daño moral" que se produce a una persona física como consecuencia de un delito cuando el bien lesionado tiene carácter personalísimo y se relaciona con un

derecho subjetivo de la persona individual: por ejemplo el daño moral derivado de un delito de lesiones, o de un delito contra la libertad sexual, o de un delito contra el honor. Pero teóricamente, cabría el ejercicio de las acciones civiles por parte de la Administración afectada.

Pero la particular dinámica comisiva del desacato, en cuanto que supone "injuriar, calumniar, o amenazar" a un funcionario, obliga a considerar las consecuencias derivadas de ese insulto, injuria, calumnia o amenaza que se vierten directamente sobre él como objeto material de la conducta típica.

Como se acaba de examinar al tratar del concurso de delitos, puede ocurrir que la conducta ilícita de lugar a apreciar no sólo un delito de desacato, sino también la responsabilidad por un delito contra el honor particular del funcionario, en aquellos supuestos en los que concurran de manera patente y diferenciable ambos desvalores, el menoscabo del bien jurídico institucional y el menoscabo del honor personal. En estos casos no existe problema, por cuanto que como consecuencia de la condena por injuria o calumnia, o amenaza en su caso, el funcionario puede ejercitar la acción indemnizatoria en relación a estos delitos en los que él aparece como titular del bien jurídico protegido.

El problema surge cuando por la escasa entidad de la posible lesión al "honor" o "libertad" personal que conlleva la acción típica del desacato en el caso concreto, la calificación jurídica del hecho enjuiciado se plasma en un solo delito de desacato, quedando consumido el desvalor de la posible falta contra el particular. O cuando realmente las imputaciones versan

sobre aspectos que entran de lleno en relación al ejercicio de las funciones, aunque indirectamente desprestigian también al funcionario como profesional, y como persona individual. O bien cuando el funcionario opta por no presentar denuncia o querella por injuria o calumnia. Podrá sin embargo personarse como perjudicado. Y solicitar indemnización por el "daño moral" como consecuencia del desacato.

Los aspectos de la responsabilidad civil por lesiones al honor e intimidad han cobrado especial relevancia en estos últimos años a raíz de la promulgación de la L.O. 1/1.982 de protección civil del honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, en base a la cual las indemnizaciones por la lesión a estos derechos personalísimos están alcanzando cifras considerables, muy superiores a las que tradicionalmente venían estableciéndose por vía penal para las víctimas de delitos de injurias o calumnias (36). Por lo que no es de extrañar que los funcionarios "insultados" o afectados por un desacato, comiencen a intentar en lo posible, la vía civil de reparación con preferencia a un proceso por desacato donde normalmente hasta ahora no se viene estableciendo ninguna clase de indemnización civil.

El problema de la responsabilidad civil en beneficio del "funcionario" en relación al desacato, no se ha planteado todavía en la vía penal, pues cuando se ha intentado tal indemnización, se ha acudido a la vía civil como es el supuesto bien conocido de Barrionuevo, siendo Ministro de Interior hace unos años (37). En este caso el Juez declaró la prejudicialidad de la vía penal por considerar que los hechos podían ser constitutivos de un delito de desacato, que como delito

"público", debía dar lugar obligatoriamente a la apertura de una investigación penal (38). Indirectamente el Juez civil parecía admitir que la indemnización reclamada por Barrionuevo debía sustanciarse dentro de la causa penal por desacato.

Y aquí nos encontramos con el fondo de la cuestión. Si en el desacato basta con determinar la existencia de expresiones insultantes o calumniosas en cuanto que afecten al prestigio o funcionamiento de la Administración, sin tener que dilucidar la existencia de lesión al honor personal, ¿puede llegarse a admitir los perjuicios a la persona del funcionario por afectación de su honor o imagen?.

La jurisprudencia penal tradicionalmente exige, para admitir la responsabilidad civil, que los daños y perjuicios reclamados sean consecuencia "directa y necesaria" del hecho delictivo (39). La indemnización puede beneficiar al "tercero" que sufra directamente las consecuencias perjudiciales causalmente derivadas del delito. Las consecuencias perjudiciales no tienen que coincidir con la lesión o peligro del bien jurídico propio del delito enjuiciado. Ello es obvio en cuanto que del daño moral, como concepto que se incluye para establecer la indemnización, puede basarse en la afectación al honor, el desprestigio, la "aflictio doloris", etc. aunque la condena haya sido por delito contra la libertad sexual, o un delito patrimonial (40). Pero siempre debe establecerse esa relación causal con la lesión del bien jurídico propio del delito, del cual se derivan los demás efectos.

La "transpersonalización" a la que alude OCTAVIO DE TOLEDO al hablar de los delitos contra la

Administración, en cuanto que la persona que desempeña una función pública es considerada miembro de la organización relegándose a segundo término su individualidad personal ante el ataque a la institución como un todo (41), no debe ser óbice, a mi juicio, para que en la esfera de la responsabilidad civil se tomen en cuenta los perjuicios que personalmente se le hayan derivado como consecuencia de ese delito contra la Administración. Máxime cuando él constituye el objeto material del ataque. Recordemos las críticas de la Magistratura de Prato respecto a la desigual posición del funcionario respecto a otro profesional que no sea "funcionario" cuando los insultos o injurias por motivo del desempeño de su trabajo afecten a su consideración social y prestigio personal de forma considerable (42).

Evidentemente para fijar la responsabilidad civil por estos conceptos, deben aportarse las pruebas pertinentes sobre los perjuicios causados. Si se trata de perjuicios evaluables económicamente por "lucro cesante" o pérdida de ingresos que puedan constatarse, deben presentarse los elementos documentales pertinentes. Respecto al daño moral, será necesario que, independientemente de la comprobación de los elementos del delito de desacato que originan la condena penal, el juez valore la presencia de esos perjuicios morales de carácter personal, examinando la concurrencia de una afectación al honor individual en su caso, o a la libertad o a la paz jurídica caso de amenazas. Valoración a efectos de la responsabilidad civil a declarar a favor de los "perjudicados" por el delito.

Ello no es contradictorio con la afirmación de que el delito de desacato está configurado sobre un bien jurídico abstracto de carácter supraindividual. La

lesión al honor individual no es necesario que concurra para que surja la figura del desacato. Y cuando surge, la persecución penal de esta lesión, dependerá de que el particular decida o no el establecimiento de la acción penal correspondiente. Y aun cuando la entable, dependerá de si el Juez la considera "consumida" o abarcada dentro del desvalor del desacato. No parece deseable, ni conforme con el principio de igualdad de las personas ante la ley, que el médico de la Seguridad Social que ha sido objeto de insultos gravemente vejatorios y desprestigiantes en el desempeño de su profesión, por el hecho de ser "funcionario", no pueda reclamar daños y perjuicios. Mientras que esa misma conducta realizada en una clínica privada pueda dar lugar a la indemnización correspondiente, sea a través de la via penal por injurias, o a través de la acción civil correspondiente.

Respecto a "autoridades" o Ministros, como viene señalándose, la proyección pública-política les coloca en una posición especial que obliga a recortar el campo de lo que puede ser constitutivo de delito -constitutivo de desacato o constitutivo de lesión a su honor-. Pero ello repercute en la delimitación del ámbito del injusto en ambos casos (43), de manera que si se trata del ejercicio correcto del derecho a la crítica, ya no estaríamos ante lesiones ilícitas, y por lo tanto queda vedada tanto la vía penal como la civil. Pero si no concurre esta situación, y se confirma la lesión del interés público del "prestigio" institucional, y puede asimismo deslindarse y apreciarse una lesión al honor personal, cabría también la responsabilidad civil por los perjuicios de carácter personal que hayan podido derivarse del propio delito de desacato.

Para finalizar con esta breve referencia sobre la responsabilidad civil derivada de delito, no podemos olvidar que la doctrina emanada de la Sala primera del Tribunal Supremo entiende que "cuando la intromisión sea constitutiva de delito, se estará a lo dispuesto en el Código penal, sin perjuicio de aplicar los criterios de la propia Ley para la determinación de la responsabilidad civil derivada del delito" (44). Por lo que parece sentar el criterio de que esta responsabilidad civil establecida en vía penal deberá seguir, en cuanto a su cuantificación, los criterios que emanan del art.1.2 de la L.O. 1/1.982 de protección civil del honor, siempre y cuando, lógicamente, se pruebe el daño moral causado al funcionario por la conducta ofensiva dirigida, "a priori", contra la Administración pública.

NOTAS AL CAPITULO SEPTIMO.

(1) En el artículo 241 se preve la siguiente penalidad: cuando exista subordinación jerárquica y las ofensas o la amenaza sean graves, la pena será de prisión menor, si no son graves, arresto mayor. En los supuestos de inexistencia de subordinación, se impondrán las penas anteriores pero en su grado mínimo.

(2) Vid. Capítulo sexto, I.3.

(3) El art. 545 del Proyecto de Código penal de 1.980 señala que "Los reos de desacato serán castigados con la pena superior en grado a la señalada para la correspondiente infracción común y multa de seis a veinticuatro meses, sin que en ningún caso la pena pueda ser inferior a arresto de ocho a doce fines de semana y multa de seis a doce meses". En igual sentido los arts. 546 y 548, en los que se preven los restantes supuestos de desacato. Asimismo, el art. 471 de la PANCP señala idéntica pena que la acabada de mencionar.

(4) Sobre el concurso de leyes Cfr. CORDOBA, Comentarios, T.II, p. 328 y ss.; MIR, PG, pp. 604 y ss.; RODRIGUEZ DEVESA, PG, (12ª ed), pp. 195 y ss.

(5) QUERALT, PE, vol.II, pp. 644-645.

(6) MIR, PG, pp. 605-606; RODRIGUEZ DEVESA, PG, (12ª ed), pp. 196-197; SANZ MORAN, concurso, p. 122.

(7) También considera aquí existente una relación de especialidad VIVES, PE, p. 663, cuya postura será objeto de atención más adelante.

(8) Vid. Capítulo tercero, III. 3.

(9) VIVES ANTON, PE, p. 663.

(10) Vid. infra.B.b.

(11) CORDOBA, Comentarios, T.II, p. 329; MIR, PG, pp. 606-607; RODRIGUEZ DEVESA, PG, (12ª ed), pp. 197 y ss.; SANZ MORAN, concurso, p. 123.

(12) RODRIGUEZ DEVESA, PE, (10ª ed), p. 890.

(13) RODRIGUEZ DEVESA, PG, (12ª ed), p. 199.

(14) RODRIGUEZ DEVESA, PE, (10ª ed), p. 894.

(15) Vid. supra Capítulo caurto, IV.1.

(16) RODRIGUEZ DEVESA, PG, (12ª ed), p. 199; SANZ MORAN, concurso, p. 125.

(17) Cfr. CORDOBA, Comentarios, T.II, p. 329; JESCHECK, Tratado, vol.II, pp. 1038 y ss.; MIR, PG, pp. 607-608; RODRIGUEZ DEVESA, PG, (12ª ed), pp. 199-200; SANZ MORAN, concurso, pp. 125 y ss.

(18) JESCHECK, Tratado, vol.II, p. 1039.

(19) JESCHECK, Tratado, vol.II, p. 1040.

(20) En este mismo sentido Vid. MIR, PG, p. 608.

(21) Vid. en este mismo capítulo el epígrafe I.2.

(22) Sobre el concurso de delitos y su problemática Cfr. por todos SANZ MORAN, El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa. Valladolid, 1.986.

(23) RODRIGUEZ DEVESA, PE, (10ª ed), p. 881; VIVES

ANTON, PE, p. 167. Sentencias del T.S. de 18 de enero, 15 de marzo, 30 de marzo, 14 de junio de 1962, 10 de febrero de 1.983 (Ar. 749).

(24) En la doctrina MUÑOZ CONE, PE, p. 651; RODRIGUEZ DEVESA, PE, (9ª ed), p. 823. SS. de 8 de octubre de 1.973 (JC 5312); 20 de noviembre de 1.975 (Ar. 5433); 19 de noviembre de 1.985 (Ar. 4416).

(25) MIR, PG, p. 606.

(26) Sentencia de 4 de junio de 1.984 (Ar. 3505).

(27) VIVES ANTON, PE, p. 167.

(28) Vid. supra Capítulo tercero, VI.2.E.d.

(29) Vid. supra Capítulo segundo, II.

(30) LEUKAUF/STEININGER, Kommentar, parágrafo 117, nm.10.

(31) Vid. supra Capítulo segundo, III.

(32) Vid. supra Capítulo tercero, VII. 2.

(33) Vid. por todos MUÑOZ MACHADO, Libertad, p. 79.

(34) Sobre la unidad de hecho o de acción Cfr. SANZ MORAN, concurso, pp. 145 y ss.

(35) Como ha puesto de relieve QUINTERO OLIVARES haciendo referencia a los elementos normativos del tipo: "el abuso en el recurso a estos elementos en las formulaciones legales puede conducir a graves quiebras de la seguridad jurídica, dadas las lógicas variaciones de criterios que se dan en cada juez y en cada tiempo y lugar." PG, p. 322 .

(36) Cfr. ROJO AJURIA, tutela, p. 144.

(37) El caso Barrionuevo, que recibió amplio tratamiento en los medios de comunicación, partió de la demanda presentada por el entonces Ministro de Interior, contra el diario El País por considerar que éste había atentado contra su honor y su imagen al publicar una serie de reportajes en los que se le criticaba en relación a la destitución del Fiscal Valero en el sumario abierto por el asesinato del médico y político bilbaíno Santiago Brouard.

(38) Sentencia de 26 de junio de 1.985, Juzgado nº 16 de Madrid.

(39) Cfr. CORDOBA, Comentarios, T.I, p. 955.

(40) Cfr. CORDOBA, Comentarios, T.I, p. 950.

(41) Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO, "El bien jurídico", p. 118.

(42) Vid supra. Capítulo tercero, VI.E.d.

(43) Cfr. ASUA BATARRITA, tutela, p. 29, donde indica la necesidad de delimitar el ámbito del ilícito civil generador de la responsabilidad indemnizatoria, de acuerdo con los mismos parámetros que en el Derecho penal se utilizan para excluir la tipicidad o el injusto en función del alcance del ejercicio del derecho de crítica o de información, según criterios materiales de imputación objetiva. En el ámbito de las lesiones al honor Cfr. MORALES PRATS, Adecuación, pp. 670 y ss.

(44) Sentencia de 11 de octubre de 1.989. En el mismo sentido: Ss. de 11 de noviembre de 1.988, 27 de enero, 7 de febrero, 17 de marzo y 19 de abril de 1.989.

CAPITULO OCTAVO:CONSIDERACIONES DE POLITICA CRIMINAL.

El estudio de un determinado tipo delictivo finaliza cuando se ha realizado su análisis dogmático. Pero la función del jurista no se detiene en el mero conocimiento técnico del contenido de las figuras penales. Su tarea se extiende a la valoración crítica de los textos legales allí donde se aprecien incongruencias intrasistemáticas del tipo y también a consideraciones extrasistemáticas -no estrictamente dentro de las categorías del delito aunque puedan revertir en ellas-, que incluyen la valoración de la norma penal dentro del contexto de la función y límites propios que está llamada a desempeñar esta rama del ordenamiento jurídico que es el Derecho penal. Ello nos situa en el plano de la política criminal.

Como acertadamente expone JESCHECK "La política criminal se ocupa de cómo configurar el Derecho penal de la forma más eficaz posible para que pueda cumplir su tarea de protección de la Sociedad" (1). Por medio de la política criminal obtenemos los criterios necesarios, que una vez transformados en módulos de vigencia jurídica, ayudan a ponderar los límites en los que el juzgador puede desenvolverse para la correcta aplicación de las normas jurídico-penales (2).

Las normas de la parte especial del Código penal requieren ser sometidas a una labor interpretativa, para adaptarlas a las estructuras sociales sobre las que pretenden incidir. Concretamente, y por lo que al desacato se refiere, no puede olvidarse que nos encontramos ante un delito cuya génesis se remonta al Código penal de 1.850, no habiendo sufrido desde 1.870 modificaciones reseñables. Lógicamente la sociedad de mediados del siglo XIX poco o nada tiene que ver con la actual, en consecuencia el ámbito de aplicación y los

límites de este delito no pueden ser idénticos en épocas tan dispares. Por ello debe ponderarse la conveniencia de su mantenimiento tal como pervive en el Código penal, o la posibilidad de que a través de la interpretación el tipo penal pueda cumplir las funciones que en el marco socio-cultural y contexto político actual se muestren acordes con nuevas o distintas necesidades de protección (3).

A continuación vamos a exponer aquellos criterios necesarios para una correcta interpretación y aplicación del delito de desacato. Esta consideraciones de política criminal se estructuran en dos partes diferenciadas. De un lado, aquellas consideraciones que van a desembocar en las propuestas realizadas por un sector de la doctrina penal española partidaria de desincriminar estas conductas por considerar que la especial protección dispensada a las autoridades y funcionarios públicos en general no está justificada en el contexto del actual ordenamiento democrático español.

En segundo lugar se hará referencia a otras posturas menos radicales, mantenidas fundamentalmente por la doctrina italiana, tendentes no ya a la abolición del desacato, sino a la necesaria y urgente reforma de su estructura típica, como medio ineludible para poder adaptar el ámbito típico de esta figura delictiva a las coordenadas sociales que se desprenden de la Constitución, italiana en este caso, pero que son adaptables, apenas sin esfuerzo, a la realidad de la sociedad actual española y a su Constitución.

I. Consideraciones de política criminal. La abolición del delito de desacato.

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 fundamentales necesitados de tutela, ante los ataques más graves dirigidos contra los mismos. Por ello unicamente aquellas conductas que contengan un alto grado de lesividad para un determinado bien, serán objeto de atención por parte del ordenamiento jurídico penal, principio de "ultima ratio".

La primera cuestión que aquí cabe plantearse, una vez puesto de manifiesto que el delito de desacato tutela un bien jurídico diferenciado y no protegido por otros preceptos penales (4), es si éste se encuentra necesitado de protección penal o por el contrario carece de la entidad suficiente como para ser objeto de atención por parte de nuestro Código penal. Esto es, si realmente nos encontramos ante un interés necesitado de tutela. Debemos intentar una aplicación del deito de desacato más ajustada a la realidad y significación actual de la Administración, y a los parámetros fundamentales de los derechos reconocidos constitucionalmente.

Antes de adentrarnos en esta cuestión, es conveniente encuadrar el delito de desacato en el contexto más amplio de los delitos contra la Seguridad interior del Estado, ya que aquí encontramos figuras afines al mismo (5), que ayudarán a ubicar correctamente el nivel

de tutela que se quiere dispensar con esta figura jurídica.

El delito de desacato se configura como el último peldaño dentro de 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. De la sistemática que el propio Código propone en la ordenación de estos delitos, encontramos en primer lugar, en el mismo Título II "Delitos contra la seguridad interior del Estado", en su Capítulo I "Delitos contra el Jefe del Estado, su sucesor, Altos Organismos de la Nación y Forma de Gobierno", en su Sección Primera referente a los delitos cometidos contra el Jefe del Estado y su sucesor, los arts. 146.1, 147 y 148, en los que se recogen conductas que guardan estrecha similitud con el delito de desacato. Así las injurias y amenazas dirigidas al Jefe del Estado (6), o bien contra el sucesor del mismo o el heredero de la Corona (7). Descendiendo en esta pirámide tutelar, en la Sección Segunda "Delitos contra Altos Organismos de la Nación", se ubican las injurias a las Cortes (8) y las dirigidas a alguno de sus miembros durante el ejercicio de su función legislativa, o las efectuadas contra los mismos por la opiniones manifestadas o los votos emitidos en el ejercicio de aquella (9).

Por último en el art. 161 se recogen la injuria, calumnia o amenazas graves, dirigidas al Regente, Gobierno, Consejo General del Poder Judicial, Tribunal Constitucional o contra los Gobiernos de las Comunidades Autónomas.

En principio parece lógico ubicar en el último

peldaño de esta escala que pretende la protección singularizada de determinados órganos, las conductas recogidas en los arts. 240 y siguientes del Código penal, esto es, las injurias, calumnias y amenazas dirigidas contra Ministros, autoridades y restantes funcionarios públicos. Estos se configuran como los últimos escalones de la pirámide que constituyen el conjunto de las Administraciones públicas.

Como se desprende de esta sucinta enunciación legislativa, el legislador pretende dotar de una protección privilegiada a determinados órganos relevantes, relevancia que se deriva de su carácter fundamental en la organización jurídico-política de la sociedad en un Estado de Derecho y democrático.

Retomando el hilo del discurso, la pregunta que en este momento cabe hacerse es si efectivamente esta protección penal debe extenderse a todos y cada uno de los miembros de los órganos institucionales del Estado, incluyendo a los funcionarios públicos en su totalidad, o por el contrario esta tutela privilegiada unicamente 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 injurias o las calumnias son funcionarios públicos; la tutela se dispensaría con base exclusivamente al cargo que ostentan. Un segundo punto de vista lo constituiría, la pretensión de proteger la función que estos sujetos llevan a cabo, así la función pública en general.

En la primera de las hipótesis, y como ya se expuso con anterioridad, no cabe otorgar una mayor tutela penal a unos sujetos por el simple hecho de que se hallen revestidos de la condición de autoridad o de funcionario público, puesto que ello generaría una desigualdad en el trato dispensado respecto a los ciudadanos particulares de difícil justificación (10).

Desde la segunda de las perspectivas, el objeto de tutela sería el necesario respeto a la función pública como condición indispensable para que estos sujetos puedan ejercerla regularmente y sin interrupciones, en definitiva en unas condiciones de dignidad. Interpretación que parece más adecuada por distintos motivos que aquí unicamente vamos a enunciar puesto que ya han sido objeto de análisis con anterioridad (11). En primer lugar, el hecho de que la protección se dirija a la función y no a las personas que la encarnan, consigue obviar el problema que se plantearía de cara al principio de igualdad, puesto que de este modo no nos encontraríamos ante una tutela privilegiada del honor de los funcionarios públicos. Pero existe un segundo argumento de orden sistemático: dada la escala de protección que como hemos visto dispensa el Código penal en este Título II, parece que lo que realmente el legislador quiere tutelar son determinadas Instituciones u organismos de especial relevancia. Se pretende una tutela de la "función" no tanto de los sujetos que la representan. Así, en estos delitos la descripción típica nos habla de las injurias dirigidas contra el Tribunal Supremo, el Constitucional, etc.

En este contexto cabe referirse a dos cuestiones distintas: de un lado, sí, según esta línea de tutela, deberían considerarse como delictivas estas

conductas cuando se dirigen contra cualquier funcionario público, si realmente ante un insulto a un funcionario público se conmueve dicho regular funcionamiento. O de otro lado, si las conductas descritas en los arts. 240 y siguientes son aptas para tutelar dicho bien jurídico. En definitiva 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 respeto debido a la función pública cuando los sujetos afectados son estos últimos.

Es suficiente acudir a la regulación establecida en otros ordenamientos jurídicos continentales para comprobar que países con estables sociedades democráticas [Suiza, Austria, Alemania, países que hemos encuadrado en el denominado modelo germánico (12)] 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 paises los poderes públicos dejan de gozar de la confianza de los ciudadanos.

Luego no parece deducirse la necesidad de protección penal del que se ha dado en denominar "regular funcionamiento de la Administración", al menos desde la configuración actual del delito de desacato. Como acertadamente expresa QUINTERO OLIVARES "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" (13).

A ello puede añadirse que debido a la inmaterialidad del interés tutelado se hace prácticamente indemostrable la indagación de cuándo es conculcado

efectivamente el mismo.

Pero no sólo la caracterización del bien jurídico y su necesidad de tutela plantea problemas en el delito de desacato. También la configuración típica del mismo suscita cuestiones que no pueden obviarse.

Como ya se aludió, la descripción típica del desacato se sustenta en la injuria, calumnia y amenaza (14), elementos normativos que tomados autónomamente conllevan graves problemas de delimitación, y que como elementos conformadores de este delito dan lugar a un ámbito típico difuminado y elástico, en el que podría decirse que "cabe todo". El hecho de que estos delitos conformen el sustrato material del desacato lo hace, en cierto modo, tributario de los mismos. No hay más que pensar en la existencia de un elemento especifico en el tipo subjetivo o "animus".

Es sabido que en los delitos contra el honor se ha exigido, tradicionalmente, la concurrencia de un específico elemento subjetivo para la existencia del tipo subjetivo, el denominado "animus injuriandi". Ello ha traído como consecuencia el que, quizás por mimetismo, dicho elemento subjetivo también se haya visto como necesario en la conformación del tipo subjetivo del delito de desacato, traduciéndose en el mismo como ánimo de ofender el principio de autoridad, en su versión más tradicional, o a la autoridad misma, actualmente.

De esta forma se dificulta, en gran medida, deslindar de forma adecuada el desacato de las figuras que le sirven de sustrato material, dando lugar, se quiera o no, a una "personalización" de aquél, ya que en ocasiones es practicamente imposible distinguir la

ofensa dirigida al sujeto como persona particular de la que se pretende ejecutar contra el sujeto-funcionario como representante de la Administración. A esta confusión ayuda el hecho de que para configurar el injusto de desacato es suficiente que la ofensa se haya llevado a cabo cuando el funcionario se encuentre en el ejercicio de las funciones públicas, independientemente del carácter personal o no que la ofensa o la conminación contengan. No es necesaria la relación funcional -"con ocasión de las funciones"- en la ejecución de la acción, lo será unicamente para los supuestos en que el funcionario o la autoridad se hallen ausentes -esto es, el hecho se ejecute fuera de su presencia- (15).

Si a ello se añaden los problemas que suscitan, por diversos motivos, los conceptos de autoridad y funcionario público, obtenemos como resultado que el ámbito típico del delito de desacato es desmesurado.

La averiguación en determinados supuestos de si un sujeto ostenta o no la categoría de autoridad resulta una labor que se asemeja más al encaje de bolillos que a la labor interpretativa que debe asumir un jurista. El rastreo al que el intérprete se ve obligado en determinados momentos para averiguar si los directores de determinados entes públicos o las Juntas de Gobierno de los Colegios profesionales, por ejemplo, ostentan tal categoría, puede calificarse de extenuante. Pero si ello supone una ardua tarea para el jurista, qué repercusiones no tendrá en el ciudadano particular, que en todo caso puede conocer que la persona a la que se dirige es un sujeto de cierta "notoriedad pública", pero desconocer por completo que ostenta la categoría de autoridad. Mayor confusión produce, si cabe, el hecho de que dada la actual caracterización de

la Administración pública como prestadora de servicios, con la consiguiente necesidad de personas que los atiendan, ha dado lugar a que el número de funcionarios existente sea ingente.

Ello va a ocasionar que el ámbito de aplicación del desacato sea absolutamente desmesurado y produzca, a mi entender, ciertas disfuncionalidades difícilmente justificables. No cabe pensar que es mayor o necesitada de distinta protección penal la ofensa dirigida contra un maestro, que se encuentra en el ejercicio de sus funciones, dependiente del Ministerio de Educación y, en consecuencia, funcionario público, que idéntica conducta llevada a cabo contra un sujeto, también dedicado a la docencia pero que imparte la misma en un centro privado y por ello carente de tal condición. ¿Dónde radica la diferencia? Unicamente en el hecho de que el primero por ostentar tal categoría obtiene una protección privilegiada, quierase o no, de su honor, mientras que el segundo carece de ella. No existe diferencia alguna, no sólo entre las conductas ejecutadas, sino que tampoco se comprende muy bien el distinto interés pretendidamente tutelado.

El hecho de que la descripción típica del delito abarque a todos los funcionarios públicos del Estado desborda hoy día el "telos" normativo con que fue concebido. Aun manteniendo el prestigio de la Administración pública como interés tutelado, dificilmente puede creerse que el insulto, aun grosero o soez, dirigido contra cualquier funcionario pueda hacer peligrar, aunque sea remotamente, el mismo.

Incluso desde una perspectiva funcional o de protección de la función pública, la mencionada acción,

en la inmensa mayoría de las situaciones, no hará peligrar dicho funcionamiento, ya que por alteración del regular funcionamiento de la Administración no cabe entender la paralización momentánea y breve del mismo, sino unicamente aquellas situaciones que conduzcan a un anormal funcionamiento del servicio público.

Existen otros factores que coadyuvan a poner de relieve la incoherencia de este delito en el marco del actual ordenamiento jurídico. No hay más que pensar en la existencia del art. 242, en el que se regulan las injurias y amenazas al Ejército. Como ya se tuvo ocasión de señalar (16), nada más difícil de concebir que la verosimilitud de una amenaza, de las que integran el delito de desacato que es más una perturbación que una causación real de temor, dirigida por un particular contra alguno de los Cuerpos que forman el Ejército español o contra él directamente. La inconsistencia de este tipo como integrante de la categoría de desacato se manifiesta por sí sola.

Tampoco podemos dejar de realizar, aunque sea brevemente, una mención de aquellos supuestos de desacato más frecuentes en la práctica de los Tribunales. No deja de resultar chocante el que la mayoría de procesos que se incoan y de los que tenemos concocimiento a través de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (17), tienen como parte afectada a algún miembro perteneciente al Poder Judicial, y sin embargo la realidad cotidiana ofrece múltiples muestras de ataques, en ocasiones furibundos, dirigidos contra miembros de otros estamentos, concretamente del Poder Ejecutivo y del Legislativo. Estos se ven sometidos, precisamente por la clase de funciones que ejercen, a un mayor grado de crítica por parte de los ciudadanos, llegándose en muchos de

los casos al insulto personal, y sin embargo, 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" (18). En esta misma línea de argumentación 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 (19). No parece acorde con los parámetros existentes que el hecho de insultar o injuriar a una persona, por muy autoridad que sea, acarree como consecuencia inevitable la prisión, esto es, la privación de uno de los derechos fundamentales por excelencia del ser humano, como es la libertad personal.

Y si ello es válido para los miembros del Poder Ejecutivo y Legislativo, no veo por qué no puede hacerse extensivo a las personas que representan al Poder Judicial. Cabría añadir un argumento al respecto: cuando se inicia un proceso por delito de desacato cometido contra un juez, no puede olvidarse que serán los propios miembros del estamento judicial los encargados de juzgar el caso, por lo que, aunque de forma indirecta, se están convirtiendo en jueces y parte al mismo tiempo. Lo que no supone cuestionar la imparcialidad de los mismos a la hora de juzgar, pero si implica la posibilidad, aunque sea remota, de la defensa de ciertos intereses corporativos.

La suma de todos estos motivos es lo que ha conducido a la doctrina española a mostrarse radical con la figura del delito de desacato y pedir la abolición del mismo del catálogo de los punibles por el Código penal.

El motivo central que mueve a la doctrina española a realizar una propuesta tan radical, puede resumirse en que considera que estas conductas "son, en gran medida, incasables con un planteamiento propio de un Estado democrático" (20), sobre todo debido a la dificultad de deslindar adecuadamente este delito de las conductas configuradoras de los delitos contra el honor, lo que permite apuntar la existencia de una "cierta" desigualdad en el trato dispensado a los funcionarios públicos con respecto al resto de ciudadanos. Quizás es por ello por lo que QUINTERO OLIVARES afirma que la supresión del delito de desacato fortalecería la "igualdad democrática entre los españoles" (21).

Generalmente la doctrina considera que la protección que dispensa el Código penal en el Capítulo relativo a los delitos contra el honor junto con la aplicación de la agravente nº 16 del art. 10, ofrece una tutela suficiente tanto a las autoridades como a los funcionarios públicos (22).

De este modo se enlaza con el sistema que hemos denominado "modelo germánico", esto es, la protección no se dispensa a la Administración, no puede defenderse actualmente una tutela del prestigio de las Instituciones dada la dificultad de delimitar este concepto del bien jurídico "honor" como derecho personalísimo. Esta difícil delimitación entre ambos conceptos conlleva el que, en último término, se aproximen de tal modo

que la conciencia, no sólo popular, entienda que se está dispensando una especial tutela, al fin y al cabo tutela privilegiada, al honor de las autoridades y de los funcionarios públicos, consecuencia que sería inaceptable en la actualidad.

Más lógico parece que la protección penal sea idéntica para todas las personas, por lo que a este tema se refiere, independientemente de que se ostente o no la categoría de autoridad o de funcionario público.

II. Propuestas de reforma.

Como ya aludiamos al inicio de estas consideraciones, dos han sido las clases de propuestas que se han efectuado por parte de la doctrina frente al delito de desacato; de un lado, las provenientes de aquellos autores que entienden que la única via de futuro aceptable para éste radica en su desaparición del Código penal; y de otro, aquellas encaminadas a su mantenimiento, pero con sustanciales reformas en su estructura típica. Veamos a continuación esta última propuesta.

La línea que podríamos denominar "reformista" ha tenido especial predicamento en la doctrina italiana. La mayoría de los autores que en los últimos años se han ocupado del tema proponen diversas medidas tendentes a reformar la descripción típica del delito de "oltraggio" de forma que el contenido de injusto del mismo se adecue a la realidad democrática del país (23), puesto que en opinión de alguno de los autores,

el actual contexto histórico-político no propicia una abolición total, a breve plazo del delito, mientras que una reforma del mismo ofrece menores obstáculos (24).

Distintas han sido las clases de reformas que se han propuesto. Unas, inciden básicamente en la penalidad que se otorga al delito; otras hacen referencia a su estructura típica; para finalizar con las propuestas de aquellos autores que hacen especial hincapié en la configuración de las causas de justificación que afectan al "oltraggio".

Por lo que respecta a la penalidad atribuída al delito, la mayoría de los autores sienten la urgente necesidad de atenuar el rigor de las sanciones que corresponden a estas conductas. Los perfiles de esta atenuación son de distinta índole, así, algunos autores como GUERRINI, manifiestan simplemente que la pena con la que sancionar el "oltraggio" debería ser menor que la actual (25); otros, en cambio, especifican que unicamente debería disminuir el mínimo de la misma (26), de esta forma se daría mayor flexibilidad al juez a la hora de establecer la sanción. Mientras que autores como FLORA, entienden que para aquellos supuestos de leve entidad, la pena privativa de libertad debería sustituirse por una pecuniaria, por considerar excesiva la privación de libertad como sanción para tales conductas (27).

Idéntico argumento podría argüirse por lo que respecta a la regulación española. El hecho de que la sanción correspondiente al delito de desacato sea la pena privativa de libertad parece excesivo no sólo desde un punto de vista retributivo, sino también desde los parámetros de la prevención general y especial. No

parece la cárcel el medio más adecuado para "castigar" a aquellos que han cometido un exceso verbal, aunque el mismo se halle dirigido contra una autoridad. Sería de todo punto deseable que, considerando necesaria la represión penal de estas conductas, la pena que les correspondiese no fuese la privativa de libertad. Con una sanción pecuniaria bastaría para cumplir aquellos fines que le son atribuídos al castigo penal.

La mayoría de la doctrina entiende que variar unicamente la pena del delito no sería suficiente, siendo necesaria una revisión en profundidad de la propia **estructura típica**, revisión encaminada a reducir su ámbito de aplicación (28). Dos son los caminos que se proponen en esta reestructuración. De un lado, la necesidad de exigir una conexión entre la acción cometida por el autor y el desempeño de las funciones públicas. La injuria proferida debe encontrarse estrechamente conectada con la función pública. Las acciones que aún siendo ejecutadas en presencia del funcionario público hagan referencia a su vida privada, deberían quedar impunes (29), ya que en estos casos faltaría la afección al bien jurídico protegido por el delito, y se conseguiría restringir el amplio ámbito de aplicación de la norma penal.

Un segundo punto sobre el cual recae la atención de la doctrina es el referente a los sujetos afectados por la conducta típica, o sujetos pasivos inmediatos (30). Al igual que sucede en nuestro país, el número de funcionarios públicos que prestan sus servicios en la Administración es de gran magnitud, siendo por ello necesario limitar la protección penal a dos únicas categorías de sujetos. Por una parte a aquellas personas que desempeñan funciones de especial

relevancia en el organigrama de las Instituciones del Estado. Así, para BRICOLA sólo deberán ser objeto de tutela los miembros pertenecientes a cuerpos políticos, administrativos y judiciales de relevancia constitucional que "ejerciten momentos más significativos de la soberanía", siendo necesaria, como reconoce el propio autor, una ulterior concreción de los mismos (31).

Una segunda categoría de sujetos la constituirían aquellos, que aún no poseyendo la categoría de autoridad, el desempeño de sus funciones les exige un constante contacto con los ciudadanos lo que da lugar a que se propicien mayor número de situaciones conflictivas. Es en este segundo grupo de sujetos donde la realidad demuestra la existencia de mayor número de desacatos (32).

Como se puede comprobar los problemas que afectan a la regulación del delito de "oltraggio" son practicamente idénticos que los que aquejan al desacato. En ambas normas se produce el efecto de ampliación del ámbito típico por vía de la inclusión en el mismo de la categoría de "funcionario público". Las propuestas efectuadas por la doctrina italiana son del todo reconducibles al ordenamiento jurídico español.

Por último, algún autor como PALAZZO, hace especial hincapié en la necesidad de incorporar a la descripción típica la circunstancia de publicidad (33). Cuando la acción llevada a cabo por el sujeto activo se realice con publicidad, será cuando realmente alcance plenitud el desvalor de la conducta, precisamente por la afección real que ello supone para el bien jurídico protegido por el delito de "oltraggio": el prestigio de la Administración pública. Sólo cuando la conducta sea

conocida por terceros éste puede verse afectado. La sola presencia del funcionario público podrá, en todo caso, afectar a su honor personal pero no al prestigio de la Institución que representa.

Para finalizar con estas propuestas de reforma, mencionar la cuestión relativa a las causas de justificación. A este respecto se cree necesario introducir en la regulación del delito de "oltraggio" la eximente prevista en el art. 4 del D.L.L. de 14 de septiembre de 1.944 (34), así como la aplicación de la "exceptio veritatis" al mismo (35). Si con este delito se pretende la tutela del prestigio de la Administración pública, evidentemente éste no se verá reforzado si se oculta la veracidad de las imputaciones o aseveraciones realizadas por un particular, por el contrario, la desconfianza y el recelo que ello generaría en los ciudadanos propiciaría sin lugar a dudas el socavamiento de aquello que precisamente se pretende salvaguardar.

III. A modo de conclusión.

Al igual que sucedió en Italia en la década de los años sesenta (36), también hoy en España se está produciendo un fenómeno que podría denominarse de "ataque en masa" al delito de desacato. Ataque que como hemos tenido ocasión de comprobar no carece de fundamento dadas las carencias estructurales del tipo en cuestión y el anacronismo que representa la punición de estas conductas en el momento histórico actual.

Quizás el desacato pudo tener sentido en una sociedad en cuyas coordenadas histórico-políticas la doctrina penal podía realizar afirmaciones como la que a continuación se transcribe: "Es necesario que haya libertad en la crítica literaria, científica; menos libertad en las ideas políticas y absolutamente ninguna en lo que se refiere a las autoridades y gobernantes. En este último caso no debe permitirse la injuria: o la denuncia concreta de sus delitos, si los cometen, o el silencio" (37). Estas líneas se comentan por sí solas sin necesidad de mayores apostillas.

En la actual sociedad española la pretensión de anular o impedir el derecho de crítica a los poderes públicos que asiste a todo ciudadano es impensable.

Sin embargo, no puede pasarse por alto que las críticas que se han venido efectuando al delito de desacato no son sólo recientes. Ya en la génesis del mismo, el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid ponía de relieve que se había "exagerado el principio de respeto debido à la Autoridad à expensas de otros principios no menos respetables". Para a continuación señalar que es necesario distinguir la clase de persona sobre la que recae la ofensa, es decir, se debería tener en cuenta el rango jerárquico del ofendido puesto que "no causa el mismo escándalo" una conducta dirigida contra un gobernador que contra un alguacil (38). Problema que actualmente constituye una de las piedras de toque fundamentales de este delito y, que como se puede comprobar, se arratra ya desde 1.854.

La pretensión de conseguir mantener el prestigio de las Instituciones a través de la salvaguarda del honor de las personas que las representan, llegando

incluso a restringir el derecho a la crítica del ejercicio de las funciones públicas, en la actualidad es un pretensión falaz. No es el Derecho penal la via más adecuada para ello. Como ya expuso con acierto PADOVANI: "Se necesita tener una idea bien extraña del prestigio de las instituciones y de los órganos que rigen la República, si se piensa que cualquier vulgaridad pueda ponerlos en peligro: sólo un prestigio frágil y precario puede temer la palabra inconexa de un exaltado, destinada, sin embargo, a caer en el vacío y en aislamiento cuando se dirige contra instituciones y órganos que la conciencia social rodea de respeto. Pero si un prestigio sólido y fuerte no necesita de tutela penal, porque ningún desprecio, ninguna denigración pueden en realidad agredir su consistencia, un prestigio frágil y precario no puede fortalecerse con la mordaza impuesta a las censuras más groseras y gratuitas, también utilizables como instrumento de represión menos burdo y gratuito, pero más penetrante e incisivo. Así, no se obtiene el respeto perdido y no se refuerza el prestigio obtenido; se obtiene, como mucho, el silencio." (39). Después de unas palabras tan elocuentes, creo que poco resta por añadir.

La tutela penal dispensada en los arts. 146 y siguientes del Título II, claramente va dirigida a la protección de aquellos órganos de relevancia constitucional fundamentales en la organización del Estado. El hecho de que esta tutela se amplie a todas aquellas personas que mantienen una relación con la Administración, funcionarios públicos, carece de sentido. El insulto dirigido al funcionario público no tiene capacidad suficiente para hacer mella ni en el prestigio de la Administración, ni en su regular funcionamiento. Al fin y al cabo, guste o no, lo único que se consigue es

tutelar privilegiadamente a estos por su condición.

Las Administraciones públicas de acuerdo con el madato constitucional recogido en el art. 103.1 CE, deben "servir con objetividad los intereses generales", y actuar conforme a los principios de eficacia y jerárquía, entre otros, además de con sometimiento a la ley y al Derecho. Es desde esta perspectiva, esto es, desde una actuación eficaz y regular de los servicios públicos, desde la que se consigue el respeto y la confianza de los ciudadanos, precisamente porque ello significa a su vez un respeto hacia los mismos. Una Administración así concebida dificilmente se verá afectada por la crítica o el insulto grosero, que aunque se perpetre, no conseguirá hacer mella en el prestigio y confianza así conseguidos.

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

Al igual que sucede en el ámbito de protección del derecho al honor, en el que el "modelo latino" se caracteriza por una tutela de su apariencia, en contraposición al "modelo germánico" en el que la verdad de la imputación cobra notable relieve; en la tutela que se pretende dispensar con el desacato, quizás por el

mimetismo reiteradamente aludido con estas conductas, parece que se privilegia la apariencia de prestigio como valor entendido en la Administración, sin necesidad de que ésta a través del funcionamiento de sus órganos necesite materializarlo. La interpretación tradicional sobre la inaplicación de la "exceptio veritatis" a este delito, avala lo anteriormente dicho. No importa tanto que la imputación de la comisión de un hecho a un funcionario sea veraz o no, sino que a todo trance se mantenga la apariencia de "prestigio" que el mismo tiene por ser miembro de la organización estatal.

En cierto modo es lógica esta protección de la apariencia de prestigio, no en vano el desacato es heredero directo de los delitos de lesa majestad. La ofensa inferida a uno de los representantes del rey se consideraba ejecutada directamente contra el mismo. Ofender al funcionario público es tanto como ofender al Estado. El hecho de que esta interpretación sea lógica por recoger el espíritu de aquellos delitos en los que tiene su origen, no significa que la misma no sea anacrónica.

El intento de reinterpretar o de conseguir una nueva estructura de la configuración típica de este delito "cuando una palabra del legislador puede crear la regulación deseada y explícita, no es acertado exigir a la aplicación del Derecho el sondeo fatigoso, detenido, laborioso e inseguro en una ley harto imperfecta" (40), por ello nada mejor que una nueva ley que en caso de considerar necesaria la tutela de la autoridad o de los funcionarios públicos, la efectue pero bajo parámetros radicalmente distintos a los ahora vigentes.

Creemos que la protección penal, en todo caso,

debería mantenerse en el sentido propuesto por BRICOLA, a aquellos órganos relevantes constitucionalmente para el funcionamiento de la vida democrática del país y para aquellos funcionarios, que en nuestro Código se conceptuan como agentes de la autoridad, que a causa de la clase de funciones que llevan a cabo, pueden ser más propensos a recibir descalificaciones en el ejercicio de su función. También sería necesario exigir que la ofensa así ejecutada tuviese que tener relación con el ejercicio de la función pública, no siendo típica como desacato aquella motivada por asuntos estrictamente personales.

En todo caso, y sobre todo en estos últimos supuestos, lo que no parece adecuado es que la sanción que se atribuya a esta conducta sea la prisión. Una pena pecuniaria sería más que suficiente para lograr el efecto deseado y compensar el daño causado.

Sin embargo, y dada la deficiente configuración típica de este delito, así como los problemas que plantea la delimitación del bien jurídico a tutelar, con los consiguientes esfuerzos de interpretación a los que obliga al jurista para adaptar una normativa anacrónica al moderno Estado social y democrático de Derecho, nada más conveniente que la descriminalización de estas conductas.

NOTAS AL CAPITULO OCTAVO.

(1) JESCHECK, Tratado, vol.I, p. 29.

(2) Cfr. JESCHECK, Tratado, vol.I, pp. 29 y ss.; ROXIN, Política criminal, p. 77; ZIPF, Introducción, p. 4.

(3) AMELUNG, Rechtsgüterschutz, p. 373.

(4) Vid. Capítulo Tercero.

(5) No puede negarse la afinidad existente entre las conductas recogidas en los arts. 146.1, 147, 148, 156, 157.2 y 3, 158, 161.1 y 162 y el delito de desacato. Es más, cabría afirmar que nos encontramos ante distintas manifestaciones de un género común, que sería propiamente el desacato entendido como la falta de respeto a las personas y órganos en los que se personifica el Estado, y que se manifiesta en diversos tipos, diferenciados por los órganos o por los sujetos sobre los que recae la conducta injurosa, calumniosa o conminatoria.

(6) Art. 147: "Se impondrá la pena de prisión mayor: 1º Al que injuriare o amenazare al Jefe del Estado en su presencia."

(7) Art. 148: "Los delitos previstos en los artículos precedentes de esta sección, cometidos contra el sucesor del Jefe del Estado o el heredero de la Corona serán castigados con las penas que los mismos establecen para cada caso."

(8) Art. 156: "El que injuriare a las Cortes hallándose en sesión, o a alguna de sus comisiones en los actos públicos en que las representen, será castigado con la pena de destierro."

(9) Art. 157: "Incurrirán en la pena de confinamiento: 2º Los que injuriaren o amenazaren gravemente en los mismos actos a algún miembro de las Cortes. 3º

Los que fuera de las sesiones injuriaren o amenazaren gravemente a un miembro de las Cortes por las opiniones manifestadas o por los votos emitidos en el seno de aquéllas."

(10) Vid. supra, Capitulo tercero, III. 3. y VI.E.a.

(11) Vid. supra, Capitulo tercero, VII.

(12) Vid. Capitulo segundo, pp. 126 y siguientes.

(13) QUINTERO OLIVARES, pervivencia, p. 183.

(14) Vid. supra Capítulo cuarto, II.

(15) Vid. supra, Capítulo cuarto, IV. 3.

(16) Vid. Capítulo cuarto, II.5.

(17) QUINTERO OLIVARES, pervivencia, p. 185.

(18) Como ejemplo puede aducirse el reciente caso del conocido periodista José Mª García, quien condenado por un delito de desacato ha sido indultado por el Gobierno a fin de no cumplir los dos meses de arresto a los que había sido sancionado. Este suceso puede resultar arquetípico de lo que hoy día supone el delito de desacato. En primer lugar, quien comete la injuria es un conocido y popular periodista, lo que conduce a que la opinión pública rechace su ingreso en prisión por la comisión de un hecho, reprobable, pero no merecedor de la privación de libertad. En segundo, que aunque la forma empleada por el mismo a la hora de realizar las imputaciones sobre la forma en que fueron gastados determinados fondos públicos, sin lugar a dudas, eran constitutivas de una injuria, pudo comprobarse que las mismas eran ciertas. Lo que hace, en el sentir social, aún más reprobable la condena. La reconducción de la posible calumnia, cuando puede probarse la veracidad de lo imputado, al delito de injuria, con la consiguiente inaplicación de la "exceptio veritatis", conduce a estos

resultados claramente insatisfactorios.

(19) QUERALT, PE, vol.II, p. 642. En el mismo sentido BERDUGO, Honor, p. 90.

(20) QUINTERO OLIVARES, "pervivencia", p. 187.

(21) OCTAVIO DE TOLEDO, "El bien jurídico", p. 133; EL MISMO, "De nuevo", p. 126. En el mismo sentido MORILLAS CUEVA, "El art. 20", pp. 684-85 y 689-90.

(22) Recordar que la regulación actual del delito de "oltraggio" proviene, sin modificaciones sustanciales, del Código Rocco. Código de clara impronta autoritaria.

(23) FLORA, "Il problema", p. 56. Debe tenerse en cuenta que han pasado cerca de quince años desde que FLORA hizo estas afirmaciones. Puede pensarse que quizás hoy el planteamiento a efectuar sea distinto.

(24) GUERRINI, "Osservazioni", p. 143; FLORA, "Il problema", p. 57.

(25) VENTURATI, "In tema", p. 489.

(26) FLORA, "Il problema", p. 57; GOLDONI, "Sulla costituzionalità", p. 110; VENTURATI, "In tema", p.489.

(27) PALAZZO, "Questioni", p. 1.330.

(28) PALAZZO, "Questioni", pp. 1330-31. En el mismo sentido FLORA, "Il problema", pp. 56-57; VENTURATI, "In tema", p. 489.

(29) En denominación de PALAZZO, "Questioni", p. 1.331.

(30) BRICOLA, "Tutela penale", p. 576. En el mismo sentido FLORA, "Il problema", p. 56; PALAZZO,

"Questioni", p. 1.331.

(31) FLORA, "Il problema", p. 56; PALAZZO, "Questioni", p. 1.332.

(32) PALAZZO, "Questioni", p. 1.332.

(33) Vid. Capítulo segundo, IV.4.

(34) ALBAMONTE, "Riflessioni", p. 517; FLORA, "Il problema", p. 57.

(35) PIZZORUSSO, "Attacco", pp. 92-94.

(36) SANCHEZ TEJERINA, PE, T.II, 4ª ed, p. 297.

(37) INFORME, p. 400.

(38) PADOVANI, "Bene giuridico", p. 276.

(39) ZIPF, Introducción, p. 21.

CONCLUSIONES.

I. Los antecedentes del delito de desacato se encuentran entre aquellos que en el Derecho romano se denominaban de Lesa Majestad, y más concretamente en la llamada "iniuria atrox", consistente en la injuria inferida a los magistrados del pueblo romano.

A través de la Recepción del derecho común, esta institución encuentra acomodo tanto en Las Partidas como en la Novísima Recopilación. La protección que en ellas se dispensa a las personas cercanas a la persona del Rey -los Oficiales reales-, o adscritas de algún modo a los diversos y múltiples oficios reales, se escalona en tres estratos en función del grado de lesividad de la conducta. En un primer peldaño, encontramos los supuestos de ataque más graves, que serán incluídos entre los delitos de lesa majestad, consistentes en causar la muerte a los oficales del Rey. En segundo lugar, los supuestos asimilados a los anteriores y que, en consecuencia, se asemejan pero no son delitos de lesa majestad, consistentes en causar deshonra a los mencionados oficiales. Y por último, los casos en que la pena del delito de injuria se ve agravada por dirigirse contra sujetos que ostentan determinados oficios reales (sellador, escribano público...).

II. A partir del periodo de la codificación, el delito de desacato comienza a perfilarse en España en el Código penal de 1.822. Si bien es cierto, que aún no se puede hablar del mismo dada la carencia en la delimitación de sus perfiles específicos por encontrarse la conducta de injuriar a los funcionarios en estrecha relación con las agresiones cometidas contra ellos, no por eso deja de hallarse un embrión del futuro desacato. Aunque el Código penal de 1.848 no lo contempla, será la Reforma de 1.850 la que recoja por primera vez,

ya con autonomía propia este delito, encontrándose su redacción practicamente definitiva en el Código penal de 1.870. Su configuración típica, a partir de esta fecha, apenas ha sufrido variaciones de importancia, pese a la diversidad de los regímenes políticos que han regido la vida de la sociedad española desde entonces hasta la actualidad.

Las únicas reformas que en este delito se han efectuado han ido encaminadas al aumento de la penalidad asignada al mismo en épocas de mayor autoritarismo político y en consecuencia de mayor proteccionismo de los órganos del Estado.

La necesaria protección que cabe dispensar a los órganos que representan la estructura estatal, se extiende, no sólo a aquellas conductas tendentes a lesionar su integridad física, o a protegerlos de determinados ataques que puedan ocasionar un perjuicio al propio funcionamiento del Estado, sino también a protegerlos de aquellas conductas que supongan un ataque al prestigio que como representantes del propio Estado deben poseer, por el mero hecho de serlo. Diferenciándose estas conductas de los delitos contra el honor.

III. Se constata la existencia de dos distintos sistemas jurídicos por lo que respecta a la protección de los funcionarios públicos en cuanto a las ofensas dirigidas contra los mismos.

De un lado el que se denomina modelo latino. En él se integran, además de España, Francia, Italia y Bélgica, como países más representativos, todos ellos herederos directos de la tradición jurídica romana en lo que al Derecho público respecta, y más

concretamente, al Derecho penal.

En sus respectivos Códigos penales se recogen una serie de tipos autónomos -"outrage", "oltraggio"- ubicados entre los Delitos contra la Administración, en los que se incriminan las conductas consistentes en injuriar u ofender a los funcionarios públicos en general. Se dispensa a estos sujetos, en razón de su pertenencia a la organización del Estado, una protección especial y diferenciada de los Delitos contra el honor.

Cabe constatar como características más relevantes de estos países: en primer lugar, la dificultad, puesta de relieve fundamentalmante por la doctrina italiana, de delimitar correctamente el ámbito típico de este delito con las conductas consistentes en la afectación del honor particular de estos sujetos. Ello es debido a que la configuración de ambas clases de delitos -contra el honor y contra la Administración- es practicamente idéntica. Su característica diferenciadora estriba únicamente en los sujetos afectados por la conducta: en un caso particulares, en otro funcionarios públicos.

Ello va a dar lugar a críticas que denuncian la posible colisión con el mandato constitucional de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, puesto que, en definitiva, supone una tutela privilegiada de una clase determinada de personas: los funcionarios públicos.

En segundo lugar, todos ellos se resienten del origen de esta configuración típica: los delitos de lesa majestad. A lo que hay que añadir que en los momentos políticos autoritarios previos a la Segunda

Guerra Mundial, particularmente en Italia con el Código Rocco, la figura del desacato tiende a ser interpretada, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, como una defensa a ultranza del principio de autoridad. La mera expresión crítica hacia los representantes del poder constituído se sanciona con rigor. El delito de desacato se perfila como una útil mordaza frente las posibles críticas que el poder público pueda recibir.

La impronta autoritaria se refleja también en la tradicional exclusión de la aplicación de la figura de la "exceptio veritatis" a este delito, por considerar que la misma sólo desplegará sus efectos en el ámbito de los delitos contra el honor, quedando, por tanto, el desacato fuera de su ámbito de aplicación, dada su ubicación en capítulo distinto.

Sistema radicalmente opuesto es el seguido en los países que integran el llamado **modelo germánico**, entre los que podemos incluir a Suiza, Austria y Alemania. No conciben en sus respectivos ordenamientos jurídicos una figura autónoma equivalente o similar a nuestro delito de desacato.

La doctrina de estos países entiende como tutela privilegiada, y por tanto sin justificación, la incriminación de forma diferenciada de las conductas ofensivas dirigidas contra los representantes de los órganos públicos. Tanto desde la perspectiva del funcionamiento de los órganos públicos, como de la protección del honor que corresponde a cada individuo, se considera improcedente sancionar de forma distinta estas conductas.

No obstante el Código penal alemán, en el

parágrafo 187a recoge una agravación respecto a los tipos comunes de delitos contra el honor (Beleidigung), para aquellos supuestos en que la conducta ofensiva se halle dirigida contra las personas que "toman parte en la vida política del pueblo". Parágrafo que en modo alguno puede resultar equivalente al desacato pues la injuria al funcionario sigue encuadrada en los delitos contra el honor de las personas.

IV. Por lo que respecta al bien jurídico protegido en este delito es necesario resaltar la dificultad de delimitación del mismo, porque independientemente de por cuál de los propuestos se opte en todo caso se trata de intereses de carácter institucional y por tanto inmaterial. Lo que dificulta en gran manera la fijación de un contenido material preciso, necesario para cumplir sus funciones propias a nivel dogmático de interpretación del sentido del precepto, que ayuden a delimitar el alcance y significado de cada elemento típico.

Como punto de partida debe afirmarse que el objeto de protección del delito de desacato es distinto del que subyace en los delitos contra el honor de las personas. La tradición histórica y la distinta ubicación que en el Código penal ha mantenido el legislador para esta clase de delitos avalan esta afirmación.

El entendimiento del sentido y "telos" normativo del desacato varía según el mmento histórico y las circunstancias políticas. Lo cual revela su versatilidad para adaptarse a distintas interpretaciones sobre el objeto de protección, elasticidad derivada de la ausencia de rigor hermeneútico y dogmático en la exigencia de correspondencia entre conducta típica y lesión del bien jurídico. Ello pone de relieve también que los

bienes jurídicos concebidos abstractamente y conectados a valoraciones socio-culturales y políticas pueden ser instrumentalizados rebajando las exigencias de seguridad jurídica o material.

Dada la función crítica del bien jurídico como guía de las decisiones del legislador, debe traducirse en la necesidad de excluir en lo posible como objetos de protección penal, intereses cuya formulación sea etérea y de significación confusa y controvertida.

A) Ha sido el orden público el interés que tradicionalmente se ha venido manteniendo como digno de protección por los artículos 240 y siguientes del Código penal, con base en la tradicional ubicación de esta figura entre los delitos contra el orden público. Orden público que en un primer momento se concibe de forma genérica como equivalente al orden social existente, al orden que es necesario mantener en toda sociedad para su normal desarrollo y convivencia ciudadana.

La amplitud de tal concepto tiene como consecuencia más inmediata el vaciamiento de la figura delictiva objeto de análisis. En primer lugar es discutible que cada vez que se injuria a un funcionario público se vulnere o, al menos, se ponga en peligro la tranquilidad de la sociedad o la normal convivencia entre los ciudadanos. En segundo, la pretensión de tutela de este orden público así entendido no sería exclusiva del delito de desacato, puesto que desde esta perspectiva, todos los delitos suponen, en mayor o menor grado, una alteración del mismo. También la sociedad se siente conmovida y afectada cuando se comete un asesinato, y en cierto modo se altera la convivencia, lo cual no significa que el art. 406 pretenda tutelar, o tenga como

"ratio legis" la tutela del mismo.

A los efectos de intentar reconducir a términos más acordes con las funciones que actualmente se predican del concepto de bien jurídico en la teoría del delito, se ha propuesto un redimensionamiento de este concepto por uno más estricto, entendiendo por orden público, desde esta perspectiva, "la alteración en la tranquilidad de las manifestaciones ciudadanas". Desde esta perspectiva, el orden público se vuelve más concreto y por tanto con una mayor capacidad de delimitación del tipo, postura más acorde con la exigencia de seguridad jurídica.

Sin embargo, ello requeriría ajustar la descripción típica a las conductas idóneas para vulnerar esa "tranquilidad en las manifestaciones colectivas". Los tipos recogidos en los artículos 240 y siguientes, contienen supuestos de hecho mucho más amplios que no toman en cuenta la posible afectación de esa tranquilidad pública.

B) Otro de los intereses propuestos que ha encontrado eco tanto en la doctrina como en la jurisprudencia ha sido el principio de autoridad. La apelación del respeto al principio de autoridad como objeto de protección se utiliza en muchas ocasiones ligado al anterior, como un aspecto relacionado con el orden público. La jurisprudencia acude constantemente a ambos intereses indistintamente, y con frecuencia advocando ambos, para fundamentar la lesividad y necesidad de castigo del desacato. Es obvio que el Estado necesita proteger a sus funcionarios en sus actuaciones frente a los abusos de los ciudadanos, ahora bien, el diseño de Administración que realiza nuestra Constitución, se

basa en la prestación eficaz, coordinada e imparcial de servicios públicos. Por lo que resulta evidente que el papel a jugar por el funcionario público de cara al administrado debe replantearse.

En primer lugar, la Administración en sus relaciones internas presenta una estructura piramidal, en la que debe prevalecer el principio de jerarquía para garantizar el fluído funcionamiento de la misma. Por ello, no es extraño, que esta estructura jerárquica quede emparentada, en cierto modo, con el principio de autoridad. La facultad de mando que asiste al superior jerárquico para imponer determinadas formas de comportamiento es evidente. Sin embargo y, es aquí donde a mi entender se produce una trasposición de planos, esta estructura no es trasladable al ámbito de relaciones que se establece entre funcionarios, en un sentido genérico del término, y administrados. Aquellos, como integrantes del aparato estatal, al que corresponde satisfacer las necesidades de los ciudadanos -prestación de servicios públicos-, se encuentra al servicio de estos, lo cual no implica subordinación ni del funcionario al administrado ni viceversa.

Esta perspectiva de servicio es difícilmente compaginable con la pretensión de tutela del principio de autoridad, sobre todo si es entendido como subordinación pura y simple de los ciudadanos a los representantes del Estado. Por lo que parece al menos disfuncional su pretensión de tutela en este ámbito con los principios generales que deben regir un Estado democrático.

C) Tampoco parece hoy día aceptable acoger como interés merecedor y necesitado de tutela por este delito la dignidad de la función pública.

El término "dignidad" contiene resonancias comunes al concepto "honor" y favorece la confusión con la problemática de estos delitos. Pero dentro del término dignidad, en relación al desacato, hemos de distinguir dos aspectos, la **dignidad personal** del funcionario, y la **dignidad de la función**. Si consideramos la dignidad del funcionario como una especial dignidad personal, esta perspectiva creo debe ser rechazada pues ello supondría una tutela privilegiada con respecto a la dispensada al resto de ciudadanos y de difícil justificación en un Estado que propugna la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley. No existe base alguna para considerar que el desempeño de una determinada profesión, función o servicio, implique mayor grado de esa dignidad humana predicable de toda persona a efectos jurídicos.

En cuanto a la dignidad de la función pública, es difícil precisar qué significa, si no la conectamos al papel que cada Institución pública desempeña. De otra manera queda vacía de contenido y aparece como concepto hueco fácilmente instrumentalizable por intereses de sometimiento, ajenos a la legitimación jurídica de la función pública. La cuestión de la dignidad nos acerca a la problemática de los delitos contra el honor. En ellos se protege el honor de los ciudadanos, concepto de honor que se asienta en la dignidad inherente a toda persona humana. Por ello este concepto de dignidad debería reservarse para las personas físicas, siendo difícilmente aplicable, a efectos jurídicos, a las instituciones y órganos corporativos.

D) Descartados los intereses anteriormente expuestos tendremos que optar por los que serán los bienes jurídicos a tener en cuenta a la hora de

interpretar y delimitar este tipo. En primer lugar el **prestigio** de la Administración, entendiendo por éste el crédito que la misma posee en su relación con los administrados. En segundo, el **regular funcionamiento de la Administración**, propuesta que "a priori" parece adecuarse en mayor medida a los valores que se desprenden de la Constitución española de 1.978.

Bienes jurídicos que en mi opinión no tienen porque ser contrapuestos dado que puede entenderse que la necesidad de protección del primero como elemento indispensable o funcional de cara a posibilitar el regular funcionamiento de las instituciones públicas, siendo éste el fin último de protección pretendido por la norma penal. El prestigio sólo puede concebirse como reconocimiento social de la importancia de esa función de servicio público, en razón a su función de conformidad con los principios de legalidad, transparencia y eficacia, y no el "prestigio" abstracto derivado automáticamente del carácter institucional del cargo. Lo que conduce a una interpretación de los elementos típicos que tenga en cuenta su idoneidad para afectar al prestigio así entendido, o deteriorar al regular funcionamiento.

Para confirmar que este es el bien jurídico protegido, es necesario examinar si la configuración típica del delito lo admite o no. Si puede adaptarse a él.

V. Es necesario resaltar, que el carácter institucional y abstracto del interés protegido, en cuanto carente de sustrato material físico, dificulta hablar de efectiva lesión del bien jurídico. Por ello no son aplicables los conceptos de "lesión y peligro" de bien

jurídico en su configuración tradicional, construída para los delitos de bien jurídico con sustrato físico. Es suficiente poder afirmar la idoneidad de la conducta para menoscabar, conmover o perjudicar el interés protegido, según concepciones socio-culturales, de acuerdo con la experiencia general. Lo que no obsta a que se puedan apreciar distintas intensidades en la afectación posible al bien jurídico en función de la clase de conducta o circunstancias de realización.

VI. Cabe calificar a la descripción típica del delito de desacato, al menos, como de poco afortunada. Poca fortuna que se deriva de diversos factores que pueden reconducirse a dos: en primer lugar, al hecho de que se conforme, básicamente, sobre elementos normativos que por definición deberán ser objeto de valoración lo que conlleva una labilidad en la interpretación de la norma que lógicamente puede afectar al principio de seguridad jurídica. Lo que unido al carácter inmaterial, institucional, del bien jurídico protegido, hace más difícil la fijación de entornos precisos en la delimitación práctica de la conducta típica.

En segundo lugar, se ha de señalar la deficiente técnica legislativa que presentan algunos tipos de desacato, entre los que cabe resaltar la configuración del art. 245, desacato a funcionario público y agente de la autoridad, en el que es notable la ausencia de la calumnia como elemento de la configuración típica, así como del requisito de que los mismos se hallen en el ejercicio de sus funciones como elemento necesario para configurar el injusto típico.

Otro de los factores sobre los que cabe llamar la atención es la ausencia en la descripción típica del

requisito de la presencia de terceros o bien, de la publicidad, como elementos necesarios para configurar el injusto. La mera presencia de la autoridad o del funcionario, sin la concurrencia de terceros, no parece ser el medio más adecuado para poner en peligro el bien jurídico señalado. Esta implica una mayor capacidad de afectar al prestigio de la Administración. En aquellas hipótesis en que la conducta se lleva a cabo por medio de escrito dirigido directamente a la autoridad parece que el grado de lesividad de la conducta es menor que la que produce la publicación de la misma en un diario, aún no encontrándose dirigida directamente a la autoridad. Sin embargo esta hipótesis se halla "privilegiada" desde el punto de vista de la penalidad en el artículo 244, cuando a mi entender afecta en mayor medida al objeto de tutela.

La imputación de haber realizado un hecho delictivo, sobre todo los relacionados específicamente con el ejercicio de la función pública -cohecho, malversación de fondos públicos, ...-, se demuestra como conducta más idónea para conmover el bien jurídico objeto de tutela, en cuanto que se cuestiona la efectiva sumisión a la legalidad de la Administración -de aquí deriva el contenido material de su prestigio-, no tanto de la persona particular encargada de la gestión de los negocios públicos, cuanto el propio prestigio de la Administración, representada en sus funcionarios.

VII. El ámbito de aplicación de la descripción típica se ha visto desbordado por razón del aumento de los posibles sujetos afectados por la conducta. Aquí cabe señalar dos cuestiones estrechamente relacionadas entre sí, pero de distinto carácter: en primer lugar la que hace referencia al número mismo de sujetos

afectados por las acciones ofensivas o conminatorias; y, en segundo, la referente a la importancia o clase de funciones que los mismos llevan a cabo.

Es 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 pocas décadas. Si a esta situación unimos que el actual modelo de Estado se caracteriza por la asunción de una serie de servicios que según concepciones tradicionales se entendían como privados -sanidad, enseñanza...-. Se amplia de tal modo el ámbito típico del delito que puede cuestionarse si realmente en la mayoría de situaciones que teóricamente pueden encuadrarse como desacato se produce una auténtica afectación al bien jurídico. Afectación que en todo caso sería tan remota que político-criminalmente sería innecesaria la sanción penal para estos supuestos, sin olvidar la ineludible referencia al principio de "ultima ratio".

Sumados los factores aludidos se obtiene como resultado un quebrantamiento del "telos" normativo bajo el cual fue concebida la norma. Si tradicionalmente se ha querido dispensar una especial protección a los sujetos que se hallan ligados al poder por ostentar la representación del Estado, entra dentro del campo de lo plausible, el que la protección penal se dispense a aquellas personas cuya relación con la fuente de poder sea más cercana. Sin embargo, cuando los ámbitos en que la Administración desarrolla sus funciones dejan de estar delimitados con las funciones características o propias de los entes privados, a lo que se añade que para llevar a cabo esta labor "asistencial" son necesarios cada vez mayor número de funcionarios, estos se

encuentran cada vez más distanciados de los que originariamente se consideraban sujetos cercanos al poder, lo que supone una involución valorativa en la aplicación del tipo. Y hoy hablaríamos del "poder" democráticamente constituido, y de las instituciones básicas para el funcionamiento social basado en principios de seguridad jurídica, legalidad y control jurídico, desde parámetros de una configuración política democrática.

IX. En cuanto al ámbito subjetivo como cofundamentador del injusto típico de los artículos 240 y siguientes, se deduce que únicamente cabe la comisión dolosa de este delito. Conceptualmente es posible admitir las hipótesis de comisión culposa, sin embargo las mismas carecen de virtualidad lesiva respecto al objeto de tutela, a lo que habría que añadir que político criminalmente parece desaconsejable su punición.

Por lo que respecta a los elementos subjetivos especiales del injusto, creo necesario decantarse por el rechazo de la exigencia de un elemento subjetivo especial del injusto como sería el "animus iniuriandi". En primer lugar, porque su extensión al delito de desacato más bien parece provenir del hecho de que la descripción típica de éste se configura, básicamente, con base en los Delitos contra el honor, delitos en los que tradicionalmente se ha venido exigiendo el mencionado "animus". Debido a ello, cuando se predica del desacato la necesaria existencia de un elemento subjetivo específico, se olvida que la conducta típica viene integrada también por la amenaza. No parece lógico que tal elemento sea sólo predicable de una parte de los elementos que constituyen el tipo objetivo y la extensión del mismo a la amenaza resulta realmente forzada.

Además, cuando se quiere dotar de contenido material a este "animus", se viene explicitando que el mismo consiste en la especial disposición anímica del autor para menospreciar a los sujetos en que encarna la función pública. Pues bien, esta especial disposición anímica coincide plenamente con el contenido propio y específico del dolo. Así, cuando el particular injuria a una autoridad que se encuentra en el ejercicio de sus funciones, el contenido de su acción, para poder ser calificada como dolosaó debe abarcar en su momento intelectivo cada uno de los elementos típicos: en resumen, que sea consciente que su conducta implica menosprecio o vejamen hacia un sujeto constituído en autoridad mientras ejercita las funciones propias de su cargo.

X. El problema de la aplicación de la figura de la "exceptio veritatis" al delito de desacato debe resolverse en sentido afirmativo, pues de lo contrario esta figura quedaría vacia de contenido.

La ubicación correcta de la problemática que representa la colisión entre el derecho de libertad de expresión, en el que se encuadraría la crítica ejercida por los ciudadanos sobre los poderes públicos y sus representantes, y el prestigio de la Administración, debe encuadrarse en el campo de la antijuridicidad, en el ámbito de las causas de justificación a través del ejercicio legítimo de un derecho, y no en el ámbito del tipo subjetivo, a través de la concurrencia o no del "animus" de desacatar, como tradicionalmenete se ha venido haciendo en la resolución de esta problemática.

Como límites legítimos del derecho de libre información y expresión se reconocen tanto el deber de veracidad entendida la verdad como verdad subjetiva,

esto es, la actitud que el sujeto muestra hacia ella, que se traduce en la realización de una investigación mínima para averiguar si aquello que piensa imputar es cierto o no. En segundo lugar, el respeto a la dignidad de la persona, lo que a su vez se traduce en los modos y formas que el sujeto emplea para expresar sus juicios tanto de valor, como las imputaciones de hecho.

A estos dos límites a la libertad de expresión hemos de añadir la necesaria distinción entre el ámbito de lo privado y lo público. El hecho de ejercer funciones públicas implica un mayor riesgo de ser objeto de las críticas en razón del necesario control y exigencia de adecuación normativa y por los componentes políticos de gran parte de las decisiones administrativas. Esta mayor exposición a la crítica en modo alguno puede significar tener que soportar vejaciones que afecten a la dignidad personal, pero si imputaciones de determinados hechos que afecten al ejercicio de la función pública aunque estas vayan unidas a imprecaciones de caracter insultante o afrentoso. El interés privado debe ceder en estos supuestos al público, siempre desde la óptica del ámbito típico del delito de desacato.

Para la resolución del conflicto planteado con el derecho de libertad de expresión no puede olvidarse que el prestigio de la Administración, aún siendo entendido como presupuesto necesario para posibilitar el correcto funcionamiento de la misma, es un interés que no está expresamente reconocido en la Constitución, lo cual no implica que siempre y en todo caso se deba considerar prevalente la libertad de expresión, pues la necesidad de respeto, como contenido mínimo indispensable de la dignidad de las personas, puede y debe prevalecer en aquellas ocasiones en que la imputación verse

sobre valoraciones cuyo contenido menoscabe la misma. En los casos en que la imputación verse sobre hechos que afecten al ejercicio de la función pública y vayan acompañados de valoraciones que puedan menoscabar el honor personal del sujeto, la solución no será fácil, pero pienso debe prevalecer el interés en la transparencia de la gestión de los asuntos públicos como principio mínimo de un Estado que se denomine democrático, con lo cual primará la investigación sobre la veracidad o no de las mismas.

XI. El delito de desacato es un delito de propia mano dado que la ejecución del mismo exige la realización personal, corporal, del autor. Lo que conceptualmente supone la exclusión de la autoría mediata, como forma de autoría.

Por lo que respecta a las formas de participación, son admisibles tanto la inducción como la complicidad. La admisibilidad de la figura del auxiliador necesario presenta problemas puesto que la ayuda que pueda prestarse al autor nunca será de tal entidad, independientemente del criterio que se siga para calibrar el grado de necesidad de la misma, como para configurar esta forma de participación. Unicamente en los supuestos de persona que facilita la publicación o difusión del escrito ofensivo o conminatorio, podría dar lugar a esta figura, sin embargo la regulación legal explicitada en los arts. 13 y 15 del Cp, parece imposibilitar, "a priori", esta solución.

La responsabilidad que se deriva de los mencionados artículos genera, según una interpretación tradicional, una responsabilidad objetiva, que puede paliarse en el sentido de que tanto los directores como los

editores o el impresor, únicamente incurrirán en responsabilidad criminal cuando pueda predicarse de ellos alguna de las formas de participación reguladas en el art. 14.

Por lo que se refiere a la consumación del desacato, como regla general puede afirmarse que el mismo se consuma cuando la ofensa o la amenaza llegan a conocimiento de la autoridad o del funcionario público. Sin embargo en el supuesto recogido en el art. 244 -cuando la acción se ejecuta fuera de la presencia de la autoridad o en escrito no dirigido a la misma- será suficiente para la perfección del hecho que éste llegue a conocimiento de terceros.

En cuanto a las formas imperfectas de ejecución -tentativa y frustración- únicamente son factibles en aquellos supuestos en que la conducta se haya ejecutado por escrito. Son inadmisibles en las hipótesis en que el delito se ejecuta por medio de expresión oral, ya que aquí éste se perfecciona en el mismo instante en que la ofensa o la conminación se realizan.

XII. En cuanto a la penalidad atribuída a las distintas clases de desacato, resulta chocante la equiparación de la misma en las distintas formas de ejecución del delito. Parece lógico admitir que el hecho de insultar a una autoridad o a un funcionario público, implica un grado de lesividad menor respecto al objeto de tutela que si la acción consiste en una calumnia.

Por otra parte, también es reseñable la disfunción existente entre las penas atribuídas a los delitos contra el honor comparadas con las correspondientes a los supuestos de desacato. En algunas hipótesis

aquellas conductas reciben mayor sanción penal que estos últimos.

XIII. En cuanto al concurso de leyes no parece procedente la afirmación de que el delito de desacato se halle en relación de especialidad respecto a los delitos contra el honor y la libertad. Y ello porque entre estas especies delictivas no existe el nexo común de identidad de bien jurídico que la relación de especialidad exigiría. Si ésta se basa en el hecho de la existencia de una norma penal que recoge con mayor precisión el desvalor de una determinada conducta, en detrimento de una aparente concurrencia de otra norma general que abarca sólo parcialmente el desvalor que conlleva la ejecución de esa conducta, ello supondría como consecuencia lógica, un sustrato común, comunidad que debería venir dada por el interés protegido por ambas normas. Sin embargo en estos supuestos esta identidad es inexistente.

En cuanto a la existencia de una relación de subsidiariedad entre las distintas normas en juego, tampoco cabe hablar de concurso de leyes en relación al desacato. Sin embargo es necesario realizar alguna matización al respecto. Cuando la conducta ofensiva o conminatoria guarda una estrecha relación con la función pública, esto es, viene motivada por el ejercicio de la misma, y suponiendo ley primaria la recogida en los arts. 240 y siguientes del Código penal, no cabe pretender aplicar como ley subsidiaria, en caso de ausencia de alguno de los elementos de la descripción típica, la que regula los delitos contra el honor o la libertad. Y ello porque la conducta se basa única y exclusivamente en la relación existente con la función pública sin que el autor pretenda referirse al

funcionario o a la autoridad como sujeto paricular.

Ahora bien, no cabe ocultar la existencia de hipótesis en las que a la ofensa, llamemosla "profesional", se le añade una que posea carácter estrictamente personal. Para poder hablar en estos supuestos de subsidiariedad tácita tendría que partirse bien de considerar al delito de desacto como un delito pluriofensivo, bien de entender que lo protegido por el mismo es el honor del funcionario público. Ambas posibilidades han sido descartadas. La solución a este problema vendría dada por la vía del concurso de delitos y no de leyes.

A similar planteamiento nos conduce la relación de consunción. Aquí, en contraposición a los supuestos anteriores, la valoración debe realizarse desde un plano concreto y no abstracto. Nos encontramos ante un criterio valorativo más próximo al concurso de delitos. Lo fundamental es la valoración de la entidad de la lesión que significa el hecho que puede ser consumido, o el interés que se protege en el precepto, en comparación con el precepto más grave.

En aquellas hipótesis en que la conducta llevada a cabo por el autor contengan un doble contendido desvalorativo que por un lado afecte a la Administración, pero a su vez suponga una afectación de entidad al honor personal del funcionario, puede plantearse la existencia de un concurso de delitos.

Si la realización de estas acciones se lleva a cabo por medio de varios hechos separados espacio-temporalmente, lógicamente no cabrá obstáculo alguno para afirmar que nos hallamos ante un concurso real de delitos.

Ahora bien, cuando la acción cometida pueda calificarse de única ¿cabe hablar de concurso ideal?. En mi opinión habría que distinguir dos hipótesis distintas. De un lado, aquellas en que la conducta ofensiva o conminatoria es estrictamente privada sólo que debido a la configuración típica del delito basta con que el funcionario público se halle en el ejercicio de sus funcionales para que la acción constituya delito de desacato. En estos supuestos la solución es ciertamente vidriosa pero pueden apuntarse algunos criterios en función de la clase de sujeto afectados por la conducta.

Cuando la persona afectada es una autoridad o un Ministro, caracterizados por la mayor relevancia de sus funciones obtenemos que debido al cargo que ocupan el ámbito de lo "privado" se encuentra en ellos ciertamente más limitado que en los restantes sujetos. Desde esta perspectiva puede suceder que la imputación o la ofensa realizadas, aún siendo de carácter eminentemente privado repercuta en el ámbito público.

Sin embargo, cuando el destinatario de la conducta es un funcionario público cuya relación, en el organigrama de la función pública, con el centro de toma de decisiones relevantes para la vida pública se encuentra ciertamente alejado, creo debería admitirse la posibilidad del concurso ideal de delitos, dado que en estas hipótesis se está afectando unicamente el honor personal del sujeto y no hay afectación del prestigio de la Administración. Es más lo deseable en estos supuestos sería la inadmisión del desacato por falta de afectación al bien jurídico protegido.

La segunda clase de supuestos son aquellos en

que la conducta posee un doble contenido desvalorativo, haciendo referencia tanto a aspectos que afectan al prestigio de la Administración pública como a aspectos personales de la vida privada del funcionario público. Aquí, cuando la ofensa personal sea de leve entidad nos encontraremos ante un delito de desacto quedando excluída la posibilidad del condurso ideal dado que el desvalor de la conducta de carácter personal no alcanzaría entidad suficiente quedando consumida por la afectación al prestigio de la Administración.

Sin embargo cuando la referencia a lo "público" y a lo "privado" sean de igual entidad, habrá que distinguir en función de la persona afectada. Si quien recibe la ofensa es una autoridad o un Ministro, estas personas, en razón del cargo que ocupan, encuentran la protección de su derecho al honor debilitada en aras a la preservación del derecho de libertad de expresión, dado precisamente su carácter público y lo relevante de las funciones que llevan a cabo. Será precisamente, por esta segunda característica por lo que, en determinados supuestos obtenga prevalencia la conducta ejecutada contra la Administración pública sobre la de carácter privado.

En cuanto a los funcionario públicos como personas afectadas por esta conducta, no podemos olvidar que su relevancia pública se ve notablemente disminuída si la comparamos con la de los sujetos constituídos en autoridad, luego el razonamiento basado en la constricción de su derecho al honor a unos límites más estrechos que los aplicables a los restantes ciudadanos, no tendría fundamento.

En estas hipótesis es necesario calibrar si el

daño personal causado al sujeto puede ser de tanta relevancia como el efectuado contra el prestigio de la Administración, por lo que al tratarse de dos bienes jurídicos distintos, tutelados en dos normas jurídicas diferenciadas y habiendo sido afectados por una sola acción, cabría afirmar la existencia de un concurso ideal de delitos.

XIV. 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. Es desde esta perspectiva, esto es, desde una actuación eficaz y regular de los servicios públicos, desde la que se consigue 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 el insulto grosero, que aunque se perpetre, no conseguirá hacer mella en el prestigio y confianza así conseguidos.

No deja de resultar curioso que para la pretendida tutela del prestigio o 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 de otras conductas como la malversación de fondos públicos, corrupción, fraude en las subvenciones... cuya realización no sólo evidencia un irregular funcionamiento de los servicios públicos, sino que su falta de persecución puede acarrear un grave descrédito a aquellas administraciones que las consienten.

Al igual que sucede en el ámbito de protección del derecho al honor, en el que el "modelo latino" se caracteriza por una tutela de su apariencia, en contraposición al "modelo germánico" en el que la verdad de la imputación cobra notable relieve; en la tutela que se pretende dispensar con el desacato, quizás por el mimetismo reiteradamente aludido con estas conductas, parece que se privilegia la apariencia de prestigio como valor entendido en la Administración, sin necesidad de que ésta a través del funcionamiento de sus órganos necesite materializarlo. La interpretación tradicional sobre la inaplicación de la "exceptio veritatis" a este delito, avala lo anteriormente dicho. No importa tanto que la imputación de la comisión de un hecho a un funcionario sea veraz o no, sino que a todo trance se mantenga la apariencia de "prestigio" que el mismo tiene por ser miembro de la organización estatal.

En cierto modo es lógica esta protección de la apariencia de prestigio, no en vano el desacato es heredero directo de los delitos de lesa majestad. La ofensa inferida a uno de los representantes del rey se consideraba ejecutada directamente contra el mismo. Ofender al funcionario público es tanto como ofender al Estado. El hecho de que esta interpretación sea lógica por recoger el espíritu de aquellos delitos en los que tiene su origen, no significa que la misma no sea anacrónica.

Dadas las deficiencias técnicas que presenta la regulación de este delito y el anacronismo de su interpretación, nada mejor que una nueva ley que en caso de considerar necesaria la tutela de este prestigio de la Administración encarnado en la autoridad o en los funcionarios públicos, la efectue pero bajo parámetros radicalmente distintos a los ahora vigentes.

Creemos que la protección penal, en todo caso, debería mantenerse para aquellos órganos constitucionalmente relevantes para el funcionamiento de la vida democrática del país y para aquellos funcionarios, que en nuestro Código se conceptuan como agentes de la autoridad, que a causa de la clase de funciones que llevan a cabo, pueden ser más propensos a recibir descalificaciones en el ejercicio de su función. También sería necesario exigir que la ofensa así ejecutada tuviese que tener relación con el ejercicio de la función pública, no siendo típica como desacato aquella motivada por asuntos estrictamente personales.

En todo caso, y sobre todo en estos últimos supuestos, lo que no parece adecuado es que la sanción que se atribuya a esta conducta sea la pena privativa de libertad. Una pena pecuniaria sería suficiente para lograr el efecto deseado y compensar el daño causado.

Sin embargo, los esfuerzos de interpretación a los que obliga al jurista esta normativa, para adaptarla a los valores propugnados por el actual Estado social y democrático de Derecho, a lo que se añade la deficiente configuración típica de este delito, así como los problemas que plantea la delimitación del bien jurídico a tutelar, hacen plausible la conveniencia de la descriminalización de estas conductas.

ABREVIATURAS

AnDerPen	Anuario de Derecho penal y Ciencias penales.
ArchPen	Archivio penale.
CPC	Cuadernos de política criminal.
CE	Constitución española.
CI	Constitución italiana.
EncJur	Enciclopedia Jurídica SEIX.
GiustPen	Giustizia Penale.
JC	Jurisprudencia Criminal.
RAP	Revista de Administración pública.
REDC	Revista española de Derecho Constitucional.
REP	Revista de Estudios Penitenciarios.
RevFacDerUnivComp	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense.
RevGenLegJur	Revista General de Legislación y Jurisprudencia.
RevJurCat	Revista Jurídica de Cataluña.
RevScienCrim	Revue des Sciences Criminelles et de Droit Penal Comparé
RivItDirProcPen	Rivista Italiana di Diritto e Procedura penale.

RivPen	Rivista penale.
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

BIBLIOGRAFIA

A continuación se ofrece la lista bibliográfica de las obras citadas en este trabajo. Se subraya en cada título la palabra o palabras que se utilizan como referencia en las citas efectuadas a lo largo del trabajo.

A.A.V.V.: ¿Qué es difamar? Libelo contra la Ley del Libelo. Madrid, 1987.

AGUILA BURGOS, Francisco del: "Desacato, delitos contra la Autoridad y sus agentes". RevGenLegJur, T. LV, 1.879, pp. 272-276.

ALBAMONTE, Adalberto: "Alcune riflessioni in tema di oltraggio a Pubblico Ufficiale". La Giustizia penale, 1.973, II, pp. 513-518.

ALONSO ALAMO, Mercedes: "Protección penal del honor. Sentido actual y límites constitucionales". AnDerPen (1.983), pp. 127-152.

ALONSO y ALONSO, José Manuel: "De la vigencia y aplicación del Código penal de 1.822". REP 11 (1.946), pp. 2-15.

ALVAREZ CID, José y Teófilo: El Código penal de 1.870. Córdoba, 1.908.

ALVAREZ GARCIA, Francisco Javier: "Contribución al estudio sobre la aplicación del código penal de 1.822". CPC (5), 1.978, pp. 229-235.

AMELUNG, Kunt: Rechtsgüterschutz und Schutz der Gessellschaft. Frankfurt, 1.972.

ANGIONI, Francesco: Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico. Milan, 1.983.

ANTEPROYECTO de Reforma del Código penal de 1.870 que eleva al Gobierno la Comisión Jurídica Asesora.

Madrid, 1.931.

ANTEQUERA, José María: La codificación moderna en España. Madrid, 1.886.

ANTOLISEI, Francesco: "Il problema del bene giuridico". Scritti di Diritto penale, Milano, 1.955. pp. 97-128.

Manuale di Diritto penale. Parte speciale, T.II. Milano, 1.982. (8ª ed.) puesta al día por L. CONTI.

ANTON ONECA, José: "Historia del Código penal de 1.822". AnDerPen (1.965), pp. 263-278.

"El Código penal de 1.848 y Dn. Joaquín Francisco Pacheco". AnDerPen (1.965), pp. 473-495.

"El Código penal de 1.870". AnDerPen (1.970), pp. 229-251.

"La generación española de la política criminal". Libro homenaje a Jiménez de Asúa. Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía. Buenos Aires, 1.970, pp. 337-348.

"Los antecedentes del nuevo Código penal". RevGen LegJur 154 (1.929), pp. 50-61.

ARTZ, Günther: Der Strafrechtsliche Schutz der Intimisthäre von Zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz aus betrachtet. Tübingen, 1.970.

ASUA BATARRITA, Adela: La reincidencia. Su evolución legal, doctrinal y jurisprudencial en los códigos penales del siglo XIX. Bilbao, 1.982.

La tutela jurídica del honor. Consideraciones político criminales en relación a la L.O. 1/1.982. Estudios penales en memoria del Prof. Agustín Fernández Albor. Santiago de Compostela, 1.989, pp. 23-44.

BACIGALUPO, Enrique: "Colisión de derechos fundamentales y justificación en el delito de injuria".

REDC 20 (1.987), pp. 83-98.

BAJO FERNANDEZ, Miguel: "Protección del honor y de la intimidad". Comentarios a la legislación penal, T.I. Madrid, 1.982, pp. 97-126.

Manual de Derecho penal (Parte Especial), T.III, Madrid, 1.989.

BARATTA, Alessandro: Positivismo giuridico e Scienza del Diritto penale. Milano, 1.966.

BARBERO SANTOS, Marino: Política y derecho penal en España. Madrid, 1.977.

BARCELLONA, Pietro, HART, Dieter y MÜCKENBERGER, Ulrich: La formación del jurista. (Capitalismo monopolístico y cultura jurídica). Traducido por LASARTE, Carlos. Madrid, 1977.

BATTAGLINI, Giulio: "Il bene dell'onore e la sua tutela penale". RivPen (1.961), pp. 245-274.

BELLO LANDROVE, Federico: "Infracciones contra el honor: algunas cuestiones relevantes". RevGenLegJur 5 (1.986), pp. 707-736.

BERDUGO, Ignacio: "Revisión del contenido del bien jurídico honor". AnDerPen (1.984), pp. 305-317.

Honor y libertad de expresión. Madrid, 1.987.

BLIN/CHAVANNE/DRAGO/BOINET: Droit de la presse. Paris, 1.988.

BOIX, Javier: Consideraciones sobre la protección penal de la intimidad y el honor y la informática. Informatica e Diritto, nº 2. 1.983, pp. 33-41.

BOUCHERON, Jean: "Outrage". Encyclopédie DALLOZ.

BRICOLA, Franco: "Tutela penale della Pubblica Amministrazione e principi costituzionali". Temi, 1968, pp. 563-582.

"Teoria generale del reato". Novissimo Digesto Italiano, vol.XIX, 1.973.

"Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2º e 3º della Costituzione rivisato alla fine degli anni 70". La Questione criminale, nº 2-3, 1.980, pp. 179-275.

"La riscoperta delle pene private nell'ottica del penalista". Politica del Diritto, 1, 1.985, pp. 71-94.

BUSTOS, Juan: Manual de Derecho penal. Parte especial. Barcelona, 1.986.

Manual de Derecho Penal. Parte general. Barcelona, 1.984.

CABALLERO GEA, José Alfredo: Derecho penal: problemática judicial.Síntesis y ordenación de las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales; doctrina de la Fiscalía General del Estado. Pamplona, 1985.

CABELLO MOHEDANO, Francisco: "El artículo 20.1 de la Constitución: ¿Una nueva configuración de la 'exceptio veritatis'?. Poder Judicial 8 (1.987), pp. 35-45.

CANDIL JIMENEZ, Francisco: Dn. Joaquín Francisco Pacheco, observaciones sobre su colaboración en la redacción del Cp de 1.848. Sevilla, 1.973.

CARBONELL, Juan Carlos: La justificación penal. Fundamento, naturaleza y fuentes. Madrid, 1.982.

CARDENAS, Francisco de: "El Derecho Moderno". Revista de Jurisprudencia y Administración, T.IX. Madrid, 1.850.

CARRARA, Francesco: Programma del Corso di diritto criminale. Parte speciale, vol. VII, (5º ed.).

Lucca, 1.889.

Programma del Corso di Diritto criminale. Parte Generale. vol.I, (6ª ed). Prato, 1.886.

CASABO RUIZ, José Ramón: El Código penal de 1.822. Valencia, 1.968.

"La aplicación del Código penal de 1.822". AnDerPen (1.979), pp. 333-344.

"Introducción al estudio de los delitos de los funcionarios en el ejercicio de sus cargos". Estudios Penales, 1.979, pp. 173-198.

CASTAN VAZQUEZ, José María: "La protección al honor en el Derecho español". RevGenLegJur (1.957), pp. 25-42.

CASTEJON, Federico: "Génesis y breve comentario del Código penal de 23 de diciembre de 1.944". RevGralLegJur, T. 177, 1.945, pp. 170-181; 327-346; 457-477, 634-657; T. 178, pp. 142-157; 464-486.

Derecho penal. T.I, Criminología general y Especial. Madrid, 1.931.

CASTRO Y OROZCO, José y ORTIZ DE ZUÑIGA, Manuel: Código penal explicado, para la común inteligencia y fácil aplicación de sus disposiciones. Granada,1.848.

CEREZO MIR, José: "Los delitos de atentado propio, resistencia y desobediencia". REP 173 (1.966), pp. 319-372.

Curso de Derecho penal español. (3ª ed). Madrid, 1985.

CHAUVEAU/HéLIE: Théorie du code pénal. T.I. Bruxelles, 1.863. (2ª ed.)

COBO DEL ROSAL, Manuel: "Exámen crítico del pfo. 3º del art. 119 del Cp español". RevGenLegJur (1.962), pp. 213-255.

COBO DEL ROSAL/VIVES ANTON: Derecho penal. Parte general. (2ª Ed), Valencia, 1.987.

COBO DEL ROSAL/VIVES ANTON/BOIX REIG/ORTS/CARBONELL: Derecho penal. Parte Especial. (2ª ed). Valencia, 1.988.

CODAGNONE, Mario: "Sul pubblico ufficiale e sul funzionario di fatto". La Giustizia Penale, 1.964, II, pp. 294-300.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido: Encubrimiento y receptación. Barcelona, 1.955.

CONMEMORACION: Conmemoración del centenario de la Ley provisional sobre organización del poder judicial y del código penal de 1.870. Madrid, 1.970.

CORDOBA RODA, Juan: Comentarios al Código Penal, T. I, II y III. Barcelona, 1978.

"Die Regeglung der fahr lässigkeit im Spanischen Strafrecht". En ZSTrW, T. 81, 1.969, pp. 425-440.

CORZO, Antonio: Código Penal Reformado, Madrid, 1850.

CRESPI, Alberto: "Sulla nozione di atto arbitrario e della discrezionalità dell'atto in particolare". RivItDirPen (1949), pp. 487-494.

"L'atto arbitrario del pubblico uficialle quale causa di liceità della reazione del privato". RivItDirPen, 1948, nº 4-6, pp. 301-321.

CUELLO CALON, Eugenio: "El proyecto de Código penal español preparado por la Sección 3ª. de la Comisión general de Codificación". RevGenLegJur T. 152, nº3, 1928, pp. 257-278.

El nuevo Código penal español. (Exposición y comentario). Barcelona, 1930.

Derecho Penal. Parte Especial, T. II, (2ª ed). Barcelona, 1941.

Derecho Penal. C orme al Código penal, texto refundido de 1944. Parte Especial. T. II. (11ª ed). Barcelona, 1961.

Derecho Penal. Parte Especial. T. II, vol. I y II. Revisado y puesto al día por CAMARGO HERNANDEZ, César. Barcelona, 1980. (14ª ed.)

CUELLO CONTRERAS, Joaquín: "Análisis de un informe anónimo aparecido en Sevilla sobre el Proyecto de CP de 1822". AnDerPen (1977), pp. 83-110.

CHAVANE, Albert: "Réflexions sur l'article R. 40.2 du Code pénal (outrages non publics enverts un citoyen chargé d'un ministére de service public)". RevScienCrim (1966), pp. 321-322.

CHINCHILLA MARIN, Carmen: "Derecho de información, libertad de empresa informativa y opinión pública libre". Poder Judicial (1986), pp. 61-73.

DALCKE/FUHRMANN/SCHÄFER : Strafrecht und Strafverfahren. Berlin, 1961. (37ª ed.).

DE MIGUEL GARCIA, Pedro: "El concepto de autoridad en nuestro ordenamiento jurídico", en Homenaje a López Rodó, vol. I. Madrid, 1.972.

DE SANCTIS, Italo: L'onore come oggetto della tutela penale nel delitto di oltraggio. Pozzuoli (Napoli), 1968.

DE VALLES, A.: Teoria giuridica della organizzazione dello Stato. Vol. I. Lo Stato - Gli uffici, Padova, 1931.

DIAZ PALOS, Fernando: "Injurias". NEJ XII (1965), pp. 627 y ss.

"Calumnia". NEJ III (1951), pp. 584-595.

DICTAMEN emitido por el Fiscal de la Audiencia de Valencia Don Ricardo Díaz de Rueda, en el incidente

sobre excarcelación de Dn. Félix Zarranz, director del periodico La Verdad. RevGenLegJur T. XXXV, 1869, pp. 404-406.

DORADO MONTERO, Pedro: "Código penal de 1870". EncJur VI, 586 y ss.

DREHER, Eduard/TRöNDLE,Herbert: Strafgesetzbuch und Nebengesetze. München, 1988. (44º Auflage).

ENTRENA CUESTA, Rafael: Curso de Derecho Administrativo. Vol 1/1. (9ª ed). Madrid, 1986. Vol 1/2 (8ª ed). Madrid, 1985.

FARRE TREPAT, Elena: La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia. Barcelona, 1.986.

FERNANDEZ MIRANDA, Torcuato: "Autoridad". NEJ, vol.III, 1951, pp. 153-157.

FERNANDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso/PARADA VAZQUEZ, José Ramón: "Libertad de expresión y derecho a la información. En Comentarios a las leyes politicas. Dirigidos por ALZAGA, Oscar. T.II. Madrid, 1984, pp. 489-564.

FERRAROTTI: Commentario teorico-pratico del Codice penale. Torino, 1860.

FERRER SAMA, Antonio: Comentarios al Código penal. T.II. Murcia, 1947. T.III. Murcia, 1948.

FERRINI, Contardo: "Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano". Enciclopedia del diritto penale italiano a cura di Enrico Pessina. Vol. I. Milano, 1905, pp. 1-428.

FIANDACA, Giovanni: "Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale". RivItDirProcPen (1982), pp. 42-81.

FIANDACA, Giovanni/MUSCO, Enzo: Diritto penale. Parte speciale. Vol. I. Bologna, 1988.

FIESTAS LOZA, Alicia: Los delitos políticos. (1808-1936). Salamanca, 1977.

FLORA, Giovanni: "Il problema della costituzionalitá del reato di oltraggio e pubblico ufficiale". Archivio Giuridico, 1976, I, pp. 21-60.

FORCHINO, Antonio: "Ingiuria e diffamazione". Novissimo Digesto italiano. Vol. III. Torino, 1962, pp. 683-693.

FOREGGER, Egmont/SERINI, Eugen: Strafgesetzbuch samt den wichtigsten Nebengesetzen KurzKommentar Wien, 1988. (4ª Auflage).

GAGLIANI CAPUTO, Franco. "In tema di costituzionalità dell'art. 341 del codice penale". Consiglio Stato, II, 1.968. pp. 899-901.

GALLAS, Wilheilm: La teoría del delito en su momento actual. Traducido por CORDOBA RODA. Barcelona, 1.959.

GALLEGO DIAZ, Manuel: El sistema español de determinación legal de la pena. Estudio de las reglas de aplicación de penas del Código penal. Madrid, 1985.

GARCIA ARAN, Mercedes: La determinación de la pena. Barcelona, 1.982.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo: Revolución Francesa y Administración contemporánea. (2ª ed). Madrid, 1981.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo/FERNANDEZ, Tomás Ramón: Curso de Derecho Administrativo. Vol. I. 4ª ed. Madrid, 1986. Vol. II, (2ª ed). Madrid, 1986.

GARCIA GOYENA, Florencio: Código criminal según las leyes y la práctica criminal vigentes, comentado y comparado con el de 1822, el francés y el inglés. Madrid, 1843.

GARCIA-PABLOS, Antonio: "El llamado "derecho penal político de nuevo cuño", sus presupuestos y directrices". CPC 2(1977), pp. 51-66.

"La protección penal del honor y la intimidad como límite al ejercicio del derecho a la libre expresión", en Libertad de expresión y derecho penal. Madrid, 1.985.

GARCIA-PELAYO, M.: "Auctoritas", en Idea de la política y otros escritos, pp. 135-180. Madrid, 1983.

GARÇON, Emile: Code pénal annoté. T. I. Puesto al día por ROUSSELET/PATIN/ANCEL. Paris, 1.952.

GARRAUD, René: Traité théorique et pratique du Droit pènal françois. T.IV, (3º ed.). Paris, 1922.

GARRIDO FALLA, Fernando: Tratado de Derecho Administrativo. (10º ed). Madrid, 1987.

GAVAZZI, Ugo: Trattato di diritto penale. Dei delitti contra la Pubblica Amministrazione. Vol. IV. 2º edizione. s/c.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique; Autor y cómplice en Derecho penal. Madrid, 1.966.

"Dos aspectos de la imprudencia y un aspecto del hurto de uso de vehículos de motor en el Derecho penal español". En Delitos contra la seguridad del tráfico y su prevención. Valencia, 1.975.

GOEDSEELS: Commentaire du Code pènal belge. T.I. 2º ed. Bruxelles, 1948.

GOLDONI, Umberto: "Sulla costituzionalità dell'art.

341 C.p.". ArchPen, 1969, II, pp. 108-112.

GOMEZ BENITEZ, José Manuel: "Sobre la teoría del "bien jurídico" (aproximación al ilícito penal)". RevFacDerUnivComp 69 (1983), pp. 85-111.

El dominio del hecho en la autoría. (Validez y límites). en AnDerPen 1.984, pp. 103-131.

Teoría jurídica del delito. Madrid, 1984.

GOMEZ DE LA SERNA, Pedro/MONTALBAN, Juan Manuel: Elementos de Derecho Penal de España, arreglados al nuevo Código. Madrid, 1849.

Elementos del Derecho civil y penal de España. T.III. Madrid, 1874.

GONZALEZ RUS, Juan José: Bien jurídico y Constitución (Bases para una teoría). Madrid, 1983.

GOYET, F.: Droit pènal spécial. 8ª ed. puesta al día por ROUSSELET, Manel/ARPAILLANGE, Pierre/PATIN, Jacques. París, 1972.

GRACIA MARTIN, Luis: El actuar en lugar de otro en Derecho, T.I. Zaragoza, 1.985.

GRISPIGNI, Filippo: I delitti contra la pubblica Amministrazione. Roma, 1953.

"Pubblici ufficiale e incaricati di un pubblico servizio". Scritti in onore di Manzini. Padova, 1954, pp. 561-587.

GROIZARD, Alejandro: El Código penal de 1870 concordado y comentado. T.I. Burgos, 1870. T.III. Burgos, 1874. T.IV. Salamanca, 1891. T.V. Salamanca, 1893.

El Código penal de 1870. Concordado y comentado. T.III. 2ª ed. corregida y comentada. Madrid, 1911. T.IV. 2ª ed. 1912.

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.

"La reazione agli atti arbitrari del publico ufficiale". Giurisprudenza sistematica di diritto penale. Diretta da BRICOLA, Franco/ZAGREBELSKY, Vladimiro. Vol.I (P.E.). Torino, 1984, pp. 296-305.

GUAITA, Aurelio: "Funcionario público". NEJ, Tomo X, Barcelona, 1960, pp. 496-511.

GUARINO, Giuseppe: "Efficienza e legittimità dell'azione dello Stato: le funzioni della Ragioneria dello Stato nel quadro di una reforma della pubblica amministrazione". Riv. trimestrale di diritto pubblico (1969), pp. 671-705.

GUERRINI, Franco: "Osservazioni sulla legittimità constituzionale dell'art 341 C.p.". ArchPen, 1973, I, pp. 126-144.

GUSTAPANE, Giuseppe: "Iniuria inter partes". RivPen, 1956, II, pp. pp. 666-669.

HASSEMER, Winfried: "Il bene giuridico nel raporto di tensione tra constituzione e diritto naturale". Dei delitti e delle pene 1, 1984, pp. 104-113.

Einfürung in die Grundlagen des Strafrechts. München, 1.981.

HAURIOU, Maurice: Prècis de droit administratif et de droit public. Paris, 1981. (10ºed).

HERDEGEN: Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar. Fünfter Band. 10º Auflage. Berlin, 1989.

HIERRO, Liborio: "De los delitos de atentado y desacato a la autoridad". RevGenLegJur T.L, 1877, pp. 229-238.

HIRSCH, Hans Joachim: Ehre und Beleidigung Grundfragen des strafrechtlichen Ehrenschutzes. Karlsruhe, 1.967.

HONIG, Richard Martin: Die Einwillung des Verletzen. I, Manheim, Berlin, Leipzig, 1.919.

IMPALLOMENI, Giovan Battista: Il Codice penale italiano. Vol. II. Parte speciale. Firenze, 1890.

INFANTINI, Francesco: L'abuso della qualità o delle funzioni di publico ufficiale in diritto penale. Milano, 1974.

INFORME DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID sobre la reforma del Código penal. Rev. de Legislación y Jurisprudencia, Tomo V, 1854, 86-114, 284-322, 438-472.

JÄGER, Herbert: Strafgesetzgebung und Rechtsaüterschutz bei Sittlicheitsdelikten. Stuttgart, 1.957.

JARAMILLO GARCIA, A.: Novísimo Código penal. Comentado y cotejado con el de 1.870. Vol.II. Salamanca, 1929.

JASO ROLDAN, Tomás: Derecho Penal (PE), T.II. Madrid, 1949.

JESCHECK, Hans-Heinrich: Tratado de derecho penal. Parte General. Trad. y adiciones de Derecho español por MIR PUIG, Santiago/MUÑOZ CONDE, Francisco. Barcelona, 1981.

JIMENEZ DE ASUA, Luis: El nuevo Derecho penal. Escuelas y Códigos del presente y del porvenir. Madrid, 1929.

Tratado de Derecho penal. T.V, (2ª ed). Buenos Aires, 1.963.

KREY, Volker: Strafrecht. Besonderer Teil. Band 1. 6ª Auflage. Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1986.

KÜBLER, Bertrand: "Maiestas". En PAULYS/WISSOWA, Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft. Neue Bearbeitung, begonnen von G.Wissowa, fortgeführt von W. Kroll und K. Mittelhaus, hg. von K. Ziegler und W. John. T.14/1. pp. 542-555.

LA CUTE, Giusseppe: "Il reato di oltraggio e il principio constituzionale di uguaglianza". ArchPen, 1970, II, pp. 435-440.

LACKNER, Karl: Strafgesetzbuch. 17. Auflage. München, 1987.

LANGUIER, Jean/LANGUIER, Anne-Marie: Droit pénal spécial. Paris, 1987. (5ª ed.).

LARENZ, Karl: Metodología de la ciencia del Derecho. Traducido por RODRIGUEZ MOLINERO. Barcelona, 1.980.

LARRAURI, Elena: Libertad y amenazas. Barcelona,1.987.

LATOUR BROTONS, José: "Las libertades religiosas y políticas en el Código penal de 1870" en Conmemoración del centenario de la ley provisional sobre organización del poder judicial y del código penal de 1.870, pp. 132-151. Madrid, 1970,

LAVORI PREPRATORI del Codice penale e del Codice di procedura penale. Vol.V parte II. Roma, 1929. Progetto definitivo di un nuovo codice penale con la Relazione del Guardasigilli On. Alfredo Rocco.

LEUKAUF, Otto/STEININGER, Herbert: Kommentar zum Strafgesetzbuch. 2. Auflage. Eisenstadt, 1979.

LEVI, Nino: Delitti contra la Pubblica Amministrazione. [Tratatto di diritto penale coordinato da FLORIAN, Eugenio]. 4ª Edizione. Milano, 1935.

I delitti contra la Pubblica Amministrazione nel diritto vigente e nel progetto. Roma, 1930.

von LISZT, Franz: Traité de Droit pénal allemand. Traduit sur la 17 ed. allemande (1908) por René LOBSTEIN. T.II. Partie spéciale. Paris, 1913.

Tratado de Derecho penal. Trad. de la 20ª ed. alemana por Luis JIMENEZ DE ASUA, adicionado por Quintiliano SALDAÑA. Vol. II. 3ª ed. Madrid, s/f.

LOGOZ, Paul: Commentaire du Code pénal suisse. Partie spéciale. Vol.I. Neuchatel, 1955. T.II. Neuchatel, 1956.

LOPEZ-FONT MARQUEZ, J. Francisco: "La noción de autoridad en la legislación y jurisprudencia penal". RAP 92(1980), pp. 365-423.

LORENZO SALGADO, José Manuel: El delito de amenazas: consideraciones sobre el bien jurídico protegido. en Estudios Penales en memoria del Prof. Agustín Fernández Albor. Santiago de Compostela, 1.989, pp. 439-467.

MAGGIORE, Giuseppe: Diritto penale. Parte speciale. Delitti e contravenzioni. T.I (artt 241-544). (4ª ed). Bologna, 1953.

MAJNO, Luigi: Commento al Codice penale italiano. Verona, 1902.

MALINVERNI, Alessandro: Pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio nel diritto penale. Torino, 1951.

MANTOVANI, Ferrando: Fatto determinato, exceptio veritatis e libertà di manifestazione del pensiero. Milano, 1973.

MANZINI, Vincenzo: Tratatto di diritto penale. Torino, 1913.

Tratatto di Diritto penale italiano. (5ª Ed),

aggiornata di Pietro NUVOLONE. Torino, 1982.

MAQUEDA ABREU, Mª Luisa: Los delitos contra la libertad y la seguridad de las personas. Notas para un estudio doctrinal y jurisprudencial. Granada, 1988.

MARCHAL,A./JASPAR, J.P.: Droit criminel. Traité théorique et pratique. 2ª ed. Bruxelles, 1965.

MARQUEZ AZCARATE: Código penal. Texto revisado de 1953. Madrid, 1964.

MARTIN-RETORTILLO, Lorenzo: "Notas para la historia de la noción de orden público". Actas del IV Symposium de Historia de la Administración. Madrid, 1983, pp. 475-497.

MARTINEZ PEREZ, C.: Las condiciones objetivas de punibilidad. Madrid, 1.989.

MATA, Norberto (De La); Límites de la sanción penal en el delito de receptación: la receptación sustitutiva y la teoría del mantenimiento. El artículo 546 bis f) del Código penal. Madrid, 1.989.

MAURACH, Reinhard/SCHROEDER, Friedrich-Christian/-MAIWALD, Manfred: Strafrecht. Besonderer Teil. 1. Teilband. (7º Auflage). Heidelberg, 1988.

MAZZACUVA, Nicola: "Disvalore d'azione e disvalore d'evento nella 'desccizione' dell'illecito penale: aspetti problematici". En Funzione e limiti del Diritto Penale a cura di Maurizio DE ACUTIS e Giovanni PALOMBARINI. Padova, 1984, pp. 235-278.

"MEMORIA HISTORICA DE LA COMISION DE CODIFICACION". Revista de legislación y Jurisprudencia (1871), vol. LX, pp. 5-185.

MERLE, Roger/VITU, André: Traité de droit criminelle.

Droit pénal special. Paris, 1982.

MEZGER, Edmund: Derecho Penal. Parte especial. Trad. de la 4ª ed. alemana por FINZI, Conrado A.. Buenos Aires, 1954.

Tratado de Derecho Penal. T. II. 2ª ed. revisada por José Arturo Rodriguez Muñoz. Madrid 1.986.

MIR PUIG, Santiago: Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y método. Barcelona, 1976.

"Dogmática creadora y política criminal". RevJurCat (1978), pp. 649-663.

"Objeto del delito". NEJ (1982), pp. 764-770.

Derecho Penal. Parte General. Barcelona, 1985.

MIRA BENAVENT, Javier: "El concepto de violencia en el delito de coacciones". CPC (22) 1984, pp. 95-181.

MOMMSEN, Théodore: Le droit penal romain. Trad. por I. DUQUESNE. Paris, 1907.

MORALES PRATS, Fermín: "Adecuación social y tutela penal del honor: perspectiva despenalizadora". CPC 36 (1988), pp. 663-725.

La tutela penal de la intimidad. Barcelona, 1.984.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo: "El art. 20 de la Constitución y los delitos de desacato". AnDerPen (1981), pp. 669-690.

MORO, Aldo: "Osservazioni sulla natura giuridica della 'exceptio veritatis'". RivItDirPen (1954), pp. 6-37.

"Ancora sulla natura giuridica della 'exceptio veritatis'". ArchPen, 1955, I, pp. 23-27.

MUÑOZ CONDE, Francisco: Introducción al Derecho penal. Barcelona, 1975.

"Delitos electorales". CPC 2 (1977), pp. 165-179.

"Sobre la aplicación de la exceptio veritatis al delito previsto en el art. 161, 1º del C.p.". CPC (17), 1982, pp. 257-262.

Derecho Penal. Parte especial. Valencia, 1988. (7ª ed.).

MUÑOZ MACHADO, Santiago: "Mitos, insuficiencias y excesos en la construcción jurídica de las acciones por difamación". Poder Judicial, 2ª época, nº1 enero 1986, pp. 11-22.

Libertad de prensa y procesos por difamación. Barcelona, 1988.

MUSCO, Enzo: Bene giuridico e tutela dell'onore. Milano, 1974.

NOLL, Peter: Schweizerisches Strafrecht. Besonderer Teil. I. Zürich, 1983.

NUÑEZ BARBERO, Ruperto: La Reforma penal de 1.870. Salamanca, 1969.

NYPELS,J./SERVAIS,I.: Le Code pénal belge interprété principalement an point de vue de la pratique. 2ª ed. Bruxelles, 1896.

OBSERVACIONES del Colegio de Abogados de Madrid sobre el PROYECTO de C.P. presentado a las Cortes. Madrid, 1821.

OCTAVIO DE TOLEDO, Emilio: "El bien jurídico protegido en los Caps. VI y VIII del Tít.II del Cp". CPC 1 (1977), pp. 115-134.

"De nuevo sobre el interés protegido en atentados, desacatos y figuras afines". CPC 11 (1980), pp. 103-146.

La prevaricación del funcionario público. Madrid, 1980.

Sobre el concepto del Derecho penal. Madrid, 1981.

OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, Susana: Derecho penal. Parte General. (2ª ed). Madrid, 1.986.

ORTS GONZALEZ, María Dolores: El delito de usurpación típica de funciones públicas. Córdoba, 1987.

OTTO, Harro: Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte. (2ª Auflage), Berlin, 1984.

PACHECO, Joaquín Francisco: El Código penal concordado y comentado. T.I y II. Madrid, 1848. T.III. Madrid, 1849.

El Código penal concordado y comentado. (2ª ed). Madrid, 1856.

PADOVANI, Tullio: "Bene giuridico e delitti politici. (Contributo alla critica ed alla riforma del titolo I, Libro II C.P.)". En Bene giuridico e riforma della Parte Speciale, Napoli, 1985, pp. 225-276.

PAGANI, Pietro: "Oltraggio contra l'Autorità". En Digesto italiano vol. XVII. UTET 1904, 1908, pp. 146-208.

PAGLIARO, Antonio: "Bene giuridico e interpretazione della legge penale". In Studi in onore di Antolisei. Vol. II. Milano, 1965.

Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti dei pubblici ufficiali contra la pubblica amministrazione. Milano, 1977.

Principi di Diritto penale. Parte generale. Milano, 1987.

PALAZZO, Francesco Carlo: "Ingiuria, oltraggio ed eguaglianza dei cittadini". In Giurisprudenza italiana, 1971, II, pp. 21-37.

"Oltraggio". En Enciclopedia del diritto. Vol. XXIX, 1979, pp. 849-879.

"Questioni di costituzionalità in tema di oltraggio a pubblico ufficiale". In Giurisprudenza Constituzionale (1980), pp. 1309-1333.

PANNAIN, Remo: "La natura giuridica dell'"exceptio veritatis" in un recente studio di Aldo Moro". ArchPen 1955, I, 17-22.

I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione. Napoli, 1966.

PARADA VAZQUEZ, José Ramón: Derecho Administrativo. Madrid, 1.989.

PAREJO ALFONSO, Luciano: Estado social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa. Madrid, 1983.

PEDRAZZA GORLERO, Maurizio: "Il "tono" dell'espressione verbale: un nuovo límite alla libertà di pensiero?. In Giurisprudenza Costituzionale (1972), pp. 775-790.

PEDRAZZI, Cesare: "L'exceptio veritatis". Dogmatica ed esegesi". En Scritti in onore di Manzini, Padova, 1954, pp. 713-752.

PESINI PULIDO, Angel: "El nuevo Código penal". RevGenLegJur T. 154, nº 3, 1929, pp. 314-322.

PESSINA, Enrico: "Il diritto penale in Italia da Cesare Beccaria sino alla promulgazione del Codice penale vigente (1764-1890)". En Enciclopedia del Diritto penale italiano, a cura di PESSINA, Enrico, Vol.II, Milano, 1906, pp. 539-768.

PIZZORUSSO, Alessandro: "Attaco in massa contro il reato di oltraggio". Qualegiustizia (1971), pp. 92-94.

POLAINO NAVARRETE, Miguel: El bien jurídico en el Derecho penal. Sevilla, 1974.

PROGETTO del Codice Penale per il Regno d'Italia preceduto dalla Relazione Ministeriale. Roma, 1888.

PUGLIESE, Giovanni: "Linee generali dell'evoluzione del diritto penale pubblico durante il principato. En PRINCIPAT vierzehnter Band. Herausgegeben von Hildegard Temporini, Berlin, 1982, pp. 723-788.

PUIG PEÑA, Federico: "Desacato". NEJ (1955), 116-118.

Derecho Penal. Parte Especial. 6ª ed corregida y aumentada. Madrid, 1969.

Derecho penal. Parte Especial. 7ª ed. actualizada por ORTIZ RICOL, Gregorio. Madrid, 1988.

PULITANO, Domenico: "La teoria del bene guiridico fra codice e costituzione". La Questione Criminale (1981), pp. 111-121.

QUERALT, Joan: "El concepto penal de funcionario público". CPC 27 (1985), pp. 477-507.

Derecho penal español. Parte Especial. Barcelona, 1987.

"Animus iniuriandi e injurias". La Ley, 27 de oct. 1989, año X, nº 2347, pp. 1-2.

QUINTANO RIPOLLES, Antonio: Compendio de Derecho Penal. T.II. Parte Especial. Madrid, 1958.

Comentarios al Código penal. 2ª ed. puesta al día por GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Madrid, 1966.

Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal. 2ª ed. puesta al día por GIMBERNAT. Madrid, 1972.

Derecho penal de la culpa. Barcelona, 1.958.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: Derecho penal. Parte General. Barcelona, 1986.

Los delitos especiales y la teoría de la participación. Barcelona, 1.974.

"Sobre la pervivencia del delito de desacato". En homenaje al Prof. José Antonio Saninz Cantero. RevFacDerUniv. de Granada, nº 13, 1.987, pp. 181-187.

RANIERI, Silvio: Manuale di Diritto penale. Parte speciale. Vol.II. 2º ed. Padova, 1962.

RAMPIONI, Roberto: Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contra la P.A. Milano, 1984.

REGIERUNGSVORLAGE EINES STRAFGESETZBUCHES Samt Erlänterungen. Wien, 1971.

RICCIO, Stefano: "Oltraggio alla pubblica amministrazione". Novissimo Digesto Italiano vol.XI, 1965, pp. 827-834.

RIGAUX, Marcel/TROUSSE, Paul: Les crimes et les délits du Code pénal. T.IV. Bruxelles, 1963.

RIVAROLA, Rodolfo: "De los delitos contra el honor en las legislaciones de lengua española. Fundamento de una reforma". RevGenLegJur, T.118, 1911, pp. 177-188.

RODRIGUEZ, Juan Mª: Elementos del Derecho Civil, Penal y Mercantil de España. T.II. Parte Criminal. Madrid, 1861.

RODRIGUEZ DEVESA, José María: Derecho penal español. Parte especial. Valladolid, 1965.

Derecho Penal español. Parte General. Madrid, 1979.

Derecho Penal Español. Parte Especial. 9ª ed. Madrid, 1983.

Derecho Penal Español. Parte General. 12ª ed. revisada y puesta al día por SERRANO GOMEZ, Alfonso. Madrid, 1.989.

RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo: Derecho Penal. Parte general. Madrid, 1978.

Comentarios al Código penal, T.I. Barcelona 1.976.

ROJO AJURIA, Luis: La tutela civil del derecho a la intimidad. AnDer Civ. 1.986, pp. 135-150.

"La tutela civil del honor y la intimidad (comentario a las Ss. de la Sala 1ª del T.S. referentes a la L.O. de 5 de mayo de 1.982)". En Actualidad Civil, nº 18, 1.988, pp. 1073-1086.

del ROSAL, Juan: "De las injurias". AnDerPen (1953), pp. 87-102.

Derecho Penal Español. (3ª ed). Madrid, 1.960.

ROXIN, Claus: "Sentido y límites de la pena estatal". (Trad. por LUZON PEÑA, Diego Manuel). En Problemas básicos del Derecho penal, Madrid, 1976, pp. 11-36.

Täterschaft und Taterherrschaft. Hamburg, 1.967.

ROYO-VILLANOVA, Segismundo: "El concepto de funcionario y la relación de función pública en el nuevo derecho español". Revista de Administración Pública 44 (1964), pp. 9-23.

RUDOLPHI, Hans-Joachim: "Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico. En Nuevo Persamiento Penal. Revista de Derecho y Ciencias Penales (1975), pp. 329-347.

Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band II. Besonderer Teil [PP. 80-358].

RUEDA, Ramiro: Elementos de Derecho penal. 4º ed. corregida y aumentada. Santiago, 1898.

SAINZ CANTERO, José Antonio: "El contenido sustancial del delito de injurias". AnDerPen (1957), pp. 85-117.

"El informe de la Universidad de Granada sobre el

proyecto que dio lugar al Código penal de 1822". AnDerPen (1967), pp. 509-538.

SALDAÑA, Quintiliano: La Reforma del Código penal. Madrid, 1920.

SALILLAS, Rafael: Evolución penitenciaria en España. T.II. Madrid, 1918.

SALTELLI, Carlo/ROMANO DI FALCO, Enrico: Commento teorico-pratico del Nuovo Codice penale. Vol.III (artt. 241-498). (2ªed). Torino, 1940.

SANCHEZ TEJERINA, Isaías: Derecho penal español. Parte general- parte especial. (2ª ed). Salamanca, 1940.

Derecho penal español. T.II. Parte especial. (4ª ed). Madrid, 1945.

SAN MARTIN LOSADA, Luis: El Código penal de 1928. Su estudio y comparación con el de 1870. Madrid, 1928.

SANTANGELO, Giovanni: "Considerazioni sull'offesa all'onore". ArchPen, 1958, I, pp. 235-271.

"Concetto e accertamento dell'offesa all'onore". ArchPen, 1960, I, pp. 193-223.

SANZ MORAN, Angel José: El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa. Valladolid 1.986.

SCHMIDHÄUSER, Eberhard: Strafrecht. Besonderer Teil. 2ª Auflage. Tübingen, 1983.

SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst: Strafgesetzbuch Kommentar. 23ª Auflage. Berlin, 1988.

SEMPERE RODRIGUEZ, César: "Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen". En Comentarios a las leyes políticas, dirigidos por Oscar ALZAGA, T.II, Madrid, 1984, pp. 423-465.

SGUBBI, Filippo: "Tutela penale di interessi diffusi". La Questione Criminale (1975), pp. 439-481.

SINA, Peter: Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs, "Rechtsgut". Basel, 1962.

SISTI, Ugo: "Oltraggio a un corpo politico, amministrativo, o giudiziario". pp. 258-259.

"Oltraggio a un magistrato in Udienza". pp. 260-261.

"Oltraggio a un pubblico ufficiale o ad un pubblico impiegato". pp. 261-264.
Los tres artículos anteriores publicados en Enciclopedia Forense, 1960, vol.V.

SOLANO ALVEAR, Ramón de: "Del desacato a la autoridad judicial. Cometido por el abogado en el ejercicio de sus funciones". RevGenLegJur T. XXXI, 1867, pp. 433-447.

SPASARI, Mario: Sintesi di uno studio sui delitti contra l'onore. Milano, 1961.

"Diffamazione e ingiuria". En Enciclopedia del diritto, vol.XII, Milano, 1964, pp. 482-497.

SPINELLI, Giuseppe: I delitti contra la Pubblica Amministrazione. Milano, 1964.

SPIZUOCO, Renato: "Il problema della liceità dell'offesa nell'ottraggio e nell'ingiuria". GiustPen, 1952, II, pp. 839 y ss.

"La tutela penale e le ipotesi delittuose del Cap? II del Titolo II del Codice penale". GiustPen, 1964, II, pp. 447-448.

TAGLARINI,Francesco: Il concetto di Pubblica Amministrazione nel codice penale. Milano , 1973.

TENCKHOFF, Jörg: Die Bedentung das Ehrbeigriffes für die Systematik der Beleidigunsstat bestönd. Berlin, 1.979.

TERUEL: "El Código de 1848 en su centenario". Rev EstPen 1948 (40), pp. 8-13.

TOMAS y VALIENTE, Francisco: El Derecho Penal de la Monarquía absoluta (s. XVI-XVII-XVIII). Madrid, 1969.

Manual de Historia del Derecho español. (3ª ed). Madrid, 1981.

Introducción y notas a BECCARIA, Cesare: De los delitos y de las penas, Madrid, 1982.

"Ventas de oficios públicos en Castilla durante los siglos XVII y XVIII". En Gobierno e instituciones en la España del Antiguo Régimen, Madrid, 1982, pp. 151-177.

"Joaquín Francisco Pacheco y la Codificación Penal. En Códigos y Constituciones 1.808-1.978. Madrid 1.989.

TORIO LOPEZ, Angel: "Sobre los límites de la ejecución por imprudencia". AnDerPen, 1972, Fasc.I, pp. 53-88.

"La estructura típica del delito de coacciones". AnDerPen, 1977, Fasc.I, pp. 19-39.

"Los delitos de peligro hipotético. (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)". AnDerPen, 1981, Fasc.III, pp. 825-847.

"Delitos contra la Administración Pública. Indicaciones críticas generales". En Ensayos de Derecho Penal y Criminología en honor de Javier PIÑA y PALACIOS, México, 1985, pp. 423-432.

"Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva". AnDerPen, 1986, Fasc.I, pp. 33-48.

"Racionalidad y relatividad en las teorías jurídicas del delito". En AnDerPen, Fasc. II, 1.989, pp. 489-519.

TORO MARZAL, Alejandro del: Comentarios al Código penal: art. 119. Barcelona, 1972, pp. 725-749.

TRAVERSO, Juan Damián: "Ilusión y realidad del Estado de Derecho. RevFacDerUnivComp, vol. XVIII, nº 50 y 51, 1974, pp. 311-450.

VACCHIANO, Massimo: "Rilevanza del delitto di diffamazione e in particolare dell'istituto dell'exceptio veritatis per alcune forme di tutela della riservatezza". RivItDirProcPen (1983), pp. 645-660.

VALLE MUÑIZ, J.M.: Algunos aspectos sobre los límites de la tutela penal del honor en la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código penal. En Documentación juídica 87/40, 1.983, pp. 649-665.

VALLINA, Juan Luis de la: "Sobre el concepto de funcionario de hecho". RAP 29 (1959), pp. 103-158.

VANNINI, Ottorino: Quid iuris?. Manuale di esercitazioni pratiche in diritto penale. Vol. VIII. Problemi relativi al delito di oltraggio. Milano, 1951.

Manuale di diritto penale italiano. Parte Speciale. Milano, 1954.

VENDITTI, Rodolfo: La reazione agli atti arbitrari del pubblico ufficiale. Milano, 1954.

VENTURATI, Piero: "In tema di libertà di critica e oltraggio a pubblico ufficiale". RivItDirProcPen (1973), pp. 485-495.

VERON, Michel: Droit pènal spècial. (3º ed). Paris, 1988.

VIADA y VILASECA, Salvador: Código penal reformado de 1870. (4º ed). Madrid, 1890.

VICENTE y CARAVANTES, José: Código penal reformado, comentado novísimamente. Madrid, 1851.

"De los desacatos, insultos, injurias y amenazas a

la autoridad". Rev. Legislación y Jurisprudencia T. LIII. (1878), 404-419.

VIRTO LARRUSCAIN, Mª José: El caso fortuito y la construcción del sistema de culpabilidad en el Código penal de 1848. Bilbao, 1984.

VIVES ANTON, T.S.; Libertad de prensa y responsabilidad criminal. Madrid, 1.977.

VIZMANOS, Tomás Mª de/ALVAREZ MARTINEZ, Cirilo: Comentarios al Código penal. Madrid, 1848.

Comentarios al Código penal. (2ª ed.) Madrid, 1853.

VOUIN, Robert: Droit pénal spéciale. 6ª ed. puesta al día por RASSAT, Michèle L. Paris, 1988.

ZIPF, Heinz: Introducción a la política criminal. Madrid, 1.979.