

ANUARIO  
DE  
DERECHO PENAL  
Y  
CIENCIAS PENALES

TOMO XXXVII  
FASCICULO III



SEPBRE. - DICBRE.  
MCMLXXXIV

# ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Director:

**ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Alcalá de Henares

Subdirector:

**CARLOS GARCIA VALDES**

Profesor Titular de Derecho penal de la  
Universidad de Alcalá de Henares

*Redactor-Jefe:*

**ANTONIO GONZALEZ-CUELLAR G.ª**

Profesor Titular de Derecho penal de la  
Universidad Autónoma de Madrid

*Secretario:*

**LUIS FELIPE RUIZ ANTON**

Profesor Titular de Derecho penal de la  
Universidad Complutense de Madrid

*Consejo de Redacción:*

**MIGUEL BAJO FERNANDEZ**  
Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad Autónoma de Madrid

**ANTONIO BERISTAIN IPIÑA**  
Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de San Sebastián

**JAVIER BOIX REIG**  
Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Alicante

**JUAN BUSTOS RAMIREZ**  
Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad Autónoma de Barcelona

**BERNARDO FR. CASTRO PEREZ**  
Magistrado de la Sala 2.ª del Tribunal  
Supremo

**JOSE CEREZO MIR**  
Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Zaragoza

**MANUEL COBO DEL ROSAL**  
Catedrático de Derecho penal y Director del  
Instituto de Criminología de la Universidad  
Complutense de Madrid

**CANDIDO CONDE-PUMPIDO  
FERREIRO**  
Teniente Fiscal del Tribunal Supremo

**JUAN CORDOBA RODA**  
Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Barcelona

**FERNANDO DIAZ PALOS**  
Presidente de la Sala 2.ª del Tribunal  
Supremo

**AGUSTIN FERNANDEZ ALBOR**  
Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Santiago de Compostela

**MANUEL GARCIA MIGUEL**  
Magistrado de la Sala 2.ª del Tribunal  
Supremo

**GERARDO LANDROVE DIAZ**  
Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Murcia

**DIEGO-MANUEL LUZON PEÑA**  
Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de León

**ADOLFO DE MIGUEL GARCÍ-LOPEZ**  
Ex Presidente de la Sala 2.ª del Tribunal  
Supremo

**SANTIAGO MIR PUIG**  
Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Barcelona

**FRANCISCO MUÑOZ CONDE**  
Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Cádiz

**HORACIO OLIVA GARCIA**  
Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad Complutense de Madrid

**GONZALO QUINTERO OLIVARES**  
Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Barcelona

**GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO**  
Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad Autónoma de Madrid

**JOSE ANTONIO SAINZ CANTERO**  
Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Granada

**JOSE MARIA STAMPA BRAUN**  
Catedrático de Derecho penal de la Universi-  
dad Nacional de Educación a Distancia

**RODRIGO FABIO SUAREZ MONTES**  
Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Oviedo

**ANGEL TORIO LOPEZ**  
Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Valladolid

**TOMAS SALVADOR VIVES ANTON**  
Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Alicante

# **ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES**

Editado por: INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS  
Duque de Medinaceli, 6 y 8.—28014 Madrid.

Periodicidad: CUATRIMESTRAL.

Precio de suscripción: España, 3.300 ptas Extranjero, 3.600 ptas.

Precio del fascículo suelto: España, 1.300 ptas. Extranjero, 1.600 ptas.

Primer fascículo aparecido: Enero-abril 1948.

Ultimo fascículo aparecido: Mayo-Agosto 1984.

---

Publica artículos doctrinales de los más destacados Penalistas españoles y extranjeros, comentarios de Legislación y Jurisprudencia y notas bibliográficas sobre libros y revistas de la especialidad.

## **CORRESPONDENCIA**

Sobre distribución, suscripción, venta de fascículos, separatas, etc., dirigirla al Servicio de Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Duque de Medinaceli, núm. 6, teléfono 429 93 12. 28014 Madrid.

La relativa a Dirección y Colaboraciones, al Secretario del ANUARIO, Duque de Medinaceli, núm. 6: 28014 MADRID:

**PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS**

**SERIE 1**

**PUBLICACIONES PERIODICAS**

**NUMERO 3**

# **ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES**

**El ANUARIO no se solidariza con las opiniones sostenidas  
por los autores de los originales publicados.**



**MINISTERIO DE JUSTICIA  
Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS**



**ANUARIO  
DE DERECHO PENAL  
Y  
CIENCIAS PENALES**

TOMO XXXVII  
FASCICULO III



SEPBRE.-DICBRE.  
MCMLXXXIV

---

---

Es propiedad. Queda hecho el  
depósito y la inscripción en el  
registro que marca la Ley.  
Reservados todos los derechos.

---

---

I.S.S.N. 0210 - 3001  
Depósito Legal, M. 126.—1958

## Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios (\*)

GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO

Catedrático de Derecho Penal  
de la Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Delincuencia económica: perspectivas dogmática y político-criminal.*—III. *Necesidad de una regulación expresa de los delitos societarios.*—IV. *Criterios para una futura regulación legal:* 1. Relaciones y coordinación entre las disposiciones civiles y mercantiles y las disposiciones penales. 2. Intereses que deben ser tutelados. 3. Sujetos activos. 4. Cuadro de sanciones.—V. *Consideración final.*

I.—Siempre que se habla de Derecho penal económico o de delincuencia económica resulta obligado citar a Sutherland. En el año 1939 este criminólogo, en un célebre discurso pronunciado ante la Sociedad Americana de Sociología, se ocupó de lo que él mismo calificó entonces como «delincuencia de cuello blanco», denominación de mayor valor literario que rigor científico, pero que iba a tener enorme fortuna, porque indudablemente posee gran expresividad para comunicar lo que Sutherland quiso destacar.

En efecto, la principal aportación de este criminólogo fue la de poner de relieve que el fenómeno de la delincuencia no es privativo de las capas socioeconómicas más bajas, en contra de lo que pudieran dar a entender las estadísticas. Sólo un porcentaje mínimo, prácticamente insignificante, de personas enviadas a prisión, según revelaban las estadísticas de la época, pertenecían a la capa socio-económica más elevada. De ahí la tendencia a entender el comportamiento criminal como fruto de las características personales y sociales que eran peculiares de los grupos socio-económicos más bajos.

Esto no sólo entorpecía la investigación y la teoría criminológica,

---

(\*) Texto de la conferencia pronunciada el día 25 de junio de 1983 en las «Jornadas sobre el Juez Penal frente a la criminalidad económica», organizadas por el Consejo General del Poder Judicial.

sino que distorsionaba por completo la visión del delito en el contexto social contemporáneo (1).

Sutherland puso en evidencia que el delito era un fenómeno social mucho más generalizado de lo que se creía, y que no sólo delinquen los desheredados de la fortuna, sino también quienes visten «cuello blanco».

Tres serían, según el citado criminólogo, las notas que permiten caracterizar a «la delincuencia de cuello blanco»: a) la conducta debe entrañar la violación de una norma penal; b) el agente debe pertenecer a la clase socio-económica elevada; y c) la violación de la norma penal debe tener lugar en el curso de actividades profesionales.

Sutherland centró preferentemente su atención en las infracciones cometidas por hombres de negocios a través de grandes empresas, en materias tales como prácticas restrictivas de la competencia, publicidad, relaciones laborales, propiedad intelectual e industrial, etc.

Sin duda alguna, llevaba razón Sutherland al subrayar que el delito es fenómeno más extendido socialmente de lo que se venía creyendo. Tanto así que pronto se vio que el ámbito de la delincuencia económico-profesional, que Sutherland había diseñado en base al referido tipo de autor, resultaba incompleto, pues muchas infracciones de orden económico-profesional no son cometidas por personas de nivel socio-económico más alto, sino por otras pertenecientes a niveles inferiores (mecánicos, técnicos de aparatos electrodomésticos, relojeros, etc.). Siguiendo con las expresiones literarias, se dijo, así, que, al lado de la delincuencia de «cuello blanco», había también una delincuencia de «cuello azul» (2).

En cualquier caso, la decisiva aportación de Sutherland sirvió para despertar el interés, tanto criminológico como jurídico, por una parcela de la delincuencia de consecuencias enormemente perjudiciales y gravosas, que hasta entonces había pasado prácticamente inadvertida y frente a la cual, precisamente por ello, los ordenamientos jurídicos no contaban con el arsenal legislativo adecuado.

Es cierto que allí donde existió un sistema penal hubo siempre un Derecho penal económico, más o menos rudimentario, en consonancia con la correspondiente estructura social y grado de evolución económica.

Desde este punto de vista es innegable, por ejemplo, que en el Título XIII del Libro II de nuestro vigente Código penal, que se ocupa de los «Delitos contra la propiedad», se contiene un cierto Derecho penal económico. Lo que sucede es que se trata de un Derecho penal económico que parte de un modelo social arcaico.

Se ha dicho —con razón— que todos los delitos contra la propiedad se resienten de su ascendencia romana, porque efectivamente del Derecho romano procede el núcleo en torno al cual se han formado las actuales categorías delictivas. El hurto tiene su antecedente en el *furtum*; el robo, en la *rapina*; la usurpación, en la *invasio*; la estafa en

(1) L. RADZINOWICZ, *Ideología e criminalità* (trad. de F. Ferracuti) (Milano 1968), p. 62.

(2) Cfr. L. RADZINOWICZ, *Ideología e Criminalità*, cit., p. 61-62.

el *stellionatus*; la usura, en el *dardanariatus*; los daños, en el *damnum iniuria datum*; la receptación en el *crimen receptatorum*; el incendio arranca de la propia Ley de las XII Tablas, etc. (3).

De su ascendencia histórica derivan los actuales defectos y limitaciones del Título de «Delitos contra la propiedad», porque el Derecho romano, del que en definitiva y esencialmente proceden la mayoría de tales delitos, se dirigía a una economía de esclavos que nada tiene que ver con la sociedad industrial y post-industrial de nuestros días, y porque otras figuras, como la insolvencia punible, que encuentran su origen en la Edad Media, están ahormadas conforme a la imagen del empresario y comerciante individual, tan lejana de las grandes corporaciones multinacionales que cubren hoy con su actividad distintos continentes y cuya bancarrota puede afectar seriamente a la economía de múltiples Estados.

Por lo demás, desde que en el siglo pasado se fraguaron las codificaciones penales, que recogieron como la nuestra, según hemos visto, la tradición romano-medieval, no sólo ha variado sustancialmente la estructura económica de la sociedad, sino también la concepción misma del Derecho y del Estado.

La sociedad de entonces, de carácter fundamentalmente agrario y cooperativo, se veía regida por un Estado liberal, cuya actitud ante el juego de las fuerzas económicas se resumía en el aforismo *laissez-faire, laissez-passer, ne pas trop gouverner*.

Vivimos hoy en el seno de una sociedad competitivo-industrial, gobernada por un Estado social, que, en mayor o menor medida, interviene, dirige y planifica el desarrollo económico.

II.—Precisamente cuando la doctrina actual habla de Derecho penal económico en sentido estricto quiere referirse al conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico, entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la Economía, que no viene a ser otra cosa que una parcela del denominado Derecho económico, es decir, del Derecho de la Economía dirigida por el Estado (4).

Ahora bien, al lado de este concepto estricto de Derecho penal económico utiliza también la doctrina otra noción más amplia, que de cierta manera conecta con los viejos delitos de contenido económico-patrimonial y comprende a algunos de ellos. En sentido amplio, se considera, en efecto, Derecho penal económico no sólo los delitos que atentan contra la intervención del Estado en la economía, sino también otros que lesionan en primer término intereses patrimoniales individuales y sólo en segundo lugar el orden económico (v. gr., insolvencia punible, competencia ilícita, abusos de crédito, etc).

El hecho de que coexistan, como estamos viendo, dos conceptos

(3) Vid. J. M.<sup>a</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, *Consideraciones generales sobre los delitos contra la propiedad*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (1960), p. 39.

(4) M. BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho Penal económico* (Madrid 1978), p. 37.

disparos y de tan distinta amplitud de Derecho penal económico revela que nos hallamos ante una materia fluida y de contornos imprecisos.

Pese a los esfuerzos hasta ahora realizados, un concepto de delito económico con perfiles unitarios no se ha conseguido y es probable que no pueda obtenerse nunca, entre otras razones porque, como observa López-Rey, un concepto claro de lo económico es difícil y en el mejor de los casos tiene un carácter descriptivo-enumerativo que no puede estimarse como completo (5). A lo que hay que añadir todavía la circunstancia de que cada sistema económico genera su propia delincuencia económica, sucediendo por ello que lo que se considera delito en una economía dirigida no lo es en una economía de libre mercado, y a la inversa (6).

Se han aportado distintos criterios diferenciales, que ni aisladamente ni en conjunto permiten delimitar con precisión el círculo de los delitos económicos. Así, Sutherland partía, como hemos visto, del tipo de autor perteneciente a la capa socio-económica alta, y otros tratadistas han apelado al carácter de comerciante o industrial del agente, a la pluralidad y anonimato de las víctimas o a la lesión de la confianza que debe presidir el tráfico económico.

Basta recordar la clasificación que de los delitos económicos ha ofrecido un conocido especialista, Zirpins, para comprobar que estamos ante un campo sin lindes definidas y en el que se comprenden hechos muy heterogéneos. Zirpins distinguió seis grandes grupos de delitos económicos: 1) La estafa; 2) delitos contra el principio de confianza, como malversación, prevaricación, cohecho y otras formas de corrupción de funcionarios; 3) delitos contra la libertad de competencia; 4) delitos fiscales y de contrabando; 5) delitos de insolvencia; y 6) otros delitos como agio arrendaticio, receptación, tráfico de alimentos y medicamentos no incluidos en los apartados anteriores (7).

La anterior clasificación evidencia que el concepto amplio de delito económico es desde el punto de vista dogmático inadmisibile, desde el momento en que se incluyen en el mismo hechos de muy diverso contenido, que lesionan bienes jurídicos de muy diversa naturaleza, sin que sea posible reconducirlos a una misma categoría conceptual por la simple circunstancia de que «eventualmente» puedan lesionar el orden económico. Si así fuera habría que acabar reconociendo que prácticamente todos los delitos pueden ser, en principio, delitos económicos. El suicidio inducido de un banquero, el asesinato de un empresario, la difamación de una firma social, etc., pueden perturbar también gravemente el orden económico, entendido en sentido lato. Inducción al suicidio, asesinato, injurias serían, pues, también delitos económicos.

La agrupación y consiguiente sistematización de los delitos se lleva a cabo, como es sabido, en atención a su contenido sustancial y éste

(5) M. LÓPEZ-REY, *Criminología I* (Madrid 1975), p. 144.

(6) Cfr. E. RUIZ VADILLO, *Los delitos contra el orden socio-económico*, en *Anuario de la Escuela Judicial*, núm. XIII (1981), pp. 224-225.

(7) Vid. M. BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho Penal económico*, cit., p. 43.

se determina, a su vez, en función del bien jurídico que, en abstracto y por definición, resulta *necesariamente* ofendido por la correspondiente figura delictiva, y no en función de los intereses que, a través de su concreta e histórica realización, puedan resultar *eventualmente* lesionados.

La agrupación bajo la rúbrica de Derecho penal económico de delitos de tan dispar contenido como la estafa, la prevaricación, el contrabando, el tráfico ilícito de alimentos y medicamentos, etc., no supone, desde el punto de vista dogmático, ningún avance, sino un claro retroceso (8), porque se está tomando como punto de referencia para la clasificación una característica que, por su condición de eventual, no permite definir esencialmente los correspondientes delitos, hasta el extremo de que los hechos que se consideran como delitos económicos en sentido amplio pueden resultar, en definitiva, en el caso concreto, beneficiosos y no perjudiciales para el orden económico. Por ejemplo, una apropiación indebida o un cohecho pueden evitar una quiebra, que provocaría graves perturbaciones económicas de orden nacional.

La noción de «delincuencia económica» ha cumplido y cumple importantes funciones desde el punto de vista criminológico y de política criminal. El concepto amplio de delito económico me parece, en cambio, que es inviable desde la perspectiva dogmática. Lo cual tampoco es demasiado preocupante, porque en cualquier caso no debemos dejarnos prender por la cuestión dogmático-sistemática. Lo importante en esta hora no es determinar si este o aquel hecho deben considerarse o no como delitos contra el orden económico y si éste puede o no considerarse desde el punto de vista dogmático como un específico bien jurídico, sino si, para el buen desarrollo de la vida económica, es necesario que este o aquel hecho se configuren como delito.

Debe otorgársele, pues, primacía a la cuestión político-criminal sobre la relativa a la sistematización dogmática de los llamados delitos económicos.

Y la delincuencia económica preocupa desde el punto de vista político-criminal porque, aparte de los daños inmediatos que puede producir, acaba por hacer perder la confianza en el tráfico mercantil, deforma el equilibrio de mercado y elimina la competencia (9).

Los estudios sociológicos han señalado, entre otros, estos tres efectos perniciosos de la delincuencia económica:

El efecto de *resaca* o *espiral*. Cuando se han agotado las posibilidades legales de lucha en el mercado altamente competitivo, el que primero delinque presiona al resto de competidores a la comisión de nuevos hechos delictivos (resaca) y cada participante se convierte así en eje de una nueva resaca (espiral).

La *reacción en cadena*. Cuando el delito económico causa graves daños materiales, el perjudicado o perjudicados se convierten en un

---

(8) U. G. BALESTRINO, *I problemi generali dei reati societari* (Milano 1978), p. 12-13.

(9) M. BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho Penal económico*, cit., p. 51.



primer eslabón de una cadena de víctimas, porque hace transmitir de unos a otras las dificultades de pago, las crisis y las quiebras, sobre todo en períodos de recesión económica.

El *poder corruptor* que ejerce sobre la Administración pública, arrastrando a funcionarios a la comisión de hechos delictivos (10).

En nuestra patria, los órganos encargados de la administración de la justicia penal no han sido insensibles a los graves daños materiales e inmateriales que acarrear los llamados delitos económicos y han manifestado reiteradamente en las últimas décadas su preocupación por las deficiencias que el vigente sistema legal presenta a la hora de combatir tal delincuencia.

Ahí están, como importantes testimonios, las Memorias del Fiscal del Tribunal Supremo (y General del Estado) de 1968, 1970, 1971 y 1980 y Sentencias tales como la de 23 de junio de 1973 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que han denunciado con toda claridad el vacío normativo de nuestra legislación penal a la hora de combatir la actual delincuencia económica y la imperiosa necesidad de colmar tan notoria laguna, que, pese a tan reiteradas reclamaciones subsiste todavía, y que confiamos desaparezca con la entrada en vigor del anunciado nuevo Código penal.

III.—Particularmente lamentable —de escandalosa laguna la ha calificado con razón algún penalista— resulta la inexistencia en nuestro vigente sistema penal de un capítulo regulador de los llamados delitos societarios, presente, en cambio, en las legislaciones penales de los países de nuestro círculo de cultura.

La previsión de tales delitos constituye instrumento decisivo para luchar contra la moderna delincuencia económica, que, como recordaba el Fiscal General del Estado en su Memoria de 1980, funcionalmente se genera de modo predominante a través de empresas y sociedades mercantiles e industriales.

Las dimensiones alcanzadas por las sociedades mercantiles, especialmente las anónimas, y los complejos intereses que se mueven en su seno, exigen hoy una intervención más penetrante del magisterio penal en la vida de dichas entidades (11), y no parece posible compartir la opinión de quienes, como el ilustre mercantilista Ascarelli, propugnan, en cambio, el total abandono de la penalización y su sustitución por una técnica represiva limitada al campo patrimonial.

Por otra parte, se reconoce hoy la insuficiencia de los modelos tradicionales de incriminación, representados por algunas figuras claves, como la estafa y la apropiación indebida, para reprimir las actuaciones ilícitas más graves cometidas por los administradores de grandes so-

(10) Vid. M. BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho Penal económico*, cit., pp. 51-52.

(11) Vid. G. MARINUCCI-M. ROMANO, *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni* en *Il Diritto penale delle società commerciali* (Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale) (Milano 1971), p. 97.

ciedades mercantiles al amparo de la estructura orgánica de la propia sociedad.

Por ejemplo, quien conozca un poco la problemática de algunos de los Bancos que han hecho crisis en nuestro país en los últimos años, tiene necesariamente que echar de menos en nuestra legislación una disposición similar a la que contiene el artículo 2.624 del Código civil italiano, según el cual se castiga con la pena de reclusión de uno a tres años y multa a los administradores que obtengan préstamos bajo cualquier forma, sea directamente o por persona interpuesta, de la sociedad que administran o consigan de la misma la prestación de garantías para débitos propios.

Detrás de la mayoría de las aludidas crisis bancarias aparece siempre una operatoria similar. En unos casos, los recursos del banco se han destinado a pagar la adquisición de las propias acciones del Banco, es decir, se ha pretendido comprar el Banco con fondos del propio Banco, restando así efectividad al capital social, y en otros se han concedido préstamos por cuantías impresionantes a sociedades de los administradores o controladas por ellos carentes de la debida solvencia, créditos que se renuevan periódicamente incrementados en la cuantía correspondiente a los intereses devengados, pero no pagados por la entidad prestataria, de tal suerte que del Banco salen los fondos del principal del préstamo y no retornan ni éstos ni los relativos a los intereses que teóricamente aparecen percibidos por el Banco e incluso lucen, como tal, en su cuenta de resultados, siendo así que, de hecho, en el Banco no ha ingresado un solo céntimo. Al final el Banco sólo tiene como contrapartida un «apunte contable» en el que figura la «deuda», así, entre comillas, representada por el importe del principal y los intereses acumulados, que nunca podrá recuperar de la entidad prestataria por carecer ésta de la debida solvencia.

En muchos de estos casos, por no decir en todos, estamos sin duda alguna ante distracciones de fondos constitutivas de apropiación indebida, pero a veces se han instrumentado tan hábilmente que presentan la apariencia de un negocio civil y en la práctica cuesta desenmascarar que lo que se quiere presentar como una «deuda», siempre reconocida y que al final resulta impagada por carecer el deudor de medios para satisfacerla, es desde el principio pura y simplemente una apropiación indebida de los fondos cuya administración los gestores del Banco tenían confiada.

Las dificultades que hoy padecen los órganos de la justicia penal para depurar tales hechos, quedarían allanadas, como decimos, si en nuestra legislación existiese una figura similar a la prevista en el citado artículo 2.624 del Código civil italiano.

Los ejemplos podrían multiplicarse.

Desde el momento en que los llamados delitos societarios pretenden reprimir la violación de los deberes o el abuso de los poderes por parte de las personas que ejercen funciones de particular importancia

en el seno de sociedades mercantiles (12), su existencia tiene un enorme valor político-criminal en la medida en que, operando en muchos casos como delitos-obstáculo, previenen y evitan la comisión de otros ulteriores delitos no específicamente societarios valiéndose de la estructura y órganos de la sociedad y precisamente por eso su incorporación a nuestro sistema punitivo —ya prevista en el Proyecto de Código penal de 1980— es necesaria y urgente.

IV.—Los delitos societarios suscitan problemas especialmente en los siguientes ámbitos: a) Relaciones y coordinación entre las disposiciones civiles y mercantiles y las disposiciones penales; b) intereses que deben ser tutelados; c) sujetos activos del delito; y d) cuadro de sanciones.

La futura regulación debe tener en cuenta esta problemática, a la que aludiremos seguidamente con la brevedad que la ocasión requiere.

1. En primer lugar, hay que decidir si se va a adoptar una técnica meramente sancionatoria, reforzando a través de la pena criminal, preceptos establecidos en el marco del Derecho privado, o si, por el contrario, se va a proceder a una regulación jurídico-penal autónoma.

La segunda de las opciones es, a mi juicio, la adecuada. El Derecho penal goza de autonomía respecto al Derecho mercantil y al Derecho privado en general, porque sus disposiciones legales obedecen a exigencias y finalidades propias. Alguien ha dicho —no sin razón— que en muchos aspectos está fatalmente determinado que los resultados a que llegan los cultivadores de las distintas disciplinas jurídicas diverjan (13). Sabemos que incluso las nociones técnicas procedentes de otros sectores del ordenamiento jurídico experimentan una transformación al entrar en contacto —como decía Bettiol— con la materia incandescente del Derecho penal.

La autonomía a que nos estamos refiriendo comienza por reflejarse en el concepto mismo de sociedad. A efectos de los delitos societarios, el Derecho penal opera con un concepto de sociedad extremadamente lato. Así, se admite que algunos de tales delitos puedan ser cometidos a través de sociedades *irregulares* e incluso *sociedades de hecho*.

Desde otras perspectivas, emerge también la autonomía de la regulación penal. En virtud del principio de intervención mínima, el Derecho penal no puede sancionar indiferenciadamente todas las infracciones de los correspondientes preceptos civiles y mercantiles, sino que resulta obligado efectuar una selección, a fin de incorporar al ámbito de lo punible únicamente las infracciones más graves y particularmente intolerables. Por otra parte, las normas penales no se limitan sólo a reforzar, con la sanción criminal, preceptos ya establecidos por el Derecho privado, sino que, crean nuevos y originales mandatos y prohi-

(12) F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale. I reati fallimentari e societari* (Milano 1959), p. 253.

(13) U. G. BALESTRINO, *I problemi generali*, cit., pp. 37-38.

biciones, en función precisamente de las específicas finalidades perseguidas en la materia que nos ocupa por el Derecho penal (14).

El carácter autónomo, en el sentido indicado, de la regulación penal, junto con las exigencias de certeza y seguridad jurídicas, que deben extenderse siempre en el campo penal, desaconsejan utilizar la técnica legislativa del «reenvío», con simple remisión a las disposiciones civiles y mercantiles y obligan a que la ley penal, aún en aquellos casos en que parte de preceptos ya establecidos por el Derecho privado, formule expresamente y con la mayor precisión posible el comportamiento prohibido bajo sanción penal.

2. Si, como antes hemos dicho, el objeto de protección de los delitos está representado por el bien jurídico que, según el tipo abstracto, resulta necesariamente ofendido y no también por los intereses que eventualmente puedan resultar afectados por su concreta realización histórica, hay que concluir que los intereses que los delitos societarios protegen —salvo, naturalmente, cuando se trate de empresas públicas que revisten la forma de sociedades mercantiles— son, en principio, intereses de carácter privado, pertenecientes a la propia sociedad, a los socios, a los acreedores y a terceros.

Esta pluralidad de intereses de la sociedad, de los socios, de los acreedores y de terceros no resulta, como es obvio, ofendida en todos y cada uno de los delitos societarios. Hay delitos societarios que dañan intereses propios de la sociedad y no de los socios (hasta el punto de que éstos pueden resultar responsables como partícipes de dichos delitos), y delitos societarios contra intereses de los acreedores que no sólo no dañan a la sociedad, sino que incluso la benefician económicamente.

En atención a los titulares de los distintos intereses protegidos los delitos societarios se clasifican en: *delitos contra la propia sociedad* que infringen deberes del órgano hacia la propia entidad (v. gr., divulgación de noticias reservadas, influjo ilícito en la formación de mayorías, participación en deliberaciones en caso de conflicto de intereses con la sociedad, etc.); *delitos contra los socios*, que lesionan derechos de éstos (omisión de convocatoria de juntas, impedimento del control de la gestión social, etc.); *delitos contra los acreedores*, que son todos aquellos que lesionan el interés de los acreedores a la conservación de la garantía (por ejemplo, reducción irregular del capital social, valoración exagerada de aportaciones en especie, etc.); y *delitos societarios contra terceros*, que aunque pueden lesionar también intereses de los socios y de los acreedores, no lo hacen en cuanto éstos aparecen como tales (v. gr., falsas comunicaciones sociales, que pueden inducir a personas no vinculadas jurídicamente a la sociedad ni como socios ni como acreedores a tomar decisiones perjudiciales para su patrimonio).

Por lo que se refiere concretamente a la protección penal de intereses de los socios, debe tenerse en cuenta la nueva realidad socioló-

(14) G. MARINUCCI-M. ROMANO, *Tecniche normative*, cit., p. 109.

gica de las grandes sociedades anónimas, frente a las cuales fracasan los mecanismos de control previstos por el Derecho privado y que provienen de una época que algunos autores han definido como paleo-capitalista (15). Mientras la junta o asamblea de accionistas puede controlar la gestión de las pequeñas entidades, las grandes sociedades anónimas funcionan de hecho oligárquicamente. La mayoría de votos necesaria para la aprobación de una decisión refleja en realidad los intereses de una minoría de socios, cuya participación social es más exigua cuanto más elevado es el número de accionistas. Los socios excluidos del grupo dominante, aun cuando puedan representar la mayoría del capital, no tienen de hecho poder de decisión ni están en condiciones (por el modesto interés de cada uno, su escasa información, etcétera) de llevar a cabo una efectiva verificación de la legitimidad de la gestión social. En tales condiciones, hacer radicar el principal instrumento de control en la reacción del accionista individual resulta enteramente inadecuado (16).

La evolución sociológica de las grandes sociedades por acciones ha pasado de la fase del «control de la mayoría del capital» al «control de accionistas activos minoritarios» y se avecina una nueva etapa, ya aflorada en algunas latitudes, en la que el control pasa a manos de los profesionales ejecutivos, de tal modo que la dinámica de la sociedad viene determinada no tanto por el interés y riesgo de los titulares del capital cuanto por la capacidad técnica y profesional de los dirigentes (17).

Este nuevo fenómeno está haciendo que la doctrina actual subraye, a efectos de su regulación, la afinidad de algunos delitos cometidos contra la sociedad por quienes desempeñan en su seno puestos rectores a ciertas figuras delictivas de los funcionarios contra la Administración Pública (18).

3. Desde el punto de vista del sujeto activo los delitos societarios se configuran como *delitos propios*, es decir, con un círculo limitado de posibles autores (administradores, promotores, socios fundadores, etcétera). Los extraños que no reúnen tales cualificaciones no pueden ser autores —porque la autoría es siempre realización del hecho como propio— aunque sí partícipes (inductores, cooperadores necesarios o cómplices), porque la participación es, por definición, intervención en hecho ajeno y no requiere, por tanto, en el partícipe la cualidad exigida en su caso para ser autor.

Es notorio que en el ámbito de las sociedades mercantiles son muy frecuentes las atribuciones y funciones colegiadas. De ahí surge la cuestión de si, cuando la decisión colegial constituya delito, la respon-

(15) U. LOI-G. SENA, *Premesa di Diritto Privato*, en *Il Diritto penale delle società commerciali*, cit., p. 5.

(16) U. LOI-G. SENA, *Premesa*, cit., p. 7.

(17) G. MARINUCCI-M. ROMANO, *Tecniche normative*, cit., p. 94.

(18) Cfr. U. G. BALESTRINO, *I problemi generali*, cit., p. 28, y G. MARINUCCI-M. ROMANO, *Tecniche normative*, cit., p. 114.

sabilidad penal alcanza indefectiblemente a todos los componentes del órgano o, por el contrario, cabe la posibilidad de que el miembro individual pueda sustraerse a dicha responsabilidad.

Inmediatamente después de la entrada en vigor del Código civil italiano, formuló Rende el concepto de *delito colegial*, como categoría autónoma. Delito colegial sería aquél que se realiza no por personas que se unen con el fin de cometer delitos, sino por personas que, estando ya constituidas según la ley en colegio como órgano de una persona jurídica, pública o privada, cometen delitos en el ejercicio de sus funciones. Quedarían al margen de tal categoría conceptual, pues, los actos que son ajenos a las funciones del órgano colegiado, aunque se cometan por sus miembros con ocasión de hallarse reunidos, y los hechos que, para su realización, no exigen según la ley intervención de dicho órgano colegiado.

La configuración del delito colegial ha encontrado, con razón, fuerte oposición en la doctrina. La unidad orgánica de las deliberaciones y decisiones sociales puede tener efectos en el marco de la responsabilidad civil, pero no puede derogar el principio fundamental de que la responsabilidad penal es estrictamente *personal* (19).

Lo cual quiere decir que no todos los miembros del órgano han de responder necesariamente por los delitos cometidos a través de decisiones colegiadas y que, en su caso, tampoco tienen por qué responder necesariamente en idéntica medida, pudiendo aparecer unos como autores y otros como cómplices o encubridores.

Los supuestos prácticos que interesa resolver son, principalmente, los del miembro que ha disentido de la decisión colegial, no ha participado, por ausencia, en la decisión o ha dimitido.

En cuanto al primer supuesto, el de disentimiento, debe partirse de la idea de que, a efectos de la responsabilidad penal, lo que verdaderamente cuenta es el *efectivo* comportamiento y la *efectiva* voluntad del sujeto. Por eso, como observa Antolisei, aunque el miembro de un Consejo de Administración se haya preocupado de revestir su disentimiento de todos los requisitos formales previstos por el Derecho privado, puede no quedar liberado de responsabilidad penal si el juez de este orden comprueba que el disentimiento, declarado por motivos formales de conveniencia, no responde a la conducta real del consejero, que ha operado, en cambio, conscientemente en la misma dirección que los restantes.

Tampoco el ausente, que no ha participado en las deliberaciones y decisiones, queda por ello sólo siempre exento de responsabilidad penal. Es más, a veces la ausencia de un consejero es el acto necesario sin el cual no se hubiera cometido el delito. En todo caso, para que el miembro ausente incurra en responsabilidad criminal será necesario que su ausencia haya hecho posible o facilitado la comisión del delito y, tratándose de responsabilidad dolosa, que dicha ausencia esté preordenada a tal fin.

(19) U. G. BALESTRINO, *I problemi generali*, cit., p. 133.

Las dimisiones pueden ser la forma más clara de exteriorizar un disentimiento. Pero, como es obvio, las dimisiones *a posteriori* pueden también obedecer únicamente al propósito de rehuir la responsabilidad penal. Por ello, ésta no quedará excluida cuando el dimisionario con su precedente conducta ha actuado conscientemente a favor de la decisión ilícita, aunque nada más sea reforzando en los colegas el propósito de adoptarla (20).

La anterior problemática enlaza en cierto modo con la cuestión relativa a la posible responsabilidad por no haber impedido el delito societario que el administrador podía y debía evitar. La solución hay que obtenerla partiendo de los principios reguladores de la comisión por omisión en general, según los cuales, como es sabido, no basta que el sujeto haya dejado de actuar incumpliendo cualquier clase de deber. Se requiere que el sujeto esté en posición de garante respecto a la no verificación del hecho y que el deber incumplido sea un auténtico deber de impedir el resultado cuyo sentido sea el de fundamentar una responsabilidad por el resultado no evitado, y no un simple deber de actuar. A falta de una disposición general sobre la comisión por omisión, al estilo de las contenidas en el artículo 40 del Código penal italiano o en el párrafo 13 del alemán, nuestro Código penal ofrece algunas disposiciones específicas, como la del último párrafo del artículo 499 bis, que pueden resultar orientadoras a los efectos que nos ocupan.

Todavía a propósito del sujeto activo, la ley deberá indicar en qué circunstancias el *administrador de hecho* puede ser equiparado al administrador de Derecho. Evidentes razones de política criminal aconsejan no dejar al margen de los delitos societarios a los *administradores de hecho*. En caso contrario, se favorecería absurdamente con la impunidad frente a los delitos societarios a quienes por desidia no se hubiesen preocupado de regularizar la sociedad o la designación de administradores y —lo que es peor todavía— a quienes dolosamente hubiesen creado la situación irregular para sustraerse del ámbito de los delitos societarios (21).

4.—Es preocupación de la actual doctrina dar con las sanciones más adecuadas para reprimir y prevenir los delitos societarios.

En cuanto a las penas, al lado de la privativa de libertad, se atribuye un cometido cada vez más importante a la pena pecuniaria, regulada según el sistema escandinavo de los días-multa.

Por lo que se refiere a la pena privativa de libertad, un autorizado sector doctrinal recomienda hacer un uso moderado en relación con los hechos de mediana gravedad. Marinucci y Romano han observado que a veces la severidad adoptada a nivel legislativo se traduce en una práctica inaplicación de las sanciones previstas: «Se tiene la impresión de que una de las razones de la lamentada escasez de aplicación de las

(20) F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale. I reati fallimentari e societari*, cit., pp. 280 ss.

(21) U. G. BALESTRINO, *I problemi generali*, cit., pp. 113-114.



normas incriminadoras en materia societaria reside precisamente en la elección de penas privativas de libertad, cuya gravedad, con razón o sin ella, no encuentra eco en las valoraciones de los órganos jurisdiccionales. Es una impresión convalidada por la experiencia de otros ordenamientos, como el francés, donde a la «furia» represiva que ha guiado recientemente la mano del legislador penal en materia societaria, corresponde, en la praxis, una aplicación blanda y sustancialmente elusiva de las figuras del delito sancionadas más severamente» (22).

En cambio, se propone como más eficaz operar en ciertos casos con la inhabilitación temporal para ejercer la función de administrador social como pena principal, previéndola como única o conjuntamente con la de multa (23).

Decisivo se considera establecer todo un repertorio de medidas de seguridad que inciden directamente sobre la propia sociedad. Presupuesto de tales medidas es la llamada peligrosidad objetiva, que «no está estructuralmente desvinculada del todo de la peligrosidad social, sino que se sitúa respecto a ésta como un elemento de carácter preparatorio. Lo que el legislador quiere impedir es que la posesión de ciertas cosas por parte del reo o el hecho de que ciertos objetos continúen circulando libremente puedan constituir la chispa que suscite la peligrosidad de alguno... Se dice con fórmula expresiva que la peligrosidad pasa (*rectius*: puede pasar) de la cosa a la persona» (24).

En este sentido, parece que puede establecerse un paralelo entre los denominados *delitos-obstáculo* como tutela avanzada para la protección de ciertos bienes y la *peligrosidad objetiva* (25).

En nuestro caso la referida *peligrosidad objetiva* surge cuando la organización societaria aparece como *probable* fuente de nuevos hechos delictivos perpetrados por los administradores (26).

Las medidas de seguridad directamente aplicables a la sociedad se diferencian según incidan sobre el elemento asociativo, sobre el fin y objeto, sobre el elemento organizativo estricto *sensu* o bien sobre las cosas y patrimonio de la entidad (27).

Entre las medidas que afectan al elemento asociativo menciona Bricola la de *exclusión* de socios, que, por el absentismo de la mayoría, son los inspiradores de la política empresarial, fuente de delitos.

Son medidas que afectan al fin y objeto social, la *suspensión* y la *prohibición absoluta y relativa de actividad*, así como la *clausura del establecimiento*.

Son medidas que afectan a la organización social misma, la *modifi-*

(22) G. MARINUCCI-M. ROMANO, *Tecniche normative*, cit., p. 101.

(23) G. MARINUCCI-M. ROMANO, *Tecniche normative*, cit., p. 102.

(24) I. CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza* (Milano 1970), p. 148; F. BRICOLA, *Il costo del principio «societas delinquere non potest» nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, en *Il Diritto penale delle società commerciali*, cit., p. 78.

(25) F. BRICOLA, *Il costo*, cit., pp. 78-79.

(26) F. BRICOLA, *Il costo*, cit., p. 79.

(27) F. BRICOLA, *Il costo*, cit., p. 84.

*cación judicial del estatuto de la sociedad, nombramiento judicial de administrador y como última ratio, la disolución de la sociedad.*

Finalmente, entre las medidas de seguridad que inciden sobre las cosas y patrimonio de la sociedad, se encuentran el *comiso*, orientado a finalidades preventivas y otras medidas pecuniarias que, al estilo de la *Sicherungsgeld*, sustraen a la sociedad aquellos concretos medios económico-financieros destinados a favorecer y desarrollar la actividad delictiva.

V.—Pienso que desde los puntos de vista que acabo de exponer debe procederse a la revisión del capítulo que el Proyecto de Código penal de 1980 dedicaba a lo que, en homenaje a una terminología tradicional en nuestra patria, denominó «delitos financieros». La regulación que el citado Proyecto proponía de tales delitos me parece —y asumo toda la responsabilidad que como Ponente General del mismo me corresponda— deficiente, como sin duda lo son también otras parcelas del Título destinado a los llamados delitos contra el orden socio-económico.

Pero estas deficiencias no autorizan para descalificar en bloque al referido Título ni para presentarlo ante la opinión de los empresarios como atentario a la libertad de empresa que, en el marco de la economía de mercado, garantiza el artículo 38 de nuestra Constitución.

Es cierto que aquí y fuera de aquí no faltan voces que niegan desde la perspectiva de la economía de mercado toda legitimidad a la existencia misma del llamado Derecho penal económico, por estimar que éste acabaría, a la postre, por desintegrar la fuerza dinamizadora de la libre iniciativa y vendría a negar la finalidad de lucro que promueve y desarrolla el progreso económico.

Pero tales opiniones no son de recibo, pues es evidente que ni siquiera el legislador de la época liberal individualista dejó de reconocer que en la actividad mercantil e industrial existen lucros permitidos y lucros fraudulentos e injustos y no renunció a considerar delictiva, en su caso, la obtención de estos últimos. Lo que, naturalmente, no sólo no es contrario a la economía de mercado, sino que sirve para el mejor y más saneado desarrollo de la misma.

No quisiera terminar, dado el lugar en que nos encontramos, sin decir algo que, no por obvio, debemos dejar de repetir. Es necesaria y urgente una nueva regulación legal que permita afrontar adecuadamente la actual delincuencia económica. Pero nada se resolvería si no se dota a los jueces de los medios indispensables para la aplicación de la nueva legislación. Cuando un Juez de Instrucción tiene que interrumpir la investigación de un hecho presuntamente delictivo por no existir la correspondiente consignación para costear una prueba pericial contable, me parece que el Estado está abdicando de cumplir la primera y más importante de sus funciones, que es la de administrar justicia.

La delincuencia económica es difícil de perseguir porque se produce normalmente con la colaboración de expertos que de modo deliberado y programado procuran dar a los hechos apariencia de legalidad. De ahí que el Juez debe contar también con el concurso permanente de equipos especializados, como ya acontece en otros países de nuestro círculo de cultura.

Porque malas son las lagunas legales, pero peor es aún para el prestigio de la justicia poner en manos de los jueces leyes que, por falta de medios, no pueden aplicar.



# Límites políticos criminales del delito de comisión por omisión (\*)

Prof. Dr. ANGEL TORIO LOPEZ  
Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de Valladolid

SUMARIO: I. Indicaciones metódicas sobre el delito de comisión por omisión.—II. Seguridad jurídica y comisión por omisión.—III. Referencia al derecho penal español.—IV. Juicios de probabilidad y de necesidad causal.—V. El momento teleológico (el principio de la disminución del riesgo).—VI. Concreción legislativa de la posición de garantía.—VII. Posición de garantía y unidad de orden jurídico. Tensión dialéctica entre omisión simple y comisión por omisión.—VIII. Consideraciones finales.

I. La evolución histórico conceptual del delito de comisión por omisión pone de manifiesto una interdependencia característica entre puntos de vista filosóficos, dogmáticos y político criminales. En alta medida la categoría de la comisión por omisión se ha desenvuelto *extra legem* en concordancia con las presuposiciones culturales de cada época jurídica. Los sistemas positivos han determinado legislativamente el resultado típico, mientras que los demás elementos de la comisión por omisión —causalidad hipotética, infracción del deber de garantía del bien jurídico, etc.— son contribución de la ciencia y la jurisprudencia.

Con anterioridad a la Ilustración sólo fue investigada la posibilidad de que delitos determinados —ante todo el delito de parricidio (infanticidio)— pudieran ser realizados por omisión. Como forma de conducta común en principio a todos los delitos, la comisión por omisión se reconoce ya por la jurisprudencia prusiana a partir de 1800, cuando afirma «no existir duda de que el asesinato, igual que cualquier otro delito, puede cometerse mediante omisión de lo que la ley exige de cualquiera» (1).

---

(\*) El presente estudio es la relación española presentada a la Sección de los delitos de omisión, del XIII Congreso Internacional de Derecho Penal. El Cairo, octubre 1984.

(1) JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado de Derecho penal*, t. III, 4.ª ed., pág. 394 y ss. y 415 y ss.; HIPPEL, R. V.: *Deutsches Strafrecht*, 2 Bd., 1930, págs. 154 y ss.

Un balance dogmático y político criminal de la situación actual del delito de comisión por omisión, ha de ser efectuado con vista a la historia. El proceso histórico dogmático permite apreciar diversos períodos, en concordancia con la evolución de las doctrinas generales del delito:

A) Para la ciencia penal del siglo XIX la imputación del resultado supone ineludiblemente que haya sido causado por el autor. Conforme a este punto de vista, no sólo el delito de acción sino el de comisión por omisión requieren que el resultado haya sido *causado* por el comportamiento del sujeto. La búsqueda afanosa de un *quid* causal en la omisión, intentada por vías diversas en la ciencia penal del siglo XIX —teorías del *aliud agere*, precedente o contemporáneo, etc.— no condujo, sin embargo, a resultados satisfactorios, poniendo de relieve que metódicamente la fundamentación de la comisión por omisión no podía cumplirse en el plano del ser (causal) sino en el del deber ser (normativo) (2).

B) Esta perspectiva halla clara expresión en la dirección teleológica valorativa de la ciencia penal continental europea durante las décadas iniciales del presente siglo. El omitente no causa —*ex nihilo, nihil*— el resultado. Responde de él por no realizar la acción que lo hubiese impedido cuando tenía un deber específico de evitarlo.

En sentido finalista cabe decir que el derecho penal no puede cumplir la tarea propia de proteger los bienes e intereses jurídicos estableciendo únicamente prohibiciones de acción. Precisa también configurar mandatos de acciones, concebidas como medio para evitar la producción de resultados lesivos para tales bienes e intereses. Las normas penales no sólo prohíben acciones dirigidas a matar, lesionar... Preceptúan también acciones orientadas a neutralizar el peligro y evitar la lesión de la vida, integridad corporal, etc. En el delito de comisión por omisión se impone al sujeto desenvolver una actividad positiva dirigida a neutralizar el peligro y, consiguientemente, la lesión de los bienes jurídicos. El sujeto activo garantiza el dominio del proceso causal peligroso para la vida, la integridad corporal, etc. Está predispuesto para controlar la causalidad material conducente a la producción del resultado. La consideración de la acción esperada como medio de disminución del peligro y evitación de la lesión del bien jurídico pone diáfananamente de relieve la perspectiva teleológica de la comisión por omisión.

En sentido valorativo la comisión por omisión es equiparada a la acción causal del resultado. Esta *equiparación axiológica* se refleja a principios de siglo en la afirmación de la ciencia de que «una vez fundamentado, el delito de comisión por omisión se sanciona con igual pena que el delito de acción» (3). Distintos en el

(2) MEZGER, E.: *Tratado de Derecho penal*, I (Traducción de Rodríguez Muñoz, J. A.), nueva edición de 1955, págs. 294 y ss.

(3) MEZGER, E.: *loc. cit.*, pág. 316.

ámbito ontológico o del *ser real* delito de acción y de comisión por omisión se equiparan en el plano de los valores.

C) El presente se caracteriza por una prolongación sucesiva del pensamiento teleológico valorativo en el derecho penal (4), en lo concerniente al delito de acción y al de comisión por omisión.

a) La prolongación del criterio teleológico se evidencia en la consideración progresiva del derecho penal como medio de protección de bienes jurídicos. Esto ha supuesto en la parte especial la crítica de las figuras de delito en que no es verificable la dirección de ataque a tales bienes (homosexualidad consentida entre adultos, pornografía, prostitución o incesto...). En la parte general, en la crítica de los delitos de peligro abstracto, es decir, en la exigencia efectiva del peligro concreto o la lesión de un bien jurídico como momento permanente de todo tipo de delito, etc. El punto de vista teleológico se afirma también en la negación de la tipicidad de las acciones que no originan ni intensifican el riesgo para el bien jurídico. Paralelamente, es visible tal criterio en la negación de tipicidad, o sea, de la falta de relevancia jurídico penal de la omisión de acciones que no hubiesen disminuido el riesgo ni evitado la lesión de la vida, integridad corporal u otro bien jurídico protegido abstractamente por el derecho penal. Apenas hace falta recordar que esta comprensión teleológica de las categorías y conceptos jurídico penales se extiende de forma diáfana a la concepción de la pena y las medidas de seguridad como medios técnicos de prevención general e individual.

b) Paralelamente se asiste a una comprensión eminentemente valorativa de las categorías penales, con retroceso progresivo del principio causal en la concepción del delito.

Esto no sucede sólo en el delito de comisión por omisión, de acuerdo con su evolución propia, sino en el delito de acción. En tanto la causalidad entre acción y resultado determinó —a lo sumo con la exigencia de que la acción fuese adecuada— la cualidad de prohibido o injusto (típico) del hecho, una de las notas más características de la teoría actual del delito es la distinción entre causación e imputación objetiva. Se distingue entre causaciones prohibidas y no prohibidas de un resultado. Por ejemplo, obliga a distinguir entre causaciones de homicidios típicas y atípicas, prohibidas y no prohibidas, aún cumpliéndose las notas formales del delito. No pudiéndose negar que la acción ha causado la muerte de un hombre, puede ocurrir que esa causación no sea estimada antinormativa (típica) en el sentido del derecho positivo. Esto sucede si una acción no peligrosa para la vida —por ej., un empujón, un leve golpe, etc.— causa *de facto* la muerte de otra persona. La causalidad es condición necesaria, pero no suficiente de la responsabilidad (objetivo impersonal) por el hecho. Lo decisivo es si la producción del resultado es jurídicamente imputable

---

(4) AMELUNG, K.: *Zur Kritik des kriminalpolitischen Strafrechtssystems von Roxin*, en *Juristenzeitung*, 1982, pág. 617 y ss.



a la acción, es decir, si la acción suponía un peligro, prohibido por la norma, determinante del resultado típico. La causación de resultados mediante acciones no prohibidas por la norma particular impide hablar de un hecho típico de homicidio. En su caso planteará el problema de la existencia de un hecho típico de lesiones, malos tratos de obra, etc.

Todo ello supone una pérdida progresiva de significado del momento causal así como una observable penetración de criterios valorativos, normativos, en el delito material de acción. Es cierto que esta *valoración* ha de desenvolverse —por el dominio del principio *nullum crimen sine lege*— dentro del marco legislativo, es decir, dentro del cuadro legal trazado por el tipo de delito. La vieja idea de que causación —incluso causación dolosa— equivale a responsabilidad por el hecho, a tipicidad, experimenta en la doctrina actual importantes limitaciones. Es característica en la actual fase de la teoría del delito una creciente consideración no descriptiva, valorativa, de los conceptos penales (principalmente de la tipicidad, como categoría central, expresiva del Estado de Derecho, en el concepto de delito).

c) De esta forma se ha producido una aproximación del delito de acción al delito de comisión por omisión. No puede hoy decirse que el delito de acción es inteligible en términos de causalidad (decisivo es si la acción ha causado el resultado) y el delito de comisión por omisión en términos de antinormatividad (decisivo es si la acción *indebidamente* omitida hubiera impedido el resultado). La doctrina actual permite, por el contrario, hablar de un empobrecimiento del plano fáctico (descriptivo) y de una intensificación del plano valorativo (normativo) del delito. La ciencia positivista del derecho penal pretendió construir el delito de comisión por omisión de modo paralelo al delito de acción. Actualmente se asiste a una aproximación en sentido opuesto de ambas categorías. Son acentuados los aspectos valorativos del delito de acción. La crítica del concepto de causalidad por la filosofía contemporánea de la ciencia ve en la causalidad menos una producción efectiva, lineal, de resultados, que una correlación probabilística. Stella ha destacado que la causalidad es en el derecho penal probabilidad estadística. Ello supone una debilitación de la exigencia de la causalidad como producción lineal de efectos indefectibles por la acción (5). La crítica del concepto de causalidad por la física contemporánea ha hecho decir a Maiwald que el derecho penal ha de desenvolverse en el ámbito causal independientemente del curso de tal polémica científica (6). Esta nueva crisis de la causalidad, visible también en la función meramente aclaratoria asignada a la fórmula de la *conditio sine qua non*, permite simultáneamente observar una acentuación creciente de la fundamentación,

(5) STELLA, F.: *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel Diritto penale*. 1975, pág. 275 y ss.

(6) MAIWALD, M.: *Kausalität und Strafrecht*, 1980, pág. 88.

menos causal que valorativa, de la responsabilidad penal, no sólo en el delito de comisión por omisión, sino en el delito de acción, en el que la noción de imputación objetiva puede considerarse hoy como núcleo de la tipicidad. La causalidad es condición necesaria, aunque no suficiente de la tipicidad. Esta radica primordialmente en la imputación objetiva del resultado a la acción, o en su caso, a la omisión. La dimensión *lógica* del delito parece retroceder conceptual y materialmente ante la consideración *teleológica* y ante todo *axiológica*.

II. Este proceso, siempre que se intensifique en mayor medida, sería, sin embargo, sospechoso de posibles tensiones con el principio *nullum crimen sine lege*. Este principio concreta la certeza del derecho y supone la realización de un postulado lógico, es decir, de una descripción exacta de los presupuestos de la pena. Una realización plenaria del principio debería conducir a prescindir, en la medida de lo posible, de elementos valorativos en la descripción de la acción jurídico penalmente relevante (típica). Naturalmente que esta aspiración no es plenamente realizable. Pero en todo caso debe el legislador —y la crítica jurídica— señalar cuándo el punto de equilibrio entre descripción y valoración, entre aspectos lógicos y axiológicos de la fundamentación del injusto ha sido sobrepasado.

La exigencia de que la prohibición suponga una descripción precisa de la base real o material del delito de acción ha de ir paralelamente acompañada de una definición lo más precisa posible de los presupuestos reales (lógicos) del delito de comisión por omisión. Aunque la causalidad no es, por ej., *elemento material* del delito de comisión por omisión, es un *momento lógico* imprescindible de él, que debe precisamente destacar la descripción legislativa de esta clase de delitos con evidencia. En este sentido lógico —y por tanto, real— debe procederse a una precisión legislativa, dentro de lo posible agotadora, de la totalidad de elementos fundadores de la responsabilidad del omitente por el resultado sobrevenido.

En diversos sistemas no existen normas jurídicas específicas sobre el delito de comisión por omisión. Así sucede en Inglaterra donde, sin embargo, la posibilidad de un homicidio cometido por omisión es afirmada por la doctrina. El *common law*, indican Smith y Hogan, raramente sanciona omisiones, y parece que se ha considerado que la función del derecho penal era disuadir a los hombres de causar un daño positivo, dejando a la opinión pública, la religión y la moral realizar buenas obras (7). Y Williams señala que las omisiones seguidas de muerte pueden ser conceptuadas como asesinato u homicidio, aunque siempre es preciso la ausencia de un deber de actuar (8). Igual situación dominaba en los sistemas penales del siglo XIX. En la actualidad los códigos

(7) SMITH & HOGAN: *Criminal Law*, 4.<sup>a</sup> ed., 1978, pág. 45 y ss.

(8) WILLIAMS, G.: *Textbook of criminal Law*, 1978, pág. 233, y ss.

penales recientes establecen formalmente la punibilidad de la comisión por omisión. Esto sucede en Alemania (pgfo. 13), Austria (pgfo. 2), Italia (art. 40) o Portugal (art. 2 C. p.).

La fijación legislativa de los presupuestos lógicos de la comisión por omisión constituye una exigencia indeclinable del Estado de Derecho, ante la cual tampoco debería claudicar la literatura científica. Correlativamente, a fin de evitar la penetración de criterios moralizadores en este sector, de acuerdo con la actual política criminal debe destacar suficientemente la ley el plano teleológico propio del delito de comisión por omisión, es decir, la posibilidad de que la acción omitida neutralizase el peligro y, ulteriormente, el resultado lesivo del bien jurídico. Únicamente cuando estos momentos lógico y teleológico de la comisión por omisión estuvieran legislativamente garantizados podrían valorarse el delito de comisión por omisión y el correspondiente delito de acción como realidades jurídicas equivalentes.

III. El código penal español declara en el artículo 1: *Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas por la ley*. Esta fórmula legislativa destaca la punibilidad de la acción y de la omisión. La fórmula ha sido interpretada, sin embargo, de forma diversa en la literatura. Una línea de opinión advierte que se refiere solamente a las omisiones tipificadas específicamente en la parte especial del código penal. Este presenta un cuadro de delitos de omisión, generalmente de propios o simples delitos de omisión, coincidente con el derecho penal comparado (art. 489 bis, omisión del deber de socorrer; art. 338 bis, omisión del deber de impedir delitos contra la vida, integridad corporal, honestidad o libertad... de las personas; art. 359, omisión por un funcionario público del deber de persecución y castigo del delito, etc.). Otra corriente de pensamiento entiende, por el contrario, que la fórmula es compatible con el reconocimiento de la punibilidad de la comisión por omisión (9). La situación legislativa es sin duda equívoca. Está necesitada de concreción y precisión.

Hoy es indiscutible que una fórmula general que declare punible la comisión por omisión dentro de un sistema penal constituye un cierto adelanto en orden a coordinar esta clase de delitos con el principio *nullum crimen sine lege*. Este método es preferible al silencio legislativo sobre el problema, sobre todo porque permite eliminar la fundamentación de comisión con arreglo a criterios morales o con base en un deber general, no específico, de actuar establecido por el Derecho. Particularmente tal norma contribuye a mostrar ante la judicatura que los delitos de simple omisión —por ej., la omisión del deber de socorrer, o sea, la inejecución de una acción de socorro— son insuficientes para fundamentar la responsabilidad por un resultado típico posterior. Este punto de

(9) ANTÓN ONECA, J.: *Derecho penal*, p. gen., 1949, pág. 173; JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Loc. cit.*, pág. 440 y ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *Derecho penal español*, p. gen., 8.ª ed., pág. 370 y ss.; CÓRDOBA RODA, J y RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Comentarios al Código penal*, t. I (Arts. 1-22), 1972, pág. 7 y ss.

vista no ha sido, sin embargo, tenido presente en España por el *Proyecto de Código penal de 1980* ni por la *Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal de 1983*, que carecen de reglas sobre el delito de comisión por omisión en la parte general. En países donde la fluidez entre valoración jurídica y moral es muy pronunciada el legislador debe mostrar diáfano ante la judicatura que la responsabilidad ética de la omisión no es suficiente para que el omitente responda de un resultado prohibido por el Derecho.

IV. Ante todo una norma jurídica sobre la comisión por omisión debería mostrar con evidencia, sin suscitar dudas interpretativas, la *necesidad* de que la acción omitida hubiera impedido el resultado. La doctrina dominante suele afirmar que la acción omitida es causal —en el sentido, claro está, de una causalidad hipotética— del resultado sobrevenido si su ejecución positiva lo hubiese impedido con probabilidad rayana en la certidumbre. En favor de este punto de vista arguye Jescheck que «en la omisión no cabe requerir, como en el hacer positivo una certeza plena en relación a la causalidad, puesto que el examen de la misma no puede basarse en un suceso real, sino únicamente posible, que no puede calcularse con absoluta seguridad» (10). Este criterio es cuestionable. Tampoco en la física actual se considera que la causalidad sea una conexión necesaria entre un hecho y otro sucesivo, sino más bien una conexión probabilística. De acoger un criterio estricto, conforme con la actual teoría de la ciencia, el argumento sería reversible respecto al delito de acción. Pero este criterio científico natural no es el del Derecho, campo en que la consideración *ex post* decide sobre si, positivamente, la acción ha causado el resultado.

También en el delito de comisión por omisión la acción inexecutada, omitida, *hubiera evitado o no* el resultado típico. Por tanto la situación conceptual no es diversa en el delito de acción y en el de omisión. En éste no se está ante un suceder imaginario, inversamente al delito de acción, en que se está ante un suceder real, sino ante un acontecer ideal (del mismo modo, por ej., que son ideales los objetos matemáticos). La tesis mencionada contiene una transposición de planos. Se desenvuelve realmente en el ámbito probatorio. Puesto que fácticamente no es posible reproducir la situación material en que debió realizarse la acción esperada cabe a lo sumo afirmar —se dice— que esa acción hubiera evitado con muy alta probabilidad el resultado típico sobrevenido. En estas condiciones no es invocado el principio *in dubio pro reo*. Por el contrario, se opta indebidamente por la atribución de la producción del resultado típico al omitente pese a existir vacilaciones residuales sobre si pudo efectivamente impedirlo.

El desnivel en el tratamiento del delito de acción y del delito de comisión, inherente a la tesis de la doctrina dominante, no

(10) JESCHECK, H. H.: *Tratado de Derecho penal*, P. gen. (traducción de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde), vol. II, pág. 853 y ss.

puede ser menos justificable. En los delitos de acción se trabaja con *juicios de necesidad* causal. En el caso de que la acción se defina como causa insegura del resultado —evidentemente una cuestión probatoria, puesto que la acción fue o no causa real del homicidio— nunca se admitiría la condena del autor de la acción por delito consumado. Lo contrario sucede si la muerte de la víctima fue consecuencia (hipotética) de una omisión. Entonces no se opera con juicios causales (ideales) de necesidad, sino con *juicios de probabilidad*. Si se dice que la intervención quirúrgica hubiese impedido con probabilidad rayana en la seguridad el resultado típico queda libre un residuo afirmativo de que esa intervención no lo hubiese impedido. Pues afirmar que la actividad del cirujano hubiera evitado el fallecimiento con tendencia de 99 por 100 es sostener simultáneamente que no lo hubiera impedido en el 1 por 100 de los casos restantes. La afirmación de la responsabilidad del omitente, dada esta situación probatoria, no puede ser en verdad más problemática. Pese a lo cual la condena por delito de homicidio cometido por omisión tiene lugar, dado que la acción omitida hubiera evitado el resultado típico con probabilidad rayana en la certidumbre.

Evidentemente, nunca se concedería algo correlativo en el delito de acción, en el que tal posibilidad centesimal, etc., de que el autor no hubiese causado el resultado, como posibilidad puramente probatoria, conduciría únicamente a la estimación de tentativa de delito.

De acuerdo con esto, pensamos debe exigirse en el delito de comisión por omisión la seguridad total equivalente a la unidad  $\left( = \frac{100}{100} \right)$  de que la acción omitida hubiera evitado el resultado.

Es patente que de esta forma la cifra de condenas por delito consumado se reduciría de forma considerable. Ello no conduciría, sin embargo, a no poder estimar en ningún caso delito consumado cometido por omisión. El garante que no tiende la mano al niño de corta edad que va a morir asfixiado por inmersión en la piscina de mínima profundidad pudo sin duda impedir el fallecimiento. Es posible, por tanto, fundamentar una relación ideal de causalidad no sólo probable, sino necesaria, segura, en casos determinados. Ello prueba, precisamente, el deslizamiento entre el plano conceptual (ideal) y el plano procesal (probatorio) presente en la doctrina criticada. Por lo demás el que este criterio pueda excluir en la mayoría de casos una responsabilidad por delito consumado no debe estimarse como defecto, sino como una ventaja ética y jurídica de un punto de vista que no aplica la pena de la consumación a omitentes que sólo probablemente, aún con alto grado de probabilidad, hipotéticamente causaron el resultado típico (11).

(11) Sobre la situación italiana, BERTIOL, G.: *Diritto penale*, p. gen., 11 ed., pág. 288 y ss.; MANTOVANI, F.: *Diritto penale*, p. gen., pág. 177 y ss.

V. La fórmula legal sobre la comisión por omisión, tiene como fin dispensar protección a los bienes jurídicos. El delito de comisión por omisión ha de reflejar el postulado principal de la actual política criminal de que las normas jurídicas penales no prohíben infracciones éticas, sino el peligro o la lesión de intereses, de bienes jurídicos. Hoy se reconoce que en el delito de acción ésta tiene que originar o incrementar el peligro para el bien jurídico tutelado. La proyección de este criterio teleológico en el delito de comisión por omisión debe paralelamente implicar la exigencia de que la acción omitida pudiera disminuir el riesgo y consiguientemente evitar la lesión del bien o interés protegido por la norma.

Según esto no es suficiente la causalidad hipotética entre omisión y resultado. Elemento constitutivo del delito de comisión por omisión es, igualmente que en el delito de acción, la *imputación objetiva*. La proyección de este punto de vista en este campo jurídico constituye un principio material no coincidente con la exigencia de causalidad y la disminución ideal del peligro por la acción no realizada por el omitente. Este punto de vista debería encontrar expresión en las fórmulas legislativas del delito de comisión por omisión, con el fin de promover la formulación de un juicio negativo de peligro, es decir, de un juicio afirmativo de que la acción hubiera evitado el peligro y, ulteriormente, la lesión del bien jurídico protegido.

Especialmente importante es esta exigencia en el área de los posibles delitos de comisión por omisión emergentes en la actividad médico quirúrgica. La omisión del tratamiento terapéutico, de la intervención quirúrgica, procedentes en abstracto, debe ser objeto de consideración concreta. Ha de ser según esto determinado mediante un juicio negativo de pronóstico si la práctica médica omitida podía neutralizar el proceso patológico, es decir, controlar el riesgo para la vida, la integridad corporal, etc. La responsabilidad presupondrá un paso teleológico, o sea, la ponderación de la acción omitida como medio para control del peligro. Tal acción no realizada deberá presentarse como acto médico quirúrgico idóneo, según la *lex artis*, para conjurar o disminuir el peligro que gravita sobre el bien jurídico. La omisión de acciones inadecuadas, para disminuir el peligro incluso si son exigibles deontológicamente, podrían a lo sumo valorarse como tentativa inidónea de comisión por omisión, o en su caso, como omisión del deber de socorrer, según el artículo 489 bis del C. p. español (12).

VI. El problema primordial que suscitan los delitos de comisión por omisión es el de la concreción legislativa de los funda-

---

(12) De forma paralela otros sistemas penales, como el parágrafo 323 c) del código penal alemán. En los sistemas que como el italiano (art. 593 c. p.) o austríaco (parágrafo 95 c. p.) se prevé una agravación del delito de omisión del deber de socorrer en atención a las «consecuencias» sobrevenidas (muerte o lesiones en el derecho italiano, o muerte de una persona en el austríaco) parece controvertible si tales hechos deben estimarse técnicamente como *resultados* o *condiciones objetivas de punibilidad*.

mentos o fuentes del deber de actuar, es decir, la fijación de las hipótesis configuradoras de la posición de garantía. Únicamente responde de la producción del resultado quien tenía el deber jurídico específico —no sólo moral ni general— de evitarlo. El código penal italiano (art. 40 pfo. segundo) declara que

*No impedir un resultado que se tenía el deber jurídico de impedir equivale a causarlo.*

El parágrafo 13 del código penal alemán, bajo la rúbrica *Comisión por omisión* establece a su vez que

1) *Quien omite impedir un resultado perteneciente al tipo (Tatbestand) de una ley penal es sólo punible conforme a tal ley si jurídicamente debía responder de que este resultado no se produciría, y si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un obrar activo.*

2) *La pena puede ser atenuada según el parágrafo 49, pfo. 1.*

Y el artículo 10 del recientemente promulgado código penal portugués preceptúa, bajo la rúbrica «Comisión por acción y por omisión» que

1) *Cuando un tipo legal del delito contiene un determinado resultado, el hecho no sólo comprende la acción adecuada para producirlo, sino la omisión de la acción adecuada para evitarlo, salvo diversa voluntad de la ley.*

2) *La comisión por omisión de un resultado es sólo punible cuando sobre el omitente recaía un deber jurídico personal que le obligase a evitar ese resultado.*

3) *En el caso del número anterior la pena podrá ser atenuada especialmente.*

Ha sido indicado que la introducción, técnicamente moderna, de una cláusula específica sobre la punibilidad de la comisión por omisión en los sistemas penales constituye una mitigación de las objeciones que se formulaban al reconocimiento de estos delitos desde la perspectiva constitucional del principio de legalidad penal, principio, reconocido en el artículo 25,1, de la Constitución española. La cláusula advierte acerca de la impropiedad de la fundamentación ética del deber de actuar, advertencia sin duda importante frente al emotivismo moral visible a veces en sectores determinados de la judicatura. En particular, la fórmula del artículo 10 del nuevo código portugués pone de relieve preocupaciones considerables en orden a circunscribir los presupuestos legislativos de la comisión por omisión. Destaca que la omisión ha de ser *adecuada* para evitar el resultado y exige que preexista un *deber jurídico personal* que obligue al omitente a impedirlo.

Este camino debe, sin embargo, ser profundizado en medida mayor. No cabe decir que el estado de la dogmática actual «no



permite todavía una determinación definitiva de aquellas posiciones de garante de que se deduce el deber de evitar el resultado, por lo cual no cabe exigir del legislador más que una cláusula general de clara estructura» (13). En tal sentido general sin duda equívoco e insuficiente se orienta la disposición del parágrafo 13 del código penal alemán, antes transcrita. Este resignado punto de vista, dominante en la doctrina penal alemana, equivale a una condescendencia rechazable con la fundamentación pobremente descrita, extralegal de la comisión por omisión. ¿Qué juicio puede merecer desde la perspectiva del Estado de Derecho una regla jurídica que hace responder al omitente de la producción del resultado incluso si no es plenamente seguro que hubiese podido impedirlo y que además no determina estrictamente el círculo de la autoría del delito de comisión por omisión? Existe aquí una mancha considerable para un derecho penal coherente con el Estado de Derecho, respetuoso con el principio *nullum crimen sine lege*, que trate de eliminar la penetración de valoraciones subjetivas, judiciales, ideológicas, en la conformación de la responsabilidad penal. Corresponde a la ley, en atención a la certeza del Derecho y a la experiencia de la división ideológica de la judicatura, reflejada en las propuestas favorables a un *uso alternativo del Derecho*, la tarea de delimitar de modo posiblemente agotador y definitivo el injusto merecedor de pena. La condescendencia que expresa la posición censurada, es decir, la resignación ante lo que en último término es *analogía valorativa* entre delito de acción y delito de comisión por omisión, ha de ser superada mediante el trabajo crítico e incesante de la ciencia. *Pues no hay que resignarse porque sea dogmáticamente difícil definir las posiciones de garante, sino inversamente, porque esto es indiscutiblemente difícil no cabe la resignación.*

Los defectos y riesgos del criterio discutido se reflejan diáfana-mente en la práctica de la judicatura.

a) El ámbito equívoco del deber origina en el marco familiar una ambigüedad casi total de la posición de garantía, demostrativa de que la autoría por omisión se remite a la valoración judicial. Suele concederse que los padres tienen el deber de actuar para impedir el peligro o la lesión de la vida de los hijos. En el derecho civil español es sumamente tenue la indicación que el artículo 154, 1.º, del código civil proporciona cuando establece el deber de los padres de velar por sus hijos. Es controvertible, por otra parte, si existe un deber paralelo de los hijos de impedir peligros para la vida o la integridad personal de los padres a lo que no alude el artículo 155 C. c. La cuestión es aún más oscura respecto a otros ascendientes y descendientes (abuelos, nietos...). Y particularmente controvertible es si, según el artículo 68 C. c., entre cónyuges existe o no un deber de garantía recíproco de los bienes jurídicos fundamentales (vida, integridad, libertad...). Respecto a

(13) JESCHECK, H.-H.: *loc. cit.*, pág. 838.

todo esto faltan bases jurídicas precisas. Las indicaciones que el derecho civil proporciona son muy insuficientes, puesto que las normas civiles están concebidas con evidente insensibilidad para el principio de unidad del orden jurídico, sin tener presentes los fines del derechos penal.

b) Especialmente llamativa es la aceptación por amplios sectores doctrinales de la existencia de una posición de garantía por la pertenencia a determinadas comunidades vitales, como comunidades domésticas, amorosas, etc. Es patente que aquí falta un vínculo jurídico previo ordinariamente. El derecho penal, contra el criterio de su naturaleza subsidiaria, llega a operar creativamente, configurando una responsabilidad jurídica cuyo sustrato es únicamente la violación de deberes morales. Es cierto que sobre la admisibilidad de este criterio otros sectores doctrinales muestran serios reparos (14).

c) La idea de que todo delito es susceptible de comisión por omisión, inherente a las cláusulas generales existentes en el derecho penal comparado, supone una consideración excesivamente abstracta del problema. No puede tener igual tratamiento jurídico penal la omisión de una acción dirigida a impedir la muerte, lesiones, secuestro, etc., del cónyuge, que la que evitaría un daño típico patrimonial (15). Aunque de atender a la cualidad particular del bien jurídico protegido el problema se desplazaría a la parte especial, criterio rechazado en la doctrina (16), esta consideración muestra que en las fórmulas sobre la comisión por omisión debe rehuirse una consideración excesivamente abstracta, permitiéndose, por ej., una disminución ilimitada de la pena, o incluso prescindir de la pena, en atención a la relación entre sujeto activo y pasivo, naturaleza del hecho, significación del bien jurídico protegido, etc., de acuerdo con un método legislativo no abstracto, valorativo y concreto.

VII. La definición de las situaciones o posiciones de garantía ha de ser realizada con vista a la unidad del orden jurídico.

a) No sólo el derecho penal, sino previamente el derecho civil, define los deberes de acción entre familiares próximos. Es el derecho civil el que ha de definir entre qué familiares existe o no el deber jurídico de controlar e impedir el peligro y la lesión ulterior de bienes jurídico penalmente protegidos. E igualmente corresponde al derecho del trabajo determinar el ámbito concreto del deber

(14) A favor del criterio rechazado aquí, JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *loc. cit.*, pág. 428.

(15) En España se ha declarado que el padre tiene el deber de impedir el robo cometido por la hija (S. 30-1-1945). Pero más que establecerse el deber jurídico de proteger activamente el patrimonio ajeno parece responsabilizarse al padre —sobrepasando evidentemente el límite jurídico— de la culpabilidad jurídica de la hija. En Alemania, v. JESCHECK, H.-H.: *loc. cit.*, pág. 857, la jurisprudencia ha establecido el deber jurídico de la mujer de impedir el incendio en la propiedad del marido.

(16) STREE, en SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, 21 Aufl., 1982, párrafo 13,6.

respecto a la vida y salud de los operarios, prefiriéndolo descriptivamente. La situación actual permite ver una falta de cooperación entre las diversas ramas del derecho. Estos modelos muestran la necesidad de un proceder legislativo coordinado, que evite la compartimentación excesiva de los distintos dominios jurídicos, así como la equivocidad de la práctica legislativa.

b) En segundo lugar cabe señalar que si la indeterminación de la posición de garantía en el derecho positivo provoca la penetración de criterios éticos e incluso de emotivismo moral en el ámbito de la comisión por omisión, ello está también favorecido por no existir figuras delictivas subsidiarias de omisión simple, que permitan un tratamiento proporcionado, justo, valorativamente adecuado de casos límite entre ambos dominios. Esto sucede, por ej., en el sistema penal español con el delito de omisión del deber de socorro, previsto en el artículo 489 bis del código penal. La omisión de tal deber se pena con arresto de un mes y un día a seis meses, o con multa. En el parágrafo 323 c) del código penal alemán la solución es semejante (pena de prisión hasta un año, o multa). En ambos sistemas no se prevén motivos de agravación del delito en atención por ejemplo, a una relación preexistente entre omitente y víctima, a posibles consecuencias graves de la omisión, etcétera.

En sentido opuesto, el artículo 593 del código penal italiano, supuesta, claro está, la inexistencia de comisión por omisión, toma en cuenta junto a la simple omisión del deber de socorrer, la posibilidad de que derive de la situación típica una lesión, o la muerte de la persona en peligro, o necesitada de socorro. En tal caso no se impone la pena del delito base de omisión de socorro (reclusión hasta tres meses o multa), sino una pena agravada. Correlativamente el parágrafo 95 (omisión de la prestación de auxilio) del Código penal austríaco prevé una agravación de la pena privativa de libertad (hasta un año de prisión) cuando la omisión del socorro tiene como consecuencia la muerte de una persona.

Entre el delito de comisión por omisión —por ej., homicidio doloso— y el delito de omisión del deber de socorro existen lagunas valorativas. Los casos graves de omisión del deber de socorrer por pertenecer omitente y víctima a una comunidad de existencia, o de peligro, por seguir a la omisión consecuencias graves, etcétera, son penados insuficientemente. Esto conduce a facilitar la invasión emocional, valorativa, del campo reservado a la comisión por omisión. Lo que pretendemos sugerir es que un método legislativo que tenga presente la fluidez material existente entre delito de omisión simple y delito de comisión por omisión, ha de articular respuestas dialécticas, conscientes de las situaciones de transición entre ambos contextos, como pone de relieve la omisión de acciones dirigidas a impedir la muerte o lesiones de personas con quienes se convive en una relación amorosa, entre familiares, etc. Esta disponibilidad de respuestas jurídicas expresivas de la situación material básica facilitaría una mejor práctica en el

delito de comisión por omisión, excluyendo en medida mayor que la observable la penetración de la *analogía in malam partem* en él.

c) Por último las diferencias valorativas posibles existentes entre hacer y omitir, entre delito de acción y delito de comisión por omisión, han de reflejarse en la pena legal. No puede ya sostenerse que, una vez fundamentado, el delito de comisión por omisión se pena como el delito de acción. En sentido opuesto se orientan hoy el parágrafo 13 del StGB y el artículo 10 del código penal portugués, que permiten una atenuación especial de la pena del delito de omisión. Pero debería considerarse si cabría acoger un criterio correlativo al de derecho penal británico o al del *Avant Projet* francés de 1978 (17) en el sentido de no limitar el mínimo del marco penal para facilitar la apreciación del particular contenido de injusto y, en su caso, de culpabilidad del delito de comisión por omisión.

VIII. Puede ahora obtenerse un breve balance de las indicaciones críticas efectuadas a lo largo del presente estudio. Se trata de someter el delito de comisión por omisión a los principios filosófico jurídicos, político criminales y dogmáticos propios de nuestra época. Ello supone un equilibrio entre *aspectos lógicos, teleológicos y axiológicos* en esta modalidad de comportamiento punible. Los aspectos lógicos vienen representados por la seguridad jurídica o certeza del derecho, es decir, por el respeto al principio *nullum crimen sine lege* en sentido realista y crítico. Los aspectos teleológicos consisten en reclamar que la acción omitida pueda ser pensada como medio para disminuir el peligro e impedir la lesión de bienes jurídicamente protegidos. Esta doble exigencia impide un predominio excesivo de la perspectiva axiológica —es decir, de la equiparación analógica *in malam partem* del delito de comisión por omisión al delito de acción. En tal sentido, una fórmula sobre los delitos de comisión por omisión debería satisfacer las exigencias mínimas siguientes:

A) En los delitos de comisión por omisión debe destacar la fórmula legal la *necesidad de que la acción omitida hubiese impedido con plena seguridad el resultado típico*.

Esta indicación jurídico material debe de evocar la función del principio *in dubio pro reo* en el plano jurídico procesal.

B) Tal fórmula legal debe excluir implícitamente la fundamentación de la comisión por omisión en la infracción de un deber moral o de un deber jurídico general de actuar, mediante la exigencia de un *deber jurídico específico* de impedir el resultado.

(17) V. el *Avant-Projet définitif de Code Pénal, Livre I, Disp. Gen.*, pág. 56, de 1972 en que se ofrecía información sobre la pretendida supresión de las *circonstances atténuantes* y la posibilidad de reducir al mínimo —al menos un día de prisión— la pena legal en todo tipo de infracciones.

C) El hecho de que no se haya llegado dogmáticamente a conclusiones firmes en la determinación de la posición de garantía no legitima el silencio legislativo sobre este problema. Pues *una regulación parcial de la posición de garantía es preferible a la falta de regulación*, con la consiguiente penetración del pensamiento analógico valorativo en el elemento núcleo de los delitos de comisión por omisión.

D) La fórmula legislativa debería señalar la *necesidad de que la acción omitida hubiera podido impedir el peligro y consiguientemente la lesión del bien jurídico protegido*. En la práctica sería así precisa la formulación de un juicio (negativo) de pronóstico. Ello es especialmente significativo —por ej.— para fundamentar o no la responsabilidad en el delito de comisión por omisión surgido en el *ejercicio de la actividad médico-quirúrgica*.

E) La fluidez existente entre algunos delitos de omisión simple —por ej., el delito de omisión del deber de socorro— y los delitos de comisión por omisión —por ej., homicidio o lesiones— exige una consideración legislativa coordinada de ambos grupos. La correlación material, muy acentuada a veces entre ellos —por ej., preexistencia de comunidades de vida y peligro; relaciones familiares entre cónyuges, ascendientes, descendientes o afines; consecuencias del hecho, etc.— debe traducirse en fórmulas jurídicas adecuadas, que contribuyan a excluir la analogía valorativa *in malam partem* por falta de indicaciones legislativas satisfactorias a la judicatura.

A fin de *excluir una equiparación abstracta entre delito de acción y delito de comisión por omisión* no debe prefijarse un límite mínimo del marco legal penal de éste. Tal límite mínimo coincidiría, por tanto, con el mínimo de la pena legal correspondiente. Dada la diversidad de situaciones que puede plantear esta clase de delitos —por ej., en atención a las relaciones entre omitente y víctima, bien jurídico atacado, transición fluida con el delito de omisión simple, etc.— no debe impedirse que el mínimo de la pena sea esencialmente objeto de concreción judicial.



# Concepto interdisciplinar de la criminología: Carencias y complementos (\*)

ANTONIO BERISTAIN

Catedrático de Derecho penal. San Sebastián

*«En lo que concierne a la transformabilidad de la realidad como criterio de verdad científica permanece un problema sin solución: ¿Transformación hacia dónde? ¿Para qué? ¿En qué dirección? Dicho de otro modo: los criterios de decisión de «sentido» y «valor» no parecen deducibles de un sistema cerrado de conocimientos.»*

Hilde KAUFMANN, 1981

SUMARIO: 1.º *Dimensión religiosa —más que mágica— en la Criminología.* 2.º *Contra los factores criminógenos en lo religioso.* 3.º *Lo religioso renovador de la Política criminal.* 4.º *Lo trascendente escatológico hacia la Criminología «Humana».* 5.º *Atenciones con los delincuentes y con las víctimas.* 6.º *¿La secularización criminológica conduce a las raíces religiosas?*

## 1.º *Dimensión religiosa —más que mágica— en la Criminología.*

Suele entenderse por Criminología el conjunto sistemático de la ciencia experimental acerca de la criminalidad, el delincuente, la víctima, la conducta socialmente desviada y los controles sociales de estos comportamientos. Si estudiamos la opinión de los especialistas respecto a las relaciones de esta ciencia así definida con otras ciencias cercanas y con otras realidades sociales encontraremos algunas carencias que deben ser complementadas. Aquí nos limitamos a reflexionar sobre una carencia y/o un complemento: el hecho religioso-social.

La Criminología, para superar la crisis actual y para alcanzar muchas de sus metas, debe integrar las religiones, mejor dicho lo religioso como hecho social. Pero, debe evitar caer en una Criminología religiosa o, todavía peor, en una Criminología mágica, en

---

\* *Dedicatoria:* a Hilde KAUFMANN, que supo integrar en la cátedra de Criminología su radical vivencia cristiana de verdad-festiva, de servicio-fraternal, en palabras, en obras y en sentimientos.

una Criminología clerical, o del nacional-catolicismo (protestantismo-hinduismo-islamismo-budismo...).

Nosotros, como hemos explicado más detenidamente en otro lugar, pensamos que los criminólogos deben cuidar su autonomía. Las ciencias más modernas tienen especial peligro de ser ingurgitadas por otras ciencias con más historia. Concretamente, la Criminología, hija podemos decir del siglo xx, está amenazada de caer colonizada por el Derecho penal y/o por la Sociología y/o, aunque no tanto, también por la Teología. Este peligro real hace brotar en algunos criminólogos una postura anticlerical, y en otros una postura de desconocimiento o de *apartheid* respecto a la Teología y a lo trascendental.

También formulan serias dificultades los adversarios de la teología jurídica, como recuerda Würtenberger. A pesar de todo, la Criminología debe relacionarse con las religiones por múltiples motivos y para obtener pingües ventajas.

La Criminología debe integrar lo religioso para vaciarlo de posibles factores criminógenos, y para enriquecerse con sus dimensiones de humanismo trascendente capaz de dar nuevo sentido al crimen, a los controles sociales, al delincuente, a la culpabilidad *jurídica*, a la responsabilidad, a la víctima y al funcionario del sistema judicial, en el más amplio sentido de esta expresión.

La *bibliografía* sobre estos temas se encuentra dispersa por campos muy dispares, pero brota —o echa raíces— en un plano profundo común, universal, tanto geográfica como científicamente, desde la Teología hasta la Sociología, el Psicoanálisis, la Ética, el Marxismo... Muchas de las reflexiones siguientes brotan sugeridas por escritos de J. Ajuriaguerra, M. Ancel, J. Luis L. Aranguren, Albin Eser, Cherif Bassiouni, G. Bettiol, E. Ciorán, L. Hulsman, H.-H. Jescheck, R. Quinney, K. Marx, J. Oteiza, G. Radbruch, Karl Rahner, Paul Ricœur, J. Sádaba, F. Savater, I. Sotelo, P. Tillich, Denis Szabo...

Frederick McClintock recoge la opinión de muchos colegas según los cuales la actual crisis criminológica y penitenciaria en Gran Bretaña (y de modo semejante en el resto del mundo) brota de una crisis moral y espiritual. El profesor de Edimburgo no toma postura ante esta opinión, pero afirma que quienes estudian la problemática criminológica en (y fuera de) Gran Bretaña deben ampliar el campo de sus reflexiones y considerar el sistema de justicia penal en un contexto social y *cultural* más extenso, con múltiples referencias al enigma personal, al humanismo y a las ideologías.

En el mismo libro, otro criminólogo inglés, A. E. Bottoms, pide que los teólogos con sus reflexiones acerca del hombre, el Estado, la esperanza, el cuidado humano, la violencia, la coerción, la justicia..., ayuden a los criminólogos (Bottoms, 1980, 22).

No sin fundamento, ni sin provecho, en la «Sociedad Internacional de Criminología» existe, o al menos ha existido, una sección de ciencias morales presidida en algún tiempo por J. Vernet.



Quando digo que el criminólogo y el especialista de política criminal tienen que acercarse al hecho social religioso, pienso algo parecido, pero no idéntico, a lo que se entendía en otros tiempos cuando se pedía la intensificación del Derecho natural, ese apuntar hacia una actitud demandante de *pathos ético abierto* al futuro, ese apuntar a un logro del derecho nacional e internacional que encarna cada vez más valores éticos.

Hoy todos constatamos que el ser buen religioso, cumplidor de los preceptos religiosos-morales, ser bueno como ciudadano y como político no basta. Comprendemos que con los medios de la buena voluntad individual y haciendo apelación a la caridad no puede irse muy lejos; y que por lo tanto es menester una verdadera acción social, un enérgico y eficaz intervencionismo del Estado, una moral social en el sentido de que el sujeto de esa reforma moral estructural tiene que ser la sociedad a través de los poderes que libremente se dé a sí misma. Sin embargo, sería peligroso creer que esta sociedad, actuante a través de esos poderes, no necesita ya de lo religioso. Quizás necesita más que nunca la inquietud ética individual siempre vigente e indispensable para dar sentido humano a la socialización. Esta es una de las tareas importantes del hombre religioso más exigente y más inconformista que el hombre intelectual.

El Magistrado del Tribunal Supremo, E. Ruiz Vadillo, recientemente, el 15 de febrero de 1983, en la conferencia pronunciada en la *VII Semana de Cine y Criminología*, organizada por el «Instituto Vasco de Criminología» sobre el tema *Reforma penal y descriminalización*, afirmó la necesidad de colaboraciones extrajurídicas para solucionar los problemas básicos del Derecho penal. Una de esas colaboraciones extrajurídicas debe «cruzar» lo religioso-social.

En Derecho penal y en Criminología probablemente todos, unos más y otros menos, constatamos múltiples elementos irracionales en la prevención general y en la prevención especial, en la pacificación pública post-delictual y en la resocialización del delincuente. Algunos admiten también múltiples elementos mágicos en la culpabilidad, en la responsabilidad, en la sanción, etc. Nosotros vamos más arriba: estamos abiertos a los elementos religiosos si éstos vienen ricos en vena y poco manchados de ganga.

## 2.º *Contra los factores criminógenos en lo religioso.*

La Criminología debe acercarse a las religiones para vaciarlas del lastre que arrastran, en variable intensidad de ideologías dogmáticas, mantenedoras del estancamiento social, alienantes, opresoras del pobre, aliadas a los poderosos en la política, en la economía, en la ciencia, en los medios de comunicación, etc. Estas rémoras han convertido y convierten a todas las religiones, durante más o menos tiempo, en opio del pueblo, en factor criminógeno.

Las religiones, y en concreto las religiones cristianas que yo más conozco, han contribuido en determinados lugares y siglos, al mantenimiento (quizás también a la creación y al crecimiento) de

estructuras sociales injustas, caldo de cultivo de la delincuencia convencional, y caldo de cultivo de la elaboración de normas penales que sancionan predominantemente (y casi exclusivamente) a los menos favorecidos por el sistema socioeconómico y político feudalista, burgués, capitalista... y socialista.

En nombre de las religiones se han cometido y se cometen verdaderos delitos contra la humanidad, como indica Nagel en su monografía al respecto, con abundante bibliografía.

La Criminología debe expurgar a las ciencias teológicas y a las instituciones de la jerarquía religiosa cuando olvidan sus propias premisas fundamentales y, por ejemplo, establecen dogmas indiscutibles opuestos a los derechos humanos de libertad de investigación. O mantienen cosmovisiones del poder y de la docencia en desacuerdo con las adquisiciones básicas de nuestra cultura: el diálogo con el discrepante, el respeto al diferente, al relativismo de toda verdad, al convencionalismo de toda justicia humana.

Atinadamente reconoce y demuestra Jescheck que el Derecho penal de nuestros pueblos se inspira en la doctrina, mejor dicho, en el mensaje personal y misterioso del cristianismo, pero sin embargo (o por eso mismo), nuestro Derecho penal futuro no formulará ningún artículo como verdad absoluta y a nadie se le impondrá por la fuerza.

El Concilio Vaticano II (en su *Gaudium et spes*, especialmente en los números 43 y 44) ha dado un paso positivo, histórico, al proclamar el enriquecimiento que la iglesia católica ha recibido del mundo no creyente, al reconocer agradecida que tanto en el conjunto de su comunidad como en cada uno de sus hijos, recibe ayuda variada de parte de los hombres de toda clase o condición... Más aún, la Iglesia confiesa que le han sido de mucho provecho y le pueden ser todavía de provecho la oposición y aun la persecución de sus contrarios.

Merece ser citado el texto oficial del número 43: La Iglesia «sabe muy bien que no siempre, a lo largo de su prolongada historia, fueron todos sus miembros, clérigos o laicos, fieles al espíritu de Dios. Sabe también la Iglesia que aun hoy día es mucha la distancia que se da entre el mensaje que ella anuncia y la fragilidad humana de los mensajeros a quienes está confiando el Evangelio. Dejando a un lado el juicio de la historia sobre estas deficiencias, debemos, sin embargo, tener conciencia de ellas y combatir las con máxima energía para que no dañen a la difusión del Evangelio. De igual manera comprende la Iglesia cuánto le queda aún por madurar, por su experiencia de siglos, en la relación que debe mantener con el mundo».

La *Teología de la Liberación* en América Latina y en Europa avanza decididamente en este sentido de «aggiornamento», de auto-crítica constante. Ya los Santos Padres veían en la Iglesia a la madre santa y también a la prostituta.

Algunas sectas religiosas actualmente fomentan doctrinas y

conductas que cuadran sin duda en tipificaciones sancionadas como delitos en muchos Códigos penales.

### 3.º *Lo religioso renovador de la política criminal.*

Carrara rechazaba la pena de muerte porque admitía el evangelio: *Io sono abolizionista perchê sono credente*. De modo semejante, muchos cultivadores de las ciencias de los delitos y de las penas fundamentan sus criterios más decisivos en básicas coordenadas religiosas.

Como criminólogos integran lo religioso para aprovecharse de su fuerza crítica contra la incultura, el hambre, la injusticia y los abusos del poder, incluso del poder religioso.

Todas las religiones generalmente exigen a sus correligionarios una acción y una opción seria contra la injusticia individual y contra la injusticia social y/o estructural. Aquí me fijo predominante y casi exclusivamente en las religiones cristianas.

Siguiendo la teología política de Metz, de Ellacuría, de G. Gutiérrez, de Ion Sobrino, etc., se ha de concluir que una supuesta fe en Dios exige la praxis de la generosidad y la denuncia contra el egoísmo. Ambas aparecen en el evangelio como forma de amor esencial para la constitución del momento de fe, de ingreso en el cristianismo. La situación histórica de nuestra humanidad nos obliga a una toma de conciencia del pecado fundamental (que divide a los hombres en estamentos tan desiguales de «Norte-Sur»), y de la exigencia ineludible de superar ese pecado y trabajar por un mundo más equitativo.

Difícilmente puede sentirse una experiencia de Dios que no suponga como elemento básico la honradez de reconocer este estado de cosas y la disponibilidad a una práctica para remediarlo (Sobrino, 1980, 227 ss.).

La situación actual de la humanidad, el propio contexto histórico, hace ineludible una contemplación orante y una simultánea lucha contra la criminalidad no-convencional.

La tradición cristiana se ha destacado siempre por su esfuerzo, teórico y práctico, en favor de la liberación del hombre (Marc Ancel 1981, 289 s.).

La última asamblea general de los jesuitas resumió sus principales tareas en este breve pero fecundo axioma: Nuestra misión es servir a la fe y promover la justicia. El camino hacia la fe y hacia la justicia son inseparables.

La máxima autoridad en la Compañía de Jesús, Pedro Arrupe, repetidas veces ha insistido en la necesidad de que los cristianos sean, ante todo, agentes de cambio. Reconoce que la misión del cristiano (y del jesuita) conlleva una dimensión política. «Tampoco nosotros —dice— podemos callar ante manifestaciones injustas del poder, sea del poder estatal, sea del poder paralelo e ilegítimo que deriva del abuso de la propiedad. Hemos de cumplir con nuestra misión «política» propia... No hay ningún neutralismo

o escapismo ó apoliticismo en esta posición: hay un compromiso radical con el evangelio en toda su dimensión temporal».

Se nos exige en muchos casos la transformación no sólo de los individuos, sino también de las instituciones y de las estructuras» (Arrupe, 1981, 20 s., 667).

Juan Pablo II ha reconocido públicamente que los documentos de Medellín y Puebla han de servir de luz y estímulo permanente. En Medellín se autoacusó la Iglesia: «Cristo nos cuestiona e interpela... Un sordo clamor brota de millones de hombres pidiendo a sus pastores una liberación que no les llega de ninguna parte»... (Pobreza de la Iglesia, núm. 2).

En Puebla se afirmó: «La necesidad de conversión de toda la Iglesia para una opción preferencial por los pobres, en miras a su liberación integral».

Otras muchas religiones exigen también, como los documentos de Medellín y de Puebla, esa conversión individual e institucional.

El criminólogo marxista Richard Quinney reconoce que la religión siempre —antes, durante y después de la revolución marxista— nos habla de las necesidades humanas presentes. El mismo autor reconoce que la crítica neo-marxista censura los elementos alienantes de la religión, pero también adopta una actitud nueva hacia la religión para verla como fuerza liberadora, como realidad política contra la opresión clasista, como enriquecedora de una nueva dimensión para el marxismo y para nuestras vidas (Quinney, 1980, 183 ss.).

#### 4.º *Lo trascendente escatológico hacia la Criminología «Humana».*

Si la Criminología logra integrar lo religioso podrá captar su dimensión trascendente y su perspectiva escatológica.

La ciencia actual ha avanzado tanto que ha topado con sus límites. Ha reencontrado la necesidad de saltar por encima de lo racional y/o razonable, para aprovecharse de la cuarta dimensión escondida a la lógica.

La realidad en sí nos es inalcanzable. No podemos admitir el realismo ingenuo.

«Si con nuestra idea congénita tridimensional del espacio nos arreglamos perfectamente en el mundo desde tiempos inmemoriales, esto demuestra que en el mundo real también tiene que existir algo que corresponda a esta estructura tridimensional. Pero que la evolución, con el pragmatismo que le es propio, se ha contentado también en este caso con una simple solución aproximativa queda probado por el irreversible descubrimiento de Einstein de que el espacio real del mundo objetivo dispone (al menos) de una dimensión adicional.

Desde «la ameba hasta Einstein hay sólo un paso; dijo Karl Popper refiriéndose al método de la solución del problema aplicado por ambos» (Hoimar von Ditfurch, 1983, 141).

Si se reflexiona seriamente, se acepta la opinión de Victor E.

Frankl cuando describe el vacío existencial, la neurosis masiva de nuestro tiempo, «como una forma privada y personal de nihilismo, ya que el nihilismo puede definirse como la aseveración de que el ser carece de significación» (Frankl, 1980, 124).

Esta constatación le aboca a pedir una psiquiatría rehumanizada. Y a nosotros nos conlleva a pedir una Criminología rehumanizada, en busca de sentido, reencantador.

Atinadamente opina J. de Ajuriaguerra que nuestro porvenir es crear una psiquiatría (una Criminología, una administración de justicia) siempre reiniciada en el marco de un mundo a modificar constantemente (Estudios Vascos de Criminología; 1982, 33; Bustos, 1982, 95).

La sociedad actual critica la persona y la misión del Juez penal, le pide algo que supera y trasciende su autorización y capacidad legal.

Le exige que actúe con atenciones amorosas, con cuidados carismáticos, como un acercamiento a lo escatológico.

Todo lo que nos ayude a descubrir primero y a desarrollar después las potencias —sobrehumanas— que yacen en el interior del hombre para llegar a ser un excelso servidor de los demás nos ayuda a alcanzar una de las metas importantes de la Criminología actual.

Estudios diversos sobre la crisis de nuestros valores culturales coinciden en que debemos cuestionarnos seriamente, cómo saldremos de la actual desorientación y desilusión moral ante las zozobras y los resquebrajamientos de tantos valores, ante la escalada del terrorismo, ante la manipulación genética, ante el problema de la superpoblación y el hambre, ante la delincuencia económica y política, ante tantas multinacionales opresoras, ante la tortura policial y penitenciaria, la guerra amigaladora, las armas nucleares, la manipulación de las masas, el desempleo, el conflicto Norte-Sur, etc.

Las ciencias sociales y las criminológicas han formulado respuestas. Pero no calan hasta el fondo del problema, no brindan soluciones capaces de facilitarnos las opciones fundamentales, las actitudes que necesitamos urgentemente. La ciencia no llega tan arriba.

Aranguren indica la solución que parece la menos incompleta: podemos y debemos fundarnos en la religión.

Pero hemos de acudir a una religión crítica, que no se apoye en los razonamientos clásicos sino que se apoya en una arriesgada seguridad religiosa (Aranguren, *Propuestas morales*, 1983, 111, 118).

Seguridad religiosa que trascienda la razón y llegue a una práctica de la justicia que nos capacite para lograr unos oídos nuevos, para abrirnos a la experiencia del Dios trascendente que posibilita una auténtica renovación del mundo mediante la acción y la contemplación (*ora et labora*).

Eficacia a la que se llega únicamente cuando se ha dado el salto a la *trascendencia*, a lo escatológico.

Quien admite la trascendencia abre la puerta a la experiencia religiosa pues se entrega con cierto distanciamiento a su propio vivir; y así tácita o expresamente distingue su ser de vida «humana», inmanente; afirma su ex-sistencia, su singularidad y personalidad.

En la experiencia del hombre, hasta cuando ésta parece más rica, consistente y triunfadora, nunca falta un resquicio por donde descubrir su caducidad, su falibilidad, su finitud, su incertidumbre, su contingencia; en último extremo en lo que ella es nihilidad.

Esta experiencia de la nihilidad, debilidad, delincuencia, aboca a la experiencia religiosa que lleva consigo un nuevo descubrimiento, un sentido, una razón de ser, a la inmanente y trascendente. Esta religación divina vertical conlleva la religación humana horizontal que posibilita la convivencia y la corresponsabilidad (Laín, 1983, 538 ss.).

La levadura cristiana no se puede ni plantear ni comprender con el enfoque simplemente humanista. Humano es querer a los demás, pero también es humano exigir nuestros propios derechos, incluso matando si es necesario para no dejarse matar. La Criminología y el Derecho penal humanos, en el sentido restringido que ahora recordamos, se apoyan en la alteridad de los derechos, y con ello pueden fomentar una mentalidad individualista que en el fondo puede ser egoísta pues confunde el sumo derecho con la suma injusticia (*Summun ius, summa iniuria*). La psicología detecta instintos de retribución, venganza, individualismo so capa de justicia...

Teólogos y especialistas en Ética han logrado dar un paso más adelante que muchos juristas, pues han superado la Ética de la alteridad, de relaciones entre individuos, y han pasado a la Ética de la aliedad, es decir, a la Ética social, en cuanto social, que se relaciona directamente con la comunidad.

El catolicismo por su carácter teológicamente comunitario exige una dimensión social en su moral.

A estas concepciones «supraparitarias» se puede llegar cuando se acepta la dimensión trascendente y escatológica de la persona. El cristianismo lo exige en la opción de las Bienaventuranzas evangélicas, cuando se pone la mejilla izquierda a quien abofetea la derecha, cuando se atiende a la viuda, al huérfano, al marginado y al preso sin esperar recompensa equivalente. A fondo perdido.

La Teología moderna lo describe en el llamado «existencial sobrenatural». Por él la persona se encuentra ya (previamente a la justificación) incluida en la voluntad salvífica universal de Dios; la persona se encuentra ya como redimida y capacitada para alcanzar metas sobrehumanas.

Toda actividad del hombre lleva ya en sí el dinamismo de Dios. Así puede superar las fuerzas meramente terrenas.

El cristiano cree, confía en el misterio de un amor que rebasa las fuerzas «humanas»; cree y experimenta que donde abunda el pecado sobreabunda la gracia; que ya estamos salvados, que en

nuestra ex-sistencia coinciden la inmanencia y la trascendencia, lo histórico y lo escatológico.

El evangelio va más allá del ideal humano que proclaman muchas constituciones: que todos sean iguales ante la ley. Este deseo de igualdad va en contra (quedan muy por debajo) del Antiguo y el Nuevo Testamento que concibe el derecho y la justicia como una compensación de la debilidad.

El cristianismo continuamente insistió también en el campo de la ciencia teológica, de la pura ciencia, en la posibilidad de una grandeza y/o excentricidad de la persona que trasciende la noción secular del humanismo.

De estos postulados brota más que la exigencia a la normalidad; brota lo que McClintock denomina la armonía social; lo que Hulsman y Bernat de Celis llaman «otra dimensión»..., «una especie de comunión cósmica»..., «un sentimiento vital que se expresa en la liturgia de Pentecostés: Ven, Espíritu Santo... Ven, Padre de los pobres..., ven luz de los corazones..., lava lo que está manchado, riega lo que está árido, cura lo que está herido... Doblega lo que es rígido, calienta lo que es frío, dirige lo que está extraviado»... (Hulsman, 1982, 41 s.).

La política criminal iluminada por lo trascendente pedirá insistentemente que toleremos y perdonemos más a los delincuentes, a los marginados, a los discrepantes y disintientes, que salgan de las cárceles todos los presos de conciencia que llenan las listas de *Amnesty International*, que no haya más mártires, y que desaparezcan las armas nucleares. Estas, cuando alcanzan cierto volumen y cierta calidad, son, técnicamente hablando, actos preparatorios de una delincuencia bélica (guerra-crímen) contra la humanidad.

##### 5.º Atención con los delincuentes y con las víctimas.

Los problemas actualmente tan discutidos de la repersonalización, del tratamiento a los condenados (Bergalli, 1976, 17 ss., 65 ss.), de la compensación a las víctimas encuentran sintonía acogedora, abierta, en la teoría y en la praxis de los teólogos y de la Iglesia. La eficaz labor de asistencia a los presos llena la historia del cristianismo. Basta leer a Radbruch en su *Elegantiae iuris criminalis*. 14 Studien zur Geschichte des deutschen Strafrechts.

La irrupción de las ciencias humanas y sociales transformó profunda y positivamente la «acción pastoral» de las personas e instituciones religiosas en las cárceles; también corrigió el código semiótico para su «lectura» respecto al significado de la condena judicial penitenciaria. Todavía más profunda fue la innovación producida por la nueva Ética y la nueva Teología post-conciliar que aún no ha alcanzado su maduración plena.

Sólo en cuanto se logre la total separación del pensamiento teológico del jurídico, sólo en cuanto se le reconozca tanto al Derecho como a la Teología su propia autonomía, y en cuanto el concepto «desjuridización» en la discusión teológica encuentre

un planteamiento teológico fecundo, existe a la larga una ocasión de dar un aporte religioso independiente, auténtico y completo para la socialización del delincuente (en lo cual, por cierto, no se agotan en modo alguno las tareas de auxilio espiritual) (Kaufmann, 1979, 114, 339).

Las diversas instituciones religiosas y los capellanes de prisiones han aportado siempre a toda clase de internos, creyentes y no creyentes, múltiples atenciones de asistencia social, humana a ras de tierra. Recordemos, por citar solo un ejemplo concreto, la *Ayuda cristiana a los presos* que desde hace tantos años abre sus puertas, en Buenos Aires, a los ex-reclusos.

La imagen auténticamente cristiana del hombre, obliga y facilita a la sociedad, y por ende al Derecho, para configurarse de modo que impidan toda traba y cortapisa a la realización plena de la persona. Pero no únicamente esto, sino que también ha de facilitarla, como explica el catedrático de Derecho penal de la Universidad de Valencia, José Ramón Casabó, al comentar el problema de las penas, su fundamento y sus fines.

Las religiones prestaron y prestan eficaces consuelos a las víctimas del crimen. No sólo fomentando su resignación, que a veces es fundamental; también les ayudan eficazmente a salir de su postración y a cubrir sus necesidades más urgentes. En tiempos pasados de pestes, hambres e inseguridad fueron los hospitales cristianos, el derecho de asilo, la asistencia a los pobres y mendigos en los conventos. Hoy puede ser *Caritas*, o similares instituciones nacionales y sobrenacionales (Antonio Sánchez Galindo, 1983, 79 s., 125 ss.).

Un manantial de consuelo para cualquier víctima proviene del convencimiento y sentimiento que le transmite el cristianismo de su corresponsabilidad en la delincuencia y de su esperanza, pues el hombre católico es lo contrario del hombre desesperado.

Los cuatro Simposios Internacionales de Victimología se han hecho eco de la aportación que las iglesias prestan en favor de las víctimas en todos los tiempos y en todos los lugares.

La religión atiende a las víctimas personales de la delincuencia. Pero, todavía más, la religión atiende también y ha atendido siempre a las víctimas cósmicas, impersonales de la delincuencia. La Teología, tanto la vétero como la neotestamentaria, ha cuidado y cuida esencialmente, de manera continua e importante, la naturaleza, el medio ambiente, el agua, todo lo que se incluye en la riqueza ecológica como explana, entre otros, Martín Rock, profesor de Ética Social, en Maguncia (Rock, 1980, 72 ss.).

## 6.º ¿La secularización criminológica conduce a las raíces religiosas?

El futuro de la Criminología aconfesional no se apoyará en la sociedad secularizada antirreligiosa, pero tampoco en la religiosa al estilo tradicional, sino en unas (si existen) posibles raíces renovadoras de lo religioso-social.



Cabe preguntarnos si la evolución del racionalismo, de la secularización, ha llegado ya a un punto tal que sea imposible controlar los avances, los progresos, y la crisis actual de la política criminal.

En todo caso, para analizar la situación actual, para evaluarla y para poder influir algo en el debido desarrollo futuro, parece necesario crear nuevos conceptos, nuevos sentimientos, nuevos valores culturales que sustituyan a los ya conocidos y superados.

En la creación de estos nuevos conceptos supraracionales (*Gesinnung*) del mañana muchos especialistas consideran que ha de jugar un papel importante lo religioso y, concretamente, en nuestro mundo cultural, lo cristiano. Pero todavía no se ha logrado una madurez científica suficiente para formular conclusiones concretas a este respecto.

Hoy no pocos ciudadanos y especialistas discrepan de Engisch cuando afirma que en ciertos problemas jurídicos «existe una tradición moral tan firme y segura que el derecho puede utilizarla como fundamento en el sentido de una *ley ética objetiva*».

De lo religioso en general se puede afirmar lo que el catedrático de Munich dice del Derecho natural y lo metajurídico: El problema del derecho justo, de la idea del derecho y del derecho natural, «debido a la grave injusticia que en los últimos decenios han sufrido pueblos y grupos enteros, se ha transformado de una manera creciente no sólo en objeto de la fe y de la exigencia, sino también de la investigación» de los juristas y de los científicos.

Actualmente quedan por discutir puntos básicos, como pueden ser entre otros los siguientes:

1.º ¿Qué significa hoy *ser cristiano*: el cristianismo histórico o el cristianismo institucional eclesiástico o el cristianismo reformado? 2.º ¿Qué criterios o qué instituciones pueden lograr la crítica de lo religioso actual y la elaboración de lo religioso futuro? 3.º ¿Qué relaciones debe establecer la ciencia criminológica, política criminal y jurídico penal respecto a esa realidad religiosa del mañana, a esa raíz de lo religioso? 4.º ¿Cuál es el contenido concreto que debemos observar, estudiar y, en cierto sentido, apropiarnos? 5.º ¿Está totalmente excluida una vuelta al cristianismo tradicional? 6.º ¿Hay que actualizar las instituciones religiosas y a qué fuentes debemos acudir para lograrlo? ¿Al sermón de las Bienaventuranzas? 7.º El capellán en las prisiones ¿es el completo o el contrapunto del asistente social o del funcionario de prisiones? (Naucke, 1981, 1201 ss., 1512 s.).

Varias de las preguntas aquí indicadas coinciden en el fondo con el último de los cinco minutos de Filosofía que escribió Gustav Radbruch al final de la Segunda Guerra Mundial al constatar en el Nuevo Testamento una norma jurídica dual, paradójica, dialéctica, cuando en Romanos 13, 1.º se afirma que cada uno está sujeto a los superiores y, por otra parte los Hechos de los Apóstoles, 5.29, dicen que se debe obedecer antes a Dios que a los hombres. Esta tensión no se puede solucionar fácilmente acudien-

do, por ejemplo, a la frase «dar a Dios lo que es de Dios y al César lo que es del César» puesto que aquí quedan sin delimitar las fronteras. Mucho más hay que esperar la respuesta de la palabra de Dios, el cual habla en casos especiales a la conciencia de cada uno.

Radbruch profetizó con acierto que el ciudadano, el criminólogo y el jurista de mañana tienen que practicar la justicia para así estar capacitados a escuchar la voz de Dios en oración. Y tienen que contemplar —en silencio religioso— la ley de Dios para hacer justicia.

Hoy los criminólogos pedimos con la mayor insistencia a los sociólogos y a los estudiosos de las religiones que hagan un esfuerzo titánico por recoger con la mayor brevedad posible, como dice Raúl Narol, un *Código Internacional de Moral* que tenga vigencia universal, que sirva de base para la interpretación y la aplicación de las normas constitucionales y de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre.

La Criminología en cuanto ciencia debe cuidar su sistema y su autonomía pero sin por ello cerrarse a otros conocimientos, incluso «conocimientos» simbólicos y religiosos. Ha de apoyarse en una visión del hombre como ser abierto y llamado esencialmente a la autodeterminación, vinculado desde siempre con la experiencia teologal trascendente. Ha de reconocer que el hombre depende de (tiende a) algo que no es él mismo. Esta creencia —suprarracional— en *Otro* que trasciende al hombre y al mundo que le rodea ha vertebrado más o menos la estructura principal del hombre desde el tiempo en que nos es abordable científicamente este problema.

«Más que nunca hay que investigar ahora por qué caminos se puede desarrollar y fortificar la capacidad que tiene el hombre para autoorientarse hacia los valores jurídicos» (Kaufmann, 1963, 250).

## B I B L I O G R A F I A

- ANCEL, M. (1981), *La défense sociale nouvelle* (Un mouvement de Politique criminelle humaniste), 3.<sup>a</sup> ed., Cujas, París.
- ARANGUREN, J. L. (1983), *España: una meditación política*, Ariel, Barcelona.
- ARANGUREN, J. L. (1983), *Propuestas morales*, Tecnos, Madrid.
- ARRUPE, P. (1981), *La identidad del jesuita en nuestros tiempos*, Sal Terrae, Santander.
- BERGALLI, R. (1976), *¿Readaptación social por medio de la ejecución penal?*, *Insti. Criminología*, Madrid.
- BERISTAIN, A. (1982), *La pena-retribución y las actuales concepciones criminológicas*, Depalma, Buenos Aires.
- BERISTAIN, A. (1982) —compilador—, *Estudios Vascos de Criminología*, Mensajero, Bilbao.
- BERISTAIN, A. (1979), *Cuestiones penales y criminológicas*, Reus, Madrid.
- BETTOL, G. (1980), *Sul Diritto penale cristiano*, en *L'Indice Penale*, 3, 465-475.
- BOTTOMS, A. E. y PRESTON, R. H. —editores— (1980), *The Coming Penal crisis*.

- A criminological and theological exploration, Scottish Academic Press, Edinburgh.
- BUSTOS RAMÍREZ, J. (1982), *Bases críticas de un nuevo Derecho penal*, Temis, Bogotá.
- CASABO, J. R. (1972) en CÓRDOBA RODA, J., RODRÍGUEZ MOURULLO, G., TORO MARZAL, A., *Comentarios al Código Penal, II*, Bosch, Barcelona.
- CASTILLO, J. M. (1975), *Oración y existencia cristiana*, 2.<sup>a</sup> ed., Sígueme, Salamanca.
- DELMAS-MARTY, M. (1980), *Les chemins de la répression. Lectures du Code pénal*, Presses Universitaires de France, París.
- DITFURH, H. VON (1983), *No somos sólo de este mundo*. Ciencia y religión no se excluyen ni contradicen (trad. A. Janés Nadal), Planeta, Barcelona.
- ENOMIYA-LASALLE, H. M. (1981), *Wohing geht der Mensch?*, Benziger, Zürich-Köln. Versión castellana: *¿dónde va el hombre?* (trad. A. M. Schlüter Rodés), Sal Terrae, Santander, 1982.
- ESER, A. (1976), *Suizid und Euthanasie als human- und sozialwissenschaftliches Problem* (compilador), Ferdinand Enke, Stuttgart.
- FRANKL, V. E. (1946), *Ein Psychologe erlebt das Konzentrationslager*. Versión castellana: *El hombre en busca de sentido* (trad. DIORKI), Herder, Barcelona, 1980.
- GUTIÉRREZ, G. (1978), *Bartolomé de las Casas, combatiente por la justicia en América Latina*, en «Profecía y evangelización. Bartolomé de las Casas», Medellín, Lima.
- HULSMAN, L. y BERNAT DE CELIS, J. (1982), *Peines perdues. Le système pénal en question*, Centurión, París.
- KAISER, G. (1980), *Kriminologie. Ein Lehrbuch*, C. F. Müller Juristischer, Heidelberg. Karlsruhe.
- KAUFMANN, H. (1977), *Principios para la reforma de la ejecución penal*, Depalma, Buenos Aires.
- KAUFMANN, H. (1977), *Kriminologie III. Strafvollzug und Sozialtherapie*, W. Kohlhammer, Stuttgart. Versión castellana: *Criminología. Ejecución penal y terapia social* (trad. J. Bustos Ramírez), Depalma, Buenos Aires, 1979.
- KAUFMANN, H. (1981), *Concepciones del hombre en el Derecho penal y la criminología*, en *Doctrina Penal*, IV, 15-28.
- KAUFMANN, H. (1963), *¿Qué deja en pie la Criminología del Derecho penal?* (trad. C. Landecho), en «Anuario de Derecho Penal», II, 235-250.
- LAÍN ENTRALGO, P. (1983), *Teoría y realidad del otro*, Alianza, Madrid.
- MARIGO CARDOSO DE OLIVEIRA, M. (1978), *A Religião nos presídios*, Cortez & Moraes, São Paulo.
- NAGEL, W. H. (1975), *Religión*, en *Handwörterbuch der Kriminologie*, Walter de Gruyter, Berlín, 30-38.
- NAUCKE, W.; CATTANEO, M. A.; LÜDERSSSEN, K.; ROMANO, M.; HASSEMER, W., en LOMBARDI VALLAURI, L./DILCHER, G. —Recopiladores— (1981), *Christentum Säkularisation und modernes Recht*, Giuffrè, Milán; Nomos, Baden-Baden.
- NEUMANN, E. (1982), *El problema sexual en las cárceles*, 2.<sup>a</sup> ed., Universidad, Buenos Aires.
- QUINNEY, R. (1980), *Class, state & crime*, Logman, New York, London.
- RADBROUCH, G./SCHMIDT, E./WELZEL, H. (1971), *Derecho injusto y derecho nulo* (trad. J. M. Rodríguez Paniagua), Aguilar, Madrid.
- ROCK, M. (1980), *Theologie der Natur und ihre anthropologisch-ethischen Konsequenzen*, en «Okologie und Etik», Birnbacher, compilador, Philipp Reclam jun., Stuttgart.
- SÁNCHEZ GALINDO, A. (1983), *El derecho a la readaptación social*, Buenos Aires, Depalma.
- SCHEUERLE, W. (1983), *Vierzehn Tugenden für vorsitzende Richter*, Duncker & Humblot, Berlín.
- SIEVERNICH, M. y SEIF, K.-Ph. —compiladores— (1983), *Schuld und Umkehr in den Weltreligionen*, Matthias-Grünewald, Mainz.

- SIEVERNICH, M. (1982), *Schuld und Sünde in der Theologie der Gegenwart*, Josef Knecht, Frankfurt am Main.
- SOBRINO, J. (1980), *La promoción de la justicia como exigencia del mensaje evangélico*, en: «Estudios Eclesiásticos», 55, 211-238.
- STUBBE, E. (1978), *Seelsorge im Strafvollzug Historische, psychoanalytische und theologische Ansätze zu einer Theoriebildung*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen.
- VERHAEGEN, J. —compilador— (1982), *Liceité en droit positif et Références légales aux valeurs*. Contribution à l'étude du règlement juridique des conflits de valeurs en droit pénal, public et international, Bruylant, Bruxelles.
- WÜRTEMBERGER, Th. (1970), *Kriminalpolitik im sozialen Rechtsstaat*, Ferdinand Enke, Stuttgart.
- ZAFFARONI, E. R. (1982), *Política criminal Latinoamericana*. Perspectivas. Disyuntivas, Hammurabi, Buenos Aires.

# Notas sobre la teoría jurídica del delito ante la reforma del Código Penal de 1983 (Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio) y las nuevas perspectivas legislativas (\*)

IGNACIO MUÑAGORRI LAGUIA

Universidad del País Vasco

Como aproximación inicial al objeto de este trabajo, y a modo de introducción, puede decirse que el necesario conocimiento de los delitos y de las penas del sistema positivo español será posible si la diversidad de los delitos puede ser comprendida en una teoría general en la que la historia del pensamiento político y jurídico penal, así como la historia de las instituciones jurídicas y políticas, está empeñada desde hace siglos y especialmente desde la presencia del Estado moderno. De la misma manera, la diversidad de las penas encontrará las razones de su existencia y de su movilidad, de su no necesidad, en la medida de la comprensión del marco normativo en el que, con los delitos coexisten, y en la medida en que se conozca la estructuración y justificación de las instituciones de la penalidad del Estado en relación con los diversos espacios y momentos histórico-sociales. Así, estudio de los componentes singulares del delito y de la pena y síntesis histórica, «equilibrios y alternancias entre una concepción analítica y una concepción unitaria» (Fr. Bricola, 1974, p. 8), historicidad y valoración dogmática, relaciones entre orden social, orden jurídico y usos del derecho, para llegar a conocer qué es el Derecho penal, insistiendo que el derecho positivo no puede ser entendido como un dato definitivo, sino como algo que puede ser cambiado y en cuyas modificaciones estructurales el jurista debe cooperar.

Estos planteamientos metódicos arriba indicados se realizan, a su vez, desde el convencimiento y por tanto, el compromiso de que la ley y la pena que castiga su transgresión están estrechamente unidas la una a la otra de manera que el Derecho penal juega, por decirlo llana-

---

(\*) El presente artículo es una parte de la *Memoria* presentada, en mayo de 1984, a las pruebas de idoneidad para el acceso a la categoría de Profesor Titular de Universidad.

mente, el papel del representante del Derecho en general. Se presenta como una parte que reemplaza simbólicamente al todo a pesar del esfuerzo práctico doctrinal de considerarla como «ultima ratio». Y es precisamente una parte en la que la relación jurídica alcanza la mayor tensión y una parte que tiene la capacidad de agredir a la personalidad individual lo más directamente posible (E. Pasukanis, 1976, p. 144). Pero si además, la historia del Derecho penal es la historia del Estado, el empeño democratizador está planteado en el compromiso con las revisiones estructurales, dentro del proyecto de su abolición, paralela, también, a la desaparición del Estado con la progresiva participación libre de los sujetos sociales.

Sirvan pues estos dos párrafos a modo de presentación del contenido de este trabajo que se referirá tanto a aspectos relativos a la Parte General del Derecho penal, referencias a la norma penal y a los elementos fundamentales del delito y de la sanción, como a contenidos concretos de la llamada Parte Especial, a la vista de la reforma operada en el Código penal en junio de 1983 y a la vista también, de la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código penal elaborada por el Ministerio de Justicia, sin pretender una exposición exhaustiva de todas y cada una de las instituciones del Derecho penal.

En primer lugar, se hará una referencia a la *norma penal* en su doble vertiente de Derecho penal objetivo y subjetivo, así como a las vías metódicas para su conocimiento. El Derecho penal objetivo se entiende como conjunto de normas que disponen de una determinada estructura y cumplen específicas funciones. En cuanto a la norma jurídica, ésta debe ser contemplada desde la triple perspectiva de norma, de norma jurídica, y de norma jurídico penal en cuanto incluida en sistemas y subsistemas normativos. Su valoración social y jurídica parece obligada en cuanto hace referencia a los diversos niveles normativos en cuanto modos y «lenguajes» del desarrollo de las relaciones sociales que en su materialidad conflictiva (Fr. Muñoz Conde, 1975, p. 11) ha ido produciendo las formas jurídicas que, a su vez, vienen a incluirse, si bien con la contundencia que les da «la forma-Estado» (A. Negri, 1977), en la propia dialéctica de la historia.

Con referencia a su construcción en cuanto norma jurídica, participa de la estructura lógico formal compuesta de dos elementos: Supuesto de hecho o presupuesto y consecuencia, con un planteamiento hipotético de conexión no necesaria, sino probable, entre ambos elementos en cuanto a su función imperativa de ordenación. Para ordenar que no se produzca el hecho descrito en el antecedente, función normativa, se establece en la norma penal la presencia de una consecuencia dañosa por sí, a pesar de la prohibición, el hecho se produce. Se ordenan determinadas formas de comportamiento, función normativa, y se articula la aplicación de determinadas respuestas en caso de incumplimiento, función normativo penal (S. Mir, 1976, p. 29 y ss.). Juridificación así del orden social transformado normativamente en orden jurídico a través de la articulación del mandato y de la puesta a punto del castigo.

Es este el lugar, al hablar del «ius penale», para tratar de ello es obligado referirse a la *consecuencia jurídica del delito*, si bien posteriormente una vez vistos los rasgos del delito, se volverán a comentar las sanciones penales. Se trata la consecuencia jurídica del delito no sólo como segundo elemento lógico de la estructura de la norma penal, sino también porque la teorización de su función ha sido trasladada a la teorización de la función del Derecho penal. La teoría del delito es inseparable del fundamento y función de la pena porque, en realidad, supone la determinación de las fronteras mínimas de lo que puede ser objeto de una pena y viene a responder la pregunta de qué elementos deben concurrir en general para que algo sea punible. En este sentido, incluso, la teoría del delito se elaborará también, inseparablemente, de la funcionalidad que se atribuya a la sanción (S. Mir, 1979, pp, 27 y ss.).

Precisamente la fuerza afirmativa del imperativo contenido en el presupuesto, en el mandato, se articula a través del mecanismo de la consecuencia, por la operatividad y certeza de la amenaza. Ha sido en la pena donde se ha centrado el tema de la represión y de la prevención unido al problema del fundamento del derecho a castigar. Hablar de los objetivos atribuidos al Derecho penal ha consistido en hablar del sistema de penas previsto en la norma en cuanto instrumento «adecuado» para la obtención de tal fin. Es la perspectiva de la eficacia de la intervención penal del Estado que articula instrumentos de control, de represión o prevención, útiles para conservar o reproducir afirmativamente su sistema de valores, su forma de proteger bienes jurídicos, autoafirmando su proyecto social. Es el uso calculable del castigo, su racionalización en cuanto proporción entre delito y castigo, la certeza contra la posiblemente indiscriminada extensión de su uso, esto es, la precisión del aparato represivo contemplado desde la eficacia del fin de prevención, de control, en cuanto que el castigo por ser cierto y seguro es funcional (I. Muñagorri, 1983, p. 150) al orden imperativamente exigido. Y al tratar el tema de la pena como consecuencia jurídica es ineludible tratarla en relación con su constitucionalidad, con su carácter de prevención, respecto a las dos opciones que se plantean sobre si el sistema de reacción estatal frente al delito debe ser monista o dualista (G. Quintero, 1980, pp. 571 y ss.) esto es, sistema de sanción única o sistema diferenciado entre penas y medidas de seguridad, problema que se plantea no sólo desde la perspectiva teórico jurídica sino que es de una enorme importancia político criminal. En base a la finalidad atribuida por la Constitución a penas y medidas de seguridad, así como la presencia y el contenido de la Ley Orgánica General Penitenciaria (E. Octavio de Toledo, 1981, pp. 294 y ss.), la opción debe plantearse, en todo caso, en la dirección de reformar en la norma y en la práctica de la ejecución los principios limitadores de la intervención penal (proporcionalidad, taxatividad, mínima intervención...) en cuanto principios de protección de garantías (Fr. Muñoz Conde, 1983, pp. 234 y ss.), lo que lleva, en el ordenamiento español, al rechazo de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social.

Sería incompleta una comprensión del Derecho penal objetivo en cuanto conjunto de normas, si no se conociese lo referente a quién las hace y quién las aplica, así como qué razones tiene para ello y qué límites. De «fórmula tan expresiva como cargada de problemas» calificó Jiménez de Asúa al *ius puniendi*, pues superado el origen privado del Derecho penal, remite a la institución del Estado (G. Quintero, 1976, pp. 30 y ss.) y con ello, además de a los modelos constitucionales que adquiriera, Estado social y democrático de Derecho en el artículo 1, 1.º de la Constitución, a su verdadero carácter y función histórica. Debe tenerse en cuenta que Estado y poder público son también instituciones de la sociedad, y, su funcionamiento, en cuanto forma específica de comportamiento social, se propone alterar o estabilizar mediante el uso del poder la estructura de la sociedad (N. Abendroth, 1973, p. 8). Negada pues la separación entre Estado y sociedad civil, así como lo que a veces se mantiene entre legalidad y ética social, el problema se referirá fundamentalmente a los límites del poder punitivo del Estado, entendido como ejercicio de una potestad (G. Quintero, 1976, p. 38), límites que si bien básicamente pueden resumirse en un Estado de Derecho en la vigencia del principio de legalidad (fijación del límite de garantía en el artículo 1 C. p.), en su remarcable dimensión material, deben ampliarse en el Estado social y democrático de Derecho en que la naturaleza subsidiaria y fragmentaria del Derecho penal, reducido a la mínima intervención ineludible, su ejercicio exclusivamente para proteger bienes jurídicos, bienes como más tarde se verá remiten a su presencia social, la proporcionalidad entre delito y pena al atribuir penalmente un hecho a su autor (E. Octavio de Toledo, 1981, pp. 334 y ss.), son rasgos que históricamente va exigiendo el proceso de democratizador que afecta a la historia y al desarrollo material del principio de legalidad. Recogido este principio en el ordenamiento jurídico penal en el artículo 25,1 de la Constitución y en el Código penal en su cuádruple dimensión, criminal, penal, jurisdiccional y de ejecución; se critica por la doctrina la presencia aún de preceptos que describen el comportamiento delictivo con gran confusiónismo, la utilización de conceptos que impiden una segura delimitación de la materia de prohibición, o la presencia de extensos marcos penales que permiten al juez un arbitrio excesivo, en perjuicio todo ello de la obligada taxatividad y de la rigurosa división de poderes. Esta crítica se hace aún más severa, como se ha dicho, ante la presencia de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social que prevé la imposición de medidas a sujetos declarados peligrosos sociales por simples estados o situaciones personales, sin exigencia de previa comisión de un delito ni referencia a la probable comisión de delitos en el futuro (Fr. Muñoz Conde, 1981, pp. 189 y ss.). Su función de garantías de derechos, limitadora de la potestad punitiva, se manifiesta en el monopolio de la Ley como fuente del Derecho penal, manifestación especialmente importante desde las perspectivas de la capacidad punitiva que contiene el Derecho penal, y de la exigencia democrática, en la imposibilidad de la doble sanción por los mismos hechos, en la irretroactividad de



las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos. En relación con la interpretación de la ley, el principio «*in dubio pro reo*», en cuanto principio de política procesal, aún no teniendo una concreción legal en nuestro ordenamiento procesal, puede claramente derivarse de la primacía de determinados valores como el de la libertad en nuestro ordenamiento jurídico, contemplándose la analogía de los preceptos que favorezcan al reo en el artículo 4 del Título Preliminar de la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal.

Debe hacerse referencia a la exigencia de *cientificidad* en el conocimiento del objeto, para lo que, partiendo tanto de la forma como del contenido de los preceptos legales, de su consideración como hecho y como valor, como argumentos jurídicos y como decisiones políticas, en su presencia en el ordenamiento y en su práctica, en su propia experiencia, pueda comprenderse lo más exactamente posible qué es el Derecho penal. De ahí que junto a la dogmática en cuanto sistematización e interpretación crítica del Derecho penal, sea obligada la referencia a la política criminal, a la criminología y a vías de integración de las diversas direcciones metodológicas que se dirigen hacia el mismo objeto ante la necesidad de romper con la ideología de la separación y recuperar la categoría de la totalidad para una comprensión y teorización del sistema penal en su conjunto. Una alusión especial se hará a la *criminología* porque desde sus orígenes etiológicos nos encontramos que la politización de la filosofía social y de las ciencias humanas en general en la última década, politización que ha alcanzado incluso a las ciencias naturales, hace cada vez más difícil sostener la noción de que la criminalidad constituye una cualidad de la conducta monopolizada por un sector estrecho de la clase baja, una conducta que se extirpa de nuestra experiencia cotidiana por elementos externos. La «dominación legal» ha obligado a los criminólogos a enfrentarse a una problemática mucho más compleja, motivada, por ejemplo, por el hecho de que la población con riesgo de criminalización es mucho más indefinida y amplia, y asumir responsabilidades que en momentos anteriores les eran ajenas como la de la evaluación de las normas legales de una sociedad que criminaliza actividades surgidas de la contradicción de su economía política (I. Taylor, P. Walton, I. Young, 1977, p. 16), o el proyecto de construcción de un conocimiento crítico de la cuestión criminal que puede proponerse en términos positivos como ciencia de las transformaciones y de la liberación (M. Pavarini, 1983, p. 15). En este sentido, incluso más allá del conocimiento del objeto, parece obligada la integración del conocimiento criminológico en el estudio del Derecho penal precisamente en la perspectiva, ya indicada, desde la que se contempla el futuro del Derecho penal y del Estado.

En relación también con la perspectiva criminológica la contemplación histórica de las relaciones sociales y del Estado parece imprescindible especialmente desde los orígenes del Estado liberal y sus antecedentes inmediatos porque es precisamente cuando surge el proyecto jurídico que va a construir el Estado y el Derecho penal moderno. Supone una nueva racionalización del espacio social y del ejercicio del

poder del Estado en base a los intereses de nuevas formaciones sociales que se presentan con vocación de permanencia homogénea. Es sobre el conjunto de las prácticas sociales, prácticas políticas, ideologías, que componen una formación económica social históricamente determinada, con los rasgos histórico culturales de cada específica sociedad, sobre la que se construye un proyecto tendencialmente global de sociedad, que describe un modelo para todo el espacio social. Este proyecto se califica como jurídico porque es construido a través del derecho, el derecho aparece en el corazón del nuevo proyecto social liberal, se concretará en fórmulas jurídicas positivas y se convertirá en Código como espacio y metáfora del proyecto social total, como «expresión triunfante» de la nueva hegemonía (P. Costa, 1974, pp. XXII y ss.). La enorme importancia actual radica en que a pesar del desarrollo de sus propias contradicciones y del desarrollo de nuevos sujetos sociales, las relaciones básicas internas a la formación económica social de la que surge permanecen fundamentalmente iguales.

A continuación se inicia la exposición de los elementos fundamentales del delito, sobre los que se va a ir señalando su problemática vinculada al estado actual de la legislación penal al considerar la reforma operada por la Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio no una mera innovación aislada sino el anticipo de una nueva concepción positiva penal (E. Gimbernat, 1983).

El contenido del *reformado art. 1.º* que suponía la fijación del límite de garantía, como se ha dicho más arriba, suponía también una definición legal controvertida, calificada incluso de perturbadora (G. Quintero, 1983, p. 23) del delito en el derecho español a causa de la presencia del término «voluntarias» atribuido a las acciones y omisiones. Al margen de las diversas posiciones sobre la interpretación de la palabra «voluntarias», un intenso empeño doctrinal se dirigió a reducir las repercusiones que el concepto de voluntariedad suponía para la responsabilidad objetiva en el deseo de atribuir tanto al término «voluntarias» como al concepto de voluntariedad un contenido de garantía frente a la concepción del Código. Piénsese que la presencia frente al artículo 1.º, de los artículos 8,8 y 50 contemplaban la responsabilidad objetiva por la que quien voluntariamente realizaba un hecho delictivo podía responder penalmente de todas las consecuencias causalmente vinculables al mismo aunque no fuesen ni queridas ni previstas («versari in re illicita» en relación con el *actuar doloso*) e incluso que quien realizaba un acto ilícito podía responder a título de culpa de las consecuencias de dicho acto («versari in re illicita» en relación con la imprudencia) que podía derivarse del artículo 64 (G. Quintero, 1983, pp. 24 y ss.).

Esta breve referencia a la situación anterior al Código tiene una especial importancia porque nos remite a la trascendencia que la ley tiene para el contenido y límites de cada elemento del concepto jurídico de delito, remite especialmente a las interpretaciones para una mejor determinación de la tipicidad en relación inseparable con los otros elementos del delito (G. Quintero, 1981, p. 70) y en la perspec-

tiva político criminal a la necesidad de corregir una «injusta extensión del ámbito de lo punible» (J. Córdoba Roda, 1972, p. 13).

El nuevo art. 1.º ha supuesto la expulsión del Código penal del «*versari in re illicita*», la supresión, por tanto, del concepto de responsabilidad objetiva. Exige la nueva redacción que el delito sólo satisface su tipo subjetivo cuando concurre dolo o culpa respecto al hecho y su párrafo segundo, para los delitos calificados por el resultado, con la parcialidad de la reforma que no ha intervenido sobre los preceptos de la Parte especial que contienen estructuras de responsabilidad objetiva, exige comprobar que respecto a los resultados causalmente unidos al acto pero no queridos, ha habido por parte del autor ausencia del cuidado debido y desatención a lo que pudiera decirle la capacidad de prever, para que, en todo caso, termina reiterando el artículo 1.º, se responda «al menos por culpa».

Estos contenidos del artículo 1.º nos remiten, como decía antes, a las interpretaciones para una mejor determinación de la *tipicidad*, pues el tipo del injusto supone, en definitiva, la sustancia de lo punible. Su problemática es la problemática de cuál es la conducta que el legislador quiere evitar (E. Gimbernat, 1971, p. 277), lo que lleva a plantear el problema, más allá de una explicación simplemente formal como la de afirmar que el injusto es la conducta prohibida según el ordenamiento jurídico, en la base misma sobre la que se construye y explica el tipo de injusto (J. Bustos, 1974, p. 24), lo que lleva a su vez a plantear el problema de la *antijuridicidad* y el del *bien jurídico* penalmente protegido, en cuanto su ataque supone el contenido de la antijuridicidad en relación con el comportamiento humano como objeto de referencia de la antijuridicidad.

Durante mucho tiempo el tipo penal ha sido concebido de tal manera que prácticamente consistía y se agotaba en la *causalidad* del resultado típico por una acción (E. Gimbernat, 1976, p. 91). Dogma causal y acción, resultado del auge de las ciencias naturales y del positivismo en el siglo XIX estaban en la base de esta concepción de la estructura del delito señalada por v. Liszt y básicamente se ha ido manteniendo en las aportaciones valorativas de Mezger y en las finalistas en cuanto que la anteposición de fines se funda sobre la experiencia causal y la realización de la acción sobre la dirección del proceso causal (J. Bustos, 1982, p. 16). Actualmente se ha relegado el problema causal calificado como metafísico en relación con el nivel normativo en el que preferentemente opera el legislador y este cambio que se ha producido en la doctrina penal también se ha dado en otros campos de investigación. Parece oportuno hacer una remisión en este momento a la necesidad de integración de la que se habló al tratar de la Criminología porque también en ella se ha dado un salto cualitativo que separa la nueva de la vieja criminología, que consiste sobre todo en la superación del paradigma etiológico, que era el paradigma fundamental de una ciencia entendida naturalísticamente como teoría de las causas de la criminalidad (A. Baratta, 1977, p. 2). La evolución de la criminología, en relación con el desarrollo de la investigación social, sirve pues

como referencia también para la comprensión actual de la causalidad en el Derecho penal y para comprensión de la estructura del tipo.

Investigaciones que se realizan actualmente en criminología sobre conductas desviadas y control social considerando las formas y el conjunto de las relaciones sociales y la implicación del Estado en la determinación de comportamientos sociales, no sólo permiten nuevos modos de análisis sino que suponen una superación del individualismo que cargaba las viejas concepciones etiológicas. De la misma manera la doctrina penal también va superando herencias individualistas del liberalismo clásico dentro de la elaboración sistemática que intenta la generalidad de los problemas de la *tipicidad* y puede conectar relación social y acción típica, relación social e injusto penal, a través del *bien jurídico*. En el bien jurídico se recoge la movilidad del interés protegido penalmente, la posición social de los sujetos, su vinculación entre ellos y los intereses, sus mutuas relaciones, dentro del desarrollo histórico de lo social y en este sentido nos permite comprender el porqué del injusto, el fin de determinación que cumple el tipo penal y su validez, el porqué de la atribución de una acción al tipo dentro de la relevante significación del interés que se protege; ofrece la función garantizadora que contiene el tipo de indicar qué y porqué se protege y, por lo tanto, puede castigarse y ofrece, también, la función material de dar contenido a la tipicidad y a la antijuridicidad.

De esta manera el problema del contenido de la *tipicidad* consiste en determinar qué acciones son atribuibles a un tipo, determinación que se hace desde el bien jurídico a proteger, que es donde está implícita una dimensión social del comportamiento, y, al referirnos al comportamiento necesariamente queda afectado su aspecto subjetivo, lo que a nivel dogmático se conoce por *dolo* y *culpa* (J. Bustos, 1982, pp. 33 y ss.) que así se integra en el tipo. Pensemos que el tipo tiene una función motivadora, en él se incluyen todos los elementos que componen la descripción de la conducta cuya no comisión se pretende. Si se quiere evitar una conducta intencional, se tipifica, se amenaza con una pena, siendo el dolo un elemento esencial de la conducta prohibida. Si además el legislador quiere reforzar la protección del bien jurídico y tipifica, amenazando con una pena, también su lesión imprudente, se ampliará el campo de los comportamientos que no interesa que se realicen, motivando el no actuar tampoco con negligencia o, dicho de otro modo, garantizando que si el comportamiento es diligente podrá estar seguro de que no va a ser castigado, ni por tipo doloso ni por tipo imprudente (E. Gimbernat, 1976, pp. 93 y ss.).

Otros problemas de la tipicidad discutidos por la doctrina como el de la *preterintencionalidad* o los relativos a la ausencia de tipicidad, caso fortuito y error de tipo han recibido una importante clasificación por la Reforma de 1983. Haré una breve referencia a ellos. La preterintencionalidad respondía al principio de responsabilidad objetiva por lo que el autor respondía a título de dolo sin que hubiese intención e incluso sin posibilidad de preverlo. Podía darse en su caso una reducción de la pena en aplicación del artículo 50, o de la circuns-

tancia atenuante cuarta del artículo 9.º, pero, en virtud de la presencia de los artículos 8,8, 50 y 64, así como la anterior redacción del artículo primero obstaculizaban los esfuerzos doctrinales para ofrecer interpretaciones limitadoras de la responsabilidad objetiva.

Con la nueva exigencia del artículo 1.º, con la nueva fórmula del caso fortuito contenida en el artículo 6 bis b) y con la derogación de los artículos citados se ajusta la preterintencionalidad a las interpretaciones ya ofrecidas doctrinalmente de concurso de delitos entre dolo y de imprudencia cuando a un comportamiento doloso le sucede un resultado previsible y evitable o simplemente una declaración de fortuito si el resultado final fuese imprevisible.

Con referencia al *caso fortuito*, habiéndose dejado sin contenido el artículo 8,8, el legislador ha introducido el nuevo artículo 6 bis b), que ya por su situación sistemática en el Código revela su carácter de límite y no de exención de responsabilidad a la intervención penal (G. Quinteró, 1983, p. 64). De la misma manera, al desaparecer en su nueva redacción el requisito de licitud que originaba situaciones insostenibles desde la perspectiva de la defensa de garantías y político-criminales, las posibles consecuencias fortuitas, sin dolo ni culpa, en el transcurso de un hecho delictivo podrán ser calificadas pacíficamente como tales. En todo caso, a pesar de la posible redundancia de la nueva fórmula del artículo 6 bis b) con el nuevo artículo 1.º, no sólo razones de tradición legislativa, sino exigencias de comprensión de su naturaleza jurídica, así como de sus caracteres positivos, avalan la oportunidad de la introducción del nuevo artículo 6 bis b).

En relación con el *error de tipo*, la Reforma de 1983 ha introducido el nuevo artículo 6 bis a) que en sus párrafos incluye tanto el error invencible de tipo como el error invencible sobre elementos accidentales agravantes del tipo, párrafo primero, y el vencible de tipo, párrafo segundo, conteniendo una solución coincidente con las propuestas doctrinales. En el caso de error sobre un elemento esencial del tipo o agravación, si es invencible desaparece tanto el dolo como la imprudencia así como la apreciación de la agravante. Si es vencible desaparece el dolo y permanece la imprudencia si es que para ese tipo el legislador amenaza con una pena su comisión imprudente. Con referencia al error de prohibición se remite su exposición a un momento sistemático posterior.

A la vista de lo señalado respecto al contenido del tipo, con especial referencia al bien jurídico en cuanto remite a su materialidad y con ella a su realidad y significación social, a su «legitimidad», se hace especialmente difícil la diferenciación entre tipicidad y *antijuridicidad*. Piénsese que en la previsión normativa penal se sitúa, dentro del proceso de criminalización, el momento de la criminalización primaria (M. Pavarini, 1983, pp. 124 y ss.) que aún no agotando la complejidad de los procesos de criminalización, supone, sin embargo, un momento y contiene una función especialmente relevante. Como tal momento de criminalización implica ya un contenido desvalorativo de la conducta prohibida (J. M. Gómez Benítez, 1983, p. II) precisamen-

te en razón de la protección del bien jurídico cuya lesión se prohíbe. Pero precisamente el desvalor jurídico penal exige algo más que meras desvalorizaciones sociales no necesariamente coincidentes, exige su constitucionalización, exige en todo caso que el Estado decida, en derecho, qué es lo que quiere, porque puede prohibir frente a todos y decidido esto, qué es lo que no quiere combatir, aunque podría hacerlo (E. Gimbernat, 1976, p. 114). De aquí la dificultad de separar la antijuridicidad de la tipicidad en cuanto que las causas de justificación no suponen tanto excepciones a la prohibición general sino que coinciden en la propia razón de la prohibición, como es el interés o necesidad ético-social del bien protegido, que en determinados casos de conflicto se formula, respecto a una de las partes del conflicto, en negativo, como se comprueba en los supuestos de legítima defensa y estado de necesidad.

Si en la tipicidad hemos visto lo referente a la imputación objetiva a un autor de la descripción típica, en la *culpabilidad* se investiga la imputación subjetiva. Si en la tipicidad, en base a sus elementos tanto objetivos como subjetivos se establecían las condiciones para poder realizar un juicio de desvalor objetivo, en tanto se produjesen tales condiciones, en la culpabilidad se trata de ver las condiciones para que el juicio de desvalor pueda particularizarse en concreto a un autor singular y, por tanto, entra su problemática en la capacidad de atribuidad de este juicio al autor particular, en la necesidad de que el sujeto sea imputable y haya conocido o podido conocer la antijuridicidad de su hecho para que se le pueda imponer una pena. De todas maneras, la referencia a la culpabilidad, siendo necesaria para la comprensión de la teoría del delito, ha sido especialmente discutida por los diversos sentidos que se le han dado. Una idea de culpabilidad entendida como la posibilidad de actuar de un modo distinto a como realmente se actúa, idea que remitía en el fondo a la idea de «libre albedrío», aunque se atribuyesen formulaciones normativas, ha sido calificada insistentemente por un amplio sector de la doctrina como una ficción imposible de comprobar y, por tanto, inadmisibles (Fr. Muñoz Conde, 1981, p. 23), porque no se trata de hacer juicios de reproche moral, sino de establecer los fundamentos político-criminales que están en juego en la imputación a título de culpabilidad, no se trata pues de cuestiones metafísicas, sino de mecanismos de solución de conflictos sociales y en última instancia se trata de profundizar en los límites de la intervención punitiva (G. Stratenwerth, 1980, p. 25) que puede resultar innecesaria e injustificada en base a las condiciones del autor en relación con su socialidad. Es desde esta perspectiva desde la que se pueden comprender los casos que afectan al significado antijurídico del hecho por parte del autor.

También en estos casos señalados y otros que afectan a la imputación a título de culpabilidad, la reforma del Código penal de 1983 contiene aportaciones.

Concretamente se ha añadido un nuevo párrafo tercero al artículo 8,1 que permite sustituir el internamiento contenido en el párrafo se-

gundo, cuando sea innecesario en los casos de enajenación y trastorno mental, por otras medidas en la orientación constitucional de las penas y medidas de seguridad y en una tendencia a corregir, por razones de seguridad jurídica, la indeterminación en la duración del internamiento, corrección que no ha satisfecho las exigencias de seguridad jurídica. Asimismo, la anterior fórmula del artículo 8,3 que exigía «carencia absoluta de instrucción» reducida a los sordomudos, ha sido modificada, expresándose en la nueva redacción el fundamento personal de la inimputabilidad a través de las fórmulas «alteración de la percepción» y alteración grave de la «conciencia de la realidad», posibilitándose también la posible sustitución del internamiento por las medidas señaladas para los supuestos de enajenación y trastorno mental transitorio. Pero si desde el punto de vista de la delimitación del contenido de la inimputabilidad en el supuesto de comisiones delictivas, la Reforma de 1983 ha supuesto un avance respecto a la situación anterior, sin embargo, y ante la presencia de las medidas de seguridad se exige una especial atención para que la sustitución del castigo por el «tratamiento» no suponga un daño para los derechos del afectado mayor que el que la pena contenía (Fr. Muñoz Conde, 1982, p. 134). Puede verse cómo aún perviven fórmulas en que la duración de determinadas medidas queda sin determinar, pudiéndose así darse respuestas penales al inimputable mucho peores que las que requeriría el imputable o el semiimputable (G. Quintero, 1983, p. 82), figura esta última que la Reforma de 1983 ha modificado al introducir un nuevo párrafo en el artículo 9,1, limitando el tiempo máximo de duración de la medida en un sistema de reacción penal unificada y de intervención mínima que superpone la libertad a la posible intervención penal innecesaria.

Debe señalarse que la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal elaborada por el Ministerio de Justicia, contempla la eximente de enajenación y trastorno mental transitorio en su artículo 22,1 y la alteración grave de la conciencia de la realidad en el mismo artículo en su número 4. Para los sujetos de tales eximentes que hubiesen cometido un delito, el artículo 95 y el artículo 97 de la Propuesta, respectivamente, limitan la duración de las medidas de seguridad al tiempo que hubiere durado la pena privativa de libertad si el sujeto hubiese sido declarado responsable, así como se establece la posible sustitución de dichas medidas por otras no privativas de libertad. También en relación con el principio de intervención mínima debe hacerse una referencia a la reforma en la figura de la minoría de edad, que mantiene el límite de edad del artículo 8,2 como criterio político-criminal y suprime la excepción de competencia de los Tribunales Tutelares de Menores que permitía confiar al menor, en determinados supuestos, a la autoridad gubernativa para que adoptase las medidas de seguridad autorizadas por la legislación, lo que ha supuesto una adecuada corrección, pues además de que no existiesen tales medidas de seguridad, se concreta el contenido constitucional de prohibición de la Administración civil de imponer sanciones penales.

Por último, en cuanto a la significación de la antijuridicidad, se

hará una mera referencia al error de prohibición en la Reforma de 1983. En el supuesto en que el error sea invencible, último párrafo del artículo 6 bis a), «creencia errónea e invencible de estar obrando lícitamente», esto es, si desconoció el autor la antijuridicidad del hecho que realizaba y tampoco pudo haberla conocido, desaparece la responsabilidad criminal. En el supuesto de que el error sea vencible, si pudo haber conocido la antijuridicidad, el legislador remite a lo dispuesto en el artículo 66, lo que permite a los Tribunales reducir la pena en uno o dos grados de manera similar a lo que ocurriría si se diese una eximente incompleta, es decir, hay una atenuación privilegiada de la pena que viene indicada normativamente a los Tribunales.

Se pasará a continuación a exponer la *teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, no sin antes insistir que este recorrido, no exhaustivo, por las condiciones generales de lo punible, ha obligado a centrarlo en los elementos más importantes de la teoría del delito, omitiendo, a veces, el desarrollo de esos elementos y otros aspectos, como el de las formas imperfectas de realización del tipo de delito; los problemas de la autoría, entre lo que es destacable la responsabilidad personal de quien actúa como directivo u órgano directivo o en representación legal o voluntaria de una persona jurídica en la que concurren las cualidades exigidas por el tipo, artículo 15 bis C. P.; las referencias a los elementos accidentales del delito con la notable corrección que ha supuesto la supresión de la multirreincidencia o los problemas relativos a la unidad y pluralidad de delitos.

Ya al principio se vinculó teoría del delito y teoría de la pena, porque presupuesto y consecuencia van invariablemente unidos en la estructura y presencia de la norma y porque esta unidad está presente en la razón de ser de la norma penal a la que el Estado desea funcionalidad. Si precisamente la teoría del delito aporta los presupuestos de la pena, la atracción que la pena realiza sobre la teoría del delito es inevitable y el sentido que se atribuya a la pena, sus funciones, su finalidad, será obligada para la construcción de la teoría del delito y para la delimitación del marco de la intervención punitiva del Estado. Dada esta vinculación, las referencias dogmáticas y político-criminales que se han hecho al tratar la teoría del delito, han ido indicando las perspectivas desde las que se plantean los problemas de la pena. Junto a ello debe hacerse una referencia a la fase de la ejecución que debe considerarse de especial importancia. Si lejos de concepciones absolutas pensamos en una concepción de la pena en relación con la forma de Estado, el momento de la ejecución, también como especial momento de control, nos muestra la pena en su experiencia y nos permite comprobar la funcionalidad práctica que la pena, amenaza de la certeza de su aplicación, ha producido y produce una vez de que se aplica. Los resultados que produce debemos conectarlos, a su vez, con su fundamentación jurídico-penal, su «legitimación» y con sus repercusiones sociales, en cuanto que la pena ha sido y es el instrumento más contundente en el control y solución penal de aquellos conflictos sociales que el Estado ha juridificado penalmente y en cuya aplicación, a tra-



vés de sus instituciones, ha afirmado, persuasivamente, la pretensión hegemónica de su proyecto social en el conjunto de la sociedad.

La Propuesta de Anteproyecto de Código Penal, al igual que sucedía en el Proyecto de 1980, no contiene en su articulado ninguna referencia al fundamento de la pena. Sin embargo, el artículo 25,2 de la Constitución unifica el fundamento de la pena y de la medida de seguridad estableciendo que deberán estar orientadas hacia la reeducación y reinserción social del delincuente. Asimismo, el artículo 1.º de la Ley General Penitenciaria atribuye la misma finalidad primordial a las instituciones penitenciarias que regula y también en la Introducción a la Propuesta de Anteproyecto se motiva el sistema de penas que contiene en razones de prevención general y especial. Tales elementos deberán a su vez encuadrarse en el contenido del artículo 1.1 constitucional que configura al Estado como «social y democrático de derecho». Al Derecho penal que se contiene en esta fórmula de Estado, que puede considerarse como un momento avanzado del desarrollo del Estado liberal en el proyecto de superación de las contradicciones básicas sobre las que el clásico estado liberal se construyó, se le atribuyen respecto a la pena una función preventiva en cuanto exigencia de su política social que exige una protección efectiva de los bienes sociales, así como exige, por su atributo democrático, limitar su actuación en un marco que garantice que la prevención sería realmente en beneficio y bajo el control de todos los ciudadanos (S. Mir, 1980, pp: 114 y ss.).

Los problemas de fondo pueden plantearse a partir de contemplar el Estado social y democrático de Derecho, no como una fórmula claramente diferenciada en su materialidad de los llamados Estados liberales o Estados autoritarios. Ya se ha dicho al comienzo que también el Estado participa en el conjunto de la sociedad y sus instituciones en el conjunto de las actividades sociales y que es en el conjunto de los comportamientos sociales en donde se va perfilando la estructura de cada sociedad, sus formas de relación. Con ello, no sólo se evita una concepción ahistórica y mecanicista del Estado y de la sociedad en su conjunto, sino que permite contemplar el Estado no tanto como aparato, sino como proyecto en el conjunto del proyecto social. También se ha dicho que los comportamientos sociales se producen no pacíficamente sino de una manera conflictiva en razón de las posiciones que los sujetos ocupan en las relaciones sociales y en ese sentido también el Estado ocupa determinadas posiciones en las relaciones conflictivas, esto es, carece de neutralidad, y además en cuanto específica forma política contiene, como poder, una especial capacidad de intervención social, especialmente contundente en su proyección hegemónica, esto es, con pretensión centralizadora de todo el espacio social, agudizada históricamente con la progresiva concentración económica.

Es en esta perspectiva conflictiva en la que también se presenta la forma de «Estado social y democrático de Derecho», desde la que se plantea el problema de la prevención «en beneficio y control de todos los ciudadanos». La alternativa, que también será conflictiva, si

pretende profundizar en el carácter de lo social y en la vía democrática deberá plantearse la reapropiación de lo social y con ello de lo jurídico, ampliando las limitaciones al poder del Estado en el desarrollo material de los principios de garantía para que tras la forma de norma abstracta e igual se compruebe la realidad desigualitaria y conflictiva de los bienes, la práctica de los procesos de criminalización, y se posibilite una mayor autonomía de ámbitos sociales respecto a la programación centralizadora. En este sentido, ante la realidad conflictiva del proyecto-Estado pueden comprenderse las críticas realizadas a la fundamentación de la pena en la prevención, porque si no es posible hablar en el Estado actual de una distribución igualitaria ni tampoco de posiciones iguales en cuanto a la disponibilidad de la producción, resulta difícil justificar una prevención de bienes sociales, o una prevención especial dado que los conceptos centro u orden, y margen o desviación no tienen sustentación material sino ideológica. Así se entiende también la ideología resocializadora (Fr. Muñoz Conde, 1980, pp. 79 y ss.) y se pueden contemplar las contradicciones latentes en el sistema de sanciones que pueden ejemplarizarse en los siguientes datos: La crisis y la crítica de la pena privativa de libertad ha supuesto, entre otras alternativas, intentos de reducir su tiempo máximo de duración, ser sustituida incluso por otras formas de sanción, como la multa, para supuestos de penas cortas (art. 83 Propuesta de Anteproyecto) inferiores a dos años o potenciar otras acciones como las medidas de seguridad. A la vez, inicialmente como problema de régimen, se potencian los departamentos especiales que suponen una clara negación de la orientación constitucional y en su materialidad cotidiana niegan toda proporcionalidad y contradicen el principio de mínima intervención, o la pena de multa, que aunque su criterio de determinación (art. 45,2 Propuesta de Anteproyecto) dentro del marco señalado en el tipo sea exclusivamente la situación económica del reo, producirá situaciones diversas en razón de las diversas capacidades económicas de los sancionados que, y en relación con el arresto sustitutorio, supone una simbólica valoración económico-política de la libertad teniendo en cuenta la propia dinámica de acumulación del capital, o, por último, las medidas de seguridad que aún sometándose a exigencias formales, pueden suponer una importante ampliación del control penal del Estado respecto a zonas personales y sociales que antes no alcanzaba.

Con esto quiere mostrarse que, en todo caso, *la pena* es la respuesta que se da a la comisión del delito. Que con ella el Estado reafirma el sistema de valores que se contiene tanto en la norma penal como en la aplicación de la norma, así como reafirma su carácter de fuerza en cuanto capacidad coercitiva de mantener en la práctica social su presencia dominante y su proyecto, y que va a ser la evolución histórica y el cambio de formas que tome el Estado en el conjunto de la evolución social la que modifique las formas y los fines de las respuestas penales. De ahí pueden comprenderse las contradicciones señaladas por la existencia, por un lado, de la forma Estado, que por sí mismo necesita controlar, en cuanto su presencia demuestra la inca-

pacidad social de autoorganizarse pacíficamente y, por otro, los intentos, también presentes en Derecho penal, de transformación social hacia formas más autónomas de organización, modificando las direcciones político-criminales y ampliando los límites de la intervención penal.

Finalizadas estas reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito y con ellas lo referente a la Parte General del Derecho penal, pasaremos a exponer lo relativo a la *Parte Especial*, cuyo contenido, compuesto por los delitos en particular, permite no sólo el conocimiento de los tipos penales y su correspondiente sanción, sino el conocimiento y sistematización de la teoría jurídica del delito y la sanción en su complejidad.

Se ha visto al tratar de la tipicidad la relevancia que se le ha atribuido al bien jurídico protegido como elemento nuclear del delito. De ahí se deriva la obligada y especialmente atenta observación de los bienes jurídicos concretos presentes en los delitos en particular, su situación y su significación social de cara a su relevancia y los criterios de política jurídica que actúan históricamente sobre ellos, lo que vendrá a condicionar su más o menos acentuada protección penal. No puede olvidarse que la consideración del Derecho penal como última «ratio», el principio de mínima intervención, obliga en primer lugar a un progresivo igualitarismo en la producción y distribución de bienes sociales y obligan a diferenciar la modalidad e intensidad de su protección (J. Bustos, 1982, p. 85) social y jurídica. Con ello, lo que se plantea, en relación también a lo dicho al tratar la Parte General, es que en la determinación de lo penalmente injusto también debe tenerse en cuenta la movilidad histórica, las posiciones que se ocupan en los tipos de relación social, las decisiones de política jurídica de todos los sujetos sociales, incluido el Estado, y las direcciones y criterios de criminalización, tanto en las decisiones de política criminal como en la práctica que resulta de las distintas instancias, institucionales o no, que participan en los procesos de criminalización. Y esto tiene especial relevancia ante un ordenamiento penal como el español en vías de obligada transformación y en el que se han detectado, por un lado, una cierta inestabilidad formal, y por otro, determinadas constantes como la especial protección del Estado frente a los ciudadanos, una arcaica concepción de la moralidad, una desmesurada protección penal de la propiedad privada, la extensión generalizada de la protección de los delitos imprudentes, los supuestos de responsabilidad objetiva y la especial dureza de las penas (G. Quintero, 1980, p. 250), que evidencian la necesidad y la profundidad que requiere, en nuestra actual realidad social y política, la reforma del Derecho penal, siendo la reciente Reforma de 1983 un importante inicio.

Como muestra de ello puede indicarse lo que ha supuesto la nueva redacción del artículo 1 y la supresión del artículo 50 en relación, por ejemplo, con el llamado homicidio preterintencional, o, la nueva presencia del artículo 6 bis a) en relación con determinados supuestos que pueden darse en los delitos contra la vida como el del «error in

persona». A título indicativo de las posibles modificaciones futuras, puede verse la clasificación por Títulos de los delitos que se contienen en el Libro II de la Propuesta de Anteproyecto. Comenzando por el delito de homicidio, introduce nuevos bienes jurídicos y finaliza con los delitos contra la paz e independencia del Estado y contra la comunidad internacional con la que trastoca el sistema clasificatorio del vigente Código penal, que, como se sabe, comienza su Libro II con los delitos contra el Estado. Se recoge así en la Propuesta no sólo el contenido constitucional en la relevancia de los bienes a proteger, sino también una tradición crítica de la doctrina penal en un tema como es el de la clasificación de los delitos, que tiene un especial valor expositivo e interpretativo en razón de la preeminencia que se da a los bienes jurídicos penalmente protegidos. Otro importante dato indicativo consiste en la superación de la fórmula unitaria para el delito imprudente optándose por la solución de seleccionar aquellos bienes jurídicos, y no todos, cuya protección se amplía frente a posibles lesiones imprudentes (ej., art. 156 de la Propuesta «homicidio imprudente»). Como último dato puede señalarse el nuevo sistema de penas que contiene la Propuesta de Anteproyecto, del que destaca la reducción de la duración de las penas privativas de libertad con repercusiones en su ejecución, el nuevo sistema de la pena de multa, el catálogo de nuevas medidas postdelictuales en el Título IV y especialmente las formas sustitutivas de la imposición y ejecución de las penas.

De cara a la exposición de la *Parte Especial* se irán relacionando los *bienes jurídicos protegidos* en diversos tipos de delitos y los posibles problemas que se plantean en ellos, desde la perspectiva metódica en la que se ha insistido al tratar el bien jurídico protegido, esto es, integrando enfoques sociales y político-criminales en su conocimiento sistemático jurídico, contemplando el bien jurídico y su protección penal desde una orientación crítico-valorativa que tenga presente el movimiento dialéctico, histórico-cultural, de la materia como unidad dinámica de datos reales y valores (A. Torío, 1983, p. 94). La imposibilidad de una exposición en amplitud y profundidad de cada grupo de delitos en este trabajo obliga a una relación de los rasgos más destacables de ellos en conexión con la Reforma de 1983 y perspectivas futuras.

Se comienza por los delitos *contra la vida e integridad física*, reconociendo, como ya se ha dicho, no sólo los criterios constitucionales que anteponen los derechos fundamentales de las personas sino también una constante doctrina española. Dentro de los delitos contra la vida, además de las repercusiones ya señaladas que se derivan de las modificaciones del Libro I del Código en la Reforma de 1983 en lo referente a posibles errores de tipo y al llamado homicidio preterintencional y la acomodación al artículo 15 constitucional con la supresión de la referencial a la pena de muerte y la acomodación a la legislación constitucional y civil del parricidio, puede hacerse una referencia político-criminal a las figuras de *parricidio*, *infanticidio* y *aborto*. En la Propuesta de Anteproyecto se mantiene la figura del parricidio y

del infanticidio, si bien esta última funda su carácter privilegiado en «las tensiones emocionales provocadas por las circunstancias del alumbramiento» (art. 142), suprimiendo así el elemento subjetivo de evitar la deshonra de la madre. Estas propuestas legislativas, que se contenían en el Proyecto de 1980, fueron ya criticadas en su momento (G. Quintero, 1980, p. 253), pues respecto al parricidio no se encuentran criterios político-criminales que exijan la incriminación concreta fuera de los tipos reguladores del homicidio y del asesinato y ha sido calificado como ahistórica su presencia en la legislación penal en cuanto tipo apriorístico ajeno a la situación de crisis y de conflictividad que muestra la institución familiar (A. Torío, 1983, p. 93). De la misma manera tampoco parece justificada la pervivencia del tipo de infanticidio, que con la nueva fórmula propuesta puede solucionarse a través de las circunstancias atenuantes.

Especial atención merece el tipo de *aborto* cuya reforma atraviesa singulares vicisitudes político-legislativas. Habiéndose incluido en el Proyecto de la Reforma de 1983 el artículo 417 bis cuyo contenido era básicamente similar al artículo 148 de la Propuesta de Anteproyecto, se articulaba a través del llamado modelo de indicaciones, aunque omitiendo la indicación social, fue sustraído a la Reforma de junio de 1983 y se tramitó como Proyecto ordinario de ley que una vez aprobada ha sido recurrida ante el Tribunal Constitucional, debiéndose, por tanto, esperar para su posible entrada en vigor hasta después de la sentencia. Destacar solamente que frente al contenido, que puede calificarse de absolutista, del recurso de inconstitucionalidad en el que está presente el rechazo de algo tan evidente como la diferencia entre vida humana dependiente e independiente con la negación consiguiente de tratamiento político-criminal diferenciado, amén de otros contenidos, el artículo 148 de la Propuesta, con un sistema de indicaciones que no resulta incompatible con el artículo 15 constitucional (R. Mourullo, 1983, pp. 120 y ss.), aunque limitado al no acogerse la indicación social, supone una parcial propuesta que, aún suponiendo un avance respecto a la situación actual y a la que se contenía en el Proyecto de 1980 no responde a la complejidad de problemas (libertad, situación socio-económico y cultural...) que contiene y puede permitir el que se sigan reproduciendo profundos conflictos que pueden, en gran medida, solventarse con la solución penal del plazo en el contexto de una política criminal más amplia de transformación social.

En relación con la *integridad física*, el problema de la disponibilidad o no de la salud y de la integridad corporal de cara a la admisión justificante del consentimiento en conexión con el tratamiento médico, la Reforma de 1983 ha respondido introduciendo un segundo párrafo en el artículo 428 que contempla la exención de responsabilidad en supuestos de trasplantes de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual, realizadas legalmente por facultativos con consentimiento libre y expresamente manifestado del paciente que, como se ve, delimita los términos del consentimiento, pero reduce los posibles supuestos. El artículo 157 de la Propuesta, reforzando las condiciones del consenti-

miento «libre, espontáneo y expresamente emitido» no limita los supuestos de intervención, limitación actual criticada por la doctrina (Fr. Muñoz Conde, 1983, p. 138).

Se continúa en la esfera de protección de los derechos de las personas con los delitos contra la *libertad y el honor*, con una especial referencia a la *libertad sexual*. Se incluye el honor porque más allá de sus posibles conexiones con una determinada «imagen social» de cada persona, la conciencia individual de ser humano digno de respeto y, por tanto, la exigencia de respetabilidad social sin discriminación alguna, es un bien estrechamente unido a la libertad y, como se verá más tarde, al tratar la protección de la intimidad, es un bien especialmente necesitado de protección en las sociedades industrialmente desarrolladas. Con relación a la protección de la libertad sexual se coincide con las críticas contra la denominación de «delitos contra la honestidad» y la diversidad de bienes jurídicos que encierra, libertad, familia, «buenas costumbres» (Fr. Muñoz Conde, 1983, pp. 341 y ss.). Sin embargo, se plantean conjuntamente por su común referencia a la sexualidad y por dar preeminencia a la libertad sexual individual, aunque deben claramente diferenciarse los que afectan a la libertad de las personas en su sexualidad, como la violación, de aquellos otros como el estupro incestuoso introducido por ley 46/1978, de 7 de octubre, que supone una agravación que no está justificada en la protección de la libertad sexual, o el delito de escándalo público que motiva su protección en base a una determinada «moral sexual colectiva», de la que no está comprobada ni su carácter social mayoritario ni su necesidad de protección penal. La Propuesta de Anteproyecto en este sentido se refiere a «actos de provocación sexual», limitándolos en el artículo 176 a actos de exhibición obscena ante menores o ante mayores sin consentimiento y con escándalo, acercando así estos tipos a la protección de la libertad sexual, sin olvidar respecto a este grupo de delitos las reformas de 1983 que establecen la aplicación de medidas de seguridad para los autores del artículo 452 bis c) relativo a la prostitución y la nueva redacción del 452 bis e) que suprime la referencia a la autoridad marital y al consejo de familia.

Mención especial puede hacerse dentro del ámbito de los derechos individuales a la protección penal de la *intimidad*. En el Capítulo II del Título I de la Constitución de 1978 se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1), con la limitación del uso de la informática; y el Capítulo VII del Título XII del Código penal se refiere al descubrimiento y revelación de secretos, dejando evidentes lagunas de punibilidad. Sin embargo, la delimitación de la intimidad se presenta difícil, vinculada como está a la libertad personal y a la dignidad humana entendida tanto como esfera de libertad en sí considerada, como libertad proyectada hacia el exterior en cuanto garantía de ejercicio de derechos socio-políticos y facultad de control de las informaciones personales que circulan en la sociedad (Fr. Morales Prats, 1983, pp. 191 y ss.). Por otra parte, la realidad socioeconómica y administrativa de las sociedades industriales

desarrolladas muestran tal pluralidad de codificaciones de los ciudadanos que realmente la tutela penal de la intimidad se encuentra en clara desventaja, cuando no en contradicción (G. Quintero, 1980, p. 255) con las formas de control y «socialización» tecnológica de la sociedad industrial. En todo caso, el Título VII de la Propuesta de Anteproyecto supone un intento meritorio de protección, a pesar de que pueda ser escasamente operativo ante los mecanismos de circulación de la información y las necesidades de crecimiento del propio sistema económico.

Junto a los delitos contra el *patrimonio* se hará una referencia a los delitos contra el orden *socioeconómico* en los que se insistirá. Esta diferenciación entre delitos contra el patrimonio y delitos socioeconómicos, como consta en la Propuesta de Anteproyecto, ya sugiere por sí misma que no termina de superarse una concepción anclada en el liberalismo clásico que privilegia la propiedad como motor económico y relega a un segundo plano otros elementos centrales de la economía, distanciándose así de una concepción económica política de las relaciones sociales. La Reforma de 1983 en lo relativo a delitos patrimoniales ha sido calificada de poco ambiciosa, si bien ha abandonado el criterio de la cuantía del valor de lo sustraído o del perjuicio patrimonial como determinante de la gravedad de la pena y también ha sido calificada en algunos casos de poco afortunada, como en los supuestos del 505 y 506 con el extenso catálogo de agravantes introducidas en el segundo de los artículos citados (Fr. Muñoz Conde, 1983, p. 143). Sin embargo, se limitará este breve comentario a los llamados delitos contra el orden socio-económico, que se vinculan al «orden económico y social justo» del Preámbulo constitucional y que son, en el campo del Derecho penal, los que con más claridad muestran la relación existente entre Economía y Derecho y el condicionamiento económico de la regulación jurídica (Fr. Muñoz Conde, 1982, p. 107). Sin embargo, la profunda importancia que supone la atención penal al orden socio-económico trasciende la relación directa que puede establecerse en la protección penal de determinados bienes de las relaciones económicas porque, precisamente, las formas económicas no se reducen a mecanismos de producción o distribución de bienes, sino que los sistemas económicos suponen formas de relación social y política que se muestran en todo el conjunto del espacio social.

La configuración constitucional de un Estado social y democrático de Derecho, la presencia en el Título Preliminar como sujetos políticos de trabajadores y empresarios, el contenido del artículo 38, en el que se reconoce la libertad de empresa como derecho fundamental en el marco de la economía de mercado, pero que también contempla la economía general y la planificación, respondiendo a necesidades de interés público evidenciadas en la regulación de la expropiación forzosa del artículo 33,2 y de los principios de política social y económica del Capítulo III del Libro I constitucional (distribución equitativa de la renta, política de pleno empleo, formación y readaptación profesional...), la subordinación de la riqueza al interés general (art. 128,1) y

la consiguiente iniciativa pública en la economía, especialmente en caso de monopolio (art. 128,2), muestra una configuración constitucional del sistema económico cercana a la denominada de economía mixta pero, en todo caso, en tensión enmarcada en, por una parte, el límite de los intereses generales que exigen intervención estatal y, por otra, el límite que supone la negación, derivada del reconocimiento constitucional de la libertad de empresa, de una economía totalmente planificada que no permitiese ninguna autonomía empresarial privada (M. Bajo, 1983, pp. 157 y ss.).

Esta configuración económica de la Constitución permite enlazar con los llamados *delitos económicos*, delitos, algunos de ellos, que coexisten con los relativos al patrimonio individual pero que trascienden la esfera individual, como la quiebra, y que se recogieron ya separadamente en el Título VIII del Proyecto de 1980 bajo la rúbrica de «delitos contra el orden socioeconómico» y que a su vez se recogen en el Título XII de la Propuesta de Anteproyecto. Dentro de estos títulos, cuya denominación viene a significar un objetivo político criminal, se sistematizan diversos bienes jurídicos, de diversa incidencia económica (relativos a la publicidad, por. ej., junto a la protección de los derechos laborales reconocidos por las leyes) unido por su referencia al diseño económico constitucional. El breve comentario político criminal que puede hacerse, parte de que la actual realidad socioeconómica corresponde a un nivel avanzado, en su desarrollo y en sus contradicciones, del sistema de libre mercado; con la situación singular del capital español menos desarrollado históricamente lo que, sin embargo, ha permitido extraordinarios niveles de acumulación y, en la actualidad, una situación especialmente dependiente; que los rasgos de economía privada y de la apropiación que genera, pesan hoy en la actividad económica, tanto en el ordenamiento jurídico como en la propia realidad económica en la que, sin embargo, la pretensión de mantener los términos de plusvalía, las contradicciones estructurales del sistema económico liberal, el desarrollo del trabajo entendido no como mercancía sino como elemento básico económico-político y como forma de organización, aún manteniendo el capital una situación inicialmente dominante en la materialidad del mercado de trabajo, son rasgos que fuerzan la tensión social y pueden permitir desplazar la propiedad privada, la coerción económica, del centro de la estructura del Estado, al agudizarse los antagonismos en su interior. En este sentido, se presenta la posibilidad de modificar objetivos político criminales y se presenta también la posibilidad de modificar los procesos de criminalización dirigiéndolos hacia lesiones socialmente dañosas porque, como ya se ha dicho, también el Derecho penal está en un espacio y en un momento de mediación en el que términos como transgresión o desviación pueden ser interpretados históricamente de manera contradictoria. El problema estriba en hasta qué punto y, en su caso, hasta cuándo el Derecho penal, tanto en la norma como en las instancias de aplicación, puede recoger las posibilidades indicadas y sus contenidos contradictorios.



El comentario del párrafo anterior sirve, asimismo, a los delitos relativos a la *ordenación del territorio y al medio ambiente*, con los que no es suficiente la preocupación por su gravedad sino que, en contra de la tesis del riesgo admisible que defiende, al igual que en determinados comportamientos económicos, la producción de la riqueza (privada) y el desarrollo (de un sistema desigualitario) por encima de los daños a otros bienes sociales; que se consideran costes necesarios, lo que realmente importa es la eficacia para que no se produzcan, eficacia aún más urgente cuando otras medidas civiles y administrativas han fracasado. Sin embargo, este fracaso no necesariamente se traduce en la eficacia penal, cuando no se han comprobado suficientemente los motivos del fracaso y sus posibles correcciones y cuando la intervención penal es limitada y dentro de sus límites graduable en razón de la relevancia de los bienes sociales, en este caso notable, y su capacidad de solución del conflicto. En todo caso, pienso que el problema queda planteado en el comentario anteriormente hecho a los delitos económicos.

Como último comentario al contenido de la Parte Especial y omitiendo otros bienes jurídicos penalmente protegidos de destacada importancia, me referiré a algunos aspectos político-criminales de la intervención penal del Estado en la esfera del llamado *orden público*, entendiéndolo que comenzar la exposición de la Parte Especial con el ámbito de protección de los derechos de las personas tendría sólo un carácter testimonial si no tiene su paralelo en la defensa de los derechos fundamentales y las libertades públicas (frente a posibles intromisiones del Estado), que no sólo exigen ser también garantizados, sino, sobre todo, profundamente desarrollados. Desde diciembre de 1978 hasta el actual Proyecto de Ley Orgánica de nuevo desarrollo del artículo 55,2 de la Constitución (BOCG, 10 del XII de 1983), artículo ya desarrollado por Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre, se han producido numerosas manifestaciones legislativas que pueden expresar una sublimación autoritaria del Estado justificadas bajo reducciones ideológicas de diversa denominación pero que coinciden en la defensa del interés «orden público», a través de técnicas legislativas diversas que contienen, sin embargo, un sentido criminalizador global. Recorrer su panorámica supone realmente entrar en un verdadero laberinto en el que se entrecruzan estrategias diversas. Estrategias de control hegemónico ante formas de conflictividad no controlada, estrategias de legitimación ante la ausencia de mecanismos de regulación de nuevos conflictos sociales, reales o potenciales, estrategias de consenso masivo con lo que tiene de pedagogía del sometimiento según esquemas de conformidad social, unidas a la de culpabilización, estrategias de centralización y totalización del poder junto a las de expropiación de toda pretensión de poder y de autonomía de sujetos sociales agentes de movilidad social (L. Ferrajoli, 1979, pp. 56 y ss.), estrategias incluso que se plantean con una cierta simbología de la eticidad en la que, ante realidades antagónicas, el Estado se presenta como el mejor fin y el mejor valor, utilizando a su vez para ello, estrategias de comunicación e información más o menos manufacturada.

La utilización en el momento procesal de su potencialidad represiva con la reducción de las garantías del procesado, la potenciación de la prisión provisional por criterios de alarma y seguridad, la extensión de la flagrancia, procedimientos de urgencia, predominio del ministerio fiscal, exclusión de la jurisdicción natural, legislación fuera del Código y modificaciones del Código en clave excepcional, potenciación represiva de la prisión, ampliación del control predelictual con la atribución adelantada de contenidos sancionatorios, la invitación a la delación, reducción de derechos fundamentales (libertad de movimiento, de expresión, igualdad, intimidad, inocencia, defensa...) con una alteración del sistema de división de poderes en privilegio del ejecutivo ampliando su capacidad de control y sus defensas a ser controlado y la producción de un desarrollo de excepción de básicos contenidos fundamentales son, entre otros, rasgos que obligan a una reflexión de conjunto porque tales rasgos no son separables de las funciones que se atribuyen a todo el sistema penal en relación con la ordenación social y porque la calidad de tales rasgos tiende a contaminar con la opresiva racionalidad de la producción y de su poder, el espacio social en su conjunto en el que los antagonismos latentes, las condiciones de transformación de las cosas y de los lenguajes, la ajenidad ante tal racionalidad se pretende ocultar en el interior del pensamiento y de la soledad.

Decía al principio que en el Derecho penal la relación jurídica alcanza la mayor tensión, que tiene la capacidad de agredir a la personalidad individual muy directamente y que ante ello el penalista se comprometía. De alguna manera, la insistencia a lo largo de la reflexión que ha supuesto este trabajo en las condiciones de conflictividad, en la introducción del Estado en el conjunto de la sociedad para que en la movilidad y en la transformación de ésta quede afectado —también como proyecto— encuentran su contrario en la sublimación de los rasgos autoritarios que han existido desde los orígenes del Estado moderno, de la misma manera que el proyecto social libertario encuentra sus contrarios en los acumuladores de apropiación enfrentados también al progreso de un Derecho penal en el que están empeñados deseos igualitarios.

#### BIBLIOGRAFIA

- W. ABENDROTH, *Sociedad antagónica y democracia política*, tr. M. Sacristán, Ed. Grijalbo, 1973.
- M. BAJO FERNÁNDEZ, *La Constitución económica española y el Derecho penal*, en «Repercusiones de la Constitución en el Derecho penal», Bilbao, 1983.
- J. BUSTOS, *Consideraciones en torno al injusto*, en «Nuevo Pensamiento Penal», 1974.
- J. BUSTOS *Significación social y tipicidad*, en «Estudios Penales y Criminológicos», V, 1982.
- J. BUSTOS, *Política criminal e injusto* en «Bases críticas de un nuevo Derecho penal», Ed. Temis, Colombia, 1982.

- IR. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, en «Novissimo Digesto Italiano», 1974.
- J. CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, T. I., 1972.
- L. FERRAJOLI, *Terrorismo e stato de la crisi*, en «La questione criminale», 1979, núm. 1.
- E. GIMBERNAT, *El estado de necesidad. Un problema de antijuridicidad*, en «Estudios de Derecho Penal», Ed. Cívitas, Madrid, 1976.
- E. GIMBERNAT, *La reforma del Código penal de noviembre de 1971*, en «Estudios de Derecho Penal», Ed. Cívitas, Madrid, 1976.
- E. GIMBERNAT, *Prólogo al Código penal*, Ed. Tecnos, 1983.
- J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, *Lecciones de teoría jurídica del Derecho*, T. II, Madrid, 1983.
- L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *La Ley y el delito*, Ed. Sudamericana, VI ed., 1973.
- S. MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1976.
- S. MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Ed. Bosch, Barcelona, 1979.
- F. MORALES PRATS, *La intimidad en el Derecho penal español*, Tesis Doctoral, sin publicar.
- I. MUÑAGORRI, *Administración de justicia y procesos de criminalización*, en «Revista Vasca de Administración Pública», núm. 7, 1983.
- FR. MUÑOZ CONDE, *La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito*, en «La Reforma penal y penitenciaria», Barcelona, 1970.
- FR. MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1975.
- FR. MUÑOZ CONDE, *Introducción*, a C. Roxin *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, Ed. Reus, Madrid, 1981.
- FR. MUÑOZ CONDE, *Adiciones de Derecho español*, a H. H. Jescheck, «Tratado de Derecho penal, Parte General», Ed. Bosch, Barcelona, 1981.
- FR. MUÑOZ CONDE, *La imputabilidad del enfermo mental*, en «Psicopatología», núm. 2, vol. II, 1982.
- FR. MUÑOZ CONDE, *La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el Proyecto de Ley Orgánica del Código penal*, en «CPCrim.», núm. 16, 1982.
- FR. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, 5.ª ed., Sevilla, 1983.
- FR. MUÑOZ CONDE, *Monismo y dualismo en el Derecho penal español*, en «Estudios penales y criminológicos», 1983.
- A. NEGRI, *La forma stato. Per la critica dell'economia politica della Costituzione*, Ed. Feltrinelli, Milán 1977.
- E. OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto del Derecho penal*, Ed. Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho, 1981.
- M. PAVARINI, *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, tr. Ignacio Muñagorri, Ed. Siglo XXI, México, 1983.
- E. PASUKANIS, *Teoría general del Derecho y marxismo*, tr. V. Zapatero, Ed. Labor, Barcelona, 1976.
- G. QUINTERO OLIVARES, *Represión penal y estado de Derecho*, Ed. Ditosa, Barcelona, 1976.

- G. QUINTERO OLIVARES, *Observaciones sobre la Parte Especial del Anteproyecto de Código penal*, en «La Reforma del Derecho penal», Barcelona, 1980.
- G. QUINTERO OLIVARES, *Introducción al Derecho penal. Parte General*, Ed. Barcanova, Barcelona, 1981.
- G. QUINTERO OLIVARES; FR. MUÑOZ CONDE, *La Reforma penal de 1983*, Ed. Destiño, Barcelona, 1983.
- G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Protección constitucional de la vida*, en «Repercusiones de la Constitución en el Derecho penal», Bilbao, 1983.
- G. STRATENWERTH, *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*, tr. E. Bagigalupo, Madrid, 1980.
- I. TAYLOR; P. WALTON; Y. YOUNG, *Criminología crítica*, Ed. Siglo XXI, México, 1977.
- A. TORÍO, *Estudio de la reforma de los delitos contra la vida. (Parricidio-asesinato)*, en «Repercusiones de la Constitución en el Derecho penal», Bilbao 1983.

## Entre la «santidad» y la «calidad» de la vida

### Sobre las transformaciones en la protección jurídico-penal de la vida

Profesor Dr. ALBIN ESER, Universidad de Friburgo (RFA)  
Director del Instituto Max-Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional  
Traducción: PATRICIA R. LAURENZO

«Pérdida de valores fundamentales»: Con esta frase se puede expresar quizás una angustia esencial que desde hace ya algunos años recorre casi todo el mundo. Comienza con la alarmante toma de conciencia de los daños al medio ambiente que comprimen cada vez más el espacio vital. También se manifiesta en las pretensiones de autonomía del hombre que pretende incluso despreciar la muerte produciéndola presuntamente, sin ver que de ese modo la vida misma se hace disponible. Y termina, sin que esto sea precisamente lo menos importante, con especulaciones omnipotentes de una biología y una medicina para las cuales no parecen existir fronteras infranqueables, ni ante la procreación ni ante la experimentación o simple destrucción de la vida.

Existiendo tales tendencias, no es sorprendente que la vida, tradicionalmente considerada como inviolable y «sagrada», aparezca expuesta cada vez con mayor intensidad a una valoración cualitativa y con ello —como consecuencia necesaria—, sea confrontada y ponderada con otros valores. Esto es motivo suficiente para preguntarse si realmente puede esperarse a largo plazo el paso de la protección de la vida orientada por su «santidad» a una consideración más «cualitativa» de aquélla y en su caso, dónde residen sus causas. Con este fin se comparará seguidamente el derecho alemán actual con la protección jurídico-penal de la vida en el periodo de transición a la Edad Moderna.

El que se haya elegido precisamente aquel momento para realizar la comparación se debe agradecer, ante todo, a la feliz coincidencia con un aniversario sumamente significativo para la historia del Derecho penal, pues hace cuatrocientos cincuenta años, en 1532, se producía el nacimiento del primer Código penal unitario del «Sacro Imperio romano de la Nación alemana»: el «*Peinliche Halsgerichtsordnung*» de Carlos V (I de España) (1) que rigió

(1) La «*Peinliche Gerichtsordnung Keiser Karls V*», conocida generalmente por la abreviatura de su designación latina como «*Carolina*», es citada en adelante según la edición Reclam de G. RADBRUCH-A. KAUFMANN, 4 ed., 1787.

—al menos subsidiariamente— hasta la sanción del «Reichsstrafgesetzbuch» (StGB) de 1871, influyendo así de modo decisivo en la práctica jurídico-penal por alrededor de trescientos cincuenta años (2). La confrontación del derecho actual con la «Constitutio Criminalis Carolina» (CCC) responde asimismo a un fundamento material de peso, pues, como veremos, la «Carolina» marca un auténtico hito en lo que se refiere precisamente a la protección de la vida: En esta obra legislativa se fundieron bajo la influencia del Derecho Canónico con su concepción «sagrada» de la vida, tanto la protección discriminatoriamente parcializada de proveniencia romana como la práctica de la composición de origen germánico, fusión que condujo a un grado de protección de la vida no alcanzado hasta entonces.

Pero antes de introducirnos en esta tarea, permítaseme una advertencia metodológica. Cuando aquí se contraponen «santidad» y «calidad» de la vida, con ello se indican solamente ciertos puntos de referencia. Así, la «santidad» es el rasgo distintivo de todas aquellas tendencias que pretenden proteger la vida humana como tal, sin atender a eventuales deficiencias físicas o mentales o a su utilidad social (3). Por orientación «cualitativa» se deben entender todos aquellos aspectos que no califican a la vida como inviolable y no susceptible de ponderación «per se», sino como algo cualitativamente graduable o, en todo caso, no excluido a priori de toda ponderación con otros intereses (4). Dada la vaguedad en que ambos criterios son conscientemente mantenidos, «santidad» y «calidad» de la vida deben imaginarse siempre entre comillas.

Si se trata de seguir las huellas del cambiante destino de la protección de la vida, oscilante entre su «santidad» en el sentido de su absoluta «invulnerabilidad» y su «calidad» en el sentido de una cierta relativización valorativa, esta oposición requiere sin embargo una salvedad fundamental. Protección de la vida como

(2) En general, sobre la significación de la Carolina, la introducción de la versión Reclam anteriormente citada, así como EB. SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafpflege*, 3 ed., 1965, p. 107 y ss., en especial, p. 131 y ss.

(3) En este sentido se deberían comprender también, por regla general, las fuentes que acentúan la «santidad» de la vida. Y esto sucede verdaderamente desde hace ya mucho tiempo (cfr. especialmente infra, notas 20 y ss., 40, 68, 86), sin que las huellas de esta concepción permitan sin embargo atribuir la terminológicamente a determinados autores. Incluso en las obras de F. WALTER, *Die Euthanasie und die Heiligkeit des Lebens*, 1935, y de G. WILLIAMS, *The Sanctity of Life and the Criminal Law*, London, 1958, que expresamente se refieren a la «santidad» de la vida, se buscará infructuosamente la génesis de las fuentes escritas de tal pensamiento.

(4) En contraste con la concepción «orientada a la santidad», la «orientación cualitativa» de la vida no puede remontarse todavía terminológicamente a ninguna tradición semejante. En el sentido expuesto en el texto, se encuentra la contraposición de una ética de la «sanctity of life» con una de la «quality of life», sobre todo en J. FLETCHER, *In verteidigung des Suizids*, en A. ESER, *Suizid und Euthanasie als human- und sozialwissenschaftliches Problem*, 1976, p. 233 y ss., en especial p. 243.

bien «sagrado» y absoluto o por el contrario «cualitativamente» susceptible de relativización: Esta contraposición, imaginable tal vez como modelo teórico, muy probablemente nunca se ha realizado históricamente como una alternativa excluyente. Pues aún prescindiendo totalmente del problema de si en la historia real del hombre y la sociedad existen valores absolutos y normas sin excepciones (5), el Derecho penal es ya por su naturaleza y finalidad un derecho subsidiario y fragmentario que, como tal, sólo pretende contrarrestar las amenazas peligrosas para los bienes jurídicos. Por ello, desde el principio la pregunta por la protección absoluta o relativa de la vida, sólo puede tender a averiguar si el ordenamiento jurídico de una época está más inclinado a una consideración sagrada o por el contrario, cualitativa, de aquella (6).

En lo que se refiere al curso de la investigación, la pregunta por las tendencias orientadas a lo «sagrado» o a lo «cualitativo», serán analizadas en dos momentos de su evolución: En un primer paso, la *Carolina* de 1532 será analizada como punto de comparación y luego, en un segundo paso, se comparará el estado alcanzado entonces por la protección jurídico-penal de la vida con el actual. Esto será expuesto a través de puntos especialmente neurálgicos de la protección de la vida: Aborto, infanticidio, suicidio y eutanasia.

## I. PROTECCION JURIDICO-PENAL DE LA VIDA HASTA LA CAROLINA

### 1. *Merecimiento de protección de la vida humana.*

En primer lugar, en lo referente al merecimiento de protección de la vida humana como tal —prescindiendo por el momento del aborto e infanticidio— los tipos de homicidio de la *Carolina* (arts. 130 a 156) no permiten inferir ninguna clase de limitaciones de carácter personal. Aunque al tratar sobre el objeto del homicidio —hoy descrito expresamente como «hombre» (*Mensch*) en el § 211 StGB— se habla sólo de «alguien», niño o suicida, y prescindiendo además de que en la *Carolina* se buscará infructuosamente una definición de persona, no hay duda, sin embargo, que con el «alguien» protegido en el homicidio, la *Carolina* se refería

---

(5) En sentido negativo, FLETCHER, en ESER, *Suizid*, op. cit., p. 234 y ss. En especial sobre la relativización de la protección de la vida, A. AUER, *Die Unverfügbarkeit des Lebens und das Recht auf einen natürlichen Tod*, en A. AUER, H. MENZEL, A. ESER, *Zwischen Heilauftrag und Sterbehilfe. Zum Behandlungsabbruch aus ethischer, medizinischer und rechtlicher Sicht*, 1977, p. 7 y ss., 23 y ss.

(6) En general sobre los distintos puntos de vista relacionados con las amenazas de la «calidad de la vida», A. AUER, *Der Mensch und seine Zukunft. Zur gegenwärtigen Diskussion über die «Lebensqualität»*, 1974.

a todo ser de naturaleza humana (7), sin distinción de sexo, edad, status o estado de salud (8).

De ahí que también gozaban de total protección jurídico-penal los enfermos mentales y los débiles o ya condenados a muerte como consecuencia de una enfermedad (9). Sólo estaban excluidos de esta protección los llamados monstruos y los que eran declarados al margen de la ley (Rechtlose). Se volverá sobre este punto.

A diferencia de esta valoración fundamentalmente igualitaria, en el *derecho romano* no toda persona era igual. Aun cuando buena parte de los hechos históricos permanecen en la obscuridad, es posible afirmar que durante el período de las XII Tablas rigió la ley atribuida al antiguo rey romano Numa (siglo VII a.C.), según la cual es asesino quien da muerte dolosa a un «homo liber» (10). Esta circunscripción de la protección pública de la vida al ciudadano libre (11) tenía como consecuencia que la muerte de un esclavo —no considerado persona sino cosa— fuera tenida simplemente por un delito privado contra la propiedad, es decir, como un puro daño en las cosas y esto sólo bajo la condición de que se tratara de un esclavo ajeno, pues la muerte del esclavo propio por su amo quedaba exento de sanción (12). Sólo cuando se comenzó a reconocer al hombre no libre la calidad de persona, se aplicó paulatinamente también al caso de muerte de esclavo (13) la «Lex cornelia de sicariis» del tiempo de Sullas (siglo I a.C.) que regulaba los delitos contra la vida. Sin embargo, este supuesto no alcanzó en la práctica plena subsunción en el tipo de homicidio, sino bajo el reinado de Constantino (14).

(7) Cfr. K. F. ROSSHIRT, *Geschichte und System des deutschen Strafrechts*, parte II, ap. 1, 1839, p. 203, donde se vio incluso un infanticidio anticipado en los casos de aborto con muerte de un feto ya «animado» (vid. infra, Nr. I, 2); cfr. C. A. TITTMANN, *Handbuch der Strafrechtswissenschaft und der deutschen Strafgesetzkunde* T. I, 2 ed., 1822, p. 357 y ss.; también las fuentes en notas 43 y 100.

(8) Así en particular la interpretación de A. FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 1 ed., 1801 (aquí según la 9 ed., 1826), § 207. De los comentarios más antiguos a la CCC, tampoco se pueden extraer limitaciones a la protección de la vida— salvo las excepciones que a continuación se consideran— fundadas en status o calidad alguna.

(9) Cfr. en especial, E. HENKE, *Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik*, parte I, 1823, parte II, 1826, p. 22; TITTMANN, *Handbuch I*, p. 294 y s.; así como infra, nota 68.

(10) «Si qui hominem liberum morti duit, patricidas esto»: así FESTUS, según TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, 1899, p. 612, nota 4.

(11) Sobre las personas aquí incluidas, ROSSHIRT, *Geschichte*, II/1, 186 y s.

(12) MOMMSEN, *Röm. Strafrecht*, p. 616, con más documentación.

(13) Cfr. en especial MARCIANO, *Ad legem corneliam de sicariis et veneficis*, D.48.8.1.2: «Qui hominem occiderit, punitur, non habita differentia, cuius conditionis hominem interemit». Cfr. también PFAFF, en *Paulys Realencyclopädie der Classischen Altertumswissenschaft*, T. VIII/2, 1913, col. 2249, sobre «homicidium».

(14) MOMMSEN, *Röm. Strafrecht* p. 617.



Es característico de esta estratificación y por ende, discriminación cualitativa de la vida humana, propia del antiguo derecho romano, que ya por principio ciertas clases sean substraídas del merecimiento de protección como personas, con lo cual la vida no es objeto de reconocimiento por su sola entidad y existencia individual, sino por su respectivo rol social. En esta medida se distingue especialmente la muerte del esclavo del poder disciplinario del pater sobre sus hijos menores de edad (15).

De modo similar, en el penamiento jurídico *germánico* el siervo tampoco era considerado «persona» sino «cosa mueble» (16). Como tal se encontraba sometido al poder de dominio de su dueño que (17), bajo ciertas circunstancias, era justificante incluso de la muerte del siervo por su amo. Aunque de forma menos evidente, también las diferencias en la fijación de la multa de los sistemas de composición del derecho popular, tal como debieron mantenerse en parte hasta la alta Edad Media (18), podrían basarse en una similar valoración de la vida dependiente del status social. En efecto, como reparación por la muerte de una persona, se fijaba una multa en base a una «aestimatio capitis», multa que era erigida en rescate de sangre de un hombre libre y que se graduaba según el status, sexo y edad. Así por ejemplo, la capacidad de engendrar de una mujer o el bautismo de un niño, eran puntos positivos que influían en la tasación (19).

Sólo cuando se ha tomado conciencia de la existencia de tales graduaciones valorativas de la vida, se puede apreciar en todo su valor la concepción humana de la Carolina. Sea cual fuere el emplazamiento de cada uno según el derecho feudal o su escalonamiento dentro de la jerarquía social, en lo que respecta al merecimiento de protección jurídico-penal, la Carolina equipara al señor y al siervo, al hombre y a la mujer, al erudito y al analfabeto, al sano y al que sufre una enfermedad mortal. Esta superación de la anterior discriminación cualitativa es impensable sin la influencia del pensamiento *cristiano*. Para éste, la vida es un don de Dios que debe entenderse al mismo tiempo como facultad

---

(15) Sobre el ciertamente muy discutido «ius vitae et necis», MOMMSEN, op. cit., p. 617 y s.; así com J. F. H. ABEGG, *Revisiori der Lehre von den angeblich straflosen Tödtungen*, en *Untersuchungen aus dem Gebiete der Strafrechtswissenschaft*, 1830, p. 55-378, aquí, p. 206 y ss. Sobre el derecho a dar muerte al niño deforme cfr. infra, nota 31.

(16) C. v. SCHWERIN-H. THIEME, *Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte*, 4.<sup>a</sup> ed., 1950, p. 17; cfr. también H. MITTEIS-H. LIEBERICH, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 14.<sup>a</sup> ed., 1976, p. 21.

(17) EB. SCHMIDT, *Geschichte*, p. 26 y s.

(18) En general sobre esto EB. SCHMIDT, *Geschichte*, p. 24 y ss.; así como ABEGG, *Untersuchungen* (supra, nota 15), p. 223 y ss.

(19) ROSSHIRT, *Geschichte* II/1, p. 194 y s.; EB. SCHMIDT, *Geschichte*, p. 25; además WILLIAMS, *Sanctity* (supra, nota 3), p. 29. Naturalmente tampoco hoy hay que excluir que el rol social de la víctima encuentre su expresión en la medición de la pena. Pero con ello no se pondrá en duda, de ningún modo, la naturaleza humana de aquélla.

y como deber (20). Como creación de Dios, cada hombre es desde el punto de vista existencial, fundamentalmente igual al otro. Pues «dado que Dios es quien crea, conserva y redime al hombre, hasta la más miserable de las vidas adquiere valor frente a El» (21). En esta medida la vida humana es per se y sin atender a su calidad física o status social «sagrada» e inviolable (22). Con la creciente influencia de los principios eclesiásticos en el derecho medieval esta concepción de la vida como valor en sí mismo encontró finalmente recepción en la Carolina (23).

## 2. Aborto e infanticidio.

Esta visión espiritualizada de la vida se manifiesta aún más claramente en la punibilidad del aborto y del infanticidio. Pues mientras la vida ya nacida es corporalmente tangible y por ello su protección es también más fácilmente inteligible, el respeto a la vida por nacer exige por el contrario la comprensión —muy frecuentemente olvidada en nuestros días— de que el derecho a la vida no depende del «poder-sostenerse-sobre-sus-propios-pies», sino que este derecho también corresponde al ser genéticamente completo y aún no nacido. Teniendo en cuenta la clara sobrevaloración de la autonomía física, apenas puede sorprender que el derecho romano haya dejado impune el aborto hasta la época

---

(20) Cfr. en especial TOMÁS DE AQUINO: «Vita est quoddam donum divinitus homini attributum, et eius potestati subiectum qui, occidit et vivere facit»... «Transitus de hac vita ad aliam feliciorem non subiacet libero arbitrio hominis, sed potestati divinae. Et ideo non licet homini se ipsum interficere ut ad feliciorem transeat vitam» (Summa Theologica, libro II, parte II, qu. 64, art. 5, citado según la edición Thomas de A. F. Utz, T. 18: *Recht und Gerechtigkeit*, 1953, p. 165/166).

(21) D. BONHOEFFER, *Ethik*, 1949, p. 108 y s.

(22) Pues como deduce BONHOEFFER, op. cit., con el conjunto de la tradición cristiana del dogma de la creación, en base a su fundamento divino, «el derecho a la vida reside en su existencia y no en algún tipo de valor. No hay, ante Dios, ninguna vida desprovista de valor, pues es la vida misma lo que Dios aprecia». Como consecuencia de ello, «le corresponde ahora realmente a la vida humana un derecho inmanente que no puede ser mediado desde el prisma de su utilidad social» (así, AUER, en AUER-MENZEL-ESER, supra, nota 5, p. 19 y ss., aquí p. 21). Sobre los aspectos de la santidad cfr. además WALTER, *Heiligkeit des Lebens* (supra, nota 3), en especial p. 20 y ss., 138 y ss., 377 y ss.; U. EIBACH, *Medizin und Menschenwürde. Ethische Probleme in der Medizin aus christlicher Sicht*, 1976, p. 83 y ss.; así como infra, notas 68, 86 y 138. Cfr., sin embargo, también W. SCHÖLLGEN, *Aktuelle Moralprobleme*, 1955, p. 393/399 y P. SPORKEN, *Menschlich sterben*, 1974, p. 29, donde se aprecia un cierto distanciamiento con la tesis de la «santidad». Aún más decidido por la concepción «cualitativa», FLETCHER, op. cit.

(23) Cfr. E. HENKE, *Grundriss einer Geschichte des deutschen peinlichen Rechts und der peinlichen Rechtswissenschaft*, T. I, 1809, p. 259 y ss.; ROSSHIRT, *Geschichte II/1*, p. 193, 199 y ss., 229, WILLIAMS, *Sanctity*, p. 27 y s. En general sobre la intervención de la doctrina italiana en la recepción de esta influencia, G. DAHM, *Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter*, 1933, p. 342 y ss.

imperial. El aborto fue considerado una inmoralidad que podía ser castigada por el pater familias y más adelante —cuando a fines del período republicano se hizo cada vez más frecuente sobre todo entre las clases altas—, también fue atacado como un mal social que desde Septimius Severus (alrededor del año 200 d.C.), fue incluso puesto bajo pena (24). Pero como lo demuestran su equiparación con la esterilización y su tipificación en la ley Cornelia contra los envenenamientos (25), lo preponderante no era tanto la protección de la vida invidual, como, en cambio, los intereses demográficos del Estado. Y así como los frutos del árbol aparecen como una parte de éste mientras no han caído, así también en el embrión se divisó solamente una «mulieris portio vel viscerum» (una parte de las vísceras) (26). Por cierto, quien pretende ver en esto el arquetipo romano de una emancipación a la «mi vientre me pertenece», menosprecia sin duda los intereses propios del hombre romano. Pues a diferencia de lo que sucede en nuestros días, donde el hombre, si bien puede engendrar y en su caso alimentar al hijo, no puede en cambio evitar su eliminación antes del nacimiento (27), en el derecho romano el aborto era considerado como un ataque dirigido contra el padre, quien era despojado así de su descendencia legítima (28). Consecuentemente sólo era punible el aborto de la esposa (actual o ya divorciada) del progenitor (29). También detrás del derecho del padre a la exposición del recién nacido (30) —reprimido sólo desde el período imperial—, es posible suponer —junto a todas las referencias formales a la potestad doméstica— la existencia de motivos de higiene social. Esto es válido en todo caso respecto a las criaturas deformes, cuya eliminación era incluso una obligación del padre, según las antiguas costumbres (31).

De modo similar, para los grandes filósofos *griegos* la vida humana no es ningún valor como tal, sino en tanto se lo vincule

(24) Cfr. en detalle MOMMSEN, *Röm. Strafrecht*, p. 636 y s.; así como la investigación básica de SPANGENBERG, *Über das Verbrechen der Abtreibung der Leibesfrucht*, Archiv des Criminalrechts II (1818), p. 1-53, 173-193, aquí p. 20 y ss.

(25) ULPIANO, D.48.8.8; PAULUS D.48.19.38.5; cfr. MOMMSEN, op. cit.

(26) ULPIANO, D. 25.4.1.1; cfr. también PAPINIANO, D.35.2.9.1; además SPANGENBERG, Arch. Crim. II, p. 22.

(27) Esto al menos no es posible frente a una interrupción del embarazo indicada conforme al § 218 a StGB; cfr. A. ESER, en A. SCHÖNKE-H. SCHÖDER, StGB, 21 ed. (en la adaptación de TH. LENCKNER-P. CRAMER-A. ESER- W. STREE), 1982, § 218, Nr. 23.

(28) MARCIANO, D.47.11.4; cfr. SPANGENBERG, op. cit., p. 28.

(29) Cfr. HARTMANN, en *Paulys Realencyclopädie*, T. I/1, 1893, sobre «abortio».

(30) Cfr. SPANGENBERG, *Über das Verbrechen des Kindesmord und der Aussetzung der Kinder*, Archiv für Criminalrecht III (1819), p. 1-30, 359-382, aquí p. 10 y ss.; pero también C. J. A. MITTERMAIER, *Beytraege zur Lehre vom Verbrechen des Kindesmordes und der Verheimlichung der Schwangerschaft*, Archiv für Criminalrecht VII (1825), p. 1-44, 304-327, 443-522, aquí p. 4 y ss.

(31) Cfr. ABEGG, *Untersuchungen* (supra, nota 15), p. 209 y s.; MOMMSEN, *Röm. Strafrecht*, p. 619. Con todo, en PAULUS D.25.3.4 se trata también de la muerte del recién nacido «miserordiae causa».

a su utilidad social. Pues, como enseña Platón en su *Politeia*, las mujeres, para mantener la «pureza» de la estirpe del guardián, deben presentar al niño recién nacido ante la autoridad competente y «cuando ha nacido un mutilado, ellas —como es conveniente—, lo ocultarán en un lugar inaccesible y desconocido» (32). Por similares motivos de política demográfica (33) las personas ancianas, en caso de unirse aún sexualmente, debían preocuparse «en lo posible por no dar a luz lo concebido, si lo hubiere, pero si no pudiera evitarse, se lo debe exponer, porque no está autorizada la crianza de tales (criaturas)» (34). En igual sentido Aristóteles cree necesario aconsejar el aborto cuando los padres esperan más hijos de los que pueden alimentar (35).

En contraste con esta valoración de la vida con cierto aire de darwinismo social, que parece no prestar aún ninguna atención a los derechos propios del concebido y recién nacido (36), en los derechos germánicos popular y territorial, ya se condenó el aborto e infanticidio en forma creciente (37). Este fortalecimiento de la protección de la vida tampoco puede explicarse sino por la *influencia eclesiástica*. El eje decisivo fue la doctrina cristiana del alma (38): Si (también) el alma es esencial para el hombre, entonces la protección de la vida ya no puede orientarse solamente por la salud del «corpus» o su utilidad para la «societas», sino que debe respetar asimismo el «anima». Esta nueva perspectiva teológico-antropológica repercutió ante todo en tres aspectos:

— Por una parte, por el fortalecimiento e independización de la protección de la vida del no nacido. Si el alma constituye una parte esencial del ser humano que además se infunde ya en el embrión, entonces éste, desde el momento de su animación, se

(32) PLATÓN, *Politeia*, V 9, *Sämtliche Werke* (traducción al alemán de F. SCHLEIERMACHER), Rowolth Klassiker, T. III, 1951, p. 181 (460 b, c).

(33) Cfr. WILLIAMS, *Sanctity*, p. 26 y s.

(34) PLATÓN, op. cit., p. 182 (461 c).

(35) ARISTÓTELES, *Politik*, libro 7, cap. 16 (traducción al alemán de E. ROLFES, 3.ª ed., 1922, p. 271). También Hipócrates, a pesar de haberlo condenado en principio en su juramento, parece haber admitido ampliamente el aborto; cfr. G. DAN, *Zur Geschichte des Abtreibungsverbots*, en J. BAUMANN, *Das Abtreibungsverbot des § 218 1971* p. 329-330.

(36) Lo que sin embargo podría explicarse en parte también desde la perspectiva antropológica por la doctrina del alma de Aristóteles que se aclarará más adelante.

(37) Frente a lo fragmentario de las fuentes muchos detalles todavía permanecen en la oscuridad (cfr. SPANGENBERG Arch. Crim. II p. 7 y ss.). También aparecen escalas cualitativas de valoración en la medida que —paralelamente a la imposición de reparaciones diferentes en caso de homicidio normal (cfr. supra nota 19)— el valor de la reparación en este caso dependía del período de embarazo. Más detalladamente R. HIS, *Strafrecht des deutschen Mittelalters* T. II 1935 p. 76 y ss.; además TROMMSDORFF-GERLICH *Die Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs in der historischen Entwicklung*, Anlage zur 15. Sitzung des BT- Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, 7. Wahlperiode, 1973, p. 685-698, aquí p. 786 y ss.; DAHN, op. cit., p. 332 y s.

(38) En general sobre esto, M. SCHMAUS, *Der Glaube der Kirche*, T. I, 1968, p. 325 y ss.

hace merecedor de protección en su carácter de vida humana, es decir, en virtud de un derecho propio —en tanto germen de una personalidad individual— y no sólo como parte del cuerpo materno (39). Por ello el Corpus Juris Canonici, fundándose en Agustín y en el Papa Esteban VI, cree legítimo designar como «homicida» al causante de un aborto (40).

— Por lo demás, el argumento sobre la «santidad» de la vida también debe tener su origen en esta visión espiritualizada del hombre, pues, participando de la vida divina a través de su alma, como unidad de cuerpo y alma, se eleva sobre la naturaleza e ingresa en la esfera tabú de lo sagrado.

— Pero, por otra parte, el basamento del hombre en el alma, debía acarrear también limitaciones en su protección. Pues si sólo la vida de la persona animada merece respeto, entonces estará exento de protección todo ser al que se crea posible negar contenido anímico. Esto vale en parte para el embrión durante su primera fase (41) y en especial, para el llamado monstruo (42).

Las consecuencias jurídico-penales de esta antropología canónica se pueden observar finalmente en la Carolina: En una dirección de *ensanchamiento* de la protección, el aborto, el infanticidio y la exposición de recién nacidos son equiparados en esencia al homicidio normal (43), reconociéndosele así al niño no nacido un derecho a la vida que no se encuentra relativizado por ninguna autorización para darle muerte por razones familiares o sociales de proveniencia greco-romana. Por la otra parte, la doctrina canónica de la animación también tuvo un efecto *limitativo* de la protección, distinguiéndose en el aborto entre criatura «viviente» y «no viviente»: En este último caso la imposición de la pena quedaba librada a la conciencia del juzgador, con lo que se evitaba, al menos, la aplicación de la pena de muerte. En cambio el aborto de un embrión ya considerado «viviente» se expiaba por la pena

(39) Cfr. ROSSHIRT, *Geschichte* II/1, p. 193, 199 y s.

(40) Según el *Decretum Gratiani*, cañ. 20, Causa 2, Quaestio 5. Cfr. además las fuentes en SPANGENBERG, *Arch. Crim.* II, p. 32 y s. En general sobre el reforzamiento de la protección de la vida, P. HINSCHIUS, *System des kath. Kirchenrechts*, T. V, 1893, p. 176 y ss., 183, 569, 797 y ss.

(41) Pues en tanto éste pudiera considerarse no animado, su muerte no se veía como homicidio (cfr. en especial AUGUSTINUS, *Decret. Grat.* c. 8,9, C. 32 q.2), sino que era sancionada solamente con multa (SPANGENBERG, *Arch. Crim.* II, p. 36).

(42) Aunque su muerte no es expresamente reconocida como autorizada, esto surge indirectamente en tanto al monstruo se le negaba aptitud para ser bautizado, cfr. P. HINSCHIUS, *System*, T. IV, p. 31, notas 1 y 47.

(43) Esto ya se comprueba formalmente en tanto el aborto está incluido en el artículo 133 CCC sin graduación especial y como un caso de «bösen tödtung» (art. 130 y ss. CCC); cfr. SPANGENBERG, *Arch. Crim.* II, p. 45 y ss., y en especial C. G. WACHTER, *Lehrbuch des römisch-deutschen Strafrechts*, parte I, 1825, parte II, 1826, aquí II, p. 173 y s. Tampoco se distinguen diferencias esenciales en cuanto a la clase de pena si se la compara con la muerte de un niño ya nacido (131 CCC).

de muerte, ya por decapitación si había sido practicado por el hombre, ya por asfixia por inmersión si era practicado por la embarazada (44). Así apareció el criterio de «ser viviente», cuya interpretación ocuparía todavía por mucho tiempo a la jurisprudencia del derecho canónico y que —visto desde su perspectiva contraria— resultaba de valor literalmente vital para la suerte del causante del aborto. Si bien una minoría creyó poder interpretar el término «viviente» en el sentido de «viable» (45), su interpretación como «animado» —en el sentido de la concepción canónica— fue la que encontró mayor aceptación —probablemente justificada desde la perspectiva histórico-subjetiva—, considerándose en general como sinónimos las calificaciones de *formatus*, *vivifactus* y *animatus* (46). Pero esto planteaba en la práctica un problema temporal casi insoluble, esto es, a partir de qué momento se podía sostener que existía tal animación. En parte, recurriendo a Aristóteles, para quien la animación del embrión comenzaba en su 80 día, y en parte en base a una interpretación errónea de un pasaje bíblico según el cual el feto masculino era capaz de recibir el alma en forma dos veces más veloz que el feto femenino, el momento clave fue fijado por regla general en el 40 día del embarazo (47). Desde la perspectiva actual esta disputa suele producir hilaridad, aunque la concepción —que se presenta como tan progresista— del escaso valor del embrión durante su primera fase (48), no está precisamente muy distanciada de aquella diferenciación entre «*formatus*» e «*informatus*». Sea como fuere, lo importante desde una perspectiva histórica, es que el problema de la animación —aspecto esencial de la existencia humana— no sólo ocupó la mente de los teóricos, sino que dominó también la justicia en materia de aborto. Así por ejemplo, en un *Consilium* que en 1667 debió celebrar la Facultad de Derecho de la Universidad de Tübingen, de conformidad con los usos forenses de la época, se consideró conforme a derecho que la mujer adúltera que había abortado y seguidamente ahogado en una piel a su

(44) Art. 133 CCC. Sobre otros intentos de distinción y atenuación cfr. WACHTER, *Lehrbuch* II, p. 179 y ss.

(45) Cfr. CHR. MARTIN, *Lehrbuch des Deutschen gemeinen Criminal Rechts*, 1829, § 136; así como la reseña de opiniones en SPANGENBERG, *Arch. Crim.* II, p. 40 y ss.

(46) Así la opinión dominante, aunque la doctrina de la animación ya fue considerada errónea en el siglo XVI; cfr., por ejemplo, J. S. BOEHMER, *Meditationes in Constitutionem Criminalem Carolinam*, 1774, sobre el artículo 133 § III; J. Chr. FROELICH, *Commentarius in Kayser's Carl V. und des H. röm. Reichs Peinliche Haltsergerichtsordnung*, 1727, p. 207 y ss.; además SPANGENBERG, *Arch. Crim.* II, p. 36 y ss.; WACHTER, *Lehrbuch* II, p. 175 y ss.

(47) Cfr. en especial AUGUSTINUS, *Decret. Grat.* c.8,9 C.32 q.2; así como *Decret. Greg.* cap. 20 X lib. 5 tít. 12; además HINSCHIUS, *System*, T. I, 1869, p. 44, T. V, 1893, p. 569; SPANGENBERG, *Arch. Crim.* II, p. 33 y ss.; también G. SIMSON-F. GREEDS, *Straftaten gegen die Person und Sittlichkeitsdelikte in rechtsvergleichender Sicht*, 1969, p. 86 y ss.

(48) Así, por ejemplo, al hablarse de una pura «acumulación de células». Cfr. además *infra*, Nr. II, 3.

hijo de treinta semanas de vida y por tanto ya «viviente», fuera «condenada a morir decapitada, como pena bien merecida y terrible escarmiento para los demás» (49).

Si se busca una respuesta a otra pregunta vinculada a la anterior, esto es, por qué la Carolina puso bajo pena al abortó de un feto «no viviente», siendo que a éste debía negársele calidad humana por carecer de animación, la respuesta parece no estar vinculada con la protección de la vida, pero sí con la concepción canónica. Pues de todos modos, desde el momento de la concepción se cuenta con un recipiente corporal en el cual puede establecerse el alma: Quien destruye este recipiente impide el despertar de un alma y con ello el nacimiento de la vida (50). En esta medida se hace necesario un anticipo aún mayor de la protección de la vida: Ya el hombre somáticamente esbozado y con ello potencialmente susceptible de animación debe ser protegido.

Por otra parte no debe ocultarse la cara opuesta de la doctrina de la animación: La mayoría de sus seguidores consideraban admisible el dar muerte al llamado «*Monstrum*» (51). Esto aparece teóricamente consecuente, pues un ser a quien se cree poder negar contenido anímico y al que falta por lo tanto el signo esencial de la humanidad según la concepción de la época, está excluido ab initio de las normas que protegen la vida. De allí que esta concepción no tenga por qué sentirse tocada por el reproche de la eliminación de la vida no querida por razones de higiene social, reproche que sí podría hacerse a la práctica romana de la exposición; del mismo modo que las acciones eutanásicas del nacional-socialismo no pueden sin más derivarse del pensamiento de Martín Lutero, sólo porque éste, siguiendo el espíritu de la entonces vigente doctrina de la animación, haya considerado que el niño idiota, como pura «*massa carnis*», era susceptible de eli-

---

(49) W. A. LAUTERBACH, *Collectio novae consiliorum iuridicorum tuingensium*, Vol. IV, 1733, Consilium CXXV, p. 562/566. En general, sobre la significación de estos concilios para la administración de justicia de entonces, J. GEIPEL, *Die Konsiliarpraxis der Eberhards-Karls-Universität*, 1965, en especial p. 12 y ss., 61 y ss. Prescindiendo de casos tan claros como el expuesto, donde también hoy prácticamente todos los ordenamientos jurídicos del mundo prohíben el aborto (al menos como desaprobación objetiva sin considerar una dispensa de pena fundada en motivos personales como la del § 218 ap. 3 párr. 3 StGB), la Facultad de Tübingen es merecedora de respeto sobre todo porque intentó de modo notable poner coto a la abundante utilización de la pena de muerte de su época, considerando suficiente la pena extraordinaria de la picota con subsiguiente destierro en caso de existir duda sobre la viabilidad del feto; cfr. por ejemplo, en LAUTERBACH, op. cit., los concilios LXII, p. 275 y ss., LXXV, p. 318 y ss.

(50) Cfr. Decret. Grat. c9 C32 q.2, c.5 X 5.12; además ROSSHIRT, *Geschichte II/1*, p. 193. Desde este punto de vista se explica también la inclusión de la esterilización en el tipo de aborto del artículo 133 CCC (cfr. ROSSHIRT, op. cit., p. 229; WACHTER, *Lehrbuch II*, p. 174).

(51) Cfr. BOEHMER, *Meditationes zu Art. 131 CCC § IX*, FROELICH, *Commentarius*, p. 156; WACHTER, *Lehrbuch I*, p. 99, II, p. 120, con más documentación.

minación (52), y esto es así porque a pesar de tales consideraciones, dentro de la concepción antropológica vigente la «santidad» de la vida permanecía, en principio, intacta. Pero por cierto: ¿a qué precio? Pagando la consistencia inmanente del sistema con la exclusión ab initio de la vida no deseada del concepto mismo de hombre. En esta medida tampoco para la doctrina de la animación la vida es «sagrada» por su existencia biológica, sino únicamente cuando reúne determinadas cualidades antropológicas.

Y como en cualquier tipo de selección cualitativa de la vida, naturalmente también la Carolina se encontraba ante el problema de determinar qué tipo de carencias eran configurativas de un monstruo «no animado» y como tal susceptible de destrucción. Aunque no de modo expreso, se encuentra sin embargo una alusión indirecta en el tipo de *infanticidio*, para el que se requiere una «criatura viva y membrada» («lebendig glidmessig kindlein») (artículo 131 CCC). Pues aunque la existencia de miembros («Gliedmässigkeit») sólo valiera en principio como un indicio para la prueba de la vitalidad (53), de todos modos ello debió haberse fundado también en la opinión entonces manifiestamente dominante de que las «criaturas deformes se separan tanto de la especie y forma humanas» que simplemente no llegan a obtener el status de persona (54). La posibilidad de que esta equiparación entre monstruo y criatura deforme, como consecuencia de la falta de métodos refinados para el examen médico-psicológico, acarreará a cualquier niño aparentemente idiota o con algún tipo de deformación el peligro de ser abandonado a la muerte en su carácter de monstruo, es algo que, si bien permanece en la oscuridad de la historia (55), no está de ningún modo fuera del reino de la probabilidad (56).

### 3. Suicidio

Igual que la consideración de la fase inicial de la vida, la atención a su fase final puede suministrar ciertas explicaciones sobre su valoración jurídico-penal. Pues según que el derecho exija una conservación de la vida «a cualquier precio» y «hasta el último aliento» o permita en cambio un acortamiento de la vida por mano propia o ajena, podrán extraerse consecuencias respecto a la invio-

(52) M. LUTHER, *Tischgespräche*, Kritische Ausgabe, T. 5, 1919, p. 8 y s. Cfr. además SIMON-GEERDS, *Straftaten* (supra, nota 47), p. 49.

(53) Así BOEHMER, *Meditationes zu Art. 131 CCC* § IX y TITTMANN, *Handbuch I* § 175, mientras que FEUERBACH, *Peinl. Rech* § 237 y WACHTER, *Lehrbuch II* p. 167 y ss. (entrando en detalles sobre el estado de las opiniones), pretenden entender el término «membrado» en el sentido de «viable».

(54) FROELICH, *Commentarius*, p. 156; cfr. también SPANGENBERG, Arch. Crim. III, p. 27 y ss.; MARTÍN, *Lehrbuch* § 122, nota 2.

(55) Cfr. ROSSHIRT, *Geschichte II/1*, p. 205: «sobre el derecho de dar muerte a un monstruo se habla más en los compendios que en la práctica».

(56) Cfr. también infra, Nr. II, 4.



labilidad o disponibilidad de aquélla. Pero sobre la pregunta por la admisibilidad del suicidio y la eutanasia, la Carolina sólo permite extraer perspectivas fragmentarias.

En lo que se refiere a «la pena por la propia muerte», la Carolina (art. 135) distingue entre el suicidio del autor de un delito, que ya ha perdido la disposición de su cuerpo y de sus bienes, y el caso de quien «de otro modo, por enfermedad del cuerpo, melancolía, fragilidad mental u otras imbecilidades similares, se dé muerte a sí mismo». Las consecuencias derivadas de esta distinción sólo se vinculan sin embargo con el destino de la herencia, que en caso de suicidio «normal» es conservada por el heredero, mientras que el patrimonio de un delincuente —que mediante el suicidio quiere anticiparse a una pena de muerte necesariamente ligada con la confiscación— es perdido por el heredero (en beneficio del soberano). Prescindiendo de estas penas sustitutivas post-mortem que ya conoció el derecho romano tardío —aunque no para el suicidio como tal, sino para el delito desencadenante de éste— (57), en la Carolina no se encuentran penas ni para la tentativa de suicidio ni para la cooperación al suicidio, guardando silencio también sobre otras sanciones informales. Si esto permite concluir que para la Carolina el suicidio estaba en principio permitido o al menos era excusable en todo caso no era un delito, es un problema que fue discutido durante todo el período de vigencia de aquélla (58): En favor de una renuncia a toda desaprobación puede hablar el que precisamente en este punto la Carolina evoca su tradición «imperial» —en el sentido de tradición jurídico-romana— y los romanos (como lo ha demostrado de modo certero el penalista C. G. Wächter) (59), que a lo sumo consideraron merecedor de sanción al suicidio del soldado y del delincuente que lo realiza para evitar la confiscación, no sólo se abstuvieron de cualquier clase de penalización, sino que en ciertas ocasiones celebraron la muerte voluntaria como un hecho heroico (60). Pero el que este mismo enfoque haya servido de base a la Carolina es algo que puede discutirse con argumentos de peso. Pues no sólo que los científicos de la época pudieron haber (mal) interpretado (61) el derecho romano, dándole un sentido opuesto, esto es, como prin-

(57) Cfr. en especial MARCIANO D.48.21.3; más datos infra, nota 59.

(58) Cfr. por una parte, favorables a la impunidad, BOEHMER, *Meditationes zu Art. 135 CCC §§ V, VI*; WÄCHTER, *Lehrbuch I*, p. 102; por la otra parte afirman su punibilidad, FROELICH, *Commentarius*, p. 241; cfr. además infra, Nr. II, 8. Detalladamente sobre todo esto el trabajo de WÄCHTER que a continuación se cita, en especial p. 639 y ss.

(59) C. G. WÄCHTER, *Revision der Lehre von dem Selbstmorde, nach dem positiven römischen und gemeinen Deutschen Rechte und den neuen Gesetzgebungen*, Archiv des Criminalrechts X (1829), p. 72-111, 216-266, 634-680, aquí en particular p. 75 y ss. Cfr. también ABEGG, *Untersuchungen* (supra, nota 15), p. 69 y s.

(60) Cfr. G. SIMSON, *Die Suizidat. Eine vergleichende Betrachtung*, 1976, p. 25 y s.

(61) Cfr. WÄCHTER, Arch. Crim. X, p. 239 y s., 651.

cipio de condena al suicidio, sino que además no se debería menospreciar la influencia del derecho canónico que, desde Agustín, condenó (62) el suicidio por constituir una lesión a la prohibición divina de matar y lo sancionó con la denegación de sepultura cristiana (63). De allí había sólo un pequeño paso a la deshonra pública del suicida exitoso a través de la llamada «sepultura de asno» (Eselsbegräbnis) en el desolladero, como también —finalmente— a la arbitraria penalización de la tentativa de suicidio (64). Por eso, se puede atribuir a la Carolina la buena intención de reaccionar al menos limitadamente contra la abusiva práctica confiscatoria de aquel tiempo. Pero pretender ir más allá, extrayendo de ella una renuncia a la condena del suicidio o un llano reconocimiento de la libertad de suicidarse, contradiría el espíritu de la época, para el cual, como don de Dios, también la propia vida —aún la más miserable— era sagrada. Y sólo quien renunciara a ella por una alteración mental podía contar con el perdón de Dios y la compasión de los hombres.

#### 4. Eutanasia

Sobre esta base no puede sorprender que también resulte infructuosa la búsqueda en la Carolina de eventuales felicitaciones de la eutanasia, mediante la admisión de la muerte consentida. Pues, si ni siquiera está permitido renunciar a la vida por mano propia, ¿cuánto menos puede estar permitida la muerte ejecutada por manos extrañas? Y con ello la Carolina apenas contrasta con el derecho romano, porque, distinto que en el caso del suicidio —(posiblemente) impune—, no es de ningún modo seguro que la muerte a ruego se haya tenido por justificada en base al principio «volenti non fit iniuria» (65). En todo caso, los antiguos parecen haber hecho verdaderas concesiones en el caso de abandono de tratamiento a moribundos, en tanto se prohibía al médico la continuación del tratamiento que era tenida por inútil (66).

---

(62) Cfr. en especial Decret. Grat. c.9.11 C23 q.5; además TOMÁS DE AQUINO, op. cit. (supra, nota 20). Sobre la evolución en detalle cfr. WACHTER, Arch. Crim. X, p. 634 y ss. SIMSON, *Suizidat*, p. 30 y ss.

(63) Cfr. Decret. Grat. c.12 C.23 q.5; así como HINSCHIUS, *System V*, p. 32, 179, 541 y s., 797. En esto tampoco el Codex Juris Canonici de 1917 trajo cambios fundamentales (cfr. c.1240 §§ 1, 2).

(64) Cfr. WACHTER, Arch. Crim. X, p. 646 y ss., 651 y s.; SIMSON-GEERDS, *Straftaten* (supra, nota 47), p. 66 y s., con otros datos.

(65) En sentido negativo en particular ABEGG, *Untersuchungen*, p. 62 y MOMMSEN, *Röm. Strafrecht*, p. 626; también dudoso SIMSON-GEERDS, *Straftaten*, p. 43.

(66) Cfr. PLATÓN, *Politeia*, supra, nota 32), p. 133 y ss. (407), p. 141 (410 a, b); sobre la muerte de ancianos en la antigua Roma arrojándolos desde un puente cfr. ABEGG, *Untersuchungen*, p. 215 y ss. En general también H. SCHADEWALDT, *Arzt und Patient in antiker und frühchristlicher Sicht*, Med. Klinik 59 (1964), p. 146-152.

De todos modos, aún sin mandamiento o prohibición formal, las posibilidades de una eutanasia manipulada estuvieron limitadas hasta ya muy entrada la Edad Moderna por falta de analgésicas o medios conservativos de la vida verdaderamente eficaces. Por eso, es tanto más digno de resaltar que la Carolina no sólo no ignoró el comportamiento médico, sino que incluso dedicó un tipo penal autónomo a la muerte provocada por suministro de fármacos, tipo en el que se tiene presente tanto la muerte causada dolosamente, que convierte al médico en asesino, como la provocación de la muerte por yerro técnico (67). No consta en este aspecto que los ancianos o moribundos hayan sido menos merecedores de protección (68).

### 5. Excepciones a la prohibición de matar

Este cuadro de amplia y completa protección de la vida, quedaría sin embargo como un puro eufemismo si no se tomaran en cuenta también las diversas brechas existentes en esta valla protectora. Con ello no se hace referencia tanto a los casos en que a la vida biológica le era negada ab initio su calidad humana (69) —como en el caso de los esclavos en el derecho romano antiguo o de las criaturas deformes en la Carolina—, sino a aquellos casos en que la muerte de una persona era justificada. En esto tienen poca importancia las distinciones constructivas de tal justificación, esto es, si ello sucedía por una «*Friedloserklärung*» (declaración de privación de la paz) que al segregar al delincuente del ordenamiento jurídico dejaba el campo libre para que se pudiera disparar contra él (70), o por el reconocimiento de un derecho a

---

(67) También más allá los comentarios del período del derecho común sobre este artículo: cfr. H. KEHR, *Arztliche Kunstfehler und missbräuchliche Heilbehandlung. Eine strafrechtsdogmatische Untersuchung zu Art. 134 der Carolina*, Diss. Marburg, 1972. De mucho mayor significación médico-legal era en cambio el problema causal, decisivo para el homicidio, de si una herida mortal era letal per se o sólo per accidens; cfr. sobre esto por ejemplo, BOEHMER, *Meditationes zu Art. 147 CCC*, en especial el § VI.

(68) Por el contrario, en la literatura del derecho común se subraya siempre que la causalidad de una herida mortal no se excluye porque la persona en cuestión hubiera muerto de todos modos en breve plazo (cfr. SPANGENBERG, *Arch. Crim.* II, p. 50, III, p. 28), pues, como expresa TITTMANN, *Handbuch I*, § 145: «De la misma manera que no se duda de la existencia de un homicidio, si resulta de la autopsia del cuerpo de la víctima que ésta sólo hubiera podido vivir poco más tiempo, así tampoco puede anular el concepto de homicidio, en el caso dado, la existencia de una enfermedad que conduce por sí a la muerte». En el mismo sentido HENKE, *Handbuch II*, pp. 21 y s., quien se apoya incluso expresamente en la «santidad de la vida».

(69) Cfr. supra, notas 12 y 51.

(70) En profundidad sobre los elementos y límites de las llamadas *consecratio* y *proscriptio* en el derecho romano, ABEGG, *Untersuchungen*, pp. 186 y ss., 202 y ss.; MOMSEN, *Röm. Strafrecht*, pp. 934 y ss.; así como

darle muerte —como en el caso de la legítima defensa— basado en una *causa de justificación* en el sentido dogmático actual (71). Aquí se trata sólo de averiguar a cuáles intereses se les reconocía tal importancia como para renunciar por ellos a una vida humana. Es innegable que existe una ponderación de la vida frente a otros intereses, aún cuando ese mecanismo de valoración —por estar predeterminado a través de generalizaciones en la ley o en la costumbre— ya no resulte consciente en cada caso concreto.

Si se analiza la estimación de la vida en la Carolina desde esta perspectiva, su manto de santidad ofrece abundantes lagunas. La justificación —aún sin autorización expresa— de la muerte del *enemigo de guerra*, si bien es lamentable por ser resultado de la avidez de poder, no es en cambio sorprendente en tanto se basa en una larga tradición (72). También la admisión de la muerte en *legítima defensa* se mantiene dentro de lo ordinario, siendo en parte incluso más restringida que hoy —al menos por su tenor literal—, al limitarse a la defensa del cuerpo, la vida, el honor y el buen nombre (73) y establecer —tal como más tarde concluyeron los comentaristas— que el hurto de «cosas de poco valor, como peras, manzanas o cosas similares no autoriza a nadie a quitar la vida a otro» (74).

Tanto más alarmante aparece el poco valor dado a la vida cuando se trata de la declaración de falta de derecho por la pronunciaci3n de la *pena de muerte* (75). No solamente se incurría en esta pena en caso de delitos contra la vida (art. 130 y ss., CCC), donde en todo caso se trataba de una vida frente a otra —aunque con este tipo de compensaciones naturalmente sólo queda la apariencia de una sagrada inviolabilidad de la vida—, sino que también podían ser castigados con pena de muerte el blasfemo (artículo 106), el que practicara la magia negra (art. 109), el falsifi-

---

sobre la llamada «Acht» en el derecho germánico, cfr. R. HIs, *Geschichte des Deutschen Strafrechts bis zur Carolina*, 1928, pp. 75 y ss.; E. SHMIDT, *Geschichte*, pp. 29 y s., 63 y s.

(71) Esto ya lo había visto en esencia ABEGG, op. cit., pp. 56 y s., quien del mismo modo ofrece una evaluaci3n detallada y extrañamente restrictiva de los casos de muerte impune (cfr. en especial sobre la Carolina, pp. 335 y ss.).

(72) Sobre el aspecto histórico de la muerte del enemigo de guerra, ABEGG, op. cit., pp. 86 y s., 198 y s., 301 y s.; y F. BERBER, *Lehrbuch des Völkerrchts*, T. II Kriessrecht, 2. ed., 1969, pp. 16 y ss.; cfr. también J. MAUSBACH-G. ERMECKE, *Katholische Moralthologie*, T. III/2, 10 ed., 1961, pp. 244 y s.

(73) Art. 140 CCCC. Cfr., sin embargo también art. 150, § 2 CCC, por el cual también es posible la ayuda necesaria en el «bien» de otro.

(74) Así, FROELICH, *Commentarius*, p. 153. De todos modos en la práctica no queda mucho de esta limitaci3n, como lo muestran las explicaciones siguientes. Cfr. también ABEGG, op. cit., pp. 333 y ss., sobre otros derechos similares en materia de legítima defensa.

(75) Por el contrario el derecho a matar en caso de destierro no tuvo ninguna significaci3n especial bajo la Carolina (cfr. ABEGG, op. cit., pp. 293 y ss., 362 y ss.). Tampoco logró mantenerse por mucho tiempo afortunadamente la temporal falta de protecci3n jurídica de los gitanos, fundada en el reglamento policial de 1577 (ABEGG, op. cit., pp. 369 y s.).

cadador de moneda (art. 111), el autor de delitos contra la honestidad (art. 116) y el violador (art. 119), el traidor y el desertor (art. 124), el incendiario (art. 125) y el sedicioso (art. 127), así como el ladrón (art. 126) y el autor de hurto calificado (arts. 160, 162, 172). Aún cuando se observe que se trata de la protección de bienes jurídicos muy valiosos para la concepción de la época, no se puede desconocer sin embargo, que la vida no sólo no está excluida de toda valoración, sino que en caso necesario puede ser sacrificada incluso por puros intereses patrimoniales de carácter material. Lo cierto es que ya no se puede hablar más de absoluta inviolabilidad de la vida. Las tan sutiles teorías de la pérdida de derechos, que ya sirvieron de base a la «Friedlosigkeit» (privación de la paz) (76) y siempre se siguen construyendo (77) por los defensores de la pena de muerte, pueden tal vez encubrir la cuestión, pero no explicarla realmente. Pues ya sea que se entienda a la pena de muerte como causa de justificación —colocando a los bienes jurídicos atacados en rango preferente a la vida del delincuente—, o que se considere que la vida, por la sola comisión del hecho, se hace disponible; en ninguna interpretación se puede pasar por alto que la vida humana aparece, ya como ponderable, ya como susceptible de calificación jurídico-social. Así, ya no se puede hablar más de inviolabilidad absoluta sino, en todo caso, relativa de la vida.

Y como si la relatividad de la graduación en la estimación de la vida debiera hacerse también ópticamente visible, la Edad Media todavía se permitió, con auténtica fantasía criminal, la imposición de atroces agravantes a la pena de muerte. La espada y la horca tenían apariencia humana en comparación con la asfixia por inmersión o la pena del fuego, la rueda o el descuartizamiento,

---

(76) Cfr. EB. SCHMIDT, *Geschichte*, p. 63. Desde la perspectiva filosófico-teológica, esto estaba apoyado por enunciados como el siguiente de Tomás de Aquino: «Cuando el hombre peca, abandona el orden de la razón y pierde con ello la dignidad humana, ya que el hombre es libre por naturaleza y está en esa situación por su propia voluntad, y cae de algún modo en una dependencia animal; en tal medida cabe decidir sobre él en función de lo útil para los demás» ... «De ahí que pueda ser bueno matar como un animal a un hombre que vive en pecado» (op. cit., supra nota 20, qu. 64, arts. 2 a 3; cfr. sobre esto también la notas de LITZ, pp. 476 y ss.). Aun para un penalista tan esclarecido como Feuerbach, no es del todo extraña la admisión de la ausencia de derecho del condenado a muerte, del desterrado o antiguamente —según el RPO— de los gitanos (cfr. supra, nota 75) (*Peinlich, Recht*, §§ 34, 207). Ya en contra, sin embargo, ABEGG, *Ueber die angebliche Rechtslosigkeit der zum Tode Verurteilten*, Arch. Crim. IX (1827), pp. 625 y ss., pues con ello ya no se eliminaría sólo el derecho a la vida, sino la vida misma.

(77) Cfr. en especial WALTER, *Heiligkeit des Lebens* (supra, nota 3), pp. 158 y ss., cuyo ataque —sorprendente para el tiempo del nacional-socialismo— a la eliminación de la vida «sin valor vital» en su ya eufórica defensa de la pena de muerte y la muerte en guerra, lo hace prácticamente increíble. Últimamente, sobre la permisibilidad moral de la pena de muerte en base a la pérdida de derechos, cfr. MAUSCHBACH-ERMECKE (supra, nota 72), pp. 280 y ss., 284.

el arrastre o la sepultura con vida (78). Tampoco la Carolina, considerada éticamente moderada en otros aspectos (79), pudo librarse totalmente de la psicosis de crueldad de su tiempo (79 bis).

Así, la consideración de la vida de la época de la Carolina, presenta, en conjunto, un cuadro verdaderamente discrepante: El fervor por los muertos parece haber hecho olvidar el humanitarismo frente a los vivos (80). Al intentar imponer la protección de la vida mediante la destrucción de vida, la pretensión de santidad de ésta queda suspendida. Pudiéndose destruir la vida para seguridad de otros bienes jurídicos, ésta se convierte en objeto ponderable.

## II. EL DERECHO ALEMÁN Y SU EVOLUCIÓN

Si se intenta tender un arco comparativo entre la Carolina y el derecho alemán actual y sus tendencias, aparecen como atendibles ante todo, los siguientes aspectos evolutivos:

### 1. *La vida como valor supremo fundamental*

Por principio, la vida humana aparece hoy como el más alto de todos los bienes: Según el Bundesverfassungsgericht (BVefGE 39, 1/41), ella es «la base vital de la dignidad humana y el presupuesto de todos los otros derechos fundamentales» (81). Esta alta

---

(78) Cfr. la enumeración de las agravantes a la pena de muerte en artículo 192 CCC.

(79) Cfr. EB. SCHMIDT, *Geschichte*, pp. 112 y ss.

(79 bis) Así, por ejemplo, creyó necesario amenazar el infanticidio con la siguiente pena:

«Item welches weibjre kind, das leben vinnnd glidmass empfangen hett, heymlicher bosshafftiger willigar weiss ertödtet, die werden gewonlich lebendig begraben vnnnd gepfelt, Aber darinnen verzweiffelung zuerhütten, mögen die selben übelthätterinn welchen gericht die bequemlicheyht des wassers dazu vorhanden ist, ertrenckt werden. Wo aber solche übel offft geschehe, wollen wir die gemelten gewonheyt des vergrabens vnnnd pfelens, umb mer forcht willen, solcher bosshafftiger weiber auch zulassen, oder aber das vor dem erdrencken die übelthätterin mit glüenden zangen gerissen werde, alles nach radt der rechtuerstendigen.» (art. 131).

(80) Cfr. WILLIAMS, *Sanctity*, p. 35, sobre la explicación de tal rigor frente a abortante e infanticida.

(81) BVef GE (Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht), T. 34, pp. 1/41.

En el mismo sentido ya hablaba FEUERBACH, *Peinl. Recht*, § 206, de la vida como «condición de todos los derechos». Detalladamente sobre rango y posición de la vida en el sistema constitucional, DÜRIG, en MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, *GG*, Art. 2, párr. 2, nrs. 1 y ss.; W. LEISNER, *Das Lebensrecht*, publicado por Niedersächsischen Landeszentrale für politische Bildung, Hannover, 1976, pp. 23 y ss., también pp. 9 y ss., 19 y ss., con detalles sobre la situación histórico-intelectual y causas jurídico-constitucionales que explican la

valoración encuentra importante expresión jurídico-penal en el hecho de que la más grave de todas las penas, la pena privativa de libertad por vida, sólo se amenace como pena única en el asesinato (§§ 211, 220 a StGB) y fuera de ello, prácticamente sólo entre en consideración como pena alternativa, ya en aquellos delitos que se califican por la muerte de la víctima, como la violación, el robo o el incendio con resultado muerte (§§ 177 III, 251, 307 StGB), ya para los hechos que perturban el fundamento del Estado, como la traición a la paz y la alta traición (§§ 80, 81 StGB). Además, la abolición de la pena de muerte (art. 102 Grundgesetz) aún para tales delitos capitales, implica un indirecto «reconocimiento del valor fundamental de la vida humana» (82) y con ello un claro abandono del anterior uso indiscriminado de la pena de muerte con su correspondiente desprecio por la vida. La vida, como «fenómeno bio-sociológicamente unido e indivisible», merecedor de igual protección en cada una de sus fases, sin atención a la disposición de ánimo individual o a su estimación social (83): Este principio de «protección absoluta de la vida» (Maurach) está expresado ya con una claridad poco común desde entonces, en las notas oficiales al Código penal de Feuerbach para Baviera de 1813:

«Que se puede cometer el delito de homicidio tanto respecto a embriones como respecto a viejos decrepitos o enfermos que esperan la muerte o delincuentes culpables de muerte, igual respecto a cualquier hombre, sin distinción de nación, religión, fortuna o edad, eso se manifiesta con la palabra "hombre"» (84).

Siendo el derecho a la vida igual para todos, una vida no es compensable con otra vida y por ello, el propio estado de necesidad con amenaza para la vida, por el cual sólo es posible salvarse mediante la muerte de otro (caso de Karnéades), si bien es subjetivamente disculpable, no se justifica sin embargo objetivamente (85). También el deber de mantener la vida «a cualquier precio» y «hasta el último aliento» aparece así como un mandamiento constitucional, para no mencionar la inadmisibilidad de cualquier clase de eutanasia activa. En pocas palabras: A la vida se le

---

relativamente tardía inclusión constitucional de este derecho humano reconocido como «evidente» desde mucho tiempo atrás. Este rango objetivo de la vida no impide naturalmente que desde una perspectiva ético-individual se le antepongan, bajo determinadas circunstancias, otros valores («¿Qué sería de la vida sin honor?»), cfr. E. v. LISZT, *Die vorsätzlichen Tötungen. Eine kriminalpolitische Studie*, Viena, 1919, pp. 1 y s.

(82) BVerf GE 18, 112/117; 39, 1/36 y s.; también LEISNER, *Lebensrecht*, p. 14.

(83) R. MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, Bes. Teil, 5 ed., 1969, p. 12.

(84) *Anmerkungen zum Strafgesetzbuche für das Königreich Baiern*, nach den Protokollen des königlichen geheimen Rathes, T. II, 1813, p. 2/3.

(85) Así, en principio, la opinión hoy prevaleciente: cfr. por ejemplo, J. BAUMANN, *Strafrecht*, Allg. Teil, 8 ed., 1977, pp. 357 y s.; LENCKNER, en SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 34, nrs. 23 y ss.

concede un grado de inviolabilidad que no se avergüenzan de describir como «sagrada» aún aquellos autores que, en su carácter de agnósticos, permanecen fuera de toda sospecha de énfasis religioso. Pues, como admite el propio Glanville Williams, partidario de la eutanasia, «hasta el moderno ateísmo se (inclina) a apoyar plenamente el dogma según el cual es nuestra obligación considerar a toda vida humana como «sacred» sin importar cuán inútil, carente de valor o repugnante sea el individuo en cuestión» (86).

## 2. Excepciones «clásicas» a la prohibición de matar

Resta preguntarse en qué medida esta pretensión de protección absoluta no es sólo una cláusula programática, manteniéndose también en los hechos. Dudas al respecto serán expuestas —igual que con la Carolina— en algunos puntos neurálgicos de la protección de la vida.

En lo concerniente a las tres excepciones «clásicas» a la prohibición de matar (*legítima defensa*, muerte en guerra y *pena de muerte*), conviene tener presente que aunque esta última está entre nosotros constitucionalmente bloqueada (art. 102 Grundgesetz), sin embargo puede ser todavía una cuestión virulenta que, a pesar de su dudosa eficiencia y legitimidad, adquiere siempre actualidad por las espectaculares ejecuciones llevadas a cabo en el exterior (87).

Distinguiéndose de esta tendencia comparativamente restrictiva de la pena de muerte, la muerte en *legítima defensa* —sea ésta individual frente a un agresor determinado o general frente al «enemigo de guerra»—, ha sido verdaderamente ensanchada. Casi de ningún modo podría expresarse con mayor cinismo cuán poco valiosa es la vida individual en sí misma, como en el hecho de que el efecto del armamento nuclear sólo sea susceptible de medir en «megatones» y a pesar de ello no sea posible hasta ahora imponer su proscripción jurídico-internacional.

También la *legítima defensa individual con resultado mortal*, limitada todavía en la Carolina esencialmente a la defensa del cuerpo, la vida o el honor (88) —postura recientemente confirmada en las limitaciones a la legítima defensa de la Convención Europea de Derechos Humanos (89)—, se amplió en el período

---

(86) WILLIAMS, *Sanctity* (supra, nota 3), p. 30.

(87) Desde la perspectiva constitucional tampoco estaría excluida de ningún modo su reintroducción, con la condición de que esto sirviera para la protección de otra vida (DÜRIG, en MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, Art. 2, ap. 2, nr. 14).

(88) Cfr. supra, nota 73.

(89) El art. 2 (2) a del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos de 1950, prohíbe dar muerte «intencionalmente» a otro,



intermedio en forma generalizada a la defensa de cualquier bien jurídico, haciendo posible que el Tribunal del Reich declarase justificado el disparo mortal contra un mero ladrón de frutas (90). Ciertamente, el «derecho no tiene por qué ceder ante el injusto» (91). Para que este lema que característicamente sólo es conocido con tan cortante formulación en el derecho alemán (92)— no degeneren en ergotismo formal, es preciso que en la legítima defensa tampoco quede totalmente fuera de atención el valor del bien jurídico que se lesiona para defender al otro. No se trata simplemente de poner al agresor ilegítimo fuera de la ley: Su muerte sólo aparece justificada cuando se trata —también materialmente— de la defensa de intereses de peso (93).

Esto también debe tomarse en consideración frente a la discutida autorización a la policía del «disparo mortal» (finalen Todeschusses) (94). Ante toda necesidad de una profilaxis eficiente del delito —como la que era de desear especialmente frente a los actos terroristas sucedidos durante los años 70—, la prevención debe tener sin embargo también su límite allí donde ella podría convertirse en una ejecución anticipada.

Con todo, puede concluirse que las excepciones «clásicas» a la prohibición de matar representan sólo la reacción frente a una agresión ilegítima —al menos desde una perspectiva típico-ideal—, donde la vida destruida ya se había puesto por sí misma previamente en juego. En esto se distinguen fundamentalmente la legítima defensa, la pena de muerte y la muerte en guerra defensiva, de los casos que se considerarán a continuación y en los que la vida destruida no es agresor, sino víctima: Interrupción del embarazo (95), eutanasia y suicidio.

---

siempre que ello no sirva para la defensa de una persona frente a un uso ilegítimo de la fuerza. La consecuente limitación de la legítima defensa con resultado muerte a la pura protección de la persona, es entre nosotros peligrosamente subestimado; detalladamente sobre el estado de las opiniones LENCKNER, en SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 32, nr. 62.

(90) RGSt (Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen), T. 55, p. 82 (1920).

(91) Así la concepción hasta hoy dominante sobre el principio básico de la legítima defensa (cfr. H.-H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allg. Teil, 3.ª ed., 1978, p. 269).

(92) Cfr. JESCHECK, op. cit., p. 280.

(93) Si esto se verifica a través de un control de abuso del derecho, según principios de proporcionalidad o por otros caminos (cfr. sobre el estado de las opiniones LENCKNER, en SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 32, Nrs. 46 y ss.) es un problema secundario, en tanto se reconozca que también la legítima defensa está condicionada por la creciente exigencia de respeto por la vida.

(94) Cfr. § 41, ap. 2, párr. 2 de *Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes*, 1976; sobre esto, entre otros, H. SCHOLLER-S. BROSS, *Neue Akzente im Polizeirecht?*, ZRP 1976, pp. 270/273 y s.

(95) Este «rol de víctima» del embrión tampoco puede ser convertido en un «rol de agresor» por el reconocimiento a la embarazada de un estado de necesidad «defensivo»; sobre esto G. BEMMANN, *Zur Frage der Strafwürdigkeit der Abtreibung*, ZStW 83 (1971), pp. 81 y 91 y ss.

### 3. Otros casos de desincriminación. Interrupción del embarazo

Seguramente en ningún tipo protector de la vida es tan manifiesta la marcha por caminos opuestos de las tendencias a la santidad por una parte y la atención a intereses diversos por la otra, como en la interrupción del embarazo. Por un lado, el principio de merecimiento de protección de la vida por nacer se ha venido fortaleciendo permanentemente desde la Carolina. La distinción entre vida animada e inanimada —aunque ya reconocida como incorrecta en el siglo XVII (96)— siguió influyendo todavía largamente a través de la praxis del derecho común, que atendió —como signo de la animación— al grado de formación corporal, la madurez o la viabilidad, considerando al movimiento del niño en el seno materno como prueba de ello (97). En un principio, esta práctica se amplió aún más, cuando algunos códigos penales particulares hasta el Allgemeines Landrecht für Preussische Staaten (PrALR) de 1794, penaron más severamente el aborto practicado durante la segunda mitad del embarazo que el practicado en la primera (98). Por el contrario, ya se buscará infructuosamente alguna distinción de este tipo en la «Josephina» de 1787 (99), apareciendo tal tendencia ya totalmente superada en el Código penal bávaro de 1813, el cual sin distinción alguna, pone todo aborto bajo pena (100). El mismo camino siguieron también los distintos

(96) Cfr. WÄCHTER, *Lehrbuch* II, p. 178. Sin embargo la Iglesia siguió formalmente aferrada a esta postura hasta 1869 (cfr. HINSCHIUS, *System* V, p. 798, nta 7); también en la conciencia popular perduró esta idea por mucho tiempo (cfr. F. v. HOLTZENDORFF, *Handbuch der deutschen Strafrechts*, T. III, 1874, p. 456).

(97) Cfr. al respecto supra, nota 49, los casos citados de los concilios de Tübingen; además FROELICH, *Commentarius*, pp. 207 y s.; SPANGENBERG, *Arch. Crim.* II, pp. 44 y ss. Según ROSSHIRT, *Geschichte* II/1, p. 229, este paso de la ficción vinculada a la vida espiritual, a lo corporal, condujo a que la formación somática decisiva —«medizinischen Träumereien folgend»— se fijara, fluctuando de uno a otro extremo, entre los 35 y los 120 días.

(98) Así, ya la Constitution IV del Príncipe Elector August von Sachsen de 1572; también el Codes Juris Bavarici Criminalis de 1751 (§ 20); mientras que el Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten (PrLR), hizo la división decisiva en la 30.ª semana del embarazo (II. Buch, 20 Tit., §§ 986, 987). Cfr. también las fuentes en TROMMSDORFF-GERLICH, op. cit. (supra, nota 37), pp. 691 y ss.

(99) Allgemeines Gesetz über Verbrechen und deren Bestrafung de José II, 1787, § 112. Cfr. SPANGENBERG, *Arch. Crim.* II, p. 186.

(100) Cfr. art. 172. El que allí se hable del alumbramiento de un niño «inmaduro» o «muerto», puede explicarse ante todo porque la muerte de un niño «recién nacido viable» era punible como infanticidio según el artículo 157 y el aborto era entendido como una especie de «tipo de recogida» (Auffangtatbestand) para toda provocación dolosa de un nacimiento sin vida (cfr. *Anmerkungen*, op. cit., pp. 34 y s., 44; también SPANGENBERG, *Arch. Crim.* II, pp. 189 y s.). Por cierto, ya por entonces se criticó el énfasis puesto en la viabilidad (cfr. SPANGENBERG, *Arch. Crim.* III, pp. 369 y s.) y entretanto fue justamente abandonado (cfr. ya F. Von LISZT, *Verbrechen und Vergehen wider das Leben*, en *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*, Bes. Teil: VDB Bd. V, 1905, p. 10; sobre el derecho actual ESER, en SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Vorbem.* 14 vor § 211).

ordenamientos jurídicos particulares (101) —incluido el primer StGB de Württemberg de 1839 (102)— de modo tal que para el RStGB de 1871 la penalización del aborto vigente entonces —es decir, desde el momento de la concepción (103)— estaba fuera de toda discusión.

El mencionado principio de merecimiento de protección de la vida por nacer ha permanecido intacto incluso durante la regulación de plazos de la 5.ª ley de la reforma penal de 15-6-1974 (104) y vale con más razón para el actual sistema de indicaciones (105). Pues, como lo estableció con fuerza vinculante el Tribunal Constitucional (BVerfG), el derecho a la vida garantizado a «todos» («jedem»), corresponde también al embrión, como bien jurídico autónomo e independiente de la voluntad protectora de la madre (106). Con ello se concede a la vida no nacida una importancia no alcanzada hasta entonces.

Por otra parte, sin embargo —y esta es la otra cara de la medalla—, nunca más que ahora en su nueva historia, la vida en gestación ha tenido que ceder tanto la preferencia a múltiples intereses contrapuestos. La primera ruptura a apuntar en su muro protector jurídico-penal es el reconocimiento por el Tribunal del Reich en el año 1927 de la llamada «indicación médica»: Con ella el embrión debe retroceder, no sólo frente al interés de la vida de la madre, sino también frente a los intereses de la salud de ésta (107). Pero mientras aquí solamente se trataba de un problema de prioridad, con la «indicación eugenésica» reconocida en las «leyes de salud de la herencia» (Erbgesundheitsgesetze) de 1933/35 (108) el mismo derecho a la vida fue puesto básicamente en cuestión: En aquella sociedad ya no había lugar para la descen-

(101) Detalles particulares en TROMMSDORFF-GERLICH, op. cit., pp. 693 y ss.

(102) Art. 253. Pero con todo, todavía aquí la Exposición de Motivos concuerda con las ideas de la animación; cfr. F. C. Th. HEPP, *Commentar über das neue württembergische Strafgesetzbuch*, T. III/1, 1843, pp. 282 y ss.; P. F. HUFNAGEL, *Commentar über das Strafgesetzbuch für das Königreich Württemberg*, T. II, 1842, p. 100.

(103) A. F. BERNER, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechtes*, 6.ª ed., 1872, p. 470. Esto no fue discutido tampoco por aquellos que negaban al fruto concebido un derecho propio a la vida, para protegerlo, en cambio, como bien jurídico «demográfico» de la colectividad, así G. RADBRUCH, *Abtreibung*, en VDB (supra, nota 100), p. 160; cfr. también v. HOLTZENDORFF, *Handbuch III*, p. 457.

(104) Cfr. Begründung zum Entwurf eines 5. Gesetzes zur Reform des Strafrechts, Bundestags-Drucksache 7/1981, p. 5.

(105) Cfr. ESER, en SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. 3 vor, § 218 con más datos.

(106) BVerfGE 39, 1/36 y ss.

(107) RGSt 61, 242, 255. Sobre la significación revolucionaria que este «estado de necesidad supralegal» tuvo para la justificación, cfr. desde la perspectiva de aquel tiempo E. MEZGER, *Strafrecht*, 2.ª ed., 1933, pp. 241 y ss.

(108) Cfr. § 10a Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses de 14-7-1933, en la versión de 26-6-1935, RGB1 I, p. 773; sobre esto, SCHÖNKE, *Strafgesetzbuch für des Deutsche Reich*, 1.ª ed., 1942, § 218, nota V2, pp. 447 y s.

dencia que padeciera enfermedades hereditarias. Sea que ahora esto se impute abiertamente a consideraciones de política demográfico-racial o que de manera altruista se argumente que para una vida enferma —o por otras razones no querida— es mejor simplemente no nacer; lo cierto es que con este paso la vida físicamente existente ya no valía per se como sagrada, sino en tanto superaba además un «control de calidad» higiénico-social. Pero sobre todo a través de la reforma del aborto del presente decenio, la vida no nacida se ha convertido cada vez más en objeto de valoración y ponderación: Esto se inicia precisamente por el no reconocimiento al óvulo fecundado como tal de la calidad de vida humana independiente, que sólo se atribuye al embrión definitivamente «*individualizado*». Consecuentemente, la protección penal no comienza hasta la finalización de la llamada anidación (109). Tales calificaciones continúan con la tentativa de la regulación de plazos del Proyecto Alternativo, de fundar la admisión de hecho de la interrupción del embarazo durante el primer cuarto de éste en el escaso valor de la primera fase de la vida (110), reviviendo así —aunque seguramente sin intención— la largamente superada teoría de la animación. Estas tendencias encuentran finalmente su punto más bajo de descalificación allí donde, en un inconsciente retorno a las concepciones romanas, el feto es degradado a la calidad de «*portio ventris*» y con ello a una parte dependiente de la madre (111).

También los casos de indicaciones de la actual regulación del aborto (§ 218 a StGB) —aunque orientados por el derecho completo y autónomo del embrión a la vida— son un manifiesto barómetro de la relativamente escasa estima en que aún permanece la vida por nacer frente al conflicto con peligros físicos, psíquicos y sociales para la embarazada. Es claro que existen tanto razones humanitarias comprensibles como caminos dogmáticos susceptibles de fundamentación para concebir como causas de justificación incluso a las puras necesidades sociales (112). Empero, no puede desconocerse que con ello la vida en gestación se convierte en un valor susceptible de ser ponderado e incluso desplazado por intereses materiales: La *calidad* de vida (de la madre) se antepone a la *existencia* de vida (del niño). Si a esto se agregan ade-

---

(109) Cfr. § 219d StGB. En el mismo sentido ya la opinión dominante antes de la reforma: Cfr. LAY, en *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 9.ª ed., 1971, § 218 Rdnr. 15. En general cfr. ESER, en SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. 6, 26 y s. vor § 218.

(110) Cfr. *Alternativ-Entwurf eines StGB*, bes. Teil, *Straftaten gegen die Person*, Vol. 1, 1970, p. 31.

(111) Como, sobre todo, por el lema «mi vientre me pertenece». Los hechos demuestran que de todos modos esta concepción tampoco se había extinguido en el siglo XIX; cfr., por. ej., WÄCHTER, *Lehrbuch II*, p. 121: Comparación del niño en el seno materno con un brazo amputado.

(112) Sobre esta interpretación (por cierto no indiscutible), detalladamente ESER, en SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 218a, Rdnr. 5 y ss.

más las otras causas personales de exclusión de la pena previstas para la embarazada (113), la pretensión de protección del embrión aparece convertida, en los hechos, en excepción (114).

#### 4. Muerte de monstruos y otros deformes

La pretensión de «santidad» de la vida se ve confrontada con una prueba aún más dura en el caso del llamado monstruo. Mientras la interrupción del embarazo puede ser explicada todavía en base a consideraciones de estado de necesidad, en el caso del monstruo se pone en cuestión su calidad humana y, con ello, el merecimiento de protección como tal. Debe tenerse presente que por monstruo se entendía a todo ser «sin forma y constitución humana» (115) incluyendo así a las criaturas deformes, especialmente a los niños sin miembros (116). La Carolina creyó poder negarles protección porque la criatura deforme carecía de alma (117). Aunque esta fundamentación fue despojada de su base con la caída de la doctrina de la animación, la criatura deforme siguió sin embargo ulteriormente privada de protección jurídico-penal, pues aún cuando su muerte o eliminación clandestina era sancionada como contravención de carácter policial, no se trataba tanto de la protección individual de la vida, como de una medida de profilaxis policial contra los abusos (118). La fundamentación

---

(113) Así, ante una interrupción no indicada realizada dentro de las 22 primeras semanas desde la concepción, conforme al asesoramiento de un médico (§ 218, ap. 3, párr. 2), ante una situación especialmente afflictiva (§ 218, ap. 3, párr. 3), en la sola tentativa (§ 218, ap. 4, párr. 2), y en general frente a todas las disposiciones protectoras adicionales (§§ 218b, ap. 1, Nr. 2; 219, ap. 1, párr. 2; 219c, ap. 2 StGB).

(114) Detalladamente sobre las distintas posibilidades de sanción para la embarazada, el médico y otros terceros ESER, en SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. 11 y ss. vor § 218.

(115) Así, p. ej., PrALR I.1, §§ 17, 18; cfr. también II.20, § 176.

(116) Así, invocando el art. 131 CCC (sobre esto supra, nota 51), SPANGENBERG, Arch. Crim. III, p. 27; en el mismo sentido, por ej., FROELICH, *Commentarius*, p. 156 (cfr. supra nota 54), FEUERBACH, *Peinl. Recht*, § 207, y TITTMANN, *Handbuch I*, § 145, quienes equiparan expresamente monstruo y criatura defectuosa. Cfr. también las fuentes en E. v. LISZT (supra, nota 81), pp. 6 y s. La actual distinción entre la llamada mola y otro tipo de deformaciones parece no haberse comprendido hasta mediados del siglo XIX (cfr. GOLDAMMER, *Die Materialien zum Straf-Gesetzbuche für die Preussischen Staaten*, Parte II, 1852, p. 363; H. HÄLSCHNER, *System des Preussischen Strafrechts*, Parte II, 1868, p. 72; HUFNAGEL, *Commentar II*, pp. 5 y s.; claras limitaciones ya en HENKE, *Handbuch II*, pp. 13, 22, nota 3). Mientras el «huevo de mola», en base a factores genéticos o exógenos, está destinado a perderse ya durante el embarazo (cfr. D. HOFMANN, *Die Fehlgeburt*, 2.<sup>a</sup> ed., 1969, pp. 140 y ss.) planteando así en todo caso un problema de aborto (cfr. ESER, en SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 218 Rdnr. 4), en el caso de las llamadas deformaciones, la viabilidad no está excluida a priori.

(117) Cfr. supra, nota 51.

(118) Así por ej., según el PrALR II.20, § 716; cfr. sobre esto BERNER, *Lehrbuch*, p. 455; además HENKE II, pp. 13 y s.

ideológica de esta renuncia a la protección puede buscarse tanto en la concepción antropológica del «ser dotado de inteligencia y libertad» (119) como en la intención de evitar —por razones de política demográfica— toda existencia que significara una carga inútil (120). El que también en el Código Penal del Reich de 1871 se echaran en falta reservas al respecto (121), fue campo propicio para las teorías darwinistas (122) —con importante adhesión en el ámbito jurídico-penal y médico respectivamente de dos estudiosos tan significativos como Karl Binding y Adolf Hoche (123)— que finalmente se hicieron cruel realidad en las así llamadas «acciones eutanásicas» de la tiranía nacional-socialista (124).

Aunque de este modo también sufrió grave descrédito la eutanasia inspirada en fines humanitarios, no debe olvidarse que los seres con graves deformaciones psíquicas o corporales —en caso de no ser sorprendidos por una muerte indulgente— se enfrentan a un pesado destino que puede significar, al mismo tiempo, una carga indescriptible para su familia. Por ello, en la práctica son grandes los esfuerzos por salir al paso a toda obligación de protección mediante la negación ab initio de la calidad humana, para permitir así —si bien no mátar activamente (125) al niño defectuoso—, al menos dejarlo morir —en lo posible ya durante el nacimiento— mediante la renuncia a toda medida de conservación de la vida, cosa que, en la clandestinidad, ha dejado de ser infrecuente (126). Urge poner de manifiesto la significación trascendente que este paso supone. Pues tan pronto como la sólida existencia física ha dejado de configurar la naturaleza humana, para pasar a ser elementos decisivos del derecho a la vida, la «normalidad» de la forma corporal, el nivel de las facultades, la capacidad de autoconservación o llanamente la utilidad social, se ha dado el paso decisivo hacia una valoración cualitativa de la vida. Esperar de la biología o de la medicina claros criterios de

(119) Así, por ejemplo, TITTMANN, *Handbuch*, I § 145; cfr. también el criterio de la «personalidad» en BERNER, *Lehrbuch*, p. 455. Se decidieron en otro sentido, en cambio, v. HOLTZENDORFF, *Handbuch III* (supra, nota 96), p. 413: «Las deformaciones no son fundamento para destruir a los seres por ellos afectados».

(120) Cfr. F. v. LISZT, *Vorsätzliche Tötungen*, p. 8.

(121) Cfr., sin embargo, v. HOLTZENDORFF, *Handbuch III*, p. 413.

(122) Profundiza sobre esto G. FICHTNER, *Die Euthanasiediskussion in der Zeit der Weimarer*, en ESER, *Suizid* (supra, nota 2), p. 24, 29 y ss.

(123) A través de su comprometida defensa en «Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens», 1920.

(124) Cfr. la documentación de A. MITSCHERLICH-F. MIELKE, *Das Diktat der Menschenverachtung*, 1947, en especial p. 109 y ss.

(125) Esta es la tendencia de W. CATEL, *Grenzsituationen des Lebens. Beitrag zum Problem der begrenzten Euthanasie*, 1962, donde, por lo demás, trata ostensiblemente de dar gran amplitud al círculo de los niños «idiotas».

(126) Cfr., por ejemplo, J. REGENBRECHT, *Zum Problem der «Sterbehilfe», Gedanken zur Operationsindikation bei schwersten Fehlbildungen Neugeborener*, en *Münchener Med. Wochenschrift* 115 (1973), p. 602 y s.; M. D. HEIFETZ, *Das Recht zu sterben*, 1976, p. 47 y ss.; así como (críticamente) EIBACH, *Medizin* (supra, nota 22), p. 437 y ss.

limitadores de deformaciones «tolerables» e «intolerables» sería una mera ilusión, pues cuanto más progresa la investigación sobre deformaciones, más matices sutiles llevan al convencimiento de que no es posible constatar ningún tipo de salto «cualitativo» (127). Con todo, si la humanidad no quiere exigirse demasiado a sí misma, resultará quizás inevitable con el tiempo la imposición de verdaderas limitaciones a la conservación artificial de la vida. Por cierto, sería fatal que este paso se diera más o menos furtivamente y sin seria reflexión sobre su significado político-constitucional y sus múltiples consecuencias para la protección de la vida (128).

##### 5. Concepto y criterios de la muerte

Problemas similares se plantean con final de la vida, esto es, en lo concerniente al concepto de muerte. Mientras los ordenamientos jurídicos del pasado podían conformarse con la ingenua concepción de Savigny, para quien la muerte es «un acontecimiento tan simple de la naturaleza» que no requiere ninguna aclaración de sus elementos (129), hoy nosotros nos vemos confrontados con la comprobación médico-biológica según la cual la muerte es un fenómeno gradual, en el que las diferentes funciones vitales se extinguen a distinta velocidad y en parte también pueden ser reanimadas con independencia de las demás. De este modo el clásico corte de la vida en la paralización del corazón, de la circulación y de la respiración se ha vuelto problemático (130). Si este proceso se equiparase a la muerte, la obligación de protección de la vida terminaría con él, con lo cual debería negarse toda obligación de reanimación, aunque las funciones cerebrales —habiendo paro de la circulación— permanecieran aún totalmente intactas. En sentido contrario, la víctima totalmente descerebrada de un accidente debería ser objeto de todas las medidas de conservación de la vida durante todo el tiempo que su corazón siguiera latiendo, para no mencionar su necesaria exclusión como donante de órganos.

(127) Cfr. sobre esto la reseña informativa sobre las clases y causas de las deformaciones de J. SCHOWING, *Teratologie*, en Image Roche, Basel, 1974, Nr. 63, p. 2-9.

(128) Así se plantea en especial la cuestión de si nuestra Ley Fundamental permitiría —y en qué medida— algún tipo de discriminación entre vida «con valor vital» y «sin valor vital»; deciden negativamente sobre todo DÜRIG, en MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, art. 2, ap. 2, Rdnr. 10; LEISNER, *Lebensrecht* (supra, nota 81), p. 23 y ss.

(129) Citado según G. GEILEN, *Rechtsfragen der Todeszeitbestimmung*, en W. KRÖSL-E. SCHERZER, *Die Bestimmung des Todeszeitpunktes*, Viena, 1973, p. 285. Por lo visto, la cuestión de la muerte tampoco es considerada bajo ningún aspecto problemática en la completa reseña de derecho comparado sobre los supuestos de protección de la vida de F. v. LISZT (supra, nota 100), cfr. allí, por ejemplo, p. 9.

(130) Cfr. J. WAWERSIK, *Reanimation und ihre Grenzen*, en ESER, *Suizid* (supra, nota 4), p. 125 y ss.

El modo de resolver en definitiva estos problemas, es algo que debe permanecer al margen de nuestro trabajo (131). Aquí sólo es esencial determinar que el problema del momento de la muerte no se comprende en su fundamento si se lo reduce —como ciertamente sucede hasta ahora— a una cuestión médico-pragmática del imperio de las circunstancias. Pues en la resolución en favor o en contra de un determinado concepto de muerte, ya está implícita la decisión normativa previa en favor de una concepción específica del hombre: Si lo único determinante de la naturaleza humana es la vida físico-biológica, entonces la obligación de prolongar la vida se extiende tanto tiempo como exista una mínima chispa de aquélla. Si en cambio se quiere poner el punto final en la muerte cerebral, esto supone visualizar el signo de la humanidad en el espíritu. Pero de este modo nos encontramos nuevamente ante una consideración «cualitativa» de la vida que —por descansar en una valoración antropológica—, tiene carácter normativo y exige consecuentemente sanción jurídica (132).

#### 6. Eutanasia e interrupción del tratamiento

Resulta aún más apremiante prestar atención a las implicaciones normativas de las decisiones fácticas —en apariencia de carácter estrictamente médico— en los prolegómenos de la muerte, esto es, en el caso de eutanasia. De las múltiples formas que ella puede adoptar (133), aquí sólo se expondrá aquélla en la que

---

(131) Detalladamente sobre el estado de las opiniones G. GEILEN, *Legislative Erwägungen zum Todeszeitproblem*, en ESER, *Suizid*, p. 301 y ss.; sobre los aspectos civiles del problema K. SAERBECK, *Beginn und Ende des Lebens als Rechtsbegriffe*, 1974. Sobre la opinión del autor más detalladamente ESER, en SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. 16 y ss. vor § 211.

(132) Por eso el convenio de cirujanos y anestesistas sobre «Todeszeichen und Todeszeitbestimmung» (*Der Chirurg*, 1968, p. 196), no es per se vinculante, sino sólo por el reconocimiento que —por vía del silencio— le otorga el ordenamiento jurídico; cfr. ESER, *Der Arzt zwischen Eigenverantwortung und Recht*, en D. MIETH-H. WEBER *Anspruch der Wirklichkeit und christlicher Glaube*, Düsseldorf, 1980, p. 166, en especial p. 177 y ss.; así como AUER-MENZEL-ESER, *Heilauftrag* (supra, nota 5), p. 120 y s. En igual sentido sobre el carácter normativo del concepto de vida LEISNER, *Lebensrecht*, p. 21, 32. Esto es aún más digno de consideración frente a las tentativas de resolver simultáneamente los problemas de la interrupción del tratamiento y donación de órganos a través de un concepto variable de muerte, que se hace depender de los intereses en juego (cfr., por ejemplo, K. SAERBECK, op. cit., supra nota 131, p. 118 y ss., 123 y ss.). En contra de ello, la asamblea del Parlamento de Europa en su resolución Nr. 613, 1976 de 29-1-1976, sobre «los derechos de los enfermos y moribundos», ha sostenido expresamente que para la determinación del momento de la muerte no se deben considerar más intereses que los del moribundo.

(133) De las abundantes publicaciones al respecto, entre las más recientes cfr. en especial K. ENGISCH, *Suizid und Euthanasie nach deutschen Recht*, en ESER, *Suizid* (supra, nota 4), p. 312 y ss.; E. W. HANACK, *Euthanasie in strafrechtlicher Sicht*, en H.-D. HIERSHE, *Euthanasie*, 1975, p. 121 y ss.; sobre la opinión del autor más detalladamente ESER, en V. EID, *Euthanasie* 1975, p. 25 y ss., y en SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. 22 y ss. vor § 211.



la discrepancia entre las orientaciones a la «santidad» y a la «calidad» en la protección de la vida aparece con una claridad antes insospechada: El abandono a la muerte de enfermos graves y moribundos. En la medida en que tal «eutanasia pasiva» ocurre con el consentimiento expreso o al menos presunto del paciente, se cree poder fundar la interrupción del tratamiento en la preeminencia del derecho de autodeterminación (134). Más problemáticos son, sin embargo, los casos en que el médico no puede conseguir total claridad sobre la voluntad real de su paciente: Como por ejemplo el postrado crónico carente de toda capacidad de reacción o la víctima de un accidente enviada en estado de inconsciencia, que aunque podría ser resucitada, sólo sería devuelta a una vida dolorosa y en definitiva insalvable. Si en estos casos se quisiera llevar a la práctica con verdadera estrictez el principio de la «santidad de la vida», entonces sería un deber imperativo el mantenimiento de la vida «a cualquier precio» y «hasta la última reacción del cerebro». Por el contrario, cuando se plantea —como sucede cada vez con más frecuencia— la pregunta por la ayuda real que tal prolongación de la vida supone para la persona en cuestión, detrás de ella subyace otra pregunta fundamental, esto es, si la esencia del hombre se agota en su existencia físico-biológica o si en cambio se requieren además, ciertas cualidades espirituales. También el requerimiento de los médicos de ser desligados de la obligación de tomar medidas de mantenimiento de la vida «inútiles», podría basarse en gran medida en la idea de hombre como «ser dotado de sentido» (135).

Cumplir con esta demanda sin dejar librada al mismo tiempo al abandono a la persona que ha perdido su plena capacidad de acción, será uno de los grandes problemas del futuro. Quizás el peligroso equilibrio entre la conservación de la vida puramente vegetativa por un lado y el abandono de la denominada vida «indigna de ser vivida» (*lebensunwertes Leben*) por el otro, podría consistir en abstenerse de toda valoración cualitativa de ella —y con ello también de su subvaloración—, manteniendo consecuentemente como un tabú, toda destrucción activa de la vida humana que no haya alcanzado la muerte cerebral; pero sin que ello excluya la posibilidad de poner fin a la obligación de prolongación de la vida (abandonándola así pasivamente a la muerte), cuando ella ha perdido definitivamente toda forma de capacidad de comunicación.

---

(134) Así, particularmente, G. GEILEN, *Euthanasie und Selbstbestimmung*, 1975. Tampoco está esto, por cierto, libre de dudas, si se tienen en cuenta los límites al consentimiento del § 216 StGB; detalladamente al respecto ESER, en AUER-MENZEL-ESER, *Heilauftrag* (supra, nota 5), p. 105 y ss.

(135) Lo mismo vale en esencia para todo intento de poner fin a la obligación de mantenimiento de la vida en la «naturalidad» o «fatalidad» de la vida «que se extingue» o con la renuncia a medios «artificiales» (cfr. en detalle las fuentes en ESER, en AUER-MENZEL-ESER, *Heilauftrag*, supra nota 5, p. 126 y ss.); pues lo determinante es en última instancia, la idea de que la vida en estos casos sólo es mantenida en pie con «muletas», con lo cual se la menosprecia cualitativamente.

También allí subyace naturalmente una valoración antropológica. Claro que —como ya se ha demostrado en otro lugar— este límite al tratamiento ya se infiere en el fondo de las barreras inmanentes de la misión curativa del médico: Si su objetivo no se ve ya tanto en la prolongación físico-biológica de la vida por sí misma, sino en la autorrealización de la voluntad de la persona afectada, entonces la obligación de tratamiento del médico debe terminar a más tardar allí donde por existir una inconsciencia irreversible debidamente probada, esté excluida bajo todo punto de vista una recuperación de la capacidad de comunicación (136).

Problemas semejantes de valoración aparecen agravados allí donde ya no se trata sólo de los intereses «internos» y propios del paciente afectado (mantenimiento de la vida - atenuación del dolor), sino que además entran en juego *ponderaciones «externas»*: Así especialmente cuando se deben considerar también los intereses de otros pacientes (insuficiencia de equipos - selectividad) o en general frente al problema de la relación entre inversión y resultado. ¿En qué medida se considera «productivo» un tratamiento? El crudo planteamiento de esta pregunta enseña que la vida ya se ha convertido en un valor susceptible incluso de ponderación material (137).

## 7. Muerte a ruego

Finalmente se encarará otro aspecto muy distinto del mismo tema: La relación entre la protección de la vida y el derecho de autodeterminación tal como se manifiesta tanto en caso de suicidio como en caso de muerte consentida causada por un tercero. También aquí se trata en definitiva de la «santidad» y la «calidad» de la vida: De la «santidad», en tanto la vida representa un bien merecedor de protección con independencia de la voluntad o valoración de cada sujeto individual (138). Bajo el «aspecto cualitativo» por el contrario, es posible agrupar todos aquellos valores y factores cuya pérdida (real o supuesta) hace que la vida aparezca ante el sujeto individual como indigna de ser vivida, inclinándolo consecuentemente al suicidio o a la eutanasia. En la pretensión de autodeterminación sobre la vida y la muerte, reside la radical postulación de una concepción «cualitativa» de la vida.

(136) Detalladamente sobre este punto de vista —cuyo resultado ha sido tomado por otros— así como sobre la delimitación con las puras perturbaciones de la capacidad de comunicación ESER, en AUER-MENZEL-ESER, *Heilaufrag*, p. 129 y ss., con más detalles.

(137) También sobre esta problemática más detalladamente ESER, en AUER-MENZEL-ESER, op. cit., p. 132 y ss., así como ESER, *Grenzen der Behandlungspflicht aus juristischer Sicht*, en P. LAWIN-H. HUTH, *Grenzen der ärztlichen Aufklärungs- und Behandlungspflicht*, Stuttgart, 1982, p. 77 y ss.

(138) Incluso desde una perspectiva agnóstica (cfr. WILLIAMS, supra, nota 86). Naturalmente esto adquiere aún mayor vigencia cuando se considera a la vida, ya como un don de Dios (cfr. supra, notas 20 y ss.), ya en su función de componente del Estado (cfr. FEUERBACH, infra, nota 144).

El respeto jurídico-penal por esta exigencia, articulada cada vez con mayor vehemencia —también entre nosotros (139)— y sin atender a su dudosa constitucionalidad en la demanda de un «derecho a la muerte», está marcado por una evolución muy poco uniforme. En lo que toca a la muerte a ruego, punible en la Carolina sin limitación alguna como homicidio (140) —cosa que sucede aún hoy en muchos ordenamientos jurídicos extranjeros (141)—, entre nosotros se implantó, ya en la segunda mitad del siglo XVIII —sobre todo bajo la influencia de Christian Wolff— una tendencia moderada (142) que fue recogida por primera vez en el Preussischen Allgemeinen Landrecht (PrALR) en forma de atenuante de la pena (143). Aunque este paso no encontró la adhesión del ilustrado Código penal bávaro de 1813, e incluso fue retirado del Código penal prusiano de 1851, puesto que nadie puede disponer por sí de su vida (144), sin embargo se impuso en los otros estados, entre ellos en el código penal de Württemberg de 1839 (145) al menos como atenuante de la pena, siendo acogido finalmente en el actual § 216 StGB (146). Por el contrario, no logró imponerse la concepción según la cual la muerte a ruego debe permanecer en

(139) Cfr. sobre esto en especial P. MOOR, *Die Freiheit zum Tode-Ein Plädoyer für das Recht auf menschenwürdiges Sterben*, 1973. Sobre el contenido ético de esta exigencia AUER, en AUER-MENZEL-ESER, *Heilauftrag* (supra, nota 3), p. 34 y ss.; sobre su cuestionabilidad constitucional G. ROELLECKE, *Gibt es ein «Recht auf Tod?»*, en ESER, *Suizid*, supra nota 2, p. 336 y ss.; pero también J. MÖLLERING, *Schutz des Lebens —Rech auf Sterben. Zur rechtlichen Problematik der Euthanasie*, 1977, p. 86 y ss.

(140) Cfr. supra, Nr. I, 4.

(141) Cfr. SIMSON-GEERDS, *Straftaten* (supra, nota 47), pp. 43 y ss.

(142) Cfr. F. v. LISTZ, VDB (supra, nota 100), p. 128.

(143) PrALR II 20 § 834: «Quien de muerte a otro a su ruego o le ayude a cometer suicidio, tiene de 6 a 10 años de prisión o reclusión, y en caso de grave sospecha de haber causado en la víctima el deseo de la muerte, incurre en prisión o reclusión perpetua», lo que implica una atenuante de la pena de muerte prevista para los demás casos (cfr. § 806).

El mismo espíritu debe inspirar al § 833 según el cual «Quien supuestamente con buena intención, acorta la vida a heridos de muerte u otros enfermos desahuciados» es penado como el homicida culposo. Que en ello no estaba de ningún modo implícita una subvaloración objetiva del moribundo, se aclara por el § 835, según el cual «los homicidas dolosos no se liberan de la pena que les corresponda por la sola circunstancia de que el occiso hubiera estado de todos modos cercano a la muerte». Cfr. en general, los *Motive zur Gesetz-Revision Penum I, T. III/2*, 1829, p. 101, 124 y ss.

(144) Cfr. GOLDAMMER, *Materialien II*, p. 364. En igual sentido las *Anmerkungen zum Bairischen StGB* (supra, nota 84), I; sobre artículo 123, p. 307. Esto explica que también Feuerbach, como uno de los más decisivos creadores de este Código penal, más tarde se haya retractado de su primitivo apoyo a la impunidad de la muerte a ruego, dado que la vida estaría sustraída del libre arbitrio del titular (*Peinl. Rech*, § 35; cfr. también §§ 206, 241).

(145) Artículo 239, por el cual cuando el que pedía la muerte ya estaba desahuciado o herido de muerte, se concedía una atenuante adicional de la pena. Con más profundidad sobre los motivos HEPP, *Commentar III/1* (supra, nota 101), p. 49 y ss., con una referencia detallada sobre estado de la ley y de las opiniones de entonces.

(146) Cfr. v. HOLTZENDORFF, *Handbuch III*, p. 444 y s., también la documentación en BINDING-HOCHE (supra, nota 123), p. 21 y ss.

principio impune o en todo caso sancionarse sólo como contravención de naturaleza policial (147). Y esto con razón; pues, prescindiendo totalmente del peligro de abuso —que ya sirvió de freno al legislador prusiano (148)—, la muerte a ruego no es una cuestión de pura autodeterminación, sino que —por entregarse a un tercero la decisión definitiva sobre la vida y la muerte— también implica una determinación *ajena* (149). Pero a través de tal disponibilidad ajena de la vida, el tabú de la inviolabilidad de ésta es puesto radicalmente en duda (150). De allí que aquel que ha creído su deber acceder a un ruego de muerte, no debería ser favorecido de ningún modo por una justificación objetiva, sino, en todo caso, por una causa personal de exclusión de la pena (151).

## 8. Suicidio

En contraste con esta tendencia uniformemente atenuadora, en el caso del suicidio es de describir una evolución menos lineal (152). Después de una desaprobación más bien moderada en la Carolina, en la práctica del derecho común el suicidio fue objeto de una condenación cada vez más aguda (153), hasta el punto que Carpzwow —siendo el jurista más influyente de su época— se atrevió incluso a imputar al suicida un doble crimen, pues éste correría no sólo su cuerpo sino también su alma (154). Dentro del mismo espíritu, la Theresiana de 1768 pudo disponer que el cuerpo del suicida se «destruya como el de una bestia sin inteligencia» (155). Incluso para espíritus de la Ilustración como el de Feuerbach, el suicidio continúa siendo antijurídico, pues el suicida, a su arbitrio, arrebató sus energías al Estado, energías que había

(147) Así, particularmente C. CH. STÜBEL, *Über die Natur der Handlung wenn Jemand ein, nach dem Sittengesetz, unveräußerliches Gut des Andern, mit dessen Einwilligung, beschädiget oder demselben ganz entziehet*, Arch. Crim. IX (1826), p. 551 y ss. En el mismo sentido sobre todo HENKE, *Handbuch I*, p. 231 y ss. II, p. 16 y s. y TITTMANN, *Handbuch I*, § 149.

(148) Cfr. GOLTDAMMER, *Materialien II*, p. 364.

(149) Cfr. sobre esto también la fundamentación HÄLSCHNER, *System II* (supra, nota 116), p. 69 y s.

(150) Cfr. también ESER, en EID (supra, nota 133), p. 67 y ss.; y MÖLLERING, *Schutz des Lebens*, p. 93 y ss., ambos con más datos.

(151) En este sentido se propone últimamente sobre todo una dispensa de pena (cfr. ESER, *Suizid*, supra, nota 4, p. 400, con más datos).

(152) Cfr. supra, Nr. I, 3.

(153) Para lo cual se creyó (equivocadamente) poder fundarse entre otras también en fuentes romanas; Cfr. FROELICH, *Commentarius* (supra, nota 46), p. 241 y ss.; y en especial C. G. WINKLER, *De mortis voluntariae prohibitione ac poenis*, 1775. Pero también ya críticamente al respecto cfr. BOEHMER, *Meditationes* (supra, nota 46) sobre el artículo 135 CCC; también en especial WÄCHTER, Arch. Crim. X, p. 239 y s., 651. Una perspectiva de derecho comparado sobre la evolución de entonces en SIMSON, *Suizidat* (supra, nota 60), p. 42 y siguientes.

(154) Así según WÄCHTER, Arch. Crim. X, p. 218.

(155) Constitutio Criminalis Theresiana, art. 93 § 7.

comprometido con aquél (156). El PrALR ya renunció sin embargo a sancionar la *tentativa* de suicidio —pues quien atenta contra su vida sólo puede provocar en realidad la compasión de sus semejantes (157)— mientras que la *ayuda* al suicidio continuó siendo punible (158). En esta situación se encuentran básicamente hasta hoy numerosos ordenamientos jurídicos extranjeros, como los de Austria (§ 78 StGB) y Suiza (art. 115 StGB) (159).

Por el contrario, en Alemania, la *impunidad* tanto del suicidio como de la pura participación en él, ya se impuso, en general, a mediados del siglo XIX (160). Junto al aspecto dogmático de la imposibilidad de participación en una acción atípica como el suicidio (161), también fue acogida la tesis de Wächter, según la cual la persona no se encuentra en ninguna relación jurídica frente a sí misma y consecuentemente tampoco puede cometer un injusto contra sí misma (162). Si esta clase de argumentos teórico-jurídicos pueden resistir una prueba minuciosa, es algo de lo que puede prescindirse aquí. Desde la perspectiva material de la «santidad de la vida» cada muerte —también la de una vida que subjetivamente aparezca como «carente de valor»— significa la pérdida de un valor. Por eso, no se puede negar toda justificación a ciertas nuevas tendencias que pretenden poner nuevamente bajo pena la participación en el suicidio (163) y que se fundan, en gran medida,

(156) FEUERBACH, *Peinl. Recht* § 241.

(157) Cfr. A. F. ROSSHIRT, *Entwicklung der Grundsätze des Strafrechts*, 1828, p. 342.

(158) Equiparándosela con la muerte a ruego (cfr. supra, nota 143). Tampoco han desaparecido totalmente las sanciones informales para el suicidio exitoso, pues según el PrALR II..20. § 803, si bien los suicidas no debían «ser ultrajados después de su muerte, deben, en cambio, ser privados de todo aquello que en otro caso honra la muerte y memoria de otra gente de su misma clase o rango». Detalladamente sobre el estado muy diverso del derecho y las opiniones de principios del siglo XIX WÄCHTER, *Arch. Crim.* X, p. 676 y ss., quien —aunque claro oponente a la punibilidad del suicidio— no quería, sin embargo, renunciar a otro tipo de desaprobación estatal del mismo (op. cit., p. 675, 680).

(159) Desde la perspectiva del derecho comparado, en detalle, SIMSON-GERDS, *Straftaten* (supra, nota 47), p. 77 y ss. y SIMSON, *Suizidat*, p. 45 y ss.

(160) Cfr., por ejemplo, sobre el derecho de Württemberg HEPP, *Commentar* III/3, p. 49 y ss.; HUFNAGEL, *Commentar* II, p. 20 y ss.; sobre derecho prusiano GOLDAMMER, *Materialien* I, p. 315 y ss., 327, II, p. 363 y ss. De todos modos la impunidad entra en consideración sólo cuando se trata de un suicidio «libre y responsable» y la participación del otro no aparece como autoría de una muerte a ruego (§ 216 StGB). Detalladamente sobre la delimitación —aún hoy discutida— entre ayuda impune al suicidio y muerte punible de un tercero ESER en SCHÖNKE-SCHRÖDER Vorbem. 33 y ss. vor § 211 y § 216 Rdnr. 11.

(161) Cfr. GOLDAMMER op. cit.

(162) WÄCHTER (supra, nota 59) *Arch. Crim.* X, en especial p. 656 y s.; sobre esto cfr. además HÄLSCHNER, *System* II, p. 65 y s.; pero también ABEGG, *Untersuchungen*, p. 66, 72 y ss.

(163) Así, en particular, P. BINGEWAT, *Die Strafbarkeit der Beteiligung an fremder Selbsttötung als Grenzproblem der Strafrechtsdogmatik*, ZStW 87 (1975), p. 623 y ss.; G. GEILEN, *Suizid und Mitverantwortung*, *Juristenzeitung* 1974, p. 145 y ss.; EB. SCHMIDHÄUSER, *Selbstmord und Beteiligung am Selbst-*

en lo dudosa que resulta empíricamente la existencia de una «libre» voluntad de suicidarse. A pesar de todo, considero en principio correcta la impunidad de la participación en el suicidio. Como ya se expresara, el suicidio plantea el caso típico-ideal más claro de conflicto entre la protección de la vida orientada por su «santidad» y la autodisposición cualitativamente motivada. Si se diera absoluta preeminencia al precepto de santidad, la persona que se quitara la vida quedaría reducida prácticamente a objeto, pues su deber de mantenerse con vida se fundaría exclusivamente en la voluntad de la sociedad. Si no se quiere convertir al Estado en fideicomisario de la divinidad que da la vida, entonces difícilmente se puede negar al hombre todo poder configurador de su vida y su muerte. Y aquí no resulta tan decisivo determinar si se trata de un «derecho» de la persona, sino solamente si el Estado y la sociedad, por su parte, tienen el derecho de mantener con vida a una persona, por la fuerza y contra su voluntad. Esto me parece en todo caso dudoso en tanto el hombre fuera apartado de la muerte no ya por motivo de su propia autorrealización, sino en el fondo sólo por el interés de la sociedad en el mantenimiento de ciertos tabúes.

Ciertamente con este argumento sólo queda excluido de la punibilidad, en principio, el suicidio ejecutado sin participación. Pero, como ya se ha demostrado en otro sitio, lo mismo puede ser aplicable en última instancia a la *participación en el suicidio*, siempre que la decisión definitiva sobre la muerte permanezca en manos del suicida (164).

### III. PERSPECTIVAS

Si hay conclusiones que extraer de la cambiante historia de la protección jurídico-penal de la vida, la más importante es sin duda, que dicha protección no puede orientarse ni exclusivamente por preceptos de «santidad» ni unilateralmente por factores cualitativos, sino que ambos principios deben alcanzar una óptima concordancia (165). También ha aparecido como un prejuicio, la opinión generalizada de que el nivel alcanzado por la protección de la vida en el pasado va en permanente retroceso, prejuicio que también alcanzó al título originario de este trabajo, donde se sospechaba una caída «de la santidad a la calidad de la vida».

Por el contrario ha resultado que no existe tal desprecio unilateral de la vida, sino que la protección de ésta está marcada por una amplitud de oscilación verdaderamente dilatada, en la

---

*mord in Strafrechtlicher Sicht*, en Festschrift für H. Welzel, 1974, p. 801, 806 y s., 819.

(164) Cfr. ESER, *Suizid* (supra, nota 4), p. 398 y s.

(165) Sobre el aspecto de «compromiso» que también supone la protección de la vida, ESER, op. cit., p. 394 y ss.

cual los aspectos «sagrado» y «cualitativo» sólo marcan los posibles vértices valorativos. En este sentido, en el futuro sólo se podrán hacer esfuerzos por conseguir —como lo quiere poner de manifiesto el título actual— un compromiso aceptable «entre la santidad y la calidad de la vida». Por una parte, el respeto por la «santidad» de la vida no debe fosilizarse en un pretexto formal para reprimir las exigencias del hombre concreto por dar un sentido a aquélla. Por la otra parte, la ambición de una vida «cualitativamente» valiosa, no debe socavar su preeminente derecho a la existencia. Esto es válido sobre todo allí donde no se trata de la vida propia sino de la valoración de una vida ajena. Que esto se pierde de vista fácilmente, lo prueban con no poca frecuencia los argumentos de quienes han desplegado las banderas de la emancipación total. Pues, por ejemplo, al imputar a la vida no nacida —por no deseada— o la vida que se extingue —por inadecuada para el tratamiento—, que es mejor para ellas, ya sea no nacer o, en su caso, haber muerto, se está prejuzgando de un modo francamente tutelar, sobre la idea de «calidad» de vida de otra persona. «Lo hacemos por tu bien», esto sirve frecuentemente como pretexto para asegurar lo mejor para sí mismo. Egoísmo con ropaje de humanitarismo: También contra esto es válido defender a la vida.





## SECCION LEGISLATIVA

**SUMARIO (\*)**: 1. *Leyes Orgánicas*: L. O. 7/1984, de 15 de octubre, sobre tipificación penal de la colocación ilegal de escuchas telefónicas. L. O. 8/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución. L. O. 8/1984, de 26 de diciembre, por la que se regula el régimen de recursos en caso de objeción de conciencia, su régimen penal y se deroga el artículo 45 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. L. O. 9/1984, de 26 de diciembre, por la que se modifican los artículos 503, 504 y primer párrafo del 529 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.—II. *Proyectos de Ley*: Orgánica de reforma del Código penal en materia de delitos contra la Hacienda Pública. Orgánica del Poder Judicial. Orgánica sobre régimen electoral general (\*\*).

*LEY ORGANICA 7/1984, de 15 de octubre, sobre tipificación penal de la colocación ilegal de escuchas telefónicas* ("Boletín Oficial del Estado", núm. 255, de 24 de octubre de 1984).

JUAN CARLOS I,

REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren,

Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente Ley Orgánica:

---

(\*) Esta sección ha sido preparada por Francisco Javier Alvarez García, profesor de Derecho penal en la Universidad Complutense de Madrid.

(\*\*) En los últimos meses están siendo publicadas una apreciable cantidad de disposiciones y proyectos que, a pesar de su interés, no podemos reproducir por evidentes razones de espacio. No obstante, consideramos de la máxima importancia dar, cuando menos, noticia de ellos para, de esta forma, mantener un cierto rigor en la continuidad de la información legislativa. En ese sentido, merecen ser destacadas las siguientes: a) *Disposiciones*: Instrumento de ratificación de 22 de junio 1984 del Protocolo de 1978, relativo al Convenio Internacional para prevenir la contaminación por los buques, 1973, hecho en Londres el 17 de febrero de 1978 ("BOE", núms. 249 y 250, de 17 y 18 de octubre 1984); RD 1.910/1984 de 26 de septiembre sobre recetas médicas ("BOE", núm. 259, de 29 de octubre 1984); Instrumento de ratificación de 24 de febrero 1984 del Tratado de Extradición y Asistencia Judicial en Materia Penal entre España y la República Dominicana. Hecho en Madrid el 4 de mayo de 1981 ("BOE", núm. 273, de 14 de noviembre 1984). b) *Proyectos*: De Ley cambiaria y del cheque ("BOC", de 11 de septiembre 1984, Serie A, número 113-I); Convenio relativo a la conservación de la vida silvestre y

## EXPOSICION DE MOTIVOS

Establecido en nuestra Constitución el secreto de las comunicaciones telefónicas como uno de los principios de la protección que nuestra máxima Ley dispensa al honor y a la intimidad personales, se hace necesario tipificar penalmente los comportamientos que atenten contra dicho bien jurídico, sin perjuicio de otras competencias jurisdiccionales que contribuyan a reparar el daño causado fuera del ámbito de la jurisdicción penal.

La tipificación de esta última naturaleza viene exigida por imperativo de una sensibilidad democráticamente expresada ante la posibilidad, no prevista hasta ahora de manera explícita en nuestras Leyes penales, de que se instalen con manifiesta ilicitud arbitrarias escuchas telefónicas.

La definición de esta figura delictiva debe contener los elementos intencionales precisos para excluir, de una parte, aquellas conductas en que la interceptación o escucha sea consecuencia necesaria de una actuación con fines exigidos por las indispensables correcciones técnicas, tales como reparación de averías o escuchas provocadas por una causa fortuita, u obedezca a un mandato de la Autoridad Judicial previsto en el artículo 18 de nuestra Constitución, y por otra parte debe comprender la previsión delictiva al amparo de la multiplicidad de medios instrumentales a través de los que se consigue violar el secreto de las comunicaciones telefónicas.

*Artículo único.*

Se incluyen en el Código penal vigente los siguientes preceptos:

"Artículo 192 bis.—La Autoridad, funcionario público o agente de éstos que sin la debida autorización judicial, salvo, en su caso, lo previsto legalmente en desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución, interceptare las comunicaciones telefónicas o utilizare artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido incurrirá en la pena de arresto mayor en su grado máximo e inhabilitación absoluta.

Si divulgare o revelare la información obtenida por cualquiera de los precitados medios, se le impondrá la pena inmediatamente superior en grado a la prevista en el párrafo anterior."

"Artículo 497 bis.—El que para descubrir los secretos o la intimidad de otros sin su consentimiento interceptare sus comunicaciones telefónicas o utilizare instrumentos o artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 30.000 a 150.000 pesetas. Si divulgare o revelare lo

---

del medio natural en Europa, hecho en Berna, el 19 de septiembre 1979, y proyecto de reservas a efectuar por España ("BOC", de 10 de noviembre 1984, Serie C, núm. 176-I); De Ley Orgánica de Código Penal Militar ("BOC" de 12 de noviembre 1984, Serie A, núm. 123-I); De Ley Orgánica de modificación del Código penal en correlación con el Código Penal Militar ("BOC", de 12 de noviembre 1984, Serie A, núm. 124-I); Acuerdo sobre seguridad de información militar clasificada y anejos entre España y Estados Unidos ("BOC", de 24 de noviembre 1984, Serie C, núm. 176-I).

descubierto incurrirá en las penas de arresto mayor en su grado máximo y multa de 30.000 a 800.000 pesetas.”

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Ley Orgánica.

Palacio de la Zarzuela, Madrid, a 15 de octubre de 1964.

JUAN CARLOS R.

El Presidente del Gobierno,  
FELIPE GONZALEZ MARQUEZ

*LEY ORGANICA 8/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución (“B. O. E.”, núm. 3, de 3 de enero 1985.)*

JUAN CARLOS I,

REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren.

Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente Ley Orgánica:

## CAPITULO I

### DISPOSICIONES GENERALES

*Artículo primero. Ambito de aplicación de la Ley.*

1. La presente Ley es de aplicación a las personas integradas en bandas armadas o relacionadas con actividades terroristas o rebeldes que proyecten, organicen o ejecuten los delitos que se especifican en el siguiente apartado, y las que cooperen en ellos o provoquen a la participación en los mismos, o encubran a los implicados.

También es de aplicación a las que hicieran apología de tales delitos.

2. El ámbito de aplicación de esta Ley comprenderá los supuestos siguientes:

- a) Delitos contra la vida y la integridad de las personas.
- b) Atentados contra la autoridad, sus agentes, los funcionarios públicos y sus familiares.
- c) Detenciones ilegales, secuestros bajo rescate o cualquier otra condición o con simulación de funciones públicas.
- d) Asaltos a establecimientos militares y de las Fuerzas de Seguridad del Estado. Policías de las Comunidades Autónomas y de los entes locales, instalaciones y centros de comunicación, trenes, buques, aeronaves, automóviles, edificios públicos, oficinas bancarias recaudatorias, mercantiles u otras en que se conserven caudales, así como polvorines, armerías y centros sanitarios.
- e) Coacciones, amenazas o extorsiones.
- f) Incendios u otros estragos.

g) Delitos contra el Jefe del Estado y su sucesor, contra los altos Organismos de la Nación, contra la forma de Gobierno y delitos contra la seguridad exterior del Estado.

h) Rebelión.

i) Tenencia o depósito de armas, municiones o explosivos, así como su adquisición, fabricación, manipulación, transporte o suministro.

j) La constitución de entidades organizaciones, bandas o grupos formados para la actividad terrorista o rebelde, la pertenencia a los mismos y los actos de cooperación o colaboración con sus actividades.

k) Cualesquiera otros delitos realizados por las personas comprendidas en el número 1, cuando la comisión de los mismos contribuya a la actividad terrorista o rebelde, así como los delitos conexos y los cometidos en cooperación con dichas actividades o individuos.

*Artículo segundo. Extraterritorialidad de las normas penales.*

1. Los delitos comprendidos en esta Ley serán juzgados por los Tribunales españoles, aunque su comisión se realice fuera del territorio nacional por españoles o extranjeros si los responsables están integrados en bandás armadas rebeldes u organizaciones terroristas que operen en España o cooperen o colaboren con ellas. Se exceptúan de esta regla los supuestos en que los responsables hubieran sido enjuiciados por los Tribunales extranjeros por los mismos hechos.

2. En el caso del párrafo anterior se abonará al culpable el tiempo de prisión preventiva que hubiere sufrido en el extranjero.

3. Las condenas de Tribunales extranjeros por delitos de igual entidad a los previstos en esta Ley producirán ante los Tribunales españoles los mismos efectos que las de éstos en cuanto a lo establecido en el número 15 del artículo 10 del Código penal.

*Artículo tercero. Punibilidad agravada de las acciones terroristas y rebeldes.*

1. Se impondrán en el grado máximo las penas correspondientes a los delitos comprendidos en el artículo 1.º de esta Ley salvo que se encuentren tipificados en el capítulo 11 de la misma.

La frustración será sancionada con las mismas penas que las señaladas para el delito consumado en el supuesto de los enunciados en los apartados a) a h) del número 2 del artículo 1.º de esta Ley.

2. Lo establecido en el artículo 233 del Código penal será de aplicación a quienes atentaren contra miembros de las Fuerzas Armadas o de Cuerpos de Seguridad del Estado o de Policías de las Comunidades Autónomas y de los entes locales.

3. Los delitos comprendidos en esta Ley llevarán siempre aparejada, además de la pena señalada en cada caso, la de inhabilitación absoluta.

*Artículo cuarto. Reglas sobre responsabilidad criminal.*

No será aplicable en los delitos de apología de los comprendidos en esta Ley, o en los supuestos de provocaciones a los mismos, lo dispuesto

en los artículos 13 y 15 del Código penal, siéndoles de aplicación las reglas ordinarias de responsabilidad criminal establecidas con carácter general en el citado Código.

*Artículo quinto. Declaración de ilicitud y disolución de asociaciones.*

Cuando los dirigentes o miembros activos de organizaciones, asociaciones, sociedades, centros colectivos de actividad política, cultural o social, con o sin personalidad jurídica, fueren condenados por delitos comprendidos en esta Ley, cuya comisión fuera inducida, amparada o encubierta por los referidos entes, o en las que hubiesen sido utilizados, con su conocimiento, la organización cobertura legal o medios materiales de éstos, el Tribunal sentenciador acordará, a instancia de parte y previa declaración de ilicitud, su disolución o clausura.

*Artículo sexto. Atenuación de penas en el desistimiento con propósito de reinserción social.*

1. En los delitos comprendidos en el artículo 1.º serán circunstancias cualificativas para la graduación individual de las penas:

a) Que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y se presente a las autoridades confesando los hechos en que hubiere participado.

b) Que el abandono por el culpable de su vinculación criminal hubiere evitado o disminuido sustancialmente una situación de peligro impedido la producción del resultado dañoso o coadyuvado eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables.

2. En los supuestos mencionados en el apartado anterior, el Tribunal impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la fijada al delito sin tener en cuenta para ello la elevación de pena establecida en el artículo 3.º. Asimismo podrá acordar la remisión total de la pena cuando la colaboración activa del reo hubiere tenido una particular trascendencia para la identificación de los delincuentes, para evitar el delito o para impedir la actuación o el desarrollo de las bandas terroristas o rebeldes y siempre que no se imputen al mismo en concepto de autor acciones que hubieren producido la muerte de alguna persona o lesiones de los números 1.º y 2.º del artículo 420 del Código penal. Esta remisión quedará condicionada a que el reo no vuelva a cometer cualquiera de los delitos previstos en esta Ley.

3. El integrante colaborador o cóoperador de grupos o bandas armadas que se encuentre en prisión condenado por sentencia firme podrá obtener la libertad condicional si concurre alguna de las circunstancias a que se refiere el apartado 1, b) de este artículo y hubiese cumplido, al menos, un tercio de la pena impuesta.

## CAPITULO II

## DELITOS Y PENAS

*Artículo séptimo. Integración en bandas terroristas o rebeldes.*

1. Los integrantes de una organización terrorista, rebelde o banda armada, así como quienes prestaren a éstas su cooperación, serán castigados con la pena de prisión mayor y multa de 150.000 a 750.000 pesetas.

A los promotores y directivos de la organización terrorista, rebelde o banda armada y a quienes dirigieran cualquiera de sus grupos se les impondrán las penas del párrafo anterior en su grado máximo.

2. La conspiración la proposición y la provocación para la constitución del grupo terrorista, rebelde o banda armadas serán castigadas, respectivamente, con las penas inferiores en grado.

*Artículo octavo. Delitos de terrorismo*

1. El que integrado en una organización terrorista, rebelde o banda armada realizare cualquiera de los hechos delictivos relacionados en los apartados a) al h) del artículo 1.º, utilizando armas de fuego, bombas, granadas, sustancias o aparatos explosivos o medios incendiarios de cualquier clase, cualquiera que sea el resultado producido será castigado con la pena de prisión mayor en su grado máximo. A los promotores y organizadores del hecho, así como a los que hubieren dirigido su ejecución, les será impuesta la pena de reclusión menor.

2. Cuando los hechos relacionados en el párrafo anterior sean susceptibles de incriminación con arreglo a otro o más preceptos, se aplicará la pena de mayor gravedad.

*Artículo noveno. Delitos de colaboración en actividades terroristas y rebeldes.*

1. Será castigado con las penas de prisión mayor y multa de 150.000 a 750.000 pesetas el que obtenga, recabe o facilite cualquier acto de colaboración que favorezca la comisión de delitos comprendidos en esta Ley o la realización de los fines de un grupo terrorista o banda armada o rebelde.

2. En todo caso, son actos de colaboración los siguientes:

a) Información sobre personas y patrimonios, instalaciones, edificios públicos y privados, centros urbanos y cualesquiera otras que sean significativas para las actividades del grupo o banda armada o rebelde.

b) Construcción, cesión o utilización de cualquier tipo de alojamiento u otro elemento susceptible de ser destinado a ocultación de personas, depósito de armas o explosivos, víveres, dinero u otras pertenencias relacionadas con los grupos o bandas armadas, terroristas o rebeldes, o vinculadas con sus actividades delictivas y la prestación de cualquier tipo de ayudas que favorezcan la fuga de aquéllas.

d) Organización o asistencia a cursos o campos de entrenamiento de los grupos o bandas armadas, terroristas o rebeldes y el mantenimiento

de relaciones de cooperación con organizaciones extranjeras del mismo carácter.

e) Cualquier forma de cooperación económica o de ayuda o mediación hecha con la finalidad de financiar grupos o actividades terroristas, rebeldes y bandas armadas.

3. Cuando los hechos relacionados en los apartados anteriores sean susceptibles de incriminación con arreglo a otro u otros preceptos se aplicará el que señale pena de mayor gravedad.

*Artículo décimo. Apología de los delitos previstos en esta Ley.*

1. La apología de los delitos comprendidos en esta Ley será castigada con las penas de prisión menor y multa de 150.000 a 750.000 pesetas. En el supuesto de que el delito tuviera señalada la pena de prisión menor o inferior, la apología será castigada con la pena inferior en un grado. Los Jueces y Tribunales podrán acordar la clausura del medio en el que se hubiere realizado la publicación o difusión, con los efectos expresados en el artículo 21.

2. Se considera, en todo caso, apología.

a) La alabanza o aprobación de hechos delictivos comprendidos en esta Ley, mediante la manifestación hecha en público.

b) El apoyo o ensalzamiento de la rebelión o de las actividades propias de una organización terrorista o grupo armado o rebelde, o de los hechos y efemérides de sus miembros mediante la publicación y difusión en los medios de comunicación social de artículos de opinión, reportajes informativos, composiciones gráficas, comunicados y, en general, cualquier otro modo en el que se materialice la difusión.

c) El apoyo o adhesión a la rebelión o a las organizaciones terroristas o grupos armados o rebeldes o a sus actividades o a las de sus miembros, mediante discursos, soflamas u ostentación de pancartas, que se produjeran durante la celebración de concentraciones en las vías urbanas u otros lugares abiertos al público.

3. No se aplicará este precepto cuando el hecho esté sancionado en otra o más normas que lo castiguen con pena de mayor gravedad.

### CAPITULO III

#### NORMAS PROCESALES

*Artículo undécimo. Organos jurisdiccionales competentes*

La instrucción, conocimiento o fallo de las causas criminales por los delitos comprendidos en el ámbito de aplicación de la presente Ley corresponde en la jurisdicción ordinaria a los Juzgados Centrales de Instrucción y a la Audiencia Nacional.

*Artículo duodécimo. Procedimiento aplicable al enjuiciamiento de los delitos.*

1. Serán de aplicación al enjuiciamiento de los delitos comprendidos en esta Ley las normas de procedimiento establecidas en el título III del

libro IV, capítulos 1.º y 3.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cualquiera que sea la pena que corresponda, con las especialidades que se establecen en los artículos siguientes.

2. La Sala de lo Penal competente para el conocimiento de estas causas se formara, en todo caso, con tres Magistrados.

*Artículo decimotercero. Detención preventiva*

Los detenidos, por hallarse comprendidos en esta Ley, serán puestos a disposición del Juez competente dentro de las setenta y dos horas siguientes a la detención. No obstante, la detención preventiva podrá prolongarse el tiempo necesario para los fines investigadores hasta un plazo máximo de otros siete días, siempre que tal propuesta se ponga en conocimiento del Juez antes de que transcurran las setenta y dos horas de la detención. El Juez, en el término de veinticuatro horas, denegara o autorizará la prolongación propuesta.

*Artículo decimocuarto. Control judicial de la detención*

1. Durante la detención, el Juez podrá en todo momento requerir información y conocer, personalmente o mediante delegación en el Juez de Instrucción del partido o demarcación donde se encuentre el detenido, la situación de éste, pudiendo el primero, en su caso, revocar la autorización de prolongación de la detención.

2. La previsión anterior se entiende sin perjuicio de las actuaciones judiciales pertinentes en caso de utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en esta Ley y de las competencias que en defensa de la legalidad corresponden al Ministerio Fiscal.

*Artículo decimoquinto. Incomunicaciones*

1. La autoridad que haya decretado la detención o prisión podrá ordenar la incomunicación por el tiempo que estime necesario mientras se completan las diligencias o la instrucción sumarial, sin perjuicio del derecho de defensa que afecte al detenido o preso y de lo establecido en los artículos 520 y 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para los supuestos de incomunicación.

2. Toda diligencia o resolución judicial, derivada o no de los procedimientos incoados en virtud de esta Ley, que pueda afectar a la incomunicación acordada debe ser adoptada por los órganos jurisdiccionales competentes según esta Ley.

*Artículo decimosexto. Detenciones y registros domiciliarios*

1. Los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado podrán proceder sin necesidad de previa autorización o mandato judicial a la inmediata detención de los presuntos responsables de las acciones a que se refiere el artículo 1.º, cualquiera que fuese el lugar o domicilio donde se ocultasen o refugiasen, así como al registro de dichos lugares y a la ocupación de los efectos e instrumentos que en ellos se hallaren y que pudieren guardar relación con el delito.



2. El Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicarán inmediatamente al Juez competente el registro efectuado, las causas que lo motivaron y los resultados obtenidos del mismo, con especial referencia a las detenciones que, en su caso, se hubiesen practicado.

*Artículo decimoséptimo. Observación postal, telegráfica y telefónica.*

1. El Juez podrá acordar en resolución motivada la observación postal, telegráfica o telefónica, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos, respecto de aquellas personas en las que, de las investigaciones sobre la actuación de bandas armadas, rebeldes o elementos terroristas, a que se refiere esta Ley, resulten indicios de responsabilidad criminal o de las que se sirvan para la realización de sus fines ilícitos.

2. En caso de urgencia esta medida podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado; comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al Juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación.

3. En todo caso, el resultado de la observación deberá comunicarse puntualmente al Juez competente, quien podrá revocar lo acordado total o parcialmente en cualquier momento. En el supuesto de revocación deberá efectuarse inmediatamente la resolución.

4. La sucesiva o sucesivas prórrogas se someterán a los mismos trámites.

*Artículo decimoctavo. Garantía y control de las medidas.*

1. Las resoluciones en que se decreten las suspensiones de derechos contenidos en los artículos precedentes serán notificadas inmediatamente a los interesados, salvo cuando con ello se comprometa el resultado de las investigaciones.

2. Sin perjuicio de los demás medios de control parlamentario que prevean los reglamentos del Congreso de los Diputados y del Senado, el Gobierno informará a las Cámaras al menos cada tres meses, del uso que se hace y del resultado obtenido por la aplicación de las medidas adoptadas.

3. Quienes utilicen injustificada o abusivamente las facultades contenidas en los anteriores artículos serán castigados con la pena prevista en el artículo 194 del Código penal, a no ser que los hechos constituyan otro delito de mayor gravedad.

*Artículo decimonoveno. Prisiones y libertades provisionales.*

1. El Juez o Tribunal competente decretará, en todo caso, la prisión preventiva incondicional en los delitos que tengan señalada pena igual o superior a la de prisión mayor y, asimismo, atendidas las circunstancias del caso y los antecedentes del inculpado, podrá decretar la prisión pro-

visional incondicional cuando el delito pueda tener señalada pena inferior.

2. La prisión preventiva podrá durar siempre hasta el límite máximo de dos años señalado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y será prorrogable en la forma y por el plazo fijado en la misma Ley.

3. Sin perjuicio del cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo anterior no se llevará a cabo la excarcelación de los presos o detenidos cuya libertad se hubiere acordado, en tanto la resolución no sea firme, cuando el recurrente fuese el Ministerio Fiscal.

*Artículo vigésimo. Suspensión cautelar de actividades.*

En los supuestos a que se refiere el artículo 5.º de esta Ley, cautelarmente, durante la instrucción y pendencia de la causa criminal, el Juez podrá, mediante resolución motivada, acordar, de oficio o a instancia de parte, la suspensión de las actividades de la referidas entidades.

*Artículo vigésimo primero. Clausura de medios de difusión.*

1. Admitida la querrela presentada por el Ministerio Fiscal por delitos comprendidos en esta Ley cometidos por medio de la imprenta, radiodifusión o cualquier otro medio que facilite su publicidad, el Juez, de oficio o a petición de dicho Ministerio, ordenará el cierre provisional del medio de difusión y, si lo creyese conveniente, la ocupación material de los instrumentos del delito, siempre que por la gravedad de los hechos o por la habitualidad estime procedente la adopción de esta medida excepcional de aseguramiento. A los solos efectos de este artículo y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 48 del Código penal, se entenderán, en todo caso, instrumentos del delito las instalaciones, maquinarias y enseres por los que se hubieren realizado las actividades tipificadas anteriormente referidas y aquellos que hubieren servido para preparar o confeccionar los comunicados.

2. Dentro de los tres días siguientes a la adopción de las medidas anteriores, el Juez, oído el Ministerio Fiscal, y a la vista de las alegaciones de las partes, las ratificará o dejará sin efecto en todo o en parte por medio de auto.

3. Contra este auto, al igual que contra la resolución que se menciona en el artículo anterior, podrá interponerse directamente recurso de apelación en un solo efecto, que será resuelto por la Sala en el plazo de cinco días. En todo caso, la sentencia que ponga fin al proceso deberá levantar o imponer definitivamente el cierre del medio de difusión.

*Artículo vigésimo segundo. Suspensión de cargos públicos.*

1. Firme un auto de procesamiento por delito comprendido en esta Ley, el encausado quedará automáticamente suspendido en el ejercicio de la función o cargo público que estuviere ostentando.

2. En relación con los Diputados y Senadores, se estará a lo dispuesto en la Constitución, en la Ley Electoral y en los Reglamentos de las respectivas Cámaras.

*Artículo vigésimo tercero. Normas de agilización del procedimiento.*

1. El plazo para instrucción y calificación será común para todas las partes acusadoras, así como el de calificación para las partes acusadas.

2. La sustanciación de las causas por los delitos de esta Ley tendrá absoluta preferencia sobre cualesquiera otras y en ningún caso excederá de noventa días el plazo transcurrido entre el auto de procesamiento y la celebración de la vista del juicio oral.

## CAPITULO IV

## INDEMNIZACIONES DERIVADAS DE HECHOS TERRORISTAS

*Artículo vigésimo cuarto. Indemnizaciones a víctimas del terrorismo.*

1. Serán resarcibles por el Estado los daños corporales causados como consecuencia o con ocasión de la comisión de actividades delictivas comprendidas en esta Ley, con el alcance y condiciones que establezcan las normas que la desarrollen.

2. Las normas de desarrollo a que se refiere el número anterior habrán de ajustarse a los criterios siguientes:

1.º Si se produjeran lesiones no invalidantes la cantidad a percibir no podrá ser inferior a la fijada en el baremo de indemnizaciones vigente en cada momento, para tales lesiones, en el sistema de la Seguridad Social.

2.º De producirse lesiones invalidantes, la cantidad a percibir no podrá ser inferior a catorce mensualidades del salario mínimo interprofesional vigente.

3.º En los casos de muerte, la indemnización no podrá ser inferior a veintiocho mensualidades del salario mínimo interprofesional.

3. La determinación de la indemnización se hará teniendo en cuenta las circunstancias personales, familiares y profesionales de la víctima y, en su caso, el grado de invalidez producido.

4. Las indemnizaciones a que se refiere el presente artículo serán compatibles con cualesquiera otras a que tuvieran derecho la víctima o sus derechohabientes.

*Artículo vigésimo quinto. Otras indemnizaciones*

Serán indemnizables por el Estado los daños y perjuicios que se causaren a personas no responsables como consecuencia o con ocasión del esclarecimiento o represión de las acciones a que se refiere la presente Ley.

## DISPOSICION DEROGATORIA

1. Quedan derogados:

El artículo 1.º del Real Decreto-ley 3/1977, de 4 de enero.

Los artículos 1.º, 2.º, 4.º, 5.º, 6.º y 7.º y los números 1 y 2 del artículo

3.º del Real Decreto-ley 3/1979, de 26 de enero, sobre protección de la seguridad ciudadana.

La Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre, sobre los supuestos previstos en el artículo 55.2 de la Constitución.

Los artículos 174 bis a), 174 bis b), 174 bis c), 216 bis a), 2 y 216 bis b) del Código penal.

La disposición adicional de la Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo.

2. Quedan derogadas, asimismo, cuantas disposiciones se opongan o resulten incompatibles en su aplicación con las de la presente Ley Orgánica.

### DISPOSICIONES FINALES

Primeras.—Por el Ministerio de Economía y Hacienda se efectuarán las transferencias de créditos precisas y las habilitaciones necesarias para la ejecución de esta Ley y de las medidas en ella previstas

Segunda.—Lo dispuesto en los artículos 4.º, 5.º, 6.º, 19, 20 y 22 de la presente Ley Orgánica tendrá una vigencia temporal de dos años.

Tercera.—Esta Ley Orgánica entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado".

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Ley Orgánica.

Palacio de la Zarzuela, Madrid, a 26 de diciembre de 1984.

JUAN CARLOS R.

El Presidente del Gobierno  
FELIPE GONZALEZ MARQUEZ

*LEY ORGANICA 8/1984, de 28 de diciembre, por la que se regula el régimen de recursos en caso de objeción de conciencia, su régimen penal y se deroga el artículo 45 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. ("B. O. E.", núm. 311, de 28 de diciembre de 1984.)*

JUAN CARLOS I,

REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren,

Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente Ley Orgánica:

### PREAMBULO

Desarrollado por Ley ordinaria, el artículo 30.2 de la Constitución, se hace necesario regular las garantías del objetor, que quedan aseguradas, de acuerdo con la presente Ley Orgánica, con los recursos jurisdiccionales

articulados contra las resoluciones del Consejo Nacional de la Objeción de Conciencia que denieguen su solicitud. Recursos jurisdiccionales por la vía del procedimiento acelerado de protección de los derechos fundamentales que, aunque no prevista expresamente en la Constitución para la objeción de conciencia ofrece un trámite protector especialmente rápido, a la vez que permite evitar una sobrecarga de recursos ante el Tribunal Constitucional. Este se configura, no obstante como la última y más autorizada instancia de protección del derecho a la objeción de conciencia, lo que garantiza la plena efectividad del mismo.

Esta Ley Orgánica, de otra parte, incorpora también un régimen penal que, en condiciones que son en lo posible similares a las previstas para el servicio militar, asegura el recto cumplimiento de la prestación, regula adecuadamente las penas y garantiza su adecuación a los delitos cometidos.

#### *Artículo primero.*

1. Contra las resoluciones del Consejo Nacional de Objeción de Conciencia que denieguen la solicitud de declaración de objeción de conciencia o que tengan un efecto equivalente, podrá interponerse, de conformidad con las normas que regulan la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales el correspondiente recurso.

2. Contra las resoluciones judiciales recaídas en los procedimientos señalados en el apartado anterior, podrá interponerse recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

#### *Artículo segundo.*

1. Al objetor que faltare, sin causa justificada, por más de tres días consecutivos, del Centro, dependencia o unidad en que tuviese que cumplir la prestación social sustitutoria, se le impondrá la pena de prisión menor en su grado mínimo.

2. La misma pena se impondrá al objetor que, llamado al servicio, dejare de presentarse injustificadamente en el tiempo y lugar que se señale.

3. Al que habiendo quedado exento del servicio militar, como objetor de conciencia, rehúse cumplir la prestación social sustitutoria, se le impondrán las penas de prisión menor en sus grados medio o máximo y de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

Una vez cumplida la condena impuesta, quedará excluido de la prestación social sustitutoria, excepto en caso de movilización.

4. En tiempos de guerra se impondrán, para los supuestos de los apartados 1 y 2 las penas de prisión menor, en sus grados medio o máximo, o la de prisión mayor en su grado mínimo y, para el supuesto del apartado 3, las penas de prisión mayor, en sus grados medio o máximo, o la de reclusión menor en su grado mínimo.

5. El enjuiciamiento de estos delitos corresponderá a la jurisdicción ordinaria, que aplicará como supletorio el libro I del Código penal.

## DISPOSICION DEROGATORIA

Quedan derogados el artículo 45 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, y cuantas otras disposiciones se opongan a lo establecido en la presente Ley Orgánica.

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Ley Orgánica.

Palacio de la Zarzuela, Madrid, a 26 de diciembre de 1984.

JUAN CARLOS R.

El Presidente del Gobierno  
FELIPE GONZALEZ MARQUEZ

*LEY ORGANICA 9/1984, de 26 de diciembre, por la que se modifican los artículos 503, 504 y primer párrafo del 529 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. ("B. O. E.", núm. 3, de 3 de enero de 1985.)*

JUAN CARLOS I,

REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren,

Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente Ley Orgánica:

## EXPOSICION DE MOTIVOS

El proyecto de Ley Orgánica que el Gobierno eleva a las Cortes Generales para modificar la redacción de los artículos 503, 504 y 529 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se inspira en los mismos principios que informan ya dichos preceptos desde la promulgación de la reciente Ley Orgánica 7/1983, de 23 de abril. Obedeciendo a tales principios, presentes en la Constitución y explícitamente formulados por el Tribunal Constitucional, el presente proyecto de Ley tiene dos objetivos.

En primer lugar, dar una nueva formulación a los supuestos en que puede decretarse la prisión provisional, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional de que la medida no ha de aplicarse con automatismo, sino que la autoridad judicial tomará su decisión "teniendo en cuenta las circunstancias del caso". El proyecto ratifica, pues, el abandono del sistema instaurado en la Ley de 22 de abril de 1980 para permitir que sea el órgano jurisdiccional quien valore, en la tensión dialéctica entre los principios de libertad personal y presunción de inocencia y aseguramiento del proceso, cuando debe decretar la prisión preventiva y

cuándo la libertad provisional del imputado, con o sin fianza. Las interpretaciones dispares que se habían producido en la práctica acerca del alcance del último inciso de la circunstancia segunda del artículo 503, de las que se ha hecho eco la doctrina, obligan al legislador a pronunciarse para evitar divergencias hermenéuticas. Por otra parte, promulgada y vigente la Ley Orgánica 1/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, en la que se modifica extensamente el sistema penológico, parece procedente incluir las penas de prisión menor e inferiores en la circunstancia segunda del artículo 503, con la correspondiente adecuación del artículo 529 a la modificación operada.

El segundo objetivo de este proyecto es el de resolver ciertos problemas que la práctica ha revelado en torno a la duración máxima de la situación de prisión preventiva. Nuestro sistema constitucional impone, como es sabido, dos límites temporales a esa situación. Uno, derivado del principio de presunción de inocencia, está presente en el artículo 528 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ("la prisión provisional sólo durará lo que subsistan los motivos que la hayan ocasionado"); parece conveniente completar la declaración del artículo citado, otorgando el máximo rango legislativo al derecho del inculcado en situación de prisión a que su causa sea atendida con especial diligencia por los órganos del Poder Judicial. Paralelamente, el proyecto, que hace suya la vieja declaración de la exposición de motivos del Real Decreto aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ("el ciudadano de un pueblo libre no debe expiar faltas que no son suyas, ni ser víctima de la impotencia o del egoísmo del Estado"), establece que en el cómputo de la duración de la prisión provisional no se sumarán los períodos en que la causa sufra dilaciones no imputables a los mismos órganos a quienes antes ha exigido esa especial diligencia, esto es, a los órganos jurisdiccionales. Aunque una aplicación de la doctrina del fraude a la Ley pudiera haber bastado para llegar a los mismos resultados que ahora explícitamente se formulan, en materia como ésta, en que las cautelas interpretativas son ciertamente lógicas, resulta conveniente desvanecer toda duda que favorezca resultados contrarios a los perseguidos por el ordenamiento. No hace el proyecto, por lo demás, sino acoger razonamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del propio Tribunal Constitucional.

El otro límite, vinculado al derecho a la libertad persona más directamente, está acogido en el artículo 504. Las experiencias recogidas en la aplicación de este último precepto, en tanto que impone los límites temporales máximos de la situación de prisión preventiva, manifiestan la necesidad de prever un sistema de prórrogas vinculado a situaciones objetivas que permitan conjugar el principio de libertad personal con el aseguramiento del proceso penal sin que, en ningún caso, la prisión preventiva juegue como pena anticipada ni, en general, como medida criminológica, tal y como tiene declarado el Tribunal Constitucional. Por ello se prevé que la medida de prolongación se adopte en resolución motivada contra la que se podrán utilizar los recursos de reforma y de apelación, que supondrán una garantía que evite que la medida cautelar derive hacia fines distintos de los constitucionalmente previstos.

*Artículo único.*

Los artículos 503, 504 y 529 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal tendrán la siguiente redacción:

*“Artículo 503*

Para decretar la prisión provisional serán necesarias las circunstancias siguientes:

1.ª Que conste en la causa la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito.

2.ª Que éste tenga señalada pena superior a la de prisión menor, o bien que, aun cuando tenga señalada pena de prisión menor o inferior, considere el Juez necesaria la prisión provisional, atendidos los antecedentes del imputado, las circunstancias del hecho, la alarma social que su comisión haya producido o la frecuencia con la que se cometan hechos análogos. Cuando el Juez haya decretado la prisión provisional en caso de delito que tenga prevista pena inferior a la de prisión mayor, podrá, según su criterio, dejarla sin efecto, si las circunstancias tenidas en cuenta hubiesen variado, acordando la libertad del inculcado con o sin fianza.

3.ª Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión.

*Artículo 504.*

Procederá también la prisión provisional cuando concurran la primera y la tercera circunstancia del artículo anterior y el inculcado no hubiera comparecido, sin motivo legítimo, al primer llamamiento del Juez o Tribunal o cada vez que éste lo considere necesario.

No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, aunque el delito tenga señalada pena superior a la de prisión menor, cuando el inculcado carezca de antecedentes penales o éstos deban considerarse cancelados y se pueda creer fundadamente que no tratara de sustraerse a la acción de la justicia y, además, el delito no haya producido alarma ni sea de los que se cometen con frecuencia en el territorio donde el Juez o Tribunal que conociere de la causa ejerce su jurisdicción, podrán éstos acordar, mediante fianza, la libertad del inculcado.

El inculcado retenido en prisión provisional tiene el derecho a que su caso sea atendido de forma prioritaria y con especial diligencia. El Juez o Tribunal que conozca de la causa y el Ministerio Fiscal, cada uno dentro de sus funciones, cuidarán bajo su responsabilidad de que la prisión provisional no se prolongue más allá de lo necesario.

La situación de prisión provisional no durará más de tres meses cuando se trate de causa por delito al que corresponda pena de arresto mayor, ni más de un año cuando la pena sea de prisión menor o de dos años cuando la pena sea superior. En estos dos últimos casos, concurriendo circunstancias que hagan prever que la causa no podrá ser juzgada en



estos plazos y que el inculpado pudiera sustraerse a la acción de la justicia, la prisión podrá prolongarse hasta dos y cuatro años, respectivamente. La prolongación de la prisión provisional se acordará mediante auto, con audiencia del inculpado y del Ministerio Fiscal.

Una vez condenado el inculpado, la prisión provisional podrá prolongarse hasta el límite de la mitad de la pena impuesta en la sentencia cuando ésta hubiere sido recurrida.

No se tendrá en cuenta, para el cómputo de los plazos establecidos en este artículo, el tiempo en que la causa sufre dilaciones no imputables a la Administración de Justicia.

Contra los autos que decreten la prisión provisional o los que dispongan su prolongación o libertad provisional podrán ejercitarse los recursos de reforma y apelación.

Concedida la libertad por transcurso de los plazos máximos previstos para la prisión provisional será también de aplicación lo dispuesto en el párrafo primero de este artículo.

Artículo 529 (párrafo primero).

Quando el procesado lo fuere por delito al que estuviere señalada pena de prisión menor o inferior, y no estuviere, por otra parte, comprendido en el número 3.º del artículo 492 ni haya sido decretada su prisión provisional por aplicación de lo establecido en los artículos 503 ó 504 de esta Ley, el Juez o Tribunal que conociere de la causa decretará si el procesado ha de dar o no fianza para continuar en libertad provisional. (Los párrafos segundo y tercero de este artículo permanecen igual)."

#### DISPOSICION FINAL

La presente Ley Orgánica entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado".

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Ley Orgánica.

Palacio de la Zarzuela, Madrid, a 26 de diciembre de 1984.

JUAN CARLOS R.

El Presidente del Gobierno,  
FELIPE GONZALEZ MARQUEZ

*PROYECTO DE LEY ORGANICA de reforma del Código Penal en materia de delitos contra la Hacienda Pública.*  
(“B. O. C. de 11 de septiembre de 1984, Serie A: Proyectos de Ley, núm. 114-I).

### EXPOSICION DE MOTIVOS

El artículo 31.1 de la Constitución Española ha establecido el principio de que todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos, de acuerdo con su capacidad económica, mediante un sistema tributario justo y no confiscatorio. Este principio, irrenunciable en un Estado que propugna como valores superiores la justicia y la igualdad, no se verá realizado si el fraude fiscal no encuentra, para su más graves manifestaciones, una respuesta penal. De ello fue ya consciente el legislador cuando en la Ley 50/1974, de 14 de noviembre, en sustitución del vetusto delito de ocultación fraudulenta de bienes o de industria introdujo, en el artículo 319 del Código penal, el tipo de delito fiscal, cuya regulación se completó con los artículos 36 y, sobre todo, 37 de la propia Ley 50/1977. La previsión legislativa no ha tenido, por muchas razones, los frutos deseados y, especialmente el efecto de prevención general al que tiende todo precepto penal, pues existen todavía no pocas situaciones fraudulentas en las que, mediante acciones u omisiones deliberadas, se atenta de hecho contra los principios de generalidad y capacidad del artículo 31 de la Constitución. La redacción del artículo 37 de la Ley 50/1977, que exige el agotamiento de la vía administrativa antes de que la propia Administración tributaria —única legitimada para ello— promueva el ejercicio de la acción penal, es ciertamente un obstáculo para el correcto funcionamiento del mecanismo procesal y sustantivo y, por ello, el Gobierno propone su derogación, consciente, además, de que imponer una prejudicialidad tributaria con carácter necesario choca con el principio tradicional en nuestro Ordenamiento que, con suficiente elasticidad, aparece recogido en el Capítulo II del Título del Libro I de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El Gobierno no se limita a proponer la eliminación de esa barrera prejudicial para reprimir el fraude fiscal, sino que, como adelanto, en cierto modo, de lo que podrá ser el nuevo Código penal que se proyecta, aspería a mejorar los textos sustantivos con otras dos modificaciones.

La primera, que es la del artículo 319 del Código penal, quiere avanzar en la delimitación de la conducta típica del delito fiscal por antonomasia. Se quiere, en efecto, que dicha conducta no sea tanto la falta de pago de los tributos, cuanto la actitud defraudatoria mediante actos u omisiones tendentes a eludir la cuantificación de los elementos que configuran la deuda tributaria y, por lo tanto, su pago.

Para ello no sólo se ha modificado la redacción del artículo 319, sino que también se ha introducido un nuevo artículo, el 319 bis b), que sanciona el incumplimiento de obligaciones formales como infracción autónoma, dada la trascendencia que la colaboración activa de los sujetos pasivos de los tributos tiene en nuestro sistema.

La segunda modificación quiere sancionar específicamente la malversación o distracción de los fondos públicos que perciben los particulares, sin perjuicio de que, en virtud de las reglas generales sobre concurso, las conductas incriminadas puedan, en casos determinados, ser acreedoras de la aplicación de otros preceptos. El encaje sistemático del artículo 319 bis a), que introduce la nueva figura delictiva, al igual que el de alguna de las conductas incriminadas en los otros preceptos que modifica o crea este Proyecto, se presenta difícil en un Título dedicado genéricamente a las falsedades, cuando el bien jurídico que se trata de proteger es del orden socioeconómico. Esta circunstancia no hace sino demostrar la insuficiencia del Código vigente para tutelar adecuadamente los valores que el pueblo español considera hoy más relevantes y significadamente, los que en la Constitución ha recogido, entre los que se encuentra la aspiración de una igualdad real y efectiva de los ciudadanos y de los grupos. Una fiscalidad cuyas lagunas normativas o insuficiencias como las que esta Ley quiere erradicar distorsiona el sistema económico y atenta, de hecho, contra la aspiración igualitaria y el principio de capacidad contributiva.

Consciente, no obstante, el Gobierno de que la sanción penal —sobre todo la que impone penas privativas de libertad— debe reservarse para conductas más gravemente dañosas, ha aprobado simultáneamente con éste otros tres Proyectos de Ley que se complementan entre sí. Los Proyectos de Ley sobre coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros, sobre tributación de activos financieros y sobre medidas contra el fraude fiscal tratan de dotar a las Administraciones Financieras de los instrumentos precisos para que la imposición de sanciones penales quede reservada a aquellos que infringen activamente deberes elementales de ciudadanía.

## PROYECTO DE LEY ORGANICA DE REFORMA DEL CODIGO PENAL EN MATERIA DE DELITOS CONTRA LA HACIENDA PUBLICA

### *Artículo único.*

El Capítulo VI del Título III del Libro II del Código penal, con la rúbrica “Delitos contra la Hacienda Pública”, comprenderá los artículos 319, 319 bis a) y 319 bis b), con la siguiente redacción:

“Artículo 319. El que defraudare a la Hacienda Estatal, autónoma o local eludiendo el pago de tributos o disfrutando indebidamente de beneficios fiscales mediante el incumplimiento de obligaciones tributarias formales o el falseamiento sustancial de los datos, contabilidad o comprobantes necesarios para determinar el hecho o la base imponible, siempre que la cuantía de la cuota defraudatoria exceda de cinco millones de pesetas, será castigado con las penas de prisión menor y multa del tanto al séxtuplo de las citadas cuantías.

A los efectos de determinar la cuantía mencionada en el párrafo an-

terior, si se tratare de tributos periódicos, se estará a lo defraudado en cada período impositivo, y, si éste fuere inferior a doce meses, el importe de lo defraudado se referirá al año natural. En los tributos que no tengan carácter periódico, la cuantía se entenderá referida a cada uno de los distintos conceptos por los que un hecho imponible sea susceptible de liquidación.

Además de las penas señaladas, se impondrá al responsable o a la persona por él representada la pérdida de todo beneficio fiscal y apoyo oficial económico o financiero, o bien la prohibición de obtenerlos durante el período de tres a seis años”.

“Artículo 319 bis a) El que obtuviere una subvención o desgravación pública, en más de dos millones y medio de pesetas, falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubiesen impedido, será castigado con la pena de prisión menor y multa del tanto al triplo de la misma.

El que en el desarrollo de una actividad subvencionada con fondos públicos, cuyo importe supere los dos millones y medio de pesetas, incumpliere las condiciones establecidas alterando sustancialmente los fines para los que la subvención fue concedida, será castigado con la pena de prisión menor y con multa del tanto al duplo de la misma.

Además de las penas señaladas se impondrá al responsable o a la persona por él representada la pérdida de todo beneficio fiscal y apoyo oficial económico o financiero, o bien la prohibición de obtenerlos durante un período de tres a seis años.”

“Artículo 319 bis b) Será castigado con la pena de arresto mayor y multa de quinientas mil a un millón de pesetas el que estando obligado por Ley tributaria a llevar contabilidad mercantil o libros o registros fiscales:

a) Incumpliera absolutamente dicha obligación en régimen de estimación directa de bases tributarias.

b) Lleve contabilidades diversas, que referidas a una misma actividad y ejercicio económico oculten o simulen la verdadera situación de la empresa.

c) No hubiere anotado en los libros obligatorios, negocios, actos, operaciones o, en general, transacciones económicas o los hubiere anotado con cifras distintas a las verdaderas.

d) Hubiere practicado en los libros obligatorios anotaciones contables ficticias.

La consideración como delito de los supuestos de hecho a que se refieren las letras c) y d) del apartado anterior requerirá que se hayan omitido las declaraciones tributarias o que las presentadas fueren reflejo de su falsa contabilidad y que la cuantía en más o menos de los cargos o abonos omitidos o falseados, exceda, sin compensación aritmética entre ellos, de diez millones de pesetas por cada ejercicio económico.”

#### *Disposición Adicional.*

Queda derogado el artículo 37 de la Ley 50/1977, de 14 de diciembre.

*PROYECTO DE LEY Orgánica del Poder Judicial* ("B. O. C." de 19 de septiembre de 1984, Serie A: Proyectos de Ley, núm. 118-I).

TITULO PRELIMINAR

*Del Poder Judicial y del ejercicio de la potestad jurisdiccional*

Artículo 1

La Justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial, independientes, responsables y sometidos únicamente a la Constitución y a la Ley.

Artículo 2

El ejercicio de la potestad jurisdiccional juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados en las leyes y en los tratados internacionales.

Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el párrafo anterior, las de Registro Civil y demás que expresamente le sean atribuidas por Ley en garantía de cualquier derecho.

Artículo 3

La jurisdicción es única y se ejerce por los Juzgados y Tribunales previstos en esta Ley, sin perjuicio de las facultades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución a otros órganos.

La competencia de la jurisdicción militar quedará limitada al ámbito estrictamente castrense regulado por la Ley y a los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con la declaración de dicho estado y la Ley Orgánica que lo regula.

Artículo 4

La jurisdicción se extiende a todas las personas, a todas las materias y a todo el territorio español, en la forma establecida en la Constitución y en las leyes.

Artículo 5

1. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales y de conformidad con la interpretación de la Constitución que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.

2. Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de Ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante

el Tribunal Constitucional, con arreglo a lo que establece su Ley Orgánica.

Procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional.

3. En todos los casos, en que según la Ley proceda recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional. En este supuesto, la competencia para decidir el recurso corresponderá siempre al Tribunal Supremo, cualesquiera que sean la materia, el derecho aplicable y el orden jurisdiccional.

#### Artículo 6

Los Jueces y Tribunales no aplicarán los Reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la Ley o al principio de jerarquía normativa.

#### Artículo 7

Los derechos fundamentales y las libertades públicas vinculan, en su integridad, a todos los Jueces y Tribunales, y están garantizados y bajo la tutela efectiva de los mismos.

En especial, los derechos enunciados en el artículo 53.2 de la Constitución se aplicarán, en todo caso, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado, sin que las resoluciones judiciales puedan, en ningún caso, restringir, menoscabar o inaplicar dicho contenido.

Los Juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Para la defensa de estos últimos se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén estatutariamente habilitados para su defensa y promoción.

#### Artículo 8

Los Tribunales controlan, sin excepciones, la potestad reglamentaria, así como la actuación administrativa, juzgando de su legalidad y sometimiento a los fines que le justifiquen.

#### Artículo 9

Los Juzgados y Tribunales ejercerán su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida competencia por ésta u otra Ley.

Los del orden civil conocerán, además de las materias que les son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional. Los del orden administrativo conocerán de las pretensiones formuladas frente a la Administración Pública, no expresamente atribuidas a otros Juzgados y Tribunales. No obstante, las materias laborales y de seguridad social serán conocidas por los Juzgados y Tribunales del orden social, aun en los casos en que concurra sobre las mismas la actuación de

alguna Administración Pública, con excepción del control de legalidad de las disposiciones generales.

#### Artículo 10

A los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente, salvo cuando se trate de la materia penal, cuyo conocimiento se reserva siempre a los órganos de esta clase.

La existencia de una cuestión prejudicial penal, de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta, determinará la suspensión del procedimiento mientras aquélla no sea resuelta por los órganos penales a quienes corresponda, salvo las excepciones que la Ley establezca.

#### Artículo 11

El ejercicio de las acciones y la oposición, en todo tipo de procesos, respetará las reglas de la buena fe.

Los Juzgados y Tribunales rechazarán las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude procesal. ,

#### Artículo 12

En el ejercicio de la potestad jurisdiccional, los Jueces y Magistrados son independientes respecto a todos los órganos judiciales y de gobierno del Poder Judicial.

No podrán los Jueces y Tribunales corregir la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico hecha por sus inferiores en el orden judicial, sino cuando administren justicia en virtud de las apelaciones o de otros recursos que las Leyes establezcan.

Tampoco podrán los Jueces y Tribunales dictar circulares con instrucciones de carácter general, dirigidas a sus inferiores, sobre la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico que lleven a cabo en el ejercicio de su función jurisdiccional.

#### Artículo 13

Los poderes públicos, partidos políticos, sindicatos, asociaciones, entidades públicas y privadas y los particulares respetarán la independencia de los Jueces y Magistrados.

#### Artículo 14

Los Jueces y Magistrados que se consideren inquietados o perturbados en su independencia lo pondrán en conocimiento del Consejo General del Poder Judicial, sin perjuicio de que puedan iniciar de oficio el procedimiento adecuado o de poner los hechos en conocimiento del Juez competente.

El Ministerio Fiscal, por sí o a petición de aquéllos, promoverá las acciones pertinentes en defensa de la independencia judicial.

**Artículo 15**

Los Jueces y Magistrados no podrán ser separados, trasladados, suspendidos o jubilados, sino por las causas y con la garantías establecidas en esta Ley.

**Artículo 16**

Los Jueces y Magistrados responderán penal y civilmente en los casos y en la forma establecida en las Leyes y disciplinariamente en los casos y en la forma establecidos en esta Ley.

Se prohíben los Tribunales de Honor en la Administración de Justicia.

**Artículo 17**

Todas las personas y entidades públicas y privadas están obligadas a prestar, en la forma que la ley establezca, la colaboración requerida por los Juzgados y Tribunales en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto, con las excepciones que establezcan la Constitución y las Leyes, y sin perjuicio del resarcimiento de los gastos y del abono de las remuneraciones debidas que procedan conforme a la Ley.

Las Administraciones Públicas, las Autoridades y funcionarios, las Corporaciones y todas las entidades públicas y privadas, y los particulares, respetarán y, en su caso, cumplirán las sentencias y las demás resoluciones judiciales que hayan ganado firmeza o sean ejecutables de acuerdo con las Leyes.

**Artículo 18**

Las Sentencias sólo podrán dejarse sin efecto en virtud de los recursos previstos en las Leyes.

Las Sentencias se ejecutarán en sus propios términos. Si la ejecución resultase imposible, el Juez o Tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, y fijará en todo caso la indemnización que sea procedente en la parte en que aquélla no pueda ser objeto de cumplimiento pleno. Sólo por causa de utilidad pública o interés social, declarados por el Gobierno, podrán expropiarse los derechos reconocidos frente a la Administración Pública en una Sentencia firme, antes de su ejecución. En este caso, el Juez o Tribunal a quien corresponda la ejecución será el único competente para señalar la indemnización correspondiente por vía incidental.

Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio del derecho de gracia, cuyo ejercicio, de acuerdo con la Constitución y la Ley, corresponde al Rey.

**Artículo 19**

Los ciudadanos de nacionalidad española podrán ejercer la acción popular, en los casos y formas establecidos en la Ley.

Los ciudadanos podrán participar en la Administración de Justicia: mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos



procesos penales que la Ley determine; en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales y en los demás casos que la Ley establezca.

#### Artículo 20

La Justicia será gratuita, en los supuestos que establezca la Ley.

Se regulará por Ley un sistema de justicia gratuita que dé efectividad al derecho declarado en el artículo 24 de la Constitución en los casos de insuficiencia de recursos para litigar.

### LIBRO I

*De la planta y organización de los Juzgados y Tribunales y de la extensión y límites de la jurisdicción*

#### TITULO I

*De la planta y organización territorial de los Juzgados y Tribunales*

#### CAPITULO I

*De los Juzgados y Tribunales*

#### Artículo 21

El ejercicio de la potestad jurisdiccional corresponde a los siguientes Juzgados y Tribunales:

- Juzgado de Paz.
- Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, de lo Contencioso-Administrativo, de lo Social, de Menores, y de Vigilancia Penitenciaria.
- Audiencias Provinciales.
- Audiencias Territoriales.
- Tribunales Superiores de Justicia.
- Audiencia Nacional.
- Tribunal Supremo.

#### Artículo 22

En los Tribunales o Audiencias donde existan dos o más Secciones del mismo orden jurisdiccional, se designarán por numeración ordinal.

En las poblaciones en que existan dos o más Juzgados del mismo orden jurisdiccional se designarán por numeración cardinal.

#### Artículo 23

En cada Sala o Sección de los Tribunales habrá una o más Secretarías y una sola en cada Juzgado.

#### Artículo 24

La planta de los Juzgados y Tribunales se establecerá por Ley. Será revisada, al menor, cada cinco años, previo informe del Consejo General del Poder Judicial, para adaptarla a las nuevas necesidades.

## CAPITULO II

*De la división territorial en lo judicial*

## Artículo 25

El Estado se organiza territorialmente a efectos judiciales, en municipios, partidos, provincias, territorios y, en su caso, Comunidades Autónomas.

## Artículo 26

El Municipio se corresponde con la demarcación administrativa del mismo nombre.

## Artículo 27

El Partido es la unidad territorial integrada por uno o más municipios, pertenecientes a una misma provincia.

La modificación de Partidos se realizará, en su caso, en función del número de asuntos, de las características de la población, medios de comunicación y comarcas naturales.

El Partido podrá coincidir con la demarcación provincial.

## Artículo 28

La Provincia se ajustará a los límites territoriales de la demarcación administrativa del mismo nombre.

## Artículo 29

El Territorio comprenderá una o más provincias integradas, en su caso, en el ámbito de una misma Comunidad Autónoma.

La Comunidad Autónoma será el ámbito territorial de los Tribunales Superiores de Justicia.

## Artículo 30

La Ley Planta y Demarcación, determinará la circunscripción territorial de los órganos judiciales.

A tal fin, las Comunidades Autónomas participarán en la organización de la demarcación judicial de sus territorios, remitiendo al Gobierno, a solicitud de éste, una propuesta de la misma en la que fijarán los partidos judiciales.

El Gobierno, vistas las propuestas de las Comunidades Autónomas, redactará un anteproyecto que será informado por el Consejo General del Poder Judicial en el plazo de dos meses.

Emitido el precitado informe, el Gobierno aprobará el oportuno Proyecto de Ley que en unión de las propuestas de las Comunidades Autónomas y del informe del Consejo General del Poder Judicial remitirá a las Cortes Generales para su tramitación.

La demarcación judicial será revisada cada cinco años o antes si las

circunstancias lo aconsejan mediante Ley elaborada conforme al procedimiento anteriormente establecido.

Las Comunidades Autónomas determinarán, por Ley, la capitalidad de los partidos judiciales.

#### Artículo 31

La creación de Salas, Secciones y Juzgados, corresponderá al Gobierno cuando no supongan alteración de la demarcación judicial.

En este caso será oída preceptivamente la Comunidad Autónoma afectada y el Consejo General del Poder Judicial.

### CAPITULO III

#### *De la extensión y límites de la jurisdicción*

#### Artículo 32

Los Juzgados y Tribunales españoles conocerán de los juicios que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros con arreglo a lo establecido en la presente Ley y en los Tratados y convenios Internacionales en los que España sea parte.

Se exceptúan los supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución establecidos por las normas del Derecho Internacional Público.

#### Artículo 33

En el orden civil los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes:

1. Con carácter exclusivo, cuando se ejerciten acciones relativas a derechos reales y arrendamientos de inmuebles que se hallen en territorio español; en materia de validez, nulidad o disolución de personas jurídicas con domicilio en territorio español, así como respecto de las decisiones de sus órganos; en materia de nulidad de inscripciones practicadas en Registros españoles y materia de derechos de propiedad intelectual e industrial si el depósito o el registro ha tenido lugar en territorio español.

2. Con carácter general, cuando las partes se hayan sometido expresa o tácitamente a los Juzgados y Tribunales españoles o el demandado tenga su domicilio en España, salvo que la acción ejercitada se refiera a materia incluida en el apartado precedente y los bienes inmuebles, el domicilio de las personas jurídicas o el registro se encuentren en el extranjero.

3. En defecto de los criterios precedentes, en materia de declaración de ausencia, fallecimiento o incapacidad, cuando el desaparecido o el presunto incapaz tengan su residencia habitual en territorio español; en materia de relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, nulidad matrimonial, separación y divorcio, si ambos poseen residencia habi-

tual en España al tiempo de la demanda o el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España; en las acciones de filiación o sobre relación paterno filiales, cuando el hijo tenga su residencia habitual en territorio español; en materia de alimentos cuando el acreedor de los mismos tenga su residencia habitual en territorio español; en materia de obligaciones contractuales, cuando éstas hayan nacido o deban cumplirse en España; en materia de obligaciones extracontractuales, siempre que haya ocurrido en territorio español el hecho de que deriven; en materia de sucesiones, cuando el causante haya tenido su último domicilio en territorio español o posea bienes inmuebles en España; en las acciones relativas a bienes muebles, si éstos se encuentran en territorio español al tiempo de la demanda.

4. Cuando se trate de adoptar medidas provisionales o de aseguramiento que deban cumplirse en territorio español o para la que sean competentes los Tribunales españoles conforme a los apartados precedentes.

5. Para el reconocimiento y ejecución en España de las resoluciones judiciales y arbitrales dictadas en el extranjero.

6. En materia concursal, según lo dispuesto en su Ley reguladora.

#### Artículo 34

En este orden civil, corresponderá a la jurisdicción militar la prevención de los juicios de testamentaria y de "ab intestato" de los miembros de las Fuerzas Armadas muertos en campaña o navegación, limitada a la práctica de la asistencia necesaria para disponer el sepelio, formación de inventario, seguridad de los bienes y entrega de éstos a quienes aparezcan como herederos, sin hacer declaración de derechos.

#### Artículo 35

En el orden penal se estará a lo dispuesto en el Código penal y Leyes especiales sobre la aplicación de la Ley penal sin perjuicio de lo previsto en los Tratados Internacionales.

#### Artículo 36

En el orden administrativo será competente, en todo caso, la jurisdicción española cuando la pretensión que se deduzca se refiera a disposiciones de carácter general, actos u omisiones de las Administraciones Públicas españolas. Asimismo, conocerá de las que se deduzcan en relación con actos de los Poderes Públicos españoles, de acuerdo con lo que dispongan las Leyes.

#### Artículo 37

En el orden social la jurisdicción española será competente cuando sea España el lugar de celebración o ejecución del contrato de trabajo; cuando el trabajador sea español, cualquiera que sea el lugar del contrato, si el empresario es español o tiene domicilio, agencia o sucursal en España y cuando se trate de pretensiones de Seguridad Social frente

a entidades españolas o que tengan domicilio, agencia, delegación o cualquier clase de representación en España.

Igualmente será competente el orden social de la jurisdicción para conocer de los conflictos colectivos de trabajo y del control de legalidad de los convenios colectivos promovidos o celebrados respectivamente en territorio español.

## CAPITULO IV

### *De los conflictos de jurisdicción*

#### Artículo 38

Las cuestiones de competencia entre los Juzgados o Tribunales y la Administración serán resueltos por un Tribunal constituido por el Presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá; cuatro vocales, de los que dos serán Magistrados de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de aquel Tribunal, designados por su Sala de Gobierno y los otros dos Consejeros Permanentes de Estado, designados por el Pleno del Consejo de Estado.

#### Artículo 39

Las competencias entre los Tribunales y la jurisdicción militar serán resueltos por una Sala compuesta por el Presidente del Tribunal Supremo; dos Magistrados de la Sala de lo Penal, de dicho Alto Tribunal, designados por la Sala de Gobierno, y dos Consejeros Togados del Consejo Supremo de Justicia Militar designados por dicho Consejo.

#### Artículo 40

Anualmente, se renovarán los Vocales que integran el Tribunal y la Sala previstos en los artículos anteriores.

#### Artículo 41

El planteamiento, tramitación y decisión de los conflictos se ajustará a lo dispuesto en la Ley.

## CAPITULO V

### *De los conflictos y cuestiones de competencia*

#### Artículo 42

Las competencias que puedan producirse entre Jueces y Tribunales de distinto orden jurisdiccional, integrados en el Poder Judicial, se resolverán por una Sala especial del Tribunal Supremo, presidida por el Presidente y compuesta por dos Magistrados, uno por cada orden jurisdiccional en conflicto, que serán designados anualmente por la Sala de Gobierno.

**Artículo 43**

Las competencias, tanto positivas como negativas, podrán ser promovidas de oficio o a instancia de parte o del Ministerio Fiscal, mientras el proceso no haya concluido por sentencia firme, salvo que el conflicto se refiera a la ejecución del fallo.

**Artículo 44**

El orden jurisdiccional penal es siempre preferente. Ningún Juez o Tribunal podrá plantear competencia a los órganos de dicho orden jurisdiccional.

**Artículo 45**

Promovida la competencia en escrito razonado, en el que se expresaran los preceptos legales en que se funde, el Juez o Tribunal, oídas las partes y el Ministerio Fiscal por plazo común de diez días, decidirá por medio de auto si procede declinar el conocimiento del asunto o requerir al órgano jurisdiccional que esté conociendo para que deje de hacerlo.

**Artículo 46**

Al requerimiento de inhibición se acompañará testimonio del auto dictado por el Juez o Tribunal requirente, de los escritos de las partes y del Ministerio Fiscal y de los demás particulares que se estimen conducentes para justificar la competencia de aquél.

El requerido, con audiencia del Ministerio Fiscal y las partes por plazo común de diez días, dictará auto resolviendo sobre su competencia.

**Artículo 47**

Si no se accediere al requerimiento, se comunicará así al requirente y se elevarán por ambos las actuaciones a la Sala de Conflictos.

La Sala, oído el Ministerio Fiscal por plazo no superior a diez días, dictará auto en los diez siguientes, sin que contra él quepa recurso alguno. El auto que se dicte resolverá definitivamente el conflicto de competencia.

**Artículo 48**

Las resoluciones recaídas en la tramitación de las competencias, no serán susceptibles de recurso alguno, ordinario o extraordinario.

**Artículo 49**

Desde que se dicte el auto declinando la competencia o acordando el requerimiento y desde que se tenga conocimiento de éste por el Juez o Tribunal requerido, se suspenderá el procedimiento en el asunto a que se refiere aquél.

No obstante, la suspensión no alcanzará a las actuaciones preventivas o preparatorias ni a las cautelares, cualesquiera que sean los órde-

nes jurisdiccionales en eventual conflicto, que tengan su carácter urgente o necesario, o que, de no adoptarse, pudieran producir un quebranto irreparable o de difícil reparación. En su caso, los Jueces o Tribunales adoptarán las garantías procedentes para asegurar los derechos o intereses de las partes o de terceros o el interés público.

#### Artículo 50

Si Jueces o Tribunales de distintos órdenes jurisdiccionales hubiesen dictado resoluciones contrarias entre sí, que por su naturaleza fueren firmes, y donde en mérito a hechos, pretensiones y sujetos iguales ambos se declaren incompetentes, dejando de resolver el fondo por apreciarse falta de jurisdicción, podrá interponerse recurso por defecto de jurisdicción, del que conocerá la Sala de Conflictos, completada con un Magistrado más por cada uno de los órdenes jurisdiccionales afectados la cual declarará cuál es el orden competente.

#### Artículo 51

Las cuestiones de competencia entre Jueces y Tribunales de un mismo orden jurisdiccional se resolverán por el órgano inmediato superior común, conforme a las normas establecidas en las Leyes procesales.

#### Artículo 52

No podrán suscitarse cuestiones de competencia entre Jueces y Tribunales subordinados entre sí. El Juez o Tribunal superior fijará, en todo caso, y sin ulterior recurso, su propia competencia, oídas las partes y el Ministerio Fiscal por plazo común de diez días. Acordado lo procedente, recabarán las actuaciones del Juez o Tribunal inferior o le remitirá las que se hallare conociendo.

## TITULO II

### *De la composición y atribuciones de los órganos jurisdiccionales*

## CAPITULO I

### *Del Tribunal Supremo*

#### Artículo 53

El Tribunal Supremo, con sede en la villa de Madrid, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales. Tendrá jurisdicción en toda España y ningún otro podrá tener el título de Supremo.

#### Artículo 54

El Tribunal Supremo se compondrá de su Presidente, los Presidentes de Sala y de los Magistrados que determine la Ley para cada una de las Salas y, en su caso, Secciones en que las mismas puedan articularse.

## Artículo 55

El Tribunal Supremo estará integrado por las siguientes Salas:

- Sala Primera, de lo Civil.
- Sala Segunda, de lo Penal.
- Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo.
- Sala Cuarta, de lo Social.

## Artículo 56

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo conocerá:

1. De los recursos de casación, revisión y otros extraordinarios en materia civil, que establezca la Ley.

2. De las demandas de responsabilidad civil por hechos realizados en el ejercicio de su cargo, dirigidas contra el Presidente del Gobierno, Presidentes del Congreso y del Senado, miembros del Gobierno, Diputados y Senadores, Presidente del Consejo General del Poder Judicial, Presidente del Tribunal Constitucional, Vocales del Consejo General del Poder Judicial, Magistrados del Tribunal Constitucional, Presidente, Presidentes de Sala y Magistrados del Tribunal Supremo, Fiscal General del Estado, Fiscales de Sala del Tribunal Supremo, Presidente y Consejeros del Tribunal de Cuentas, Presidente y Consejeros del Consejo de Estado, Defensor del Pueblo y Presidente y Consejeros de una Comunidad Autónoma cuando así lo determine su Estatuto de Autonomía.

3. De las demandas de responsabilidad civil dirigidas contra todos o la mayor parte de los Magistrados de un Tribunal Superior de Justicia, de una Audiencia o de cualquiera de sus Salas o Secciones, por actos judiciales en que hayan tenido participación.

4. De las peticiones de ejecución de sentencias dictadas por Tribunales extranjeros, a no ser que, con arreglo a lo acordado en los Tratados, corresponda su conocimiento a otro Juez o Tribunal.

## Artículo 57

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo conocerá:

1. De los recursos de casación y revisión que establezca la Ley.

2. De la instrucción y enjuiciamiento de las causas contra el Presidente del Gobierno, Presidentes del Congreso y del Senado, miembros del Gobierno, Diputados y Senadores, Presidente del Consejo General del Poder Judicial, Presidente del Tribunal Constitucional, Vocales del Consejo General del Poder Judicial, Magistrados del Tribunal Constitucional, Presidente, Presidentes de Sala y Magistrados del Tribunal Supremo, Fiscal General del Estado, Fiscales de Sala del Tribunal Supremo, Presidente y Consejeros del Tribunal de Cuentas, Presidente y Consejeros del Consejo de Estado y Defensor del Pueblo, así como de las causas que, en su caso, determinen los Estatutos de Autonomía.

3. De la instrucción y enjuiciamiento de las causas contra todos o la mayor parte de los Magistrados de un Tribunal Superior de Justicia, de una Audiencia, o de cualquiera de sus Salas o Secciones, por delitos o faltas cometidos en el ejercicio de su cargo.



**Artículo 58**

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo conocerá:

1. En única instancia:

a) De los recursos de esta naturaleza que se promuevan contra disposiciones y actos emanados del Consejo de Ministros o de sus Comisiones Delegadas.

b) De los recursos contra las disposiciones y actos emanados del Consejo General del Poder Judicial y, asimismo, contra los actos y disposiciones procedentes de los órganos de gobierno de las Cortes Generales, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas y Defensor del Pueblo en materia de personal y actos de administración.

2. Del recurso de casación para unificación de doctrina cuando dos o más Salas de lo Contencioso Administrativo de las Audiencias Territoriales, al resolver recursos de apelación, hubieran dictado Sentencias contradictorias en que en méritos a hechos, fundamentos o pretensiones sustancialmente iguales se llegara a pronunciamientos distintos, salvo que dicho recurso se funde exclusivamente en la infracción del Derecho propio de las Comunidades Autónomas.

3. De los recursos de casación que se interpongan contra las Sentencias dictadas en única instancia por las Salas de lo Contencioso Administrativo de las Audiencias Territoriales, salvo que dichos recursos se funden exclusivamente en la infracción del Derecho propio de las Comunidades Autónomas.

4. De los recursos de casación que se interpongan contra las Sentencias dictadas por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.

5. De los recursos de revisión que establezca la Ley y que no estén atribuidos a la Sala de Recursos de los Tribunales Superiores de Justicia.

6. De los recursos de casación y revisión contra las resoluciones del Tribunal de Cuentas.

**Artículo 59**

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo conocerá:

1. De los recursos de casación, revisión y otros extraordinarios en materia laboral y de seguridad social que establezca la Ley.

2. Del recurso extraordinario de casación para unificación de doctrina, cuando dos o más Salas de lo Social de las Audiencias Territoriales o Juzgados de lo Social en sentencias no susceptibles de recurso, hubieran dictado sentencias contradictorias en que, en méritos a hechos, fundamentos y pretensiones sustanciales iguales, se llegara a pronunciamientos distintos.

**Artículo 60**

Conocerá además cada una de las Salas del Tribunal Supremo de las recusaciones que se interpusieren contra los Magistrados que las compon-

gan, y de las cuestiones de competencia entre Jueces o Tribunales del propio orden jurisdiccional que no tengan otro superior común.

#### Artículo 61

Una Sala formada por el Presidente del Tribunal Supremo, los Presidentes de Sala y el Magistrado más antiguo y el más moderno de cada una de ellas conocerá:

1. De los recursos de revisión contra las sentencias dictadas en instancia por la Sala de lo Contencioso Administrativo de dicho Tribunal.

2. De los incidentes de recusación del Presidente del Tribunal Supremo, o de los Presidentes de Sala, o de más de dos Magistrados de una Sala.

En este caso, los afectados directamente por la recusación serán sustituidos por quienes corresponda.

3. De las demandas de responsabilidad civil que se dirijan contra todos o la mayor parte de los Magistrados de una Sala de dicho Tribunal por hechos realizados en el ejercicio de su cargo.

4. De la institución y enjuiciamiento de las causas contra los Magistrados de una Sala, cuando sean juzgados todos o la mayor parte de los que la constituyen.

## CAPITULO II

### *De la Audiencia Nacional*

#### Artículo 62

La Audiencia Nacional, con jurisdicción en toda España, tiene su sede en la Villa de Madrid.

#### Artículo 63

La Audiencia Nacional se compondrá de su Presidente, los Presidentes de Sala y el número de Magistrados que determine la Ley para cada una de sus Salas.

El Presidente de la Audiencia Nacional y los Presidentes de Sala de la misma tendrán la categoría de Magistrados del Tribunal Supremo.

#### Artículo 64

La Audiencia Nacional estará integrada por las siguientes Salas:

1. Sala de lo Penal.
2. Sala de lo Contencioso-Administrativo.
3. Sala de lo Social.

En el caso de que el número de asuntos lo aconseje, podrán crearse dos o más Secciones dentro del mismo orden jurisdiccional.

#### Artículo 65

La Sala de lo Penal conocerá:

1. En única instancia del enjuiciamiento de las causas por los siguientes delitos:

a) Falsificación de moneda, delitos monetarios y relativos al control de cambios.

b) Delitos contra el Jefe del Estado, su Sucesor, Altos Organismos de la Nación y forma de Gobierno.

c) Defraudaciones y maquinaciones para alterar el precio de las cosas que produzcan o puedan producir grave repercusión en la seguridad del tráfico mercantil, en la economía nacional o perjuicio patrimonial en una generalidad de personas en el territorio de más de una Audiencia Territorial.

d) Tráfico de drogas o estupefacientes, fraudes alimentarios y de sustancias farmacéuticas o medicinales, siempre que sean cometidos por bandas o grupos organizados y produzcan efecto en lugares pertenecientes a distintas Audiencias Territoriales.

e) Delitos distintos a los comprendidos en los apartados anteriores cuando, por su extraordinaria complejidad o graves efectos en el ámbito nacional, acuerde la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo que su instrucción corresponda a un Juzgado Central.

f) Delitos cometidos fuera del territorio nacional, cuando conforme a las Leyes o a los Tratados corresponda su enjuiciamiento a los Tribunales españoles.

En todo caso, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional extenderá su competencia al conocimiento de los delitos conexos con los anteriores.

2. De los procedimientos penales iniciados en el extranjero, de la ejecución de sentencias dictadas por Tribunales extranjeros o del cumplimiento de pena de prisión impuestas por Tribunales extranjeros, cuando en virtud de un Tratado internacional corresponda a España la continuación de un procedimiento penal iniciado en el extranjero, la ejecución de una sentencia penal extranjera o el cumplimiento de una pena o medida de seguridad privativa de libertad.

3. De los procedimientos judiciales de extradición pasiva, sea cual fuere el lugar de residencia o en que hubiese tenido lugar la detención del presunto extradicto.

4. De los recursos de apelación y quejas que se interpongan contra las sentencias y demás resoluciones de los Juzgados Centrales de Instrucción.

5. De cualquier otro asunto que le atribuyan las Leyes.

#### Artículo 66

La Sala de lo Contencioso-Administrativo conocerá en única instancia de los recursos contra disposiciones y actos emanados de los Ministros y de los Secretarios de Estado, salvo que confirmen en vía administrativa de recurso o en procedimiento de fiscalización o tutela los dictados por órganos o Entidades cualquiera que sea su ámbito territorial.

**Artículo 67**

La Sala de lo Social conocerá en única instancia:

1. De los procesos especiales de impugnación de convenios colectivos cuyo ámbito territorial de aplicación sea superior al territorio de una Comunidad Autónoma.

2. De los procesos sobre conflictivos colectivos de carácter interpretativo cuya resolución haya de surtir efecto en un ámbito territorial superior al de una Comunidad Autónoma.

**Artículo 68**

Conocerá además cada una de las Salas de la Audiencia Nacional de las recusaciones que se interpusieren contra los Magistrados que las compongan.

**Artículo 69**

Una Sala formada por el Presidente de la Audiencia Nacional, los Presidentes de las dos Salas y el Magistrado más antiguo y el más moderno de cada uno, o aquel que respectivamente les sustituya, conocerá los incidentes de recusación del Presidente, de los Presidentes de Sala o de más de dos Magistrados de una Sala.

**CAPITULO III***De los Tribunales Superiores de Justicia***Artículo 70**

El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma culminará la organización judicial en el ámbito territorial de aquélla, sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo.

**Artículo 71**

El Tribunal Superior de Justicia tomará el nombre de la Comunidad Autónoma y extenderá su jurisdicción al ámbito territorial de ésta.

**Artículo 72**

El Tribunal Superior de Justicia estará integrado de una o varias Audiencias Territoriales y de una Sala de Recursos.

El Presidente del Tribunal Superior, que tendrá categoría de Magistrado, lo será igualmente de la Audiencia Territorial de su sede y de la Sala de Recursos.

**Artículo 73**

La Sala de Recursos del Tribunal Superior de Justicia conocerá:

1. Del recurso de casación para unificación de doctrina cuando dos Salas de lo Contencioso-Administrativo, al resolver recursos de apelación,

hubieren dictado Sentencias en que en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales se haya llegado a pronunciamientos distintos, siempre que el recurso se funde exclusivamente en infracción del Derecho propio de la Comunidad Autónoma.

2. De los recursos de casación que se interpongan contra Sentencias dictadas en única instancia por las Salas de lo Contencioso-Administrativo, siempre que dichos recursos se funden exclusivamente en infracción del Derecho propio de la Comunidad Autónoma.

3. De los recursos de revisión que establezca la Ley contra las Sentencias dictadas por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo o Salas del mismo orden que resuelvan recursos contra disposiciones o actos de la Comunidad Autónoma.

4. De los recursos de casación contra las resoluciones dictadas por las Salas de lo Civil cuando se funden exclusivamente en infracción del Derecho Civil, Foral o Especial propio de la Comunidad.

5. De los recursos de revisión que establezca la Ley contra las Sentencias dictadas por las Salas de lo Civil en materia de Derecho Civil, Foral o Especial, propio de la Comunidad.

6. De las causas penales que los Estatutos de Autonomía reservan al conocimiento del Tribunal Superior de Justicia.

#### Artículo 74

Asimismo, el Tribunal Superior de Justicia, a través de su Sala de Recursos, conocerá:

1. De las cuestiones de competencia que se susciten entre los órganos jurisdiccionales de la Comunidad Autónoma que no tengan otro superior común.

2. De los incidentes de recusación del Presidente del Tribunal Superior de Justicia, del Presidente de la Audiencia Territorial, en su caso, de los Presidentes de Salas, de Audiencias Provinciales del territorio de la Comunidad Autónoma, o de más de dos Magistrados de una Sala o Audiencia Provincial.

#### Artículo 75

Contra las resoluciones de la Sala de Recursos del Tribunal Superior de Justicia no cabrán otros recursos que los siguientes:

1. El de súplica ante la propia Sala, cuando proceda.

2. El de revisión ante la propia Sala, en los casos previstos en la Ley.

3. Con carácter excepcional el de casación ante la Sala del Tribunal Supremo que corresponda, contra las sentencias dictadas en materia propia de la competencia de aquélla, cuando se hubiere incurrido en exceso de jurisdicción.

#### Artículo 76

Cuando los Estatutos de Autonomía atribuyan a los Organos Jurisdiccionales radicados en la Comunidad Autónoma el conocimiento de los recursos sobre calificación de títulos referentes al Derecho Foral o Es-

pecial privativos sujetos a inscripción en un Registro de la Propiedad de su territorio, la competencia corresponderá al Presidente del Tribunal Superior de Justicia, quien resolverá en vía gubernativa, sin ulterior recurso, en cuanto se refiera exclusivamente a defectos sobre las materias de Derecho Foral o Especial de dicho territorio. En las demás materias, la decisión del Presidente del Tribunal Superior de Justicia será apelable conforme a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria. Todo ello se entiende sin perjuicio del derecho de los interesados a acudir a los Tribunales de Justicia competentes para ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad de los títulos.

#### Artículo 77

En todo lo no previsto en este capítulo se estará, en cuanto fuere aplicable, a lo dispuesto en esta Ley para las Audiencias Territoriales, su Presidente, Magistrados, Secretarios y personal auxiliar.

### CAPITULO IV

#### *De las Audiencias Territoriales*

#### Artículo 78

Las Audiencias Territoriales tomarán el nombre de la capital del territorio donde tengan su sede y extenderán su jurisdicción al ámbito de aquél.

Los Estatutos de Autonomías podrán, sin embargo, atribuir a la Audiencia Territorial radicada en la Comunidad Autónoma la denominación de ésta.

#### Artículo 79

La constitución de una Comunidad Autónoma con un ámbito distinto al de un territorio implicará la modificación de éste. La modificación de la demarcación judicial para adaptar el territorio o territorios al ámbito de la Comunidad Autónoma se llevará a cabo mediante Ley.

#### Artículo 80

Las Audiencias Territoriales se compondrán de su Presidente, que tendrá categoría de Magistrado, los Presidentes de Sala y los Magistrados que determine la Ley para cada una de sus Salas y Secciones, en su caso.

Las Audiencias Territoriales estarán integradas por las siguientes Salas:

1. Sala de lo Civil.
2. Sala de lo Contencioso-Administrativo.
3. Sala de lo Social.

En la Audiencia Territorial quedará integrada, como Sala de lo Penal, la Audiencia Provincial con sede en la capital del territorio.

En el caso de que el número de asuntos lo aconseje podrán crearse dos o más Secciones del mismo orden jurisdiccional.

#### Artículo 81

En aquellas Audiencias Territoriales en que el escaso número de asuntos lo justifique, podrá reducirse el número de Magistrados, quedando compuestas las distintas Salas por su respectivo Presidente y los Presidentes y Magistrados, en su caso, de los órdenes jurisdiccionales que designe la Sala de Gobierno. En tal caso, los Presidentes que concurren a Sala de orden jurisdiccional distinto no quedarán excluidos del turno de ponencias.

#### Artículo 82

Cuando el número de asuntos procedentes de determinadas provincias u otras circunstancias lo requieran, podrán crearse, con carácter excepcional, Secciones de lo Contencioso-Administrativo o de lo Social de la Audiencia Territorial, con jurisdicción limitada a una o varias provincias, que podrán integrarse en una Audiencia Provincial.

Dichas Secciones estarán formadas cuando menos por un Magistrado y se completarán, en su caso, con Magistrados de la Audiencia Provincial.

#### Artículo 83

Las Salas de lo Civil de las Audiencias Territoriales conocerán:

1. De los recursos de apelación contra resoluciones dictadas en Primera Instancia, en materia civil, por los Jueces de Primera Instancia de la provincia de su sede.
2. De los recursos de queja por inadmisión del de apelación, cuando procedan de los mismos Juzgados.
3. De las cuestiones de competencia que se susciten en materia civil entre Juzgados del territorio sin otro superior común.
4. De las demandas de responsabilidad civil contra Jueces y Magistrados y miembros del Ministerio Fiscal, por hechos realizados en el ejercicio de su cargo, cuando la competencia no corresponda al Tribunal Supremo.

#### Artículo 84

Las Salas de lo Contencioso-Administrativo de las Audiencias Territoriales conocerán:

1. En única instancia:
  - a) De los recursos que se formulen contra los actos y disposiciones de los órganos de la Administración Pública de ámbito nacional, con excepción de los atribuidos a otros órganos de la jurisdicción.
  - b) De los recursos que se formulen contra los actos y disposiciones administrativas del Consejo de Gobierno y del Presidente de las Comunidades Autónomas y de las Asambleas legislativas de éstas.

2. En segunda instancia, de los recursos de apelación que se promuevan contra las resoluciones de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo que sean susceptibles de ello.

3. De las cuestiones de competencias que se susciten entre los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo del territorio.

#### Artículo 85

Las Salas de lo Social de las Audiencias Territoriales conocerán:

1. En única instancia, de los procesos sobre controversias que afecten a los intereses generales de trabajadores y empresarios en ámbito superior a la provincia, que la Ley establezca.

2. De los recursos que prevea la Ley contra las Sentencias dictadas por los Juzgados de lo Social.

3. De las cuestiones de competencias que se susciten entre los órganos de lo Social del territorio.

#### Artículo 86

Las Salas de las Audiencias Territoriales conocerán de las recusaciones que se formularen contra sus Magistrados cuando la competencia no corresponda a la Sala a que se refiere el artículo siguiente.

#### Artículo 87

Una Sala constituida por el Presidente de la Audiencia Territorial, los Presidentes de Sala y el Magistrado más moderno de cada uno de ellos conocerá:

1. De las recusaciones formuladas contra el Presidente, los Presidentes de Sala o de Audiencia Provincial del territorio o más de dos Magistrados de una Sala o Audiencia Provincial.

2. De las cuestiones de competencia que se susciten entre las Audiencias Provinciales del territorio o, en materia penal, entre Juzgados del mismo que no tengan otro superior común.

En el supuesto de integración de la Audiencia Territorial en el Tribunal Superior de Justicia de una Comunidad Autónoma, estas competencias serán ejercidas por la Sala de Recursos del mismo.

## CAPITULO V

### *De las Audiencias Provinciales*

#### Artículo 88

Las Audiencias Provinciales, que tendrán su sede en la capital de la provincia, de la que tomarán su nombre, extenderán su jurisdicción a toda ella.

Podrán crearse Secciones de la Audiencia Provincial fuera de la capital de la provincia a las que quedarán adscritos uno o varios partidos judiciales.



## Artículo 89

Las Audiencias Provinciales se compondrán de un Presidente y dos o más Magistrados. También podrán estar integradas por dos o más Secciones de la misma composición, en cuyo caso el Presidente de la Audiencia presidirá la Sección Primera.

Cuando el escaso número de causas de que conozca una Audiencia Provincial lo aconseje, podrá constar su plantilla de uno o dos Magistrados, incluido el Presidente. En este caso, la Audiencia Provincial se completará para el enjuiciamiento y fallo de las causas señaladas y cuando la naturaleza de la resolución a dictar lo exija, con el número de Magistrados que se precisen de la Audiencia Territorial. A estos efectos, la Sala de Gobierno establecerá un turno para cada año judicial.

## Artículo 90

Las Audiencias Provinciales conocerán:

1. En juicio oral y público, y en única instancia, de las causas por delito, a excepción de las que la Ley atribuya al conocimiento de los Juzgados de Instrucción o de otros Tribunales previstos en esta Ley.

2. De los recursos de apelación y de queja, en materia penal, contra las resoluciones dictadas por los Juzgados de Instrucción en los casos previstos en la Ley.

Las apelaciones de las resoluciones dictadas por los Juzgados de Instrucción en juicio de faltas, cuando así lo establezca la Ley, se fallarán definitivamente en turno de reparto por un Magistrado de la Audiencia Provincial, que actuará como Tribunal unipersonal.

3. De los recursos de apelación y de queja contra resoluciones dictadas en primera instancia, en materia civil, por los Jueces de Primera Instancia de la provincia, que no sean de la provincia sede de la Audiencia Territorial.

4. De las cuestiones de competencia, en materia civil y penal, que se susciten entre Juzgados de la provincia que no tengan otro superior común.

5. De las recusaciones de sus Magistrados cuando la competencia no es atribuida a la Sala Especial existente a esos efectos en el seno de las Audiencias Territoriales.

6. De los recursos de apelación y queja que se interpongan contra las resoluciones de los Jueces de Vigilancia penitenciaria en materia de ejecución de penas.

7. De los recursos contra las resoluciones de los Jueces de Menores de la provincia.

## Artículo 91

Las Salas de lo Penal de las Audiencias Territoriales conocerán, además, de la instrucción y fallo de las causas seguidas contra Jueces y Magistrados y miembros del Ministerio Fiscal, por delitos o faltas cometidos en el ejercicio de su cargo, cuando la competencia no corresponda al Tribunal Supremo.

## Artículo 92

El juicio del Jurado se celebrará en el ámbito de la Audiencia Provincial u otros Tribunales y en la forma establecida en la Ley del Jurado. Esta regulará los delitos a los que será aplicable este procedimiento.

## CAPITULO VI

*De los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, de lo Contencioso-Administrativo, de lo Social, de los de Vigilancia Penitenciaria y de Menores*

## Artículo 93

En cada Partido habrá uno o más Juzgados de Primera Instancia e Instrucción con sede en la capital de aquél y jurisdicción en todo su ámbito. Tomarán su designación del Municipio de su sede.

## Artículo 94

Los Jueces de Primera Instancia conocerán en el orden civil:

1. En primera instancia, de los juicios que no vengan atribuidos por esta Ley a otros Juzgados o Tribunales.
2. De los recursos de apelación contra las resoluciones de los Jueces de Paz y del de queja por inadmisión del de apelación.
3. De las cuestiones de competencia en materia civil entre los Jueces de Paz del partido.
4. De los actos de jurisdicción voluntaria previstos en la Ley.

## Artículo 95

El Registro Civil estará a cargo de los Jueces de Primera Instancia y, por delegación de éstos, de los de Paz, de conformidad con lo que establezca la Ley de Registro Civil, sin perjuicio de lo que se disponga en ella para los Registros Consulares.

En las poblaciones que por su importancia demográfica lo requieran se podrá atribuir esta competencia con exclusividad a uno o más Jueces de Primera Instancia, en cuyo caso conocerán también de las actuaciones judiciales de carácter no contencioso que afecten al estado civil de las personas, pudiendo quedar relevados de otras funciones.

## Artículo 96

Los Jueces de Instrucción conocerán, en lo Penal.

1. De la instrucción de las causas cuyo enjuiciamiento corresponda a las Audiencias Provinciales.

2. De la instrucción y fallo de las causas por delito o falta en que así se establezca por la Ley.

3. De los recursos de apelación interpuestos contra las sentencias dictadas en juicio de falta por los Jueces de Paz cuando así lo establezca la Ley y de los de queja por inadmisión del de apelación.

4. De las cuestiones de competencia en materia penal entre los Jueces de Paz del partido.

Corresponde también a los Jueces de Instrucción la autorización en resolución motivada para la entrada en los domicilios y en los restantes edificios o lugares de acceso dependiente del consentimiento de su titular, cuando ello proceda para la ejecución forzosa de los actos de la Administración.

#### Artículo 97

En la villa de Madrid, además de los Juzgados de Instrucción ordinarios, habrá uno o más Juzgados Centrales de Instrucción, con jurisdicción en toda España, que instruirán las causas cuyo enjuiciamiento corresponda a la Audiencia Nacional.

#### Artículo 98

En aquellos partidos en que el número de asuntos lo justifique y en los que haya ocho o más Juzgados se podrá establecer, por acuerdo del Consejo General del Poder Judicial publicado en el "Boletín Oficial del Estado", la separación de los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción.

#### Artículo 99

El Consejo General del Poder Judicial podrá acordar, previo informe de la Sala de Gobierno de la Audiencia Territorial o del Tribunal Superior de Justicia y a propuesta de la Junta de Jueces, si la hubiere, que uno o varios Juzgados asuman con carácter exclusivo competencias para el conocimiento de los asuntos de derecho de familia o en materias específicas, penales, civiles o mercantiles.

Esta especial atribución de competencias producirá efectos desde el inicio del año siguiente a aquel en que se acuerde.

#### Artículo 100

En cada territorio, con jurisdicción en todo él y sede en su capital, habrá uno o más Juzgados de lo Contencioso-Administrativo.

Cuando el volumen de asuntos lo requiera podrán establecerse uno o más Juzgados de lo Contencioso-Administrativo en las capitales de provincia o poblaciones que por Ley se determine, distintas de la capital del territorio correspondiente. Tomarán su denominación de la del municipio de su sede, y extenderán su jurisdicción a la provincia o partido correspondiente.

**Artículo 101**

Los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo conocerán de los recursos que se formulen contra los actos y disposiciones de los órganos de las Administraciones Públicas de ámbito no nacional que no estén atribuidos a la Sala de dicho orden de la Audiencia Territorial.

**Artículo 102**

En cada provincia con jurisdicción en toda ella y sede en su capital habrá uno o más Juzgados de lo Social. También podrán establecerse en poblaciones distintas de la capital de provincia cuando las necesidades del servicio o la proximidad a determinados núcleos de trabajo lo aconsejen.

Los Juzgados de lo Social podrán excepcionalmente extender su jurisdicción a dos o más provincias dentro del mismo territorio.

**Artículo 103**

Los Juzgados de lo Social conocerán en única instancia de los procesos relativos a materias laborales y de Seguridad Social que la Ley establezca.

**Artículo 104**

En las poblaciones que se determine, y dentro del orden jurisdiccional penal, habrá uno o varios Jueces de Vigilancia Penitenciaria, que tendrán las funciones jurisdiccionales previstas en la Ley General Penitenciaria, en materia de ejecución de penas privativas de libertad y medidas de rehabilitación social, control jurisdiccional de la potestad disciplinaria de las Autoridades Penitenciarias, amparo de los derechos y beneficios de los internos en los establecimientos penitenciarios y demás que señale la Ley.

Estas competencias podrán desarrollarse bien en régimen de exclusividad, bien compatibilizándolas con las demás del orden jurisdiccional penal.

**Artículo 105**

El número de Juzgados de Vigilancia Penitenciaria se determinará en la Ley de Planta, atendiendo principalmente a la ubicación de los establecimientos penitenciarios existentes y a la clase de éstos.

El Gobierno, previo informe del Consejo General del Poder Judicial, establecerá la sede de estos Juzgados y distribuirá la competencia territorial entre los mismos.

**Artículo 106**

Contra las resoluciones que adopten los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en materia de ejecución de penas cabrán los recursos de apelación y queja ante el Tribunal Sentenciador, que se regirán por los

trámites establecidos para estos recursos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Contra las demás resoluciones que dicten los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en las demás materias de su competencia no cabrá recurso alguno.

En todo caso, se dará audiencia al Ministerio Fiscal y deberá resolverse sin dilación alguna.

#### Artículo 107

En cada provincia, con jurisdicción en toda ella y sede en su capital, habrá uno o más Juzgados de Menores. No obstante, cuando el escaso volumen de asuntos lo aconseje, podrán establecerse Juzgados de Menores cuya jurisdicción se extienda a dos o más provincias. Tomarán su nombre de la capital donde radique su sede.

#### Artículo 108

Corresponde a los Jueces de Menores el ejercicio de las funciones reformativas que establezcan las Leyes para los menores que hubieren incurrido en conductas tipificadas por la Ley como delito o falta.

#### Artículo 109

Las decisiones de los Jueces de Menores serán recurribles en los casos y forma que la Ley establezca ante la Audiencia Provincial respectiva.

## CAPITULO VII

### *De los Juzgados de Paz*

#### Artículo 110

En cada municipio donde no exista Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, y con jurisdicción en el término correspondiente, habrá un Juzgado de Paz.

Podrá existir una sola Secretaría para varios Juzgados.

#### Artículo 111

Los Jueces de Paz serán competentes:

— En el orden civil, para la sustanciación en primera instancia, fallo y ejecución de los procesos que la Ley determine, así como para la actuación de las demás funciones que aquélla les atribuya.

— En el orden penal:

a) Para la sustanciación en primera instancia, fallo y ejecución de los procesos incoados por faltas contra los intereses colectivos, según el Código Penal.

b) Para intervenir en actuaciones penales a prevención, por delegación o cualesquiera otras que les atribuya la Ley.

**Artículo 112**

Las sentencias se dictarán previa celebración de un juicio público no sujeto a más formalidades que las que garantice la audiencia, la defensa e igualdad de las partes y la oportunidad de aportar las pruebas conducentes a la defensa en su derecho. Las sentencias penales señalarán en todo caso la falta y la pena que correspondan de acuerdo con lo dispuesto en el Código Penal.

**Artículo 113**

Los Jueces de Paz y sus sustitutos se designarán para un período de cuatro años por la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia o Audiencia Territorial correspondiente. La designación recaerá en las personas elegidas por el respectivo Ayuntamiento.

Los Jueces de Paz y sus sustitutos serán elegidos por el Pleno del Ayuntamiento, con el voto favorable de la mayoría absoluta de sus miembros, entre las personas que, reuniendo las condiciones legales, así lo soliciten. Si no hubiere solicitante, el Pleno elegirá libremente.

Aprobado el acuerdo correspondiente, será remitido al Juez de Primera Instancia e Instrucción, quien lo elevará a la Sala de Gobierno.

Cuando los propuestos no reunieren las condiciones legales, la Sala de Gobierno devolverá la propuesta para la formulación de una nueva ajustada a Derecho, oído el Ministerio Fiscal.

Los Jueces de Paz prestarán juramento ante el Juez de Primera Instancia e Instrucción y tomarán posesión ante quien se hallara ejerciendo la jurisdicción.

El cargo de Juezz de Paz tiene carácter obligatorio y sólo cabrá la excusa del mismo cuando concorra justa causa.

**Artículo 114**

Podrán ser nombrados Jueces de Paz, tanto titular como sustituto, quienes reúnan los requisitos establecidos en esta Ley para el ingreso en la Carrera Judicial, salvo la licenciatura de Derecho, y no estén incurso en ninguna de las causas de incapacidad o de incompatibilidad previstas para el desempeño de las funciones judiciales, a excepción del ejercicio de actividades profesionales o mercantiles.

**Artículo 115**

Los Jueces de Paz serán retribuidos por el sistema y en la cuantía que legalmente se establezca, y tendrán, dentro de su circunscripción, el tratamiento y precedencia que se reconozcan en la suya a los Jueces de Primera Instancia e Instrucción.

Los Jueces de Paz y los sustitutos, en su caso, cesarán por el transcurso de su mandato y por las mismas causas que los Jueces de Carrera en lo que les sea de aplicación.

LIBRO II

*Del Gobierno del Poder Judicial*

TITULO I

*De los Organos de Gobierno del Poder Judicial*

CAPITULO UNICO

*Disposiciones generales*

Artículo 116

El Poder Judicial se organiza y ejerce sus funciones con arreglo a los principios de unidad e independencia.

El Gobierno del Poder Judicial corresponde al Consejo General del Poder Judicial, que ejerce sus competencias en todo el territorio nacional, de acuerdo con la Constitución y lo previsto en la presente Ley. Con subordinación a él (las Salas de Gobierno del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional, de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias Territoriales ejercerán las funciones que esta Ley les atribuye sin perjuicio de las que correspondan a los Presidentes de dichos Tribunales y a los titulares de los restantes órganos jurisdiccionales.

Artículo 117

El Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial es la primera autoridad judicial de la Nación y ostenta la representación del Poder Judicial y del Organismo de Gobierno del mismo. Su categoría y honores serán los correspondientes al titular de uno de los tres Poderes del Estado.

Artículo 118

Las Salas de Gobierno del Tribunal Supremo, de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias Territoriales ejercen sus competencias en el territorio correspondiente. La Sala de Gobierno de la Audiencia Nacional se regirá por las normas relativas a las de los Tribunales Superiores de Justicia o Audiencias Territoriales en cuanto le sean de aplicación.

El resto de los órganos jurisdiccionales ejercerán sus atribuciones gubernativas con referencia a su propio ámbito territorial y orgánico.

## TITULO II

*Del Consejo General del Poder Judicial*

## CAPITULO I

*De las atribuciones del Consejo General del Poder Judicial*

## Artículo 119

El Consejo General del Poder Judicial tendrá competencia decisoria en las siguientes materias:

1. Propuesta por mayoría de tres quintos para el nombramiento del Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial.

2. Propuesta por mayoría de tres quintos para el nombramiento de miembros del Tribunal Constitucional cuando así proceda.

3. Inspección de Juzgados y Tribunales.

4. Selección, formación y perfeccionamiento, provisión de destinos, ascensos, situaciones administrativas y régimen disciplinario de Jueces y Magistrados.

5. Nombramiento de Real Orden de los Jueces y presentación a Real Despacho, refrendado por el Ministro de Justicia, de los nombramientos de Magistrados del Tribunal Supremo, Presidente y Magistrados.

6. Selección, formación y perfeccionamiento, provisión de destinos, ascensos, situaciones administrativas y régimen disciplinario de los Secretarios de Juzgados y Tribunales.

7. Régimen disciplinario del resto del personal que preste servicios en la Administración de Justicia.

8. Nombramiento de Secretario General y miembro de los Gabinetes o Servicios dependientes del mismo.

9. Ejercicio de las competencias que la Ley le atribuya relativas al Centro de Estudios Judiciales.

10. Elaboración y aprobación del anteproyecto de Presupuesto del Consejo General.

11. Publicación oficial de la colección de jurisprudencia del Tribunal Supremo.

12. Aquellas otras que le atribuyan las Leyes.

## Artículo 120

El Consejo General del Poder Judicial deberá informar los anteproyectos de Leyes y Disposiciones generales en relación con las siguientes materias:

1. Determinación y modificación de cualesquiera demarcaciones judiciales en los términos del artículo 31 de esta Ley.

2. Fijación y modificación de la plantilla orgánica de Jueces, Magistrados, Secretarios y personal que preste servicios en la Administración de Justicia.

3. Estatuto Orgánico de Jueces, Magistrados y Secretarios.



4. Estatuto Orgánico del resto del personal al servicio de la Administración de Justicia.

5. Materias procesales o que afecten a la constitución, organización, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales.

6. Régimen Penitenciario.

7. Aquellas otras que le atribuyen las Leyes.

El Consejo General del Poder Judicial emitirá el informe en el plazo de treinta días, el cual será remitido por el Gobierno a las Cortes Generales en el caso de tratarse de anteproyectos de Ley.

Cuando en la orden de remisión se haga constar la urgencia del informe, el plazo será de quince días.

El Consejo General será oído con carácter previo al nombramiento del Fiscal General del Estado.

#### Artículo 121

El Consejo General del Poder Judicial elevará, anualmente, a las Cortes Generales una Memoria sobre el estado, funcionamiento y actividades de la Administración de Justicia. Asimismo, incluirá las necesidades que, a su juicio, existan en materia de personal, instalaciones y de recursos, en general, para el correcto desempeño de las funciones que la Constitución y las Leyes asignan al Poder Judicial.

Las Cortes Generales, de acuerdo con los Reglamentos de las Cámaras, podrán debatir el contenido de dicha Memoria y reclamar, en su caso, la comparecencia del Presidente del Consejo General del Poder Judicial o del miembro del mismo en quien aquél delegue. El contenido de dicha Memoria, de acuerdo siempre con los Reglamentos de las Cámaras, podrá dar lugar a la presentación de mociones, preguntas de obligada contestación por parte del Consejo y, en general, a la adopción de cuantas medidas prevean aquellos Reglamentos.

#### Artículo 122

El Consejo General del Poder Judicial podrá dictar Reglamentos sobre su personal, organización y funcionamiento. Estos Reglamentos, que deberán ser aprobados por el Pleno del Consejo General por mayoría de tres quintos de sus miembros, se publicarán en el "Boletín Oficial del Estado", autorizados por el Presidente.

#### Artículo 123

1. Corresponde al Gobierno, a través del Ministerio de Justicia, proveer a los Juzgados y Tribunales de los medios precisos para el desarrollo de su función con independencia y eficacia.

A tal efecto, el Consejo General del Poder Judicial remitirá anualmente al Gobierno, a través del Ministerio de Justicia, una relación circunstanciada de las necesidades que estime existentes.

2. Podrá atribuirse a las Comunidades Autónomas la gestión de todo tipo de recursos, cualquiera que sea su consideración presupuestaria, correspondientes a las competencias atribuidas al Gobierno en el número 1

de este artículo, cuando los respectivos Estatutos de Autonomía les faculten en esta materia.

3. Los recursos propios que las Comunidades Autónomas destinen a las mismas finalidades deberán recogerse en un programa anual que será aprobado, previo informe favorable del Consejo General del Poder Judicial, por la correspondiente Asamblea Legislativa.

## CAPITULO II

### *De la composición del Consejo General del Poder Judicial y de la designación y sustitución de sus miembros*

#### Artículo 124

El Consejo General del Poder Judicial estará integrado por el Presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá, y por veinte Vocales nombrados por el Rey por un período de cinco años. De éstos, doce entre Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales, cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados y cuatro a propuesta del Senado, elegidos en ambos casos por mayoría de tres quintos de sus miembros entre abogados y otros juristas, todos ellos de reconocida competencia y con más de quince años en el ejercicio de su profesión.

#### Artículo 125

Los doce Vocales de procedencia judicial serán elegidos entre Jueces y Magistrados pertenecientes a todas las categorías judiciales, de conformidad con el procedimiento regulado en los artículos 126 y siguientes de esta Ley.

#### Artículo 126

El Consejo General se renovará en su totalidad cada cinco años, computados desde la fecha de su constitución. Transcurrido dicho plazo, el Consejo continuará en el ejercicio de sus funciones hasta la fecha de constitución del nuevo.

#### Artículo 127

La sesión constitutiva del Consejo General del Poder Judicial será presidida por el Magistrado del Tribunal Supremo más antiguo en la categoría, miembro de dicho Consejo, y se celebrará una vez nombrados los veinte Vocales del mismo, que prestarán previamente juramento o promesa ante el Rey.

#### Artículo 128

Los Vocales del Consejo General de procedencia judicial será elegidos por todos los Jueces y Magistrados que se encuentren en servicio activo.

## Artículo 129

La elección se llevará a cabo mediante voto personal, igual, directo y secreto, admitiéndose el voto por correo.

El Consejo General del Poder Judicial deberá convocarla con tres meses de antelación a la terminación del mandato del Consejo.

La circunscripción electoral será única para todo el territorio nacional.

## Artículo 130

Nc podrán ser candidatos:

1. Quienes no se hallen en servicio activo al producirse la convocatoria.
2. Quienes hubiesen sido miembros del Consejo saliente.
3. Quienes presten servicios en los órganos técnicos del Consejo.
4. Quienes formen parte de la Junta Electoral, salvo que manifiesten su propósito de ser candidatos en la reunión en que la Junta Electoral se constituya, una vez convocadas las elecciones, en cuyo caso cesarán en ésta.

## Artículo 131

El procedimiento electoral será el siguiente:

1. Las Asociaciones Profesionales de Jueces y Magistrados, podrán presentar candidaturas para cubrir los puestos a elegir. También podrán presentar candidaturas las Agrupaciones de electores que cuenten, al menos, con el 5 por 100 de los miembros del cuerpo electoral.

2. a) Las candidaturas deberán incluir los nombres de doce Vocales y seis suplentes.

b) Las candidaturas se presentarán en listas en las que deberá expresarse el orden de colocación de los candidatos dentro de cada lista.

c) De entre los candidatos que figuren en los tres primeros lugares de cada lista, uno deberá ser Magistrado del Tribunal Supremo; otro, ostentar la categoría de Magistrado, y otro, pertenecer a la categoría de Juez, si bien su orden de colocación podrá ser, siempre dentro de los tres primeros puestos de la lista, el que deseen los promotores de la candidatura.

d) Entre los candidatos que figuren en los puestos comprendidos entre el 4.º y el 9.º, ambos inclusive, deberán figurar, cualquiera que sea su orden de colocación, un Magistrado del Supremo, tres Magistrados y dos Jueces. Los tres candidatos restantes podrán pertenecer a cualquier categoría.

e) De entre los seis candidatos suplentes, dos deberán ser Magistrados del Supremo, otros dos Magistrados y otros dos Jueces, cualquiera que sea su orden de colocación.

3. Para la elección, las candidaturas se presentarán en papeletas confeccionadas según lo dispuesto en los números anteriores.

4. Cada lector dará su voto a una candidatura integrada tanto por los candidatos a Vocales como por los candidatos suplentes. Los electores no podrán introducir alteraciones ni modificaciones en las listas, re-

sultando nulas las papeletas que presenten tachaduras, adiciones, alteraciones del orden o cualquier otro género de modificación.

#### Artículo 132

1. Concluida la elección, se procederá al escrutinio, contabilizando los votos obtenidos por cada candidatura.

2. Realizada la operación anterior, se atribuirán los Vocales entre las candidaturas concurrentes, procediendo para ello del siguiente modo:

a) Se dividirá entre doce el número de votos válidos emitidos en la elección, obteniendo así una cuota de reparto.

b) Se dividirán los votos válidos obtenidos por cada candidatura entre la cuota de reparto. El número entero resultante de esa división arrojará las vocalías que inicialmente correspondan a cada candidatura.

c) Las vocalías no atribuidas de acuerdo con la rervicio activo al producirse la convocatoria.

2. Quienes hubiesen sido miembros del Consejo saliente.

3. Quienes presten servicio según dicha regla anterior por la cuota de reparto. El número resultante se sustraerá del total de votos válidos obtenidos por cada candidatura. El resultado de la sustracción arrojará el resto correspondiente a cada candidatura. Las vocalías no asignadas según lo dispuesto en el número anterior se atribuirán sucesivamente a las candidaturas que cuenten con mayor resto, hasta agotar las doce vocalías sometidas a elección.

3. Determinado el número de vocalías que corresponde a cada lista, serán adjudicadas a los candidatos incluidos en la misma por el orden de colocación en que aparezcan.

#### Artículo 133

1. El cese anticipado de un Vocal del Consejo General del Poder Judicial dará lugar a su sustitución.

2. Si el cese afecta a uno de los Vocales propuesto por las Cámaras Legislativas, el Presidente del Consejo General lo pondrá en conocimiento de las mismas para que se proceda a la elección del sustituto.

3. Si algún Vocal de procedencia judicial cesare antes de expirar su mandato, la vocalía se atribuirá al candidato de la misma lista a quien corresponda, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo anterior.

4. No obstante, los candidatos incluidos en los tres primeros lugares de cada candidatura deberán pertenecer siempre a la categoría que ostentaban en el momento de celebrarse la elección. En caso de que dichos Vocales modifiquen su categoría, o de que cesasen por cualquier causa, serán sustituidos por el que le suceda en la candidatura y pertenezca a la misma categoría que el Vocal cesante ostentaba en el momento de la elección, recurriéndose, en su defecto, a la lista de candidatos suplentes.

#### Artículo 134

Con seis meses de antelación a la expiración del mandato del Consejo saliente, su Presidente se dirigirá a los de las Cámaras Legislativas, interesando se proceda a la elección de los Vocales que a las mismas correspondan designar.

**Artículo 135**

Los nombramientos de todos los Vocales del Consejo General del Poder Judicial se llevarán a cabo en Real Despacho, refrendado por el Ministro de Justicia.

**CAPITULO III***Del Estatuto de los miembros del Consejo General del Poder Judicial***Artículo 136**

Los miembros del Consejo General del Poder Judicial desarrollarán su actividad con dedicación absoluta, siendo su cargo incompatible con cualquier otro puesto, profesión o actividad, públicos o privados, por cuenta propia o ajena, retribuidos o no, a excepción de la mera administración del patrimonio personal o familiar. Les serán de aplicación, además, las incompatibilidades específicas de los Jueces y Magistrados enunciadas expresamente en el artículo 411, apartado 2, de la presente Ley Orgánica.

La situación administrativa para los que sean funcionarios será la de servicios especiales.

Los destinos cuyos titulares se encuentren en situación que lleve consigo el derecho de reserva de plaza por ocupar un cargo de duración determinada y dotado de inamovilidad se podrán cubrir, incluso con las promociones pertinentes, para el tiempo que permanezcan los titulares en la referida situación, a través de los mecanismos ordinarios de provisión.

Quienes ocupen los referidos destinos quedarán, cuando se reintegre a la plaza su titular, adscritos al Tribunal colegiado en que se hubiera producido la reserva o, si se tratase de un Juzgado, a disposición del Presidente de la Audiencia Territorial correspondiente y sin merma de las retribuciones que vinieran percibiendo. Mientras permanezcan en esta situación prestarán sus servicios en los puestos que determinen las respectivas Salas de Gobierno, devengando las indemnizaciones por razón del servicio correspondientes, cuando los servicios se prestaren en lugar distinto del de su residencia, que permanecerá en el de la plaza reservada que hubiere ocupado.

Mientras desempeñen la plaza reservada, una vez transcurrido un año desde que accedieran a la misma, o en cualquier momento cuando se encuentren en situación de adscripción, podrán acceder en propiedad a cualesquiera destinos por los mecanismos ordinarios de provisión y promoción. Ocuparán definitivamente la plaza reservada que sirvieren cuando vaque por cualquier causa. Cuando queden en situación de adscritos, serán destinados a la primera vacante que se produzca en el Tribunal colegiado de que se trate o en los Juzgados del mismo orden jurisdiccional del lugar de la plaza reservada, a no ser que se trate de plazas de Presidente o legalmente reservadas a Magistrados procedentes de pruebas selectivas, si no reunieren esta condición.

**Artículo 137**

La responsabilidad civil y penal de los miembros del Consejo General del Poder Judicial se regirá por las normas aplicables a los Magistrados del Tribunal Supremo.

Los Vocales del Consejo General del Poder Judicial no estarán ligados por mandatos imperativo alguno, y no podrán ser removidos de sus cargos, sino por agotamiento de su mandato, renuncia, incapacidad, incompatibilidades o incumplimiento grave de los deberes del cargo. La aceptación de la renuncia competirá al Presidente, y la apreciación de las restantes causas del cese deberá ser acordada por el Pleno del Consejo General por mayoría de tres quintos de sus miembros.

Los Vocales de procedencia judicial igualmente cesarán cuando dejen de pertenecer a la categoría por la que hubieren sido elegidos o sean jubilados en su Carrera de origen, siendo reemplazados hasta el término del mandato de conformidad con el artículo 133.

**Artículo 138**

Los Vocales del Consejo General, cualquiera que sea su procedencia, no podrán ser promovidos durante la duración de su mandato a la categoría de Magistrado del Tribunal Supremo, ni nombrados para cualquier cargo de la Carrera Judicial de libre designación o en cuya provisión concurra apreciación de méritos.

**Artículo 139**

Los miembros del Consejo General del Poder Judicial percibirán, por toda la duración de su mandato, la retribución que se fije en atención a la importancia de su función.

Los Vocales que no pertenezcan a Cuerpos del Estado o de las Administraciones Públicas y que hubieran desempeñado el cargo durante un mínimo de tres años tendrán derecho a una remuneración de transición por un año, equivalente a la que percibieran en el momento del cese.

Cuando el Vocal del Consejo General del Poder Judicial pertenezca a cualquier Cuerpo de Funcionarios del Estado con derecho a haberes pasivos, se le computará, a los efectos de determinación del haber correspondiente, el tiempo de desempeño de estas funciones.

**CAPITULO IV***De los Organos del Consejo General del Poder Judicial***SECCION PRIMERA***Disposición general***Artículo 140**

El Consejo General del Poder Judicial se articula en los siguientes órganos:

- El Presidente.
- El Vicepresidente.

- El Pleno.
- La Comisión Permanente.
- La Comisión Disciplinaria.
- La Comisión de Calificación.

Reglamentariamente se podrán establecer las Comisiones y Delegaciones que se estimen oportunas.

## SECCION SEGUNDA

### *Del Presidente*

#### Artículo 141

El Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial será nombrado por el Rey para un período de cinco años, a propuesta del Consejo General del Poder Judicial entre miembros de la Carrera Judicial o juristas de reconocida competencia, con más de quince años de antigüedad en su carrera o en el ejercicio de su profesión. Podrá ser reelegido y nombrado, por una sola vez, para un nuevo mandato.

La propuesta del Consejo General del Poder Judicial será adoptada en la sesión constitutiva del mismo, por votación entre sus miembros. Será necesaria la mayoría de tres quintos.

El nombramiento del Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial se llevará a cabo en Real Despacho refrendado por el Presidente del Gobierno.

#### Artículo 142

El Presidente del Tribunal Supremo prestará juramento o promesa ante el Rey y tomará posesión de su cargo ante los Plenos del Consejo General del Poder Judicial y de dicho Alto Tribunal en sesión conjunta.

El Vicepresidente será elegido por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, entre los Vocales de éste, por mayoría de tres quintos de sus componentes. Si el Presidente perteneciere a la Carrera Judicial, el Vicepresidente deberá ser elegido entre los Vocales de procedencia parlamentaria.

En los supuestos de vacante, ausencia, enfermedad u otro motivo legítimo el Presidente será sustituido por el Vicepresidente.

La sustitución del Presidente del Tribunal Supremo se operará en la forma prevista en esta Ley.

#### Artículo 143

El Presidente del Consejo General del Poder Judicial tendrá las siguientes funciones:

1. Ostentar la representación del Consejo General del Poder Judicial.
2. Convocar y presidir las sesiones del Pleno y de la Comisión Permanente, decidiendo los empates con voto de calidad.
3. Fijar el orden del día de las sesiones del Pleno y de la Comisión Permanente.

4. Someter cuantas propuestas considere oportunas en materias de la competencia del Pleno o de la Comisión Permanente.
5. Proponer el nombramiento de Ponencias para preparar la resolución o despacho de un asunto.
6. Autorizar con su firma los acuerdos del Pleno y de la Comisión Permanente.
7. Ejercer la superior dirección de la actividad de los órganos técnicos del Consejo.
8. Las demás previstas en la Ley.

#### Artículo 144

El Presidente del Consejo General cesará:

1. Por haber expirado el término de su mandato, que se entenderá agotado en la misma fecha en que concluya el del Consejo General por el que hubiere sido propuesto.
2. Por renuncia.
3. A propuesta del Pleno del Consejo, por causa de notoria incapacidad o incumplimiento grave de los deberes del cargo, apreciada por tres quintos de sus miembros y sancionada por el Rey.

Los casos a que se refieren los números 2 y 3 de este artículo se comunicarán al Gobierno por mediación del Ministerio de Justicia y se procederá al nuevo nombramiento de Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial.

### SECCION TERCERA

#### *Del Pleno*

#### Artículo 145

Será de la competencia del Pleno del Consejo General del Poder Judicial:

1. La propuesta de nombramiento por mayoría de tres quintos del Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial.
2. La propuesta de nombramiento de miembros del Tribunal Constitucional, que habrá de ser adoptada por mayoría de tres quintos de sus miembros.
3. Los nombramientos de Presidente de Sala y Magistrado del Tribunal Supremo y cualesquiera otros discrecionales.
4. La propuesta de nombramiento de Presidente de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas.
5. Evacuar la audiencia prevista en el artículo 124.4 de la Constitución sobre nombramiento del Fiscal General del Estado.
6. Resolver los recursos de alzada interpuestos contra los acuerdos de la Comisión Permanente, de la Comisión Disciplinaria y de las Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Territoriales.



7. Resolver los expedientes de rehabilitación instruidos por la Comisión Disciplinaria.

8. Ejercer las facultades de iniciativa o informe, así como las reglamentarias atribuidas por la Ley al Consejo General del Poder Judicial.

9. Acordar, en los casos legalmente establecidos, la separación y jubilación de los Jueces, Magistrados y Secretarios en los supuestos no previstos en el artículo 149.3.

10. Acordar, en los casos legalmente establecidos, la separación del servicio del resto del personal al servicio de la Administración de Justicia.

11. Elegir y nombrar los Vocales componentes de las Comisiones y Delegaciones.

12. Aprobar la memoria anual que con motivo de la apertura del año judicial leerá su Presidente sobre el estado de la Administración de Justicia.

13. Aprobar y remitir al Gobierno el Anteproyecto de Presupuesto del Consejo General.

14. Cualesquiera otras funciones que correspondan al Consejo General del Poder Judicial y no se hallen expresamente atribuidas a otros órganos del mismo.

#### Artículo 146

El Pleno se reunirá, previa convocatoria del Presidente, en sesiones ordinarias y extraordinarias con arreglo a lo que se determine en el Reglamento de Organización aprobado por el propio Consejo. En todo caso, deberá celebrarse sesión extraordinaria cuando lo soliciten cinco de sus miembros, incluyendo en el orden del día los asuntos que éstos hayan propuesto.

#### Artículo 147

El Pleno quedará válidamente constituido cuando se hallaren presentes un mínimo de catorce de sus miembros, con asistencia del Presidente o de quien legalmente le sustituya.

### SECCION CUARTA

#### *De la Comisión Permanente*

#### Artículo 148

La Comisión Permanente estará compuesta por el Presidente del Consejo, que la presidirá, y cuatro Vocales elegidos por mayoría de tres quintos, por acuerdo del Pleno del Consejo General: Dos de procedencia judicial y los otros dos, uno entre los Vocales nombrados a propuesta del Congreso y el otro entre los nombrados a propuesta del Senado.

Las reuniones de la Comisión Permanente sólo serán válidas con asistencia de tres, al menos, de sus componentes, entre los que deberá encontrarse el Presidente o quien legalmente le sustituya.

El Presidente podrá delegar en el Vicepresidente, o en quien le sustituya, la presidencia de la Comisión Permanente para la resolución de los asuntos de su competencia.

#### Artículo 149

Compete a la Comisión Permanente:

1. Preparar las sesiones del Pleno.
2. Velar por la exacta ejecución de los acuerdos del Pleno del Consejo.
3. Decidir aquellos nombramientos de Jueces, Magistrados y Secretarios que, por tener carácter íntegramente reglado, no sean de la competencia del Pleno, acordar la jubilación forzosa por edad de los mismos y resolver sobre su situación administrativa.
4. Resolver sobre la concesión de licencias a los Jueces, Magistrados y Secretarios, en los casos previstos por la Ley.
5. Autorizar los escalafones de la Carrera Judicial y del Cuerpo de Secretarios de la Administración de Justicia.
6. Ejercer cuantas competencias le sean delegadas por el Pleno o atribuidas por la Ley.

### SECCION QUINTA

#### *De la Comisión Disciplinaria*

#### Artículo 150

El Pleno del Consejo General elegirá por mayoría simple de entre sus Vocales a los componentes de la Comisión Disciplinaria, que estará integrada por cinco miembros. Tres de ellos, elegidos entre los Vocales de procedencia judicial. Los dos restantes, uno entre los miembros nombrados a propuesta del Congreso de los Diputados y otro entre los miembros nombrados a propuesta del Senado.

La Comisión Disciplinaria deberá actuar, en todo caso, con la asistencia de todos sus componentes y bajo la Presidencia del miembro de la misma que sea elegido por mayoría. En caso de transitoria imposibilidad o ausencia justificada de alguno de los miembros, se procederá a su sustitución por otro Vocal del Consejo de idéntica procedencia, que será designado por la Comisión Permanente.

#### Artículo 151

A la Comisión Disciplinaria corresponde:

1. La competencia para la imposición de sanciones a Jueces, Magistrados, Secretarios y personal de la Administración de Justicia no reservada al Pleno del Consejo General o a los órganos de gobierno de los Tribunales y Juzgados, instruir los expedientes sobre las rehabilitaciones y acordar, en su caso, la cancelación de anotaciones de las sanciones disciplinarias impuestas.

2. Resolver los recursos contra las sanciones disciplinarias impuestas por los órganos de gobierno de los Tribunales y Juzgados, en el ámbito de su respectiva competencia.

## SECCION SEXTA

### *De la Comisión de Calificación*

#### Artículo 152

Anualmente el Pleno del Consejo General procederá a designar los componentes de la Comisión de Calificación, que estará integrada por cinco miembros, elegidos en la misma forma establecida para la Comisión de Disciplina.

Será presidida y quedará válidamente constituida en los mismos términos previstos para la referida Comisión.

#### Artículo 153

Será competencia de la Comisión de Calificación informar, en todo caso, sobre los nombramientos de la competencia del Pleno.

#### Artículo 154

Para la adecuada formación de los criterios de calificación de los Jueces, Magistrados y Secretarios, la Comisión para recabar información de los distintos órganos del Poder Judicial y, en todo caso, recibirá un informe anual elaborado por las correspondientes Salas de Gobierno de los órganos jurisdiccionales a que aquéllos estuviesen adscritos, que deberá fundarse en criterios objetivos y suficientemente valorados y detallados.

## CAPTULO V

### *Del régimen de los actos del Consejo*

## SECCION PRIMERA

### *De la forma de adoptar acuerdos*

#### Artículo 155

Los acuerdos de los órganos colegiados del Consejo serán adoptados por mayoría de los miembros presentes, salvo cuando la Ley disponga otra cosa. Quien presida tendrá voto de calidad.

Las deliberaciones de los órganos del Consejo tendrán carácter reservado, debiendo sus componentes guardar secreto de las mismas.

El Vocal que disintiere de la mayoría podrá pedir que conste su voto

en el acta. Si lo desea podrá formular voto particular, escrito y fundado, que se insertará en el acta, siempre que lo presente dentro del día siguiente a aquél en que se tomó el acuerdo.

Cuando el Pleno haga uso de sus facultades de iniciativa o informe, se incorporarán al texto del acuerdo adoptado los votos particulares razonados que se unirán a la documentación que se remita al órgano destinatario.

## SECCION SEGUNDA

### *De la formalización de los acuerdos*

#### Artículo 156

Los acuerdos de los órganos del Consejo General serán documentados por el Secretario General y suscritos por quien haya presidido.

## SECCION TERCERA

### *Régimen de los actos del Consejo*

#### Artículo 157

Adoptarán la forma de Real Despacho, firmado por el Rey y que deberá refrendar el Ministro de Justicia, los acuerdos del Consejo General sobre el nombramiento de Presidentes y Magistrados. Los nombramientos de Jueces se efectuarán por el Consejo mediante Real Orden. Todos ellos se publicarán en el "Boletín Oficial del Estado".

Los restantes acuerdos, debidamente documentados, serán comunicados a las personas y órganos que deban cumplirlos o conocerlos, y recibirán, en su caso, la publicidad que acuerde el Consejo General.

## SECCION CUARTA

### *De la ejecución de los actos*

#### Artículo 158

Los actos de los distintos órganos que integran el Consejo General del Poder Judicial serán inmediatamente ejecutivos, sin perjuicio del régimen de impugnación previsto en esta Ley.

#### Artículo 159

Corresponderá al Consejo General la preparación y ejecución de sus propios actos, que llevarán a cabo los órganos técnicos a su servicio con la colaboración, si fuere necesaria, de la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas.

## SECCION QUINTA

*Del procedimiento y recursos*

## Artículo 160

En todo cuanto no se hallare previsto en esta Ley o en los Reglamentos que la desarrollen, se observarán, en materia de procedimiento, recursos y forma de los actos del Consejo General, en cuanto sean aplicables, las disposiciones de la Ley de Procedimiento Administrativo sin que, en ningún caso, sea necesaria la intervención del Consejo de Estado.

Tratándose de actos declarativos de derechos, la previa declaración de lesividad, se adoptará por el Pleno del Consejo, por mayoría absoluta de sus miembros.

## Artículo 161

Los actos definitivos de la Comisión Permanente y de la Comisión Disciplinaria, cuando los de esta última no fueren resolutorios de recursos, serán impugnables en alzada ante el Pleno del Consejo General.

Los actos y disposiciones emanados del Pleno o de la Comisión Disciplinaria no susceptibles de alzada serán recurribles en vía contencioso-administrativa conforme a la Ley reguladora de dicha jurisdicción. La competencia para conocer de estas impugnaciones corresponderá a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

## CAPITULO VI

*De los órganos técnicos al servicio del Consejo General*

## SECCION PRIMERA

*Disposiciones Generales*

## Artículo 162

El Reglamento de organización y funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial determinará la estructura, funciones y competencias de sus órganos técnicos.

## Artículo 163

En los órganos técnicos del Consejo General del Poder Judicial prestarán servicio miembros de las Carreras Judicial o Fiscal y de los cuerpos de Secretarios Judiciales, Letrados del Estado, demás funcionarios de la Administración Civil del Estado, Oficiales, Auxiliares y Agentes de la Administración de Justicia, en el número que fijen las correspondientes plantillas orgánicas.

## Artículo 164

1. Los Jueces, Magistrados, Secretarios y miembros de la Carrera Fiscal, del Cuerpo de Letrados del Estado y funcionarios de la Administración Civil del Estado que hayan de prestar servicio en el Consejo General del Poder Judicial serán designados, previo concurso de méritos, por el Pleno del mismo.

2. La provisión de las plazas de Oficiales, Auxiliares y Agentes de la Administración de Justicia que integren la plantilla orgánica del Consejo General del Poder Judicial, se efectuará mediante concurso que se resolverá otorgando la preferencia para las plazas anunciadas a los participantes de los respectivos Cuerpos que tengan mejor puesto en el correspondiente escalafón.

3. Los miembros de las Carreras y Cuerpos mencionados en los apartados anteriores que pasen a prestar servicio en los órganos técnicos del Consejo General del Poder Judicial, permanecerán en la situación de servicio activo en su Carrera de origen y estarán sometidos al Reglamento de Personal que apruebe el propio Consejo.

## SECCION SEGUNDA

*De los órganos técnicos en particular*

## Artículo 165

El Secretario General, que será nombrado y removido libremente por el Pleno del Consejo, asistirá a las sesiones de sus órganos, con voz y sin voto, y ejercerá las funciones de gestión, tramitación y documentación de los actos del Consejo, así como las de dirección y coordinación de los restantes órganos técnicos.

## Artículo 166

El Servicio de Inspección llevará a cabo, bajo la dependencia del Consejo General, funciones de comprobación y control del funcionamiento de los servicios de la Administración de Justicia, mediante la realización de las actuaciones y visitas que sean acordadas por el Consejo General, todo ello sin perjuicio de la competencia de los órganos de gobierno de los Tribunales.

## CAPITULO VII

*Del Centro de Estudios Judiciales*

## Artículo 167

1. El Centro de Estudios Judiciales es una entidad de Derecho público con personalidad jurídica, dependiente del Ministerio de Justicia, sin perjuicio de las competencias que correspondan al Consejo General del Poder Judicial.

2. Tendrá como función la colaboración con el Consejo General del Poder Judicial y el Ministerio de Justicia en la selección, formación y perfeccionamiento de los miembros de las Carreras Judicial y Fiscal, del Secretariado y demás personal al servicio de la Administración de Justicia.

3. Reglamentariamente se establecerá la organización del Centro y designación del personal directivo.

### TITULO III

#### *Del gobierno interno de los Tribunales y Juzgados*

### CAPITULO I

#### *De las Salas de Gobierno del Tribunal Supremo, Audiencia Nacional, Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Territoriales*

### SECCION PRIMERA

#### *De la composición de las Salas de Gobierno y de la designación y sustitución de sus miembros*

#### Artículo 168

Las Salas de Gobierno del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional estarán integradas por su Presidente, que lo será el de cada uno de dichos órganos jurisdiccionales, por los Presidentes de las Salas en ellos existentes y por un número de Magistrados igual al de éstos, elegidos por todos los que integren el correspondiente Tribunal.

Las Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias Territoriales integradas en él estarán constituidas por el Presidente de cada uno de dichos órganos jurisdiccionales, que las presidirá, por los Presidentes de las Salas en ellos existentes, y por un número de Magistrados o Jueces igual a la suma de todos los anteriores, elegidos por todos los Jueces y Magistrados de la Carrera Judicial en servicio activo que estuvieren destinados en el correspondiente territorio. Uno, al menos, de los componentes de la Sala será de la categoría de Juez.

#### Artículo 169

Serán miembros natos de las Salas de Gobierno los Presidentes de cada una de las que integran el Tribunal.

El resto de sus miembros se renovará en su totalidad cada cuatro años, computados desde la fecha de su constitución. Transcurrido dicho plazo, la Sala de Gobierno continuará en el ejercicio de sus funciones hasta la fecha de constitución de la nueva.

**Artículo 170**

La elección de miembros de las Salas de Gobierno se llevará a cabo conforme a las siguientes reglas:

1. Serán electores los enumerados, para cada caso, en el artículo 168. Serán elegibles los electores que no ostenten la condición de miembros natos de las Salas de Gobierno.

2. La elección se llevará a cabo mediante voto personal, igual, directo y secreto, admitiéndose el voto por correo. Deberá convocarse con dos meses de antelación a la terminación del mandato de los anteriores miembros electivos.

3. La circunscripción electoral será en todo caso única para cada territorio, coincida o no éste con el del Tribunal Superior de Justicia.

4. Las candidaturas podrán incluir uno o varios candidatos, junto con su correspondiente sustituto hasta un número igual al de puestos a cubrir, y bastará para que puedan ser presentadas que conste el consentimiento de quienes las integren, aunque también podrán ser avaladas por un grupo de electores o por una asociación profesional válidamente constituida.

5. Resultarán elegidos los candidatos que hubieren obtenido mayor número de votos. Si por aplicación estricta de esta regla no resultare elegido para la Sala de Gobierno de un Tribunal Superior de Justicia o de una Audiencia Territorial ningún Juez, el Magistrado que hubiere resultado elegido con menos número de votos cederá su puesto en la misma al Juez que hubiere obtenido mayor número de votos entre los que fueren candidatos.

6. A los efectos de lo dispuesto en este artículo, existirá en cada Tribunal o Audiencia una Junta Electoral, presidida por su Presidente e integrada, además, por el Magistrado más antiguo y el más moderno del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional, o del territorio del Tribunal Superior de Justicia o de la Audiencia Territorial correspondiente.

Corresponde al Consejo General del Poder Judicial convocar las elecciones y dictar las instrucciones necesarias para su organización y, en general, para la correcta realización del proceso electoral.

A cada Junta Electoral corresponde proclamar las candidaturas, actuar como mesa electoral en el acto de la elección, proceder al escrutinio y proclamar los resultados, que se comunicarán al Consejo, y, en general, la dirección y ordenación de todo el proceso electoral. Contra los acuerdos de la Junta Electoral podrá interponerse recurso contencioso-administrativo.

8. En el supuesto de cese, por cualquier causa, de algún miembro de la Sala de Gobierno, será su puesto cubierto por un sustituto por el resto del plazo de elección que quedare.

9. En los supuestos de cese anticipado, por cualquier causa, de alguno de los miembros elegidos o de su sustituto de las Salas de Gobierno, procederá la convocatoria de nuevas elecciones parciales para cubrir exclusivamente el puesto o puestos vacantes.



## SECCION SEGUNDA

*De las atribuciones de las Salas de Gobierno*

## Artículo 171

Las Salas de Gobierno desempeñan las funciones de gobierno de sus respectivos Tribunales y, en particular, les compete:

1. Aprobar las normas de reparto de asuntos entre las distintas Salas y Secciones.

2. Establecer anualmente con criterios objetivos los turnos precisos para la composición y el funcionamiento de las mismas.

3. Adoptar, con respeto a la inamovilidad judicial, las medidas necesarias en los casos de disidencias entre Magistrados que puedan influir en el buen orden de los Tribunales o en la Administración de Justicia.

4. Completar provisionalmente la composición de las Salas en los casos en que por circunstancias sobrevenidas, fuera necesario para el funcionamiento del servicio, siempre sin perjuicio de respetar el destino específico de los Magistrados en cada Sala.

5. Proponer, motivadamente y con expresión de las circunstancias personales y profesionales que en ellos concurren, al Consejo General del Poder Judicial los Magistrados suplentes; expedir los nombramientos de los Jueces de Paz que hubieren resultado elegidos, y ejercer las competencias que en relación a los Jueces en régimen de provisión temporal les atribuyen los artículos 453 y 455 de la Ley.

6. Ejercer las facultades disciplinarias sobre los Jueces y Magistrados en los términos establecidos en esta Ley y resolver los recursos interpuestos contra las sanciones disciplinarias impuestas por las correspondientes salas u órganos judiciales del territorio al personal al servicio de la Administración de Justicia.

7. Proponer al Presidente la realización de las visitas de inspección e información que considere procedentes.

8. Promover los expedientes de jubilación por causa de incapacidad de los Jueces y Magistrados, e informarlos.

9. Elaborar los informes que le solicite el Consejo General del Poder Judicial y la Memoria anual expositiva de la situación de la Administración de Justicia en el Tribunal o territorio correspondiente, con expresión detallada del número y clase de asuntos iniciados y terminados por cada Sala u órgano jurisdiccional, así como de los que se hallaren pendientes, precisando el año de su iniciación, todo ello referido al 31 de diciembre. La Memoria deberá contener, en todo caso, la indicación de las medidas que se consideren necesarias para la corrección de las deficiencias advertidas.

10. Proponer al Consejo General del Poder Judicial la adopción de las medidas que juzgue pertinentes para mejorar la Administración de Justicia en cuanto a los respectivos órganos jurisdiccionales afectos.

11. Recibir el juramento o promesa legalmente prevenidos de los Magistrados que integran los respectivos Tribunales y darles posesión.

12. Las demás funciones que las Leyes atribuyan a los órganos de gobierno interno de los Tribunales y no estén atribuidas expresamente a los Presidentes.

### SECCION TERCERA

#### *Del funcionamiento de las Salas de Gobierno y del régimen de sus actos*

##### Artículo 172

Las Salas de Gobierno se reunirán, al menos, dos veces por mes, convocadas por su Presidente, con expresión de los asuntos a tratar, a no ser que no los hubiera pendientes y cuantas veces, además, tengan para tratar de asuntos urgentes de interés para la Justicia, o cuando lo solicite la tercera parte de sus miembros mediante propuesta razonada y con expresión del asunto que deba ser objeto de deliberación y decisión.

La Sala podrá constituirse por el Presidente, el más antiguo de los miembros natos y el más antiguo de los electos para las actuaciones no decisorias, sino de carácter formal, como la recepción de juramento o promesa o la posesión de Jueces y Magistrados u otras de carácter análogo.

Para su válida constitución se requerirá la presencia de todos sus miembros o de quienes deban sustituirlos, en primera convocatoria, y de la mayoría de miembros, en segunda, si hubiere mediado citación personal con veinticuatro horas de anticipación como mínimo.

La categoría y antigüedad en el escalafón de los Magistrados y Jueces señalarán su preferencia en el asiento.

##### Artículo 173

No podrán estar presentes en las discusiones y votaciones los que tuvieren interés directo o indirecto en el asunto de que se trate, siendo de aplicación en este caso lo dispuesto en la Ley para la abstención y recusación.

##### Artículo 174

Previamente a la celebración de la sesión de la Sala, el Presidente designará un Ponente por cada asunto a tratar, que informará a la Sala y presentará, en su caso, la propuesta de acuerdo o resolución.

Exceptúanse los negocios que por su urgencia no lo permitan o por su facilidad o sencillez no lo requieran, a juicio del Presidente.

##### Artículo 175

El Presidente pasará a dictamen del Ministerio Fiscal aquellos asuntos en los que deba intervenir o en que la índole de los miembros lo haga conveniente. El Ponente, a la vista del dictamen fiscal, del que se dará cuenta a la Sala, formulará la correspondiente propuesta.

##### Artículo 176

Concluida la discusión de cada asunto, se procederá a la votación, que comenzará por el Juez o Magistrado más moderno y seguirá por orden

de menor antigüedad, hasta el que presidiere. La votación será secreta si lo solicitase cualquiera de los miembros.

El Juez o Magistrado que disintiere de la mayoría podrá pedir que conste su voto en el acta. Si lo desea podrá formular voto particular, escrito y fundado, que se insertará en el acta, siempre que lo presente dentro del día siguiente a aquél en el que se tomó el acuerdo.

El Presidente tendrá voto de calidad.

#### Artículo 177

1. El Secretario de Gobierno dará cuenta de los negocios que se lleven a la Sala; estará presente en su discusión y votación; redactará las actas en que se hará mención de todos los acuerdos, refiriéndolos a los expedientes en que se insertare; anotará al margen los apellidos de los que estén presentes en la sesión; custodiará el libro de actas y dará, en su caso, las certificaciones correspondientes.

2. Los actos de las Salas de Gobierno gozarán de ejecutoriedad, serán recurribles en alzada ante el Consejo General del Poder Judicial y les serán de aplicación supletoria las normas de la Ley de Procedimiento Administrativo.

#### Artículo 178

1. Los acuerdos de las Salas de Gobierno se llevarán a un libro de actas, que estará a cargo del Secretario de Gobierno y que no tendrá otra publicidad que la que se efectúe a instancia del que tenga un interés directo y personal.

2. No obstante, a los acuerdos sobre normas de reparto entre Salas y Secciones, y entre Juzgados de un orden jurisdiccional se les dará publicidad suficiente.

## CAPITULO II

### *De los Presidentes de los Tribunales y Audiencias*

#### Artículo 179

Los Presidentes del Tribunal Supremo, Audiencia Nacional, Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Territoriales son al propio tiempo los Presidentes de sus Salas de Gobierno.

#### Artículo 180

Los Presidentes tendrán las siguientes funciones:

1. Ostentar la representación del Poder Judicial en el ámbito del Tribunal o Audiencia correspondiente, siempre que no concurriera el Presidente del Tribunal Supremo o el Vocal del Consejo General en quien aquél delegue.

2. Convocar, presidir y dirigir las deliberaciones de la Sala de Gobierno.

3. Fijar el orden del día de las sesiones de la Sala de Gobierno en el que deberán incluirse los asuntos que propongan dos, al menos, de sus componentes.

4. Someter cuantas propuestas considere oportunas en materias de competencias de la Sala.

5. Proponer el nombramiento de Ponencias para preparar la resolución o despacho de un asunto.

6. Autorizar con su firma los acuerdos de la Sala.

7. Velar por el cumplimiento de los acuerdos de la Sala de Gobierno y, en general, de las medidas adoptadas por ésta para corregir los defectos que existieren en la Administración de Justicia, si estuvieren dentro de sus atribuciones, y, en otro caso, proponer al Consejo, de acuerdo con la Sala, lo que consideren conveniente.

8. Despachar los informes que le pida el Consejo General del Poder Judicial.

9. Adoptar las medidas necesarias, cuando surjan situaciones que por su urgencia lo requieran, dando cuenta en la primera reunión de la Sala de Gobierno.

10. Ejercer la inspección de los Juzgados y Tribunales del territorio en los términos establecidos en esta Ley.

11. Determinar el reparto de asuntos entre las Salas y Secciones del Tribunal, de acuerdo con las normas aprobadas por la Sala de Gobierno.

12. Presidir diariamente la reunión de los Presidentes de Salas y Magistrados y cuidar de la composición de las Salas y Secciones conforme al artículo 216 de esta Ley.

13. Ejercer todos los poderes dirigidos al buen orden del Tribunal o Audiencia respectivo, así como el cumplimiento de sus deberes por el personal de los mismos, advirtiendo privadamente, sin carácter disciplinario, a los que se muestren poco diligentes en el cumplimiento de aquéllos.

14. Comunicar al Consejo General las vacantes judiciales e instar la convocatoria de oposiciones y concursos para cubrir las plazas de personal auxiliar del respectivo Tribunal o Audiencia.

15. Oír las quejas que les hagan los interesados en causas o pleitos, adoptando las prevenciones necesarias.

16. Las demás previstas en la Ley.

#### Artículo 181

En el Tribunal Supremo, y bajo la dependencia directa de su Presidente, funcionará un Gabinete Técnico de Documentación e Información, dirigido por un Magistrado del Tribunal Supremo, nombrado y removido libremente por su Presidente, que quedará total o parcialmente relevado de sus funciones jurisdiccionales. La Ley determinará la composición y plantilla del Gabinete Técnico. Los Jueces y Magistrados que lo integren serán designados y removidos libremente por el Presidente del Tribunal Supremo.

## Artículo 182

Los Presidentes de las Audiencias Provinciales presiden las mismas, adoptan las medidas precisas para su funcionamiento y ejercen los poderes de gobierno sobre el personal y demás funciones que les atribuye la Ley, sin perjuicio, en todo caso, de las facultades de los órganos de gobierno del Tribunal Superior de Justicia o de la Audiencia Territorial.

## CAPITULO III

*De los Presidentes de las Salas y de los Jueces*

## Artículo 183

Los Presidentes de las Salas de Justicia y los Jueces tendrán en sus respectivos órganos jurisdiccionales la dirección e inspección de todos los servicios y asuntos, adoptarán las resoluciones que la buena marcha de la Administración de Justicia aconseje, darán cuenta a los Presidentes de los respectivos Tribunales y Audiencias de las anomalías o faltas que observen y ejercerán las funciones disciplinarias que les atribuye la Ley sobre el personal adscrito al servicio de la Sala o Juzgado correspondiente y las que les reconozcan las leyes procesales sobre el resto de profesionales que se relacionen con el Tribunal.

## CAPITULO IV

*De los Jueces Decanos y de las Juntas de Jueces*

## Artículo 184

En las poblaciones donde haya diez o más juzgados de un mismo orden jurisdiccional, sus titulares elegirán por mayoría de tres quintos a uno de ellos como Decano. La elección deberá renovarse cada cuatro años o cuando el elegido cesare por cualquier causa.

De no alcanzarse la referida mayoría, será designado por el Consejo General del Poder Judicial, entre Magistrados que hubieran prestado cinco años de servicios en la categoría.

Donde haya menos de diez Juzgados de cualquier orden jurisdiccional, ejercerá las funciones de Decano en cada orden el titular del número 1.

Excepcionalmente, y cuando las circunstancias del Decanato lo justifiquen, el Consejo General del Poder Judicial, oída la Junta de Jueces, podrá liberar a su titular total o parcialmente del trabajo que le corresponda realizar en el orden jurisdiccional respectivo.

## Artículo 185

Donde hubiere dos o más juzgados del mismo orden jurisdiccional, los asuntos se distribuirán entre ellos conforme a normas de reparto prefijadas. Las normas de reparto se aprobarán por la Sala de Gobierno del

Tribunal Superior de Justicia o de la Audiencia Territorial, a propuesta de la Junta de Jueces del respectivo orden jurisdiccional. La misma podrá liberar, en todo o en parte, a un Juez del reparto de asuntos o de los asuntos de una determinada clase por tiempo limitado, cuando la buena administración de justicia lo haga necesario. El acuerdo se comunicará a la Sala de Gobierno para su aprobación.

El reparto se realizará, bajo la supervisión del Juez Decano, asistido por un Secretario, y le corresponderá a aquél resolver con carácter gubernativo interno las cuestiones que se planteen y corregir las irregularidades que puedan producirse, adoptando las medidas necesarias y promoviendo, en su caso, la exigencia de las responsabilidades que procedan.

#### Artículo 186

Los Decanos velarán por la buena utilización de los locales judiciales y de los medios materiales, cuidarán de que el servicio de guardia se preste continuamente, adoptarán las medidas urgentes en los asuntos no repartidos, cuando de no hacerlo pudiera quebrantarse algún derecho o producirse algún perjuicio grave e irreparable, y ejercerán las restantes funciones que les atribuya la Ley.

#### Artículo 187

En las poblaciones donde haya más de un Decano, el más antiguo de ellos en la Carrera ostentará ante los poderes públicos la representación de todos y presidirá la Junta de Jueces para tratar asuntos de interés común que afecten a los titulares de todos o de alguno de los órganos jurisdiccionales. Esta Junta habrá de convocarse por el Decano siempre que lo solicitare la cuarta parte de los Jueces de la población o de los órdenes interesados.

#### Artículo 188

Los Jueces de cada orden jurisdiccional podrán reunirse en Junta, bajo la Presidencia del Decano, para proponer las normas de reparto entre los mismos, unificar criterios y prácticas y para tratar asuntos comunes o sobre los que estimaren conveniente elevar exposición a la Sala de Gobierno correspondiente o al Consejo General del Poder Judicial por conducto del Presidente de la Audiencia Territorial o aquél les solicitare informe.

El Decano convocará la Junta cuando lo estime conveniente o cuando lo solicite, al menos, la cuarta parte de los miembros de derecho de la misma.

También podrán reunirse los Jueces de una misma provincia o territorio presididos por el más antiguo, para tratar aquellos problemas que les sean comunes.

La Junta se constituirá válidamente para tomar acuerdos cuando asistan la mitad más uno de sus miembros, adoptándose los acuerdos por mayoría simple.

## CAPITULO V

*De la Inspección de los Juzgados y Tribunales*

## Artículo 189

El Consejo General del Poder Judicial ejerce la superior inspección y vigilancia sobre todos los Juzgados y Tribunales, tendente a la comprobación y control del funcionamiento de la Administración de Justicia.

El Presidente del Consejo y los Vocales del mismo, por acuerdo del Pleno, podrán realizar visitas de información a dichos órganos.

El Consejo o su Presidente cuando lo consideren necesario, podrán ordenar que el Servicio de Inspección dependiente de aquél o los Presidentes, Magistrados o Jueces de cualquier Tribunal o Juzgado realicen visitas de inspección a Juzgados o Tribunales, o recabe información sobre el funcionamiento y el cumplimiento de los deberes del personal judicial.

## Artículo 190

El Presidente del Tribunal Supremo ejerce la inspección ordinaria y vigilancia sobre las Salas y Sección de este Tribunal.

Los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias Territoriales ejercen las mismas funciones en sus respectivos ámbitos territoriales.

El Presidente de la Audiencia Nacional tiene las facultades de los párrafos anteriores, respecto a las Salas de la misma y de los Juzgados Centrales.

## Artículo 191

Los Presidentes sólo podrán encomendar la inspección a Juez o Magistrado de igual o superior antigüedad que la del titular del órgano inspeccionado.

## Artículo 192

Los Jueces y Presidentes de Secciones y Salas ejercerán su inspección en los negocios de que conozcan.

Cuando a su juicio conviniere, para evitar abusos, adoptar alguna medida que no sea de su competencia o despachar visitas a algún Juzgado o Tribunal, lo manifestarán al Presidente de la Audiencia Nacional, Tribunal Superior de Justicia o, en su caso, Audiencia Territorial, para que éste proceda a lo que corresponda.

## Artículo 193

En los actos de inspección, el que lo realice ostenta funciones gubernativas delegadas de la autoridad que lo haya designado y, en este ámbito, los Jueces y Magistrados y el personal al servicio de la Administración de Justicia deben prestarle la colaboración necesaria.

Las facultades del que inspeccione se ejercerán sin merma de la autoridad del Juez, Magistrado o Presidente.

## Artículo 194

La inspección comprenderá el examen de cuanto resulte necesario para conocer el funcionamiento del Juzgado o Tribunal y el cumplimiento de los deberes del personal judicial, atendiendo especialmente a las exigencias de una pronta y eficaz tramitación de todos los asuntos.

La interpretación y aplicación de las leyes hechas por los Jueces y Tribunales, cuando administran justicia, no podrá ser objeto de aprobación, censura o corrección, con ocasión o a consecuencia de actos de inspección.

## Artículo 195

El Juez o Magistrado que realice la inspección redactará un informe que elevará a quien hubiere decretado la visita.

De las visitas de inspección se levantará acta, en que se detallará el resultado de aquélla, y de la que se entregará copia al Juez o Presidente del órgano jurisdiccional inspeccionado.

El Presidente de la Sala de Gobierno, a la que, en su caso, se dará cuenta, adoptará, a la vista del informe, cuando proceda, las medidas que quepan dentro de sus atribuciones y, cuando no alcanzaren, propondrá al Consejo General del Poder Judicial lo que estime conveniente. La comunicación al Consejo General será por conducto de su Presidente. El Consejo General adoptará por sí mismo las medidas que procedan, cuando hubiere ordenado la inspección.

## CAPITULO VI

*De las Secretarías de Gobierno*

## Artículo 196

En el Tribunal Supremo, Audiencia Nacional, Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Territoriales existirá una Secretaría de Gobierno, desempeñada por un Secretario, que estará auxiliado por los Oficiales, Auxiliares y Agentes que fije la plantilla.

En el Tribunal Supremo habrá, además, un Vicesecretario de Gobierno.

## LIBRO III

*Del régimen de los Juzgados y Tribunales*

## TITULO I

*Del tiempo de las actuaciones judiciales*

## CAPITULO I

*Del período ordinario de actividad de los Tribunales*

## Artículo 197

El período ordinario de actividad en los Tribunales se iniciará el día primero de septiembre o, si éste fuera inhábil, el siguiente, y finalizará



el treinta y uno de julio; hasta cuya fecha mantendrán su normal actividad.

#### Artículo 198

Durante el período en que los Tribunales interrumpan su actividad ordinaria, se formará en los mismos una Sala compuesta por un Presidente y el número de Magistrados que determine el Consejo General del Poder Judicial, la cual asumirá las atribuciones de la Sala de Gobierno y de Justicia, procurando que haya Magistrados de las diversas Salas.

Los Magistrados que no formen parte de esta Sala podrán ausentarse, a partir del fin del período ordinario de actividad, una vez ultimados los asuntos señalados.

#### Artículo 199

Al inicio del período ordinario de actividad se celebrará un acto solemne en el Tribunal Supremo.

El Presidente del Consejo General del Poder Judicial y del Tribunal Supremo presentará en dicho acto la Memoria anual sobre el Estado de la Administración de Justicia. El Fiscal General del Estado leerá también en este acto la Memoria anual sobre su actividad, la evolución de la criminalidad, la prevención del delito y las reformas convenientes para una mayor eficacia de la justicia.

## CAPITULO II

### *Del tiempo hábil para las actuaciones judiciales*

#### Artículo 200

Son inhábiles los domingos, los días de fiesta nacional y los festivos a efectos laborales en la respectiva localidad.

Son horas hábiles desde la ocho de la mañana a las ocho de la tarde.

#### Artículo 201

También serán inhábiles los días del mes de agosto para todas las actuaciones judiciales, excepto las que se declaren urgentes por las leyes procesales.

#### Artículo 202

Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, todos los días del año y todas las horas serán hábiles para la instrucción de las causas criminales, sin necesidad de habilitación especial.

Los días y horas inhábiles podrán habilitarse por el Juez o Tribunal para cualesquiera otras actuaciones urgentes en toda clase de procedimientos y órdenes jurisdiccionales.

## CAPITULO III

*De los plazos judiciales*

## Artículo 203

El cómputo de los plazos procesales se ajustará a lo dispuesto en el Código Civil, aunque en los señalados por días quedarán excluidos los inhábiles.

Cuando el plazo venciere en inhábil, se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente.

## TITULO II

*Del modo de constituirse los Juzgados y Tribunales*

## CAPITULO I

*De la Audiencia Pública*

## Artículo 204

Tendrán los Juzgados y Tribunales todos los días hábiles Audiencia Pública por el tiempo que se estime necesario para la práctica de pruebas, las vistas de los pleitos y causas la publicación de las sentencias dictadas y demás actos que señale la Ley.

## Artículo 205

En la Audiencia Pública, reuniones del Tribunal y actos solemnes judiciales, los Jueces, Magistrados y Secretarios usarán toga sobre traje negro, plaza y medalla de acuerdo con su rango.

Igualmente asistirán con traje negro y toga los Abogados y Procuradores.

## Artículo 206

Los Jueces y los Presidentes de las Audiencias y Tribunales señalarán las horas de Audiencia Pública que sean necesarias para garantizar que la tramitación de los procesos se produzcan sin indebidas dilaciones y que nunca serán inferiores a tres diarias. Se darán a conocer a través de un edicto fijado en la parte exterior de las Salas de los Juzgados y Tribunales.

Sin justa causa no podrá ningún Juez ni Magistrado dejar de asistir a la Audiencia.

## Artículo 207

El horario en las Secretarías de los Tribunales y Juzgados será fijado por el Consejo General del Poder Judicial, sin que pueda ser inferior al establecido para la Administración Pública.

Por excepción, cuando las necesidades del servicio o las peculiaridades de determinada región o localidad así lo aconsejen, los Presidentes de los Tribunales o Jueces respectivos, comunicándolo al Consejo para su aprobación, podrán modificar dicho horario que, en todo caso, quedará expuesto al público y no será inferior al señalado para la Administración Pública.

#### Artículo 208

Los concurrentes a los estrados de los Juzgados y Tribunales observarán las disposiciones que, para mantener el orden y el respeto al Tribunal, dictare el que presida.

#### Artículo 209

Los que interrumpieran la vista de algún proceso, causa u otro acto judicial, dando señales ostensibles de aprobación o desaprobación, faltando al respeto y consideraciones debidas a los Jueces, Tribunales, Ministerio Fiscal, Letrados y Secretarios Judiciales, o perturbando de cualquier modo el orden, serán amonestados en el acto por el Juez o Presidente y expulsados del Tribunal, si no obedecieren a la primera intimación, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que incurran.

#### Artículo 210

Los que se resistieren a cumplir la orden de expulsión serán, además, sancionados con una multa de hasta veinte mil pesetas.

#### Artículo 211

Con multa de hasta veinte mil pesetas serán corregidos los testigos, peritos o cualquiera otro que, como parte o representándola, faltaran en las vistas y actos judiciales de palabra obra o por escrito a la consideración, respeto y obediencia debidos a los Tribunales, cuando sus actos no constituyan delito.

No están comprendidos en esta disposición los Abogados y Procuradores de las partes, respecto de los cuales se observará lo dispuesto en el Título V del Libro V.

#### Artículo 212

Se hará constar en el Acta el hecho que motiva la sanción, la explicación que, en su caso, dé el sancionado y el acuerdo que se adopte por el Juez o Presidente.

Contra el acuerdo de imposición de sanción podrán interponerse en el plazo de tres días recurso de audiencia en justicia ante el propio Juez o Presidente, que lo resolverá en el siguiente día.

Quando la sanción impuesta sea superior a cinco mil pesetas, cabrá recurso de alzada, en el plazo de cinco días, ante la Sala de Gobierno, que lo resolverá, previo informe del juez o Presidente, en la primera reunión que celebre.

**Artículo 213**

Quando los hechos de que se tratan los artículos anteriores llegaren a constituir delito, sus autores serán detenidos en el acto y puestos a disposición del Juez competente.

**CAPITULO II***De la formación de las Salas y de los Magistrados suplentes***Artículo 214**

En los casos en que la Ley no dispusiere otra cosa, bastarán para formar Sala tres Magistrados en las Audiencias y en la Sala de Recursos de los Tribunales Superiores de Justicia y cinco en el Tribunal Supremo.

**Artículo 215**

La Sala podrá constituirse con todos los que la componen, aunque la Ley no lo exija, cuando el Presidente, o la mayoría de aquéllos, lo estime necesario para la Administración de Justicia.

**Artículo 216**

La composición de las Secciones corresponderá al Presidente de la Audiencia, según los criterios aprobados anualmente por la Sala de Gobierno, a propuesta de aquél.

Serán presididas por el Presidente de la Sala, por el Presidente de Sección o, en su defecto, por el Magistrado más antiguo de los que la integren.

**Artículo 217**

Quando no asistieren Magistrados en número suficiente para constituir Sala, concurrirán para completarla otros Magistrados que designe el Presidente del Tribunal respectivo, con arreglo a un turno en el que serán preferidos los que se hallaren libres de señalamiento y, entre éstos, el más moderno.

**Artículo 218**

Podrá haber en las Audiencias Magistrados suplentes que serán llamados a formar las Salas en los casos en que por circunstancias excepcionales no puedan constituirse aquéllas. Nunca podrá concurrir a formar Sala más de un Magistrado suplente.

El nombramiento de los Magistrados suplentes se efectuará por el Consejo General del Poder Judicial, a propuesta de la Sala de Gobierno correspondiente, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 171.5, por un período de un año susceptible de renovación. Estarán sujetos a las mismas causas de remoción de los Jueces y Magistrados en cuanto les fueren aplicables.

## Artículo 219

El cargo de Magistrado suplente será honorífico, sin perjuicio del derecho a ser remunerado mediante asistencias devengadas por día en cuantía del cien por cien del sueldo que corresponda al funcionario que debía desempeñarla.

Sólo podrá recaer en quienes reúnan las condiciones necesarias para el ingreso en la Carrera Judicial, aunque hubiese cumplido la edad de jubilación.

Serán preferentes los que hayan desempeñado funciones judiciales, fiscales, actuarios judiciales o ejerzan o hayan ejercido docencia universitaria en disciplinas jurídicas. En ningún caso recaerá el nombramiento en quienes ejerzan las profesiones de Abogado o Procurador.

## Artículo 220

La designación de los Magistrados que no constituyan plantilla de la Sala se hará saber inmediatamente a los mismos y a las partes, a efectos de su posible abstención o recusación.

## CAPITULO III

*Del Magistrado Ponente*

## Artículo 221

En cada pleito o causa que se tramite ante un Tribunal o Audiencia habrá un Magistrado Ponente, designado según el turno establecido por la Sala o Sección al principio del año judicial, exclusivamente en base a criterios objetivos.

La designación se hará en la primera providencia que se dicte en el proceso y se notificará a las partes el nombre del magistrado Ponente y, en su caso, del que con arreglo al turno ya establecido le sustituya.

## Artículo 222

En la designación de Ponente turnarán todos los Magistrados de la Sala o Sección. En las Audiencias o Tribunales entrarán en turno con los demás Magistrados los Presidentes de Sala y de Sección, salvo cuando estuvieren dotadas de cinco o más Magistrados, incluido el Presidente. En estos casos el Presidente deberá llevar, al menos, una ponencia por cada tres que correspondan a cada Magistrado.

## Artículo 223

Corresponderá al Ponente, en los pleitos o causas que le hayan sido turnadas:

1. El despacho ordinario y la responsabilidad de su correcta tramitación.

2. Examinar los interrogatorios, pliegos de posiciones y proposición de pruebas presentadas por las partes y decidir sobre su pertinencia.
3. Presidir la práctica de las pruebas declaradas pertinentes, siempre que no deban practicarse en el acto del juicio ante el Tribunal.
4. Informar los recursos interpuestos contra sus decisiones o las de la Sala o Sección.
5. Proponer los autos decisorios de incidentes, las sentencias y las demás resoluciones que hayan de someterse a discusión de la Sala o Sección y redactarlos definitivamente, si se conformase con lo acordado.
6. Pronunciar en Audiencia Pública las sentencias.

#### Artículo 224

Las resoluciones del Ponente serán recurribles en súplica ante la Sala o Sección.

#### Artículo 225

Cuando el Ponente no se conformare con el voto de la mayoría, declinará la redacción de la resolución, debiendo formular de forma motivada su voto particular a la misma.

En este caso, el Presidente encomendará la redacción a otro Magistrado y dispondrá la rectificación necesaria en el turno de ponencias para restablecer la igualdad en el mismo.

### CAPITULO IV

#### *De las sustituciones*

#### Artículo 226

Procederá la sustitución de los Jueces y Magistrados en los casos de vacante, licencia, excedencia especial u otras causas que lo justifiquen. Las sustituciones se harán en la forma establecida en el presente Capítulo, sin perjuicio de lo dispuesto en esta Ley para la composición de las Salas y Secciones de los Tribunales.

#### Artículo 227

El Presidente del Tribunal Supremo, el Presidente de la Audiencia Nacional, los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia y los Presidentes de las Audiencias Territoriales serán sustituidos por el Presidente de la Sala más antiguo en el cargo.

Los presidentes de las Audiencias Provinciales serán sustituidos por el Presidente de Sección más antiguo o, si no las hubiere, por el Magistrado con mejor puesto en el escalafón.

Cuando la plantilla de la Audiencia no comprenda otra plaza que la de su Presidente, le sustituirá el Magistrado titular que se hallare en turno para acudir a completar la Audiencia.

## Artículo 228

Los Presidentes de las Salas y de las Secciones serán sustituidos por el Magistrado con el mejor puesto en el escalafón de la Sala o Sección que se trate.

En caso de vacante, asumirá la Presidencia de la Sala el Presidente de la Audiencia o Tribunal si lo estimare procedente.

## Artículo 229

Los Jueces de Primera Instancia e Instrucción, de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social se sustituirán entre sí en las poblaciones donde existan varios del mismo orden jurisdiccional, en la forma que acuerde la Sala de Gobierno de la Audiencia o Tribunal Superior, a propuesta de la Junta de Jueces.

Si fuere el Decano el que deba ser sustituido, sus funciones se ejercerán por el Juez que le sustituya en el Juzgado de que aquél sea titular, conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior o, en su caso, por el más antiguo.

## Artículo 230

Cuando en una población no existiere más que un solo Juez de un determinado orden jurisdiccional, será sustituido por el titular de cualquiera de los restantes.

También sustituirán los de distinto orden jurisdiccional, aun existiendo varios Jueces pertenecientes al mismo, cuando se agotaren las posibilidades de sustitución entre ellos.

Corresponderá a los Jueces de Primera Instancia e Instrucción la sustitución de los demás órdenes jurisdiccionales. La de aquéllos corresponderá a los Jueces de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social, según el orden que establezca la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia o Audiencia Territorial.

## Artículo 231

Los Jueces de Primera Instancia e Instrucción de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social desempeñarán conjuntamente las funciones inherentes a su Juzgado y al cargo que sustituyan.

En los casos en que no sea posible la aplicación de lo dispuesto en los artículos precedentes, ejercerá la jurisdicción del Juez sustituto, que será nombrado en la misma forma que los Magistrados suplentes, y cuyo régimen jurídico y económico será idéntico al de éstos.

## Artículo 232

Los Jueces de Paz serán sustituidos por los respectivos Jueces sustitutos.

**Artículo 233**

Cuando no pudiera aplicarse lo establecido en los artículos anteriores, o resultare aconsejable para un mejor reparto de los asuntos, la Sala de Gobierno prorrogará la jurisdicción del titular de un Juzgado del mismo grado y orden del que deba ser sustituido, que desempeñará conjuntamente ambos cargos.

**Artículo 234**

Las prórrogas de jurisdicción se comunicarán al Consejo General del Poder Judicial para su aprobación, sin perjuicio de empezar a desempeñarlas, si así lo acordase la Sala de Gobierno.

**Artículo 235**

No podrán conferirse comisiones de servicios para Juzgados o Tribunales, si no es por tiempo determinado, concurriendo circunstancias de especial necesidad y previa conformidad del interesado.

Las comisiones se otorgarán por el Consejo General del Poder Judicial, oídas las Salas de Gobierno correspondientes.

No se concederán comisiones para los cargos de Presidente y Presidentes de Sala de Audiencia Nacional, Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Territoriales o Presidentes de Audiencias Provinciales.

**CAPITULO V***De la abstención y recusación***Artículo 236**

Los Jueces y Magistrados deberán abstenerse y, en su defecto, podrán ser recusados, cuando concorra causa legal.

**Artículo 237**

Podrán únicamente recusar:

1. En los asuntos civiles, sociales y contencioso-administrativos, las partes y el Ministerio Fiscal.
2. En los asuntos penales, el Ministerio Fiscal, el acusador particular o privado, el actor civil, el procesado o inculpado, el querellado o denunciado y el tercero responsable civil.

**Artículo 238**

Son causas de abstención y, en su caso, de recusación:

1. El vínculo matrimonial y el parentesco por consanguinidad o afinidad dentro del cuarto grado con cualquiera de los expresados en el artículo anterior.
2. El vínculo matrimonial y el parentesco por consanguinidad o afinidad dentro del segundo grado con el Letrado y el Procurador de cualquiera de las partes que intervengan en el pleito o causa.



3. Ser o haber sido defensor judicial o integrante de los organismos tutelares de cualquiera de las partes, o haber estado bajo el cuidado o tutela de alguna de éstas.

4. Estar o haber sido denunciado o acusado por alguna de las partes como responsable de algún delito o falta.

5. Haber sido defensor o representante de alguna de las partes, emitido dictamen sobre el pleito o causa como Letrado, o intervenido en él como Fiscal, perito o testigo.

6. Ser o haber sido denunciante o acusador de cualquiera de las partes.

7. Tener pleito pendiente con alguna de éstas.

8. Amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de los expresados en el artículo anterior.

9. Tener interés directo o indirecto en el pleito o causa.

10. Haber sido instructor de la causa cuando el conocimiento del juicio esté atribuido a otro Tribunal o haber fallado el pleito o causa en anterior instancia.

#### Artículo 239

Será también causa de abstención y, en su caso, de recusación en los procesos en que sea parte actora o demandada la Administración Pública, encontrarse el Juez o Magistrado con la autoridad o funcionario que hubiese dictado el acto o informado respecto del mismo, o realizado el hecho, por razón de los cuales se sigue el proceso, en algunas de las circunstancias mencionadas en los números 1 al 8 del artículo anterior.

#### Artículo 240

El Juez o Magistrado en quien concurra alguna de las causas expresadas en los artículos anteriores se abstendrá del conocimiento del negocio sin esperar a que se le recuse.

La abstención será motivada y se comunicará a la Sala de Gobierno del Tribunal respectivo. Cuando el recusado forme parte de una Sala o Sección, la comunicación tendrá lugar por conducto de su Presidente.

Si la Sala de Gobierno no estimare justificada la abstención, ordenará al Juez o Magistrado que continúe en el conocimiento del asunto, sin perjuicio del derecho de las partes a hacer valer la recusación y de la imposición al Juez, si hubiera suficiente motivo para ello, de la corrección disciplinaria que proceda, elevándolo en este caso a conocimiento del Consejo General del Poder Judicial, para que se haga constar en el expediente personal del Juez o Magistrado a los efectos que corresponda.

#### Artículo 241

Cumplido lo dispuesto en el artículo anterior, si el Juez o Magistrado no recibiere en el plazo de cinco días la orden de que continúe en el conocimiento del asunto, se apartará definitivamente de ésta y remitirá, en su caso, las actuaciones al que deba sustituirle.

La abstención será comunicada a las partes.

**Artículo 242**

La recusación deberá proponerse tan luego como se tenga conocimiento de la causa en que se funde. Si ésta fuere anterior al pleito, habrá de proponerse al inicio del mismo, pues en otro caso no se admitirá a trámite.

La recusación se propondrá por escrito firmado por el recusante, quien deberá ratificarse a presencia judicial o por comparecencia ante el órgano jurisdiccional. Cuando el escrito lo firme su Procurador, deberá acompañar poder especial para la recusación de que se trate. El escrito en que se proponga la recusación deberá ir firmado por Letrado, cuando su intervención fuere necesaria en el pleito.

**Artículo 243**

Al proponerse la recusación se expondrá la causa en que se apoye y se expondrán los hechos que le sirven de fundamento.

También se relacionarán, en su caso, los puntos de hecho sobre los que haya de versar la prueba y los medios probatorios de que intente valerse el recusante.

No se admitirá otra prueba que la documental y la testifical.

**Artículo 244**

Propuesta la recusación, salvo que se formule en juicio verbal o de faltas, se mandará formar pieza separada para sustanciar el incidente, en cuyo caso no se detendrá el curso del proceso, el cual seguirá sustanciándose hasta que quede concluso para sentencia o proceda la apertura de las sesiones de juicio oral, en cuyo estado se suspenderá hasta que se decida el incidente de recusación.

Durante la sustanciación de la recusación no podrá intervenir el recusado en el proceso ni en el incidente de recusación y será sustituido por aquél a quien corresponda con arreglo a esta Ley.

Corresponde a la Sala de Gobierno la resolución de los incidentes de recusación.

**Artículo 245**

Instruirán los incidentes de recusación:

Quando el recusado sea el Presidente o un Presidente de Sala de una Audiencia, Tribunal Superior o del Tribunal Supremo, el Presidente de Sala más antiguo, y si aquél fuere el más antiguo, el que le siga en antigüedad.

Quando el recusado sea un Magistrado de una Audiencia, Tribunal Superior o del Tribunal Supremo, el Magistrado más antiguo de su Sala, y si el recusado fuere el más antiguo, el que le siga en antigüedad.

Quando el recusado sea un Juez, el que legalmente le sustituya.

Si no fue posible lo establecido en los párrafos anteriores, la Sala de Gobierno correspondiente designará el instructor del incidente de entre los Magistrados o Jueces del Territorio, y en su caso, si no los hubiere

solicitará del Consejo General del Poder Judicial el nombramiento correspondiente.

#### Artículo 246

Formulada la recusación, pasará el pleito o causa al conocimiento del sustituto y se remitirá, en su caso, el escrito y los documentos de la recusación a aquél a quien corresponda instruir el incidente.

Este entregará copia del escrito y documentos al recusado, requiriéndole para que en el plazo de tres días informe sobre la recusación.

Si el recusado aceptare como cierta la causa de recusación, se resolverá el incidente sin más trámites.

En otro caso, ordenará el Instructor la práctica de la prueba, si se hubiere propuesto en forma y fuere pertinente, en el plazo prorrogable de diez días y, acto seguido, remitirá lo actuado a la autoridad competente para decidir, que lo hará por medio de auto, oído el Ministerio Fiscal. Cuando el recusado fuere un Juez, la resolución corresponderá al propio Instructor.

#### Artículo 247

En los juicios verbales, cualquiera que sea el orden jurisdiccional, y en los de faltas, si el Juez recusado no aceptare en el acto como cierta la causa de recusación, pasarán las actuaciones al que corresponda instruir el incidente, quedando entre tanto en suspenso el asunto principal. Este acordará que comparezcan las partes a su presencia en el día y la hora que fije, dentro de los cinco siguientes y, oídas las partes y practicada la prueba declarada pertinente, resolverá sobre si ha o no lugar a la recusación en el mismo acto.

#### Artículo 248

La resolución que desestime la recusación acordará devolver el conocimiento del pleito o causa al recusado, en el estado en que se hallare. Esta resolución llevará consigo la condena en costas del recusante. Cuando la resolución que decida el incidente declare expresamente la existencia de mala fe en el recusante, se impondrá a éste una multa de cinco mil a cien mil pesetas.

La resolución estimatoria de la recusación apartará definitivamente al Juez o Magistrado del conocimiento del pleito o causa. Continuará conociendo de él, hasta su terminación, aquél a quien corresponda su sustitución.

#### Artículo 249

Contra la decisión de la recusación no se dará recurso alguno, sin perjuicio de que se pueda hacer valer, al recurrir contra la resolución que decida el pleito o causa, la posible nulidad de ésta por haber concurrido a dictarla uno o más Jueces o Magistrados cuya recusación, fundada en causa legal y propuesta en tiempo y forma, hubiese sido denegada siendo procedente.

**Artículo 250**

No obstante lo dispuesto en este Capítulo, cuando la recusación fuere manifiestamente infundada, el que instruya el incidente la rechazará de plano, si tuviere competencia para su decisión. En otro caso, elevará propuesta a la Sala especial existente a estos efectos en los Tribunales y Audiencias, o a la Sala correspondiente, según proceda.

**Artículo 251**

Cuando se rechace de plano la recusación se estará a lo dispuesto en el artículo 256, y contra la resolución que lo acuerde no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 257.

**TITULO III***De las actuaciones judiciales***CAPITULO I***De la oralidad, publicidad y lengua oficial***Artículo 252**

Las actuaciones judiciales serán predominantemente orales, especialmente en materia criminal, sin perjuicio de su documentación.

**Artículo 253**

Podrán utilizarse en el proceso medios técnicos de documentación y reproducción, siempre que ofrecieren las debidas garantías de autenticidad.

**Artículo 254**

1. En todas las actuaciones judiciales, los Jueces, Magistrados, Fiscales, Secretarios y demás funcionarios de Juzgados y Tribunales, usarán el castellano, lengua oficial del Estado.

2. Asimismo, ni ninguna de las partes se opusiere alegando desconocimiento de la lengua que pudiera producir indefensión, podrán los Jueces, Magistrados, Fiscales, Secretarios y demás funcionarios de Juzgados y Tribunales usar también la lengua oficial propia de la Comunidad Autónoma.

3. Las partes, sus representantes y quienes les dirijan, así como los testigos y peritos, podrán utilizar la lengua que sea también oficial en la Comunidad Autónoma en cuyo territorio tengan lugar las actuaciones judiciales, tanto en manifestaciones orales como en escritas.

4. Las actuaciones judiciales realizadas en el idioma oficial de una Comunidad Autónoma tendrán, sin necesidad de traducción al castellano, plena validez y eficacia. De oficio se procederá a su traducción cuando deban surtir efectos fuera de la jurisdicción de los órganos judiciales

sitos en la Comunidad Autónoma, o por mandato del Juez o a instancia de parte que alegue indefensión.

5. En las manifestaciones orales el Juez o Tribunal podrá habilitar como intérprete a cualquier persona conocedora de la lengua empleada, previo juramento o promesa de la misma.

#### Artículo 255

Las actuaciones judiciales serán públicas. Excepcionalmente, por razones de orden público y de protección de los derechos y libertades, los Jueces y Tribunales, mediante resolución motivada podrán limitar el ámbito de la publicidad y acordar el carácter secreto de todas o parte de las actuaciones.

#### Artículo 256

Las deliberaciones de los Tribunales son secretas. También lo será el resultado de las votaciones, sin perjuicio de lo dispuesto en esta Ley sobre la publicación de los votos particulares.

#### Artículo 257

Los Secretarios y personal competente de los Juzgados y Tribunales prestarán a los interesados cuanta información soliciten sobre el estado de las actuaciones judiciales, que podrán examinar y conocer, salvo que hubieren sido declaradas secretas conforme a la Ley. En los mismos casos, se expedirán los testimonios que se soliciten, con expresión de su destinatario, salvo en los casos en que la Ley disponga otra cosa.

#### Artículo 258

Los interesados tendrán acceso a los libros, archivos y registros judiciales que no tengan carácter reservado, mediante las formas de exhibición, testimonio o certificación que establezca la Ley.

## CAPITULO II

### *De la nulidad de los actos judiciales*

#### Artículo 259

Los actos judiciales serán nulos de pleno derecho:

1.º Cuando se produzcan con manifiesta falta de jurisdicción y competencia objetiva o funcional.

2.º Cuando se realicen bajo intimidación o fuerza.

3.º Cuando se prescinda totalmente de las normas esenciales de procedimiento establecidas por la Ley o con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que se haya producido efectiva indefensión.

## Artículo 260

Los Jueces o Tribunales cuya actuación se hubiese producido con intimidación o fuerza, tan luego como se vean libres de ella, declararán nulo todo lo practicado y promoverán la formación de causa contra los culpables.

## Artículo 261

La nulidad de pleno derecho, en todo caso, y los defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión, se harán valer por medio de los recursos establecidos en la Ley contra la resolución de que se trate o por los demás medios que establezcan las Leyes procesales.

Sin perjuicio de ello, el Juez o Tribunal podrá de oficio antes de que hubiere recaído sentencia definitiva, y siempre que no proceda la subsanación, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular.

## Artículo 262

Las actuaciones judiciales fuera del tiempo establecido sólo podrán anularse si lo impusiere la naturaleza del término o plazo.

## Artículo 263

La nulidad de un acto no implicará la de los sucesivos que fueren independientes de aquél ni la de aquellos cuyo contenido hubiese permanecido invariable aun sin haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad.

## Artículo 264

Los actos de las partes que carezcan de los requisitos exigidos por la Ley serán subsanables en los casos, condiciones y plazos previstos en las Leyes procesales.

## CAPITULO III

*De las resoluciones judiciales*

## Artículo 265

Las resoluciones de los Tribunales cuando no estén constituidos en Sala de Justicia, las de las Salas de Gobierno, y las de los Jueces y Presidentes cuando tuvieren carácter gubernativo, se llamarán acuerdos.

La misma denominación se dará a las advertencias y correcciones que por recaer en personas que estén sujetas a la jurisdicción disciplinaria se impongan en las sentencias o en otros actos judiciales. Cuando no se exprese en los autos la falta, concreción y nombre de la persona a que se refieran, se indicará en aquéllos con la frase "a lo acordado".

## Artículo 266

Las resoluciones escritas de los Jueces y Tribunales que tengan carácter jurisdiccional se denominarán:

1. Providencias, cuando sean de tramitación.
2. Autos, cuando decidan recursos contra providencias, sobre cuestiones incidentales, sobre presupuestos procesales, sobre la nulidad del procedimiento, o cuando, a tenor de las Leyes de enjuiciamiento, deban revestir esta forma.
3. Sentencias, cuando decidan definitivamente la cuestión de fondo del pleito o causa en cualquier instancia o recurso, o cuando, según las Leyes procesales, deban revestir esta forma.

Las sentencias podrán dictarse "in voce" cuando lo autorice la Ley.

Son Sentencias firmes aquéllas contra las que no quepa recurso alguno, salvo el de revisión u otros extraordinarios que establezca la Ley.

Llámesese ejecutoria el documento público y solemne en que se con-signa una sentencia firme. Las ejecutorias se encabezarán en nombre del Rey.

## Artículo 267

En los casos en que la Ley ordene al Secretario formular propuesta de resolución, el Juez podrá adoptar la modalidad de "conforme" o dictar nueva resolución.

## Artículo 268

Las resoluciones judiciales que se dicten oralmente y deban ser documentadas en acta en los juicios verbales, vistas de los pleitos o causas y demás actos solemnes incluirán, en su caso, la fundamentación sucinta que proceda.

## Artículo 269

La fórmula de las providencias se limitará a la determinación de lo mandado y del Juez o Tribunal, sin más fundamento ni adiciones que la fecha en que se acuerde, la firma o rúbrica del Juez o del Magistrado Ponente y la firma del Secretario. No obstante, podrán ser sucintamente motivadas sin sujeción a requisito alguno cuando se estime conveniente.

Los autos serán fundados y contendrán en párrafos separados y numerados los hechos, razonamientos jurídicos y parte dispositiva. Serán firmados por el Juez, Magistrado Ponente o Magistrados que los dicten.

Las sentencias escritas se formularán con encabezamiento, antecedentes de hecho, en los que se expresarán, con la posible concisión, los hechos probados que estén enlazados con las cuestiones que haya de resolver el Juez o Tribunal o los antecedentes procesales del caso, y fundamentos de derecho, en los que se expondrán los razonamientos jurídicos y el fallo.

El Ponente habrá de redactar, en todo caso, a efectos de clasificación y documentación, un resumen del contenido de la sentencia que deberá ser aprobado por la Sala o Sección.

## CAPITULO IV

*De la vista, votación y fallo*

## Artículo 270

Las vistas de los asuntos se señalarán por el orden de su conclusión, salvo que en la Ley se disponga otra cosa.

## Artículo 271

Corresponderá a los Presidentes de Sala y a los de Sección el señalamiento de las vistas o trámite equivalente y el del comienzo de las sesiones del juicio oral, a cuyo efecto les serán pasados los autos cuando alcancen dicho estado. Los Jueces y Presidentes interesarán mensualmente de la correspondiente Secretaría una relación de asuntos pendientes de señalamiento.

## Artículo 272

El Juez o el Ponente verá por sí los autos para dictar sentencia o resolución decisoria de incidentes o de recursos.

El Presidente y los Magistrados podrán examinar los autos en cualquier tiempo.

## Artículo 273

Concluida la vista de los autos, pleitos o causas o desde el día señalado para la votación y fallo, podrá cualquiera de los Magistrados pedir los autos para su estudio.

Cuando los pidieren varios, fijará el que presida el plazo que haya de tenerlos cada uno, de modo que puedan dictarse las sentencias dentro del tiempo señalado para ello.

En los casos previstos en este artículo podrá prorrogarse el plazo para dictar sentencia por un tiempo que no exceda de su mitad.

## Artículo 274

Los autos y sentencias se deliberarán y votarán inmediatamente después de las vistas y, cuando así no pudiera hacerse, señalará el Presidente el día en que deban votarse, dentro del plazo señalado para dictar la resolución.

## Artículo 275

La discusión y votación de los autos y sentencias se verificará siempre en todos los Tribunales a puerta cerrada y antes o después de las horas señaladas para la Audiencia.

## Artículo 276

La votación, a juicio del Presidente, podrá tener lugar separadamente sobre los distintos pronunciamientos de hecho o de Derecho que hayan de hacerse, o parte de la decisión que haya de dictarse.



Votará primero el Ponente y después los demás Magistrados por orden inverso al de su antigüedad. El que presida votará el último.

Empezada la votación, no podrá interrumpirse, sino en caso de fuerza mayor.

#### Artículo 277

Los autos y sentencias se dictarán por mayoría absoluta de votos, salvo que expresamente la Ley señale una mayor proporción.

En ningún caso podrá exigirse un número determinado de votos conformes que altere la regla de la mayoría.

#### Artículo 278

Quando fuere trasladado, separado, jubilado o suspenso algún Magistrado, votará los pleitos a cuya vista hubiere asistido y que aún no se hubieren fallado.

#### Artículo 279

Si después de la vista y antes de la votación algún Magistrado se imposibilitare y no pudiere asistir al acto, dará un voto fundado y firmado y lo remitirá directamente al Presidente.

Si no pudiere escribir ni firmar lo extenderá ante un Secretario de la Sala.

El voto así emitido se unirá a los demás y se conservará, rubricado por el que presida, con el libro de sentencias.

Quando el impedido no pudiere votar ni aun de este modo, se votará el pleito o la causa por los no impedidos que hubieren asistido a la vista y, si hubiere los necesarios para formar mayoría, éstos dictarán sentencia.

#### Artículo 280

Quando no hubiere votos bastantes para constituir mayoría, se verá de nuevo el asunto sustituyéndose el impedido en la forma establecida en esta Ley.

#### Artículo 281

Las sentencias se firmarán por el Juez o por todos los Magistrados no impedidos dentro del plazo establecido para dictarlas.

#### Artículo 282

Todo el que tome parte en la votación de una sentencia firmará lo acordado, aunque hubiere disentido de la mayoría; pero podrá, en este caso, anunciándolo en el momento de la votación o en el de la firma, formular voto particular, en forma de sentencia en la que podrán aceptarse, por remisión, los puntos de hecho y fundamentos de derecho de la dictada por el Tribunal con los que estuvieren conformes.

El voto particular, con la firma del autor, se incorporará al libro de sentencias y se notificará a las partes junto con la sentencia aprobada

por mayoría. Cuando, de acuerdo con la Ley, sea preceptiva la publicación de la sentencia, el voto particular, si lo hubiere, habrá de publicarse junto a ella.

También podrá formularse voto particular, con sujeción a lo dispuesto en el párrafo anterior, en lo que resulte aplicable, respecto de los autos decisorios de incidentes.

#### Artículo 283

Quando, después de fallado un pleito por un Tribunal, se imposibilita algún Magistrado de los que votaron y no pudiere firmar, el que hubiere presidido el Tribunal lo hará por él, expresando el nombre de aquel por quien firme y después las palabras "votó en Sala y no pudo firmar".

#### Artículo 284

Quando en la votación de una sentencia o auto no resultare mayoría de votos sobre cualquiera de los pronunciamientos de hecho o de derecho que deban hacerse, volverán a discutirse y a votarse los puntos en que hayan disentido los votantes.

Si no se obtuviere acuerdo se someterán a deliberación los dos votos más favorables al inculcado o procesado, si se trata de un asunto de índole penal. La determinación de cuáles son los pareceres más favorables al procesado o inculcado se hará por mayoría de votos.

En los demás casos, la discordia se resolverá mediante celebración de nueva vista, concurriendo los Magistrados que hubieran asistido a la primera, aumentándose dos más, si hubiese sido impar el número de los discordantes, y tres en el caso de haber sido par. Concurrirá para ello, en primer lugar, el Presidente de la Sala, si no hubiere ya asistido; en segundo lugar, los Magistrados de la misma Sala que no hayan visto el pleito; en tercer lugar, el Presidente de la Audiencia, y finalmente, los Magistrados de las demás Salas, con preferencia de los del mismo orden jurisdiccional.

#### Artículo 285

El que deba presidir la Sala de Discordia hará el señalamiento de las vistas de discordia y designaciones oportunas.

Quando en la votación de una sentencia o auto por la Sala de Discordia o, en su caso, por el Pleno de la Sala, no se reuniere tampoco mayoría sobre los puntos discordados, se procederá a nueva votación, sometiendo sólo a ésta los dos pareceres que hayan obtenido mayor número de votos en la precedente.

#### Artículo 286

Las Secciones del mismo orden jurisdiccional de un Tribunal Superior de Justicia o de una Audiencia se reunirán bajo la Presidencia del Presidente de la Sala, a convocatoria de éste, acordada por sí o a petición mayoritaria de los Magistrados de la misma para la unificación de cri-

terios, para la coordinación de prácticas procesales y en los demás casos que establezca la Ley.

En todo caso quedará a salvo la independencia de las Secciones para el enjuiciamiento y resolución de los distintos procesos de que conozcan.

#### Artículo 287

En cada Juzgado o Tribunal se llevará, bajo la custodia del Secretario respectivo, un libro de sentencias, en el que se incluirán firmadas todas las definitivas, que serán ordenadas correlativamente según su fecha.

#### Artículo 288

Las sentencias, una vez extendidas y firmadas por el Juez o por todos los Magistrados que las hubieren dictado, serán pronunciadas en audiencia pública. Los Secretarios pondrán en los autos certificación literal de la sentencia y de la publicación de la misma.

Las sentencias serán depositadas en la Secretaría del Juzgado o Tribunal y se permitirá a cualquier persona el acceso al texto de las mismas.

#### Artículo 289

Los Jueces y Tribunales no podrán variar las sentencias que pronuncien después de firmadas, pero sí aclarar algún concepto oscuro o suplir cualquier omisión que contengan, dentro de los cinco días hábiles siguientes al de la notificación.

Los errores materiales manifiestos y los aritméticos podrán ser rectificadas en cualquier momento.

Estas aclaraciones o rectificaciones podrán hacerse de oficio o a instancia de parte o del Ministerio Fiscal, en su caso.

## CAPITULO V

### *Del lugar en que deben practicarse las actuaciones*

#### Artículo 290

Las actuaciones judiciales deberán practicarse normalmente en la sede del órgano jurisdiccional.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los Juzgados y Tribunales podrán constituirse en cualquier lugar del territorio de su jurisdicción para la práctica de aquéllas, cuando fuere necesario o conveniente para la buena administración de justicia.

#### Artículo 291

Los Juzgados y Tribunales sólo podrán celebrar juicios o vistas de asuntos fuera de la población de su sede cuando así lo autorice la Ley.

Sin embargo, el Consejo General del Poder Judicial, cuando las circunstancias o el buen servicio de la Administración de Justicia lo acon-

sejen, podrá disponer que los Juzgados y las Secciones o Salas de los Tribunales o Audiencias se constituyan en población distinta de su sede para despachar los asuntos correspondientes a un determinado ámbito territorial comprendido en la circunscripción de aquéllos.

## CAPITULO VI

### *De las notificaciones*

#### Artículo 292

Las providencias, autos y sentencias y las diligencias de ordenación se notificarán a todos los que sean parte en el pleito o la causa, y también a quienes se refieran o puedan parar perjuicios, cuando así se disponga expresamente en aquellas resoluciones, de conformidad con la Ley.

#### Artículo 293

Las notificaciones podrán practicarse por medio del correo, del telégrafo o de cualquier medio técnico que permita la constancia de su práctica y de las circunstancias esenciales de la misma.

#### Artículo 294

En las poblaciones en que existieren varios Juzgados y el conjunto de la actividad judicial lo justifique, podrá establecerse un servicio común dependiente del Decanato para la práctica de las notificaciones que deban hacerse por aquéllos.

También podrá establecerse un local de notificaciones común a los varios Juzgados y Tribunales de una misma población, aunque sean de distinto orden jurisdiccional. En este supuesto, el Colegio de Procuradores organizará un servicio para recibir las notificaciones que no hayan podido hacerse en aquel local común por incomparecencia del Procurador que deba ser notificado. La recepción de la notificación por este servicio producirá plenos efectos.

Asimismo, podrán establecerse servicios de Registro General para la presentación de escritos o documentos dirigidos a órganos jurisdiccionales.

## CAPITULO VII

### *De la cooperación jurisdiccional*

#### Artículo 295

Los Jueces y Tribunales cooperarán y se auxiliarán entre sí en el ejercicio de la función jurisdiccional.

#### Artículo 296

Se recabará la cooperación judicial cuando debiere practicarse una diligencia fuera de la circunscripción del Juez o Tribunal que la hubiere

ordenado, o ésta fuere de la específica competencia de otro Juzgado o Tribunal.

La petición de cooperación, cualquiera que sea el Juzgado o Tribunal a quien se dirija, se efectuará siempre directamente, sin dar lugar a traslados ni reproducciones a través de órganos intermediarios.

#### Artículo 297

No obstante, podrán los Jueces realizar cualesquiera diligencias de instrucción penal en lugar no comprendido en el territorio de su jurisdicción, cuando el mismo se hallare próximo y ello resultare conveniente, dando inmediata noticia al Juez correspondiente. Los Jueces y Tribunales de otros órdenes jurisdiccionales podrán también practicar diligencias de instrucción o prueba fuera del territorio de su jurisdicción cuando no se perjudique la competencia del Juez correspondiente y venga justificado por razones de economía procesal.

#### Artículo 298

Los Tribunales españoles prestarán a las autoridades judiciales extranjeras la cooperación que les soliciten para el desempeño de su función jurisdiccional, conforme a lo establecido en los Tratados internacionales y, a falta de éstos, en la forma que establecen los artículos siguientes.

#### Artículo 299

Las peticiones de cooperación serán elevadas por conducto del Presidente del Tribunal Supremo, del Tribunal Superior de Justicia o de la Audiencia Territorial al Ministerio de Justicia, el cual las hará llegar a las Autoridades competentes del Estado requerido bien por la vía consular o diplomática, o bien directamente si así lo prevén los Tratados Internacionales.

#### Artículo 300

La prestación de cooperación sólo será denegada por los Tribunales españoles:

1. Cuando el proceso de que dimana la cooperación sea competencia de la jurisdicción española.
2. Cuando el contenido del acto a realizar no corresponda a las atribuciones propias de las autoridades requirente o requerida, indicándose, en tal caso, al requirente cuál es la autoridad competente para ello.
3. Cuando la comunicación en que se solicite la cooperación no reúna los requisitos para que haga fe en España.
4. Cuando el objeto de la cooperación sea manifiestamente contrario al orden público.
5. Cuando no hubiere reciprocidad en la prestación de cooperación, para casos semejantes, por parte de los Tribunales del país del que proceda la petición. La determinación de cuándo hay o no reciprocidad corresponderá al Gobierno.

## TITULO IV

*De las funciones de los Secretarios*

## CAPITULO I

*De las funciones atribuidas a los Secretarios*

## Artículo 301

Las actuaciones de los Secretarios en el curso de los procedimientos judiciales se denominarán actas, diligencias y notas.

También podrán expedir copias certificadas o testimonios de las actuaciones judiciales no secretas ni reservadas a las partes interesadas y bajo su responsabilidad, con sujeción a lo establecido en las Leyes.

Asimismo corresponderá a los Secretarios la práctica de las notificaciones y demás actos de comunicación y de cooperación judicial en la forma que determinen las Leyes.

## Artículo 302

Las actas tienen por objeto dejar constancia de la realización de un acto procesal o de un hecho con trascendencia procesal.

Las diligencias podrán ser de constancia, de ordenación, de comunicación o de ejecución.

Las notas podrán ser de referencia, de resumen de los autos y de examen del trámite a que se refieran.

## CAPITULO II

*De la fe pública judicial*

## Artículo 303

El Secretario es el único funcionario competente para dar fe con plenitud de efectos de las actuaciones judiciales, correspondiéndole también la facultad de documentación en el ejercicio de sus funciones, ostentando el carácter de autoridad.

La representación en juicio podrá conferirse en todos los procedimientos mediante comparecencia ante el Secretario del Juzgado o Tribunal que haya de conocer del asunto.

## Artículo 304

No obstante lo establecido en el artículo anterior, los Secretarios podrán habilitar a uno o más Oficiales para que autoricen las actas que hayan de realizarse a presencia judicial, así como las diligencias de constancia y de comunicación.

Estas habilitaciones subsistirán mientras no sean revocadas; la responsabilidad de la autenticidad de los hechos o actos acreditados recaerá sobre el Oficial autorizante.

## CAPITULO III

*De la dación de cuentas y de la conservación y custodia de los autos*

## Artículo 305

Los Secretarios pondrán diligencias para hacer constar el día y hora de presentación de las demandas, de los escritos de iniciación del procedimiento y de cualesquiera otros cuya presentación esté sujeta a un plazo perentorio.

Siempre que la parte lo reclame, se le dará recibo de los escritos y documentos que presente con expresión de la fecha y hora de presentación.

## Artículo 306

Los Secretarios darán cuenta a la Sala, al Ponente o al Juez, en cada caso, de los escritos y documentos presentados en el mismo día de su presentación o al siguiente día hábil.

Lo mismo harán respecto a las actas que se hubieren autorizado fuera de la presencia judicial.

## Artículo 307

También darán cuenta del transcurso de los plazos procesales y de los autos que hubieren tomado estado para cualquier resolución, salvo cuando les correspondiere la ordenación del trámite.

## Artículo 308

La dación de cuenta se hará oralmente, por el orden de presentación de los escritos o por el que tomen estado los autos respectivos, sin otra anteposición que la de los que sean urgentes o tengan reconocida preferencia por la Ley.

Cuando proceda, se documentará mediante diligencia y, en su caso, se acompañará propuesta de resolución.

## Artículo 309

Corresponderá a los Secretarios la llevanza de los libros y el archivo y conservación de las actuaciones, salvo que en esta u otra Ley se encomienden a los Jueces o Presidentes.

## CAPITULO IV

*De las diligencias de ordenación, de las propuestas de resolución y de las actuaciones judiciales delegadas*

## Artículo 310

En los Juzgados y Tribunales corresponderá a los Secretarios dictar las diligencias de ordenación, que tendrán por objeto ordenar e impulsar el procedimiento en sus distintos trámites y se limitarán a la expresión

de lo que se disponga con el nombre del Secretario que la dicte, la fecha y la firma de aquél.

#### Artículo 311

Las diligencias de ordenación serán revisables por el Juez o el Ponente, de oficio o a petición de parte, dentro del día siguiente al de su notificación, previa dación de cuenta del Secretario que las hubiere dictado.

La providencia del Juez confirmará, modificará o sustituirá la diligencia objeto de la revisión judicial.

#### Artículo 312

Corresponderá al Secretario proponer al Juez o Tribunal las resoluciones que, con arreglo a la Ley, deban revestir la forma de providencia o auto, incluido los autos definitivos en los asuntos de jurisdicción voluntaria, mientras no se suscite contienda. Se exceptúan las providencias en que se revisen las diligencias de ordenación y los autos decisorios de cuestiones incidentales o resolutorios de recursos, de procesamiento o los limitativos de derechos.

#### Artículo 313

Las propuestas a que se refiere el artículo anterior se sujetarán a los requisitos de forma prescritos en esta Ley para la resolución judicial que deba dictarse suscribiéndose por el Secretario proponente.

### TITULO V

#### *De la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia*

#### Artículo 314

1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran, en sus derechos o bienes, como consecuencia de error judicial o del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, de conformidad con cuanto se establece en los apartados siguientes:

a) La indemnización sólo podrá pretenderse por daños efectivos individualizados y evaluables económicamente.

b) La reclamación indemnizatoria por error judicial deberá ir precedida de la decisión judicial que reconozca el error.

Esta previa decisión, cuando no resulte de una sentencia de revisión en materia penal, se instará dentro de los tres meses siguientes al día en que se produjo la resolución o el hecho determinante de la indemnización, ante la Sala del Tribunal Supremo competente por razón de la materia, la cual, previo informe del órgano jurisdiccional correspondiente y con audiencia del Ministerio Fiscal, resolverá definitivamente y sin ulterior recurso en el plazo de tres meses.



No procederá la declaración de error cuando la resolución no fuere definitiva o no se hubieren agotado los recursos de que fuere susceptible la resolución.

c) Cuando la reclamación tuviere por causa el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia se promoverá directamente ante el Ministerio de Justicia, de conformidad con cuanto se establece en el apartado siguiente.

d) En todo caso las indemnizaciones se solicitarán ante el Ministro de Justicia y se tramitarán con arreglo a las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial del Estado.

El derecho a reclamar prescribirá al año del día en que pudo ejercitarse.

2. Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean declarados inocentes, en auto de sobreseimiento libre o sentencia absolutoria por inexistencia del hecho imputado siempre que se le hayan irrogado perjuicios especialmente graves.

La cuantía de la indemnización se fijará en función del tiempo de privación de libertad y de las consecuencias personales y familiares que se hayan producido, tramitándose de conformidad con lo dispuesto en el número anterior, letra d).

#### Artículo 315

En ningún caso habrá lugar a la indemnización cuando el error judicial o el anormal funcionamiento de los servicios tuviera por causa la conducta dolosa o culposa del perjudicado.

#### Artículo 316

El Estado responderá también de los daños que se produzcan por dolo o culpa grave de los Jueces y Magistrados, sin perjuicio del derecho que le asiste de repetir contra los mismos por los cauces del proceso declarativo que corresponda ante el Tribunal competente. En estos procesos será siempre parte el Ministerio Fiscal.

#### Artículo 317

Lo dispuesto en los artículos anteriores no obstará a la exigencia de responsabilidad civil a los Jueces y Magistrados, por los particulares, con arreglo a lo dispuesto en esta Ley.

## LIBRO IV

*De los Jueces y Magistrados*

## TITULO I

*De la Carrera Judicial y de la provisión de destinos*

## CAPITULO I

*De la Carrera Judicial*

## Artículo 318

Los Jueces y Magistrados que forman la Carrera Judicial ejercerán las funciones jurisdiccionales en los Juzgados y Tribunales de todo orden que regula esta Ley.

También ejercen funciones jurisdiccionales sin pertener a la Carrera Judicial, con sujeción al régimen establecido en esta Ley, sin carácter de profesionalidad y con inamovilidad temporal, los Magistrados suplentes, los que sirven plazas de Jueces en régimen de provisión temporal o como sustitutos, los Jueces de Paz y sus sustitutos.

## Artículo 319

La Carrera Judicial consta de tres categorías:

- Magistrado del Tribunal Supremo.
- Magistrado.
- Juez.

## Artículo 320

El Consejo General del Poder Judicial aprobará cada tres años, como máximo, y por períodos menores cuando fuere necesario, el escalafón de la Carrera Judicial, que será publicado en el "Boletín Oficial del Estado", y comprenderá los datos personales y profesionales que se establezcan reglamentariamente.

## CAPITULO II

*Del ingreso y ascenso en la Carrera Judicial*

## Artículo 321

El ingreso en la Carrera Judicial será por la categoría de Juez en virtud de oposición libre que se convocará, si existieren vacantes, al menos cada año, comprendiéndose en la convocatoria las plazas vacantes y un número adicional que permita atender a las necesidades hasta la oposición inmediata.

Podrán, sin embargo, ingresar en la Carrera Judicial por la categoría

de Magistrados del Tribunal Supremo, o de Magistrados, juristas de reconocida competencia en la forma y proporción establecidos en esta Ley.

#### Artículo 322

Para ingresar en la Carrera Judicial se requiere: ser español y mayor de edad; ser licenciado en Derecho, y no estar incurso en alguna de las causas de incapacidad o incompatibilidad que establece esta Ley.

#### Artículo 323

Están incapacitados para el ingreso en la Carrera Judicial los impedidos física o psíquicamente para la función judicial; los condenados por delito doloso mientras no hayan obtenido la rehabilitación; los procesados o inculcados por delito doloso en tanto no sean absueltos o se dicte auto de sobreseimiento; los sometidos a tutela o curatela; los quebrados no rehabilitados y los concursados mientras no sean declarados inculpables.

#### Artículo 324

El Tribunal de Oposiciones a Ingreso en la Carrera Judicial estará presidido por el Presidente del Tribunal Supremo o Magistrado del Tribunal Supremo en quien delegue y serán Vocales: un Magistrado, un Fiscal, un Catedrático de Universidad de disciplinas jurídicas, un Abogado en ejercicio, un Letrado del Estado y un Facultativo del Consejo General del Poder Judicial, que actuará como Secretario.

#### Artículo 325

El Tribunal será nombrado por el Consejo General del Poder Judicial. El Catedrático y el Letrado del Estado serán propuestos por el Ministro de Justicia; el Abogado, por el Consejo General de la Abogacía, y el Fiscal, por el Fiscal General del Estado.

#### Artículo 326

Las normas por las que ha de regirse la oposición, los ejercicios y los programas se aprobarán por el Consejo General del Poder Judicial, oído el Centro de Estudios Judiciales.

#### Artículo 327

1. Los opositores aprobados seguirán un curso en el Centro de Estudios Judiciales y realizarán prácticas en un órgano jurisdiccional.
2. Los que superen el curso serán nombrados Jueces por orden de la propuesta hecha por el Centro de Estudios Judiciales hasta donde hubiere puestos vacantes.
3. El nombramiento se extenderá por el Consejo General del Poder Judicial, de Real Orden, y con la toma de posesión quedarán investidos de la condición de Juez.

#### Artículo 328

Los que superen el curso pero no obtuvieren destino se quedarán como aspirantes y cubrirán por su orden las vacantes que se produzcan.

**Artículo 329**

Los que no superen el curso podrán repetirlo en el siguiente, al que se incorporarán con la nueva promoción.

Si tampoco superaren este curso, quedarán definitivamente excluidos y decaídos en la expectativa de ingreso en la Carrera Judicial derivada de la oposición que hubiese aprobado.

**Artículo 330**

Las plazas que hubieren quedado vacantes por falta de solicitantes en los concursos serán ofrecidas a los aspirantes a Jueces, quienes elegirán con sujeción al orden de la propuesta hecha por el Centro de Estudios Judiciales.

**Artículo 331**

Podrá el Consejo General del Poder Judicial, dentro de las previsiones presupuestarias, nombrar Jueces Adjuntos de un Juzgado a los aspirantes. Se aplicará a los Jueces Adjuntos el Estatuto Jurídico de la Carrera Judicial.

Los Jueces Adjuntos desempeñarán las funciones de asistencia, colaboración y propuesta que les fueren atribuidos por el Juez titular, con aprobación de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia o Audiencia Territorial.

También podrán desempeñar eventualmente Juzgados cuyo titular, por su situación administrativa, no lo esté desempeñando efectivamente.

**Artículo 332**

De cada cuatro vacantes que se produzcan en la categoría de Magistrado, dos se proveerán con los Jueces que ocuparen el primer lugar en el escalafón dentro de esta categoría, la tercera por medio de pruebas selectivas y de especialización en los órdenes contencioso-administrativo y social entre Jueces, y la cuarta, por concurso, entre juristas de reconocida competencia y con más de diez años de ejercicio profesional.

En los dos primeros casos será necesario que todos hayan prestado tres años de servicios efectivos como Jueces.

Quienes accedieren a la categoría de Magistrado sin pertenecer con anterioridad a la Carrera Judicial se incorporarán al escalafón inmediatamente a continuación del último Magistrado que hubiese ascendido a esta categoría, y se les reconocerá a todos los efectos la misma antigüedad que a éste. Deberán permanecer continuadamente en la Carrera Judicial un mínimo de diez años de servicios efectivos, de lo contrario perderán su condición de miembros de la Carrera Judicial.

**Artículo 333**

Las pruebas selectivas para la promoción de la categoría de Juez a la de Magistrados se celebrarán en el Centro de Estudios Judiciales y tenderán a apreciar las condiciones de madurez y formación jurídica de

los aspirantes, así como sus conocimientos en las distintas ramas del Derecho. Podrán consistir en la realización de estudios, superación de cursos, elaboración de dictámenes o resoluciones y su defensa ante el Tribunal, exposición de temas y contestación a las observaciones que el Tribunal formule o en otros ejercicios similares.

Las pruebas para la promoción de la categoría de Juez a la de Magistrado especialista de lo contencioso-administrativo y de lo social tenderán además a apreciar, en particular, aquellos conocimientos que sean propios de cada orden jurisdiccional.

Las normas por las que han de regirse estas pruebas, los ejercicios y, en su caso, los programas, se aprobarán por el Consejo General del Poder Judicial oído el Centro de Estudios Judiciales.

#### Artículo 334

Para resolver el concurso entre juristas de reconocida competencia a que se refiere el artículo 332 el Consejo General del Poder Judicial, al tiempo de convocarlo, aprobará y publicará las correspondientes Bases en las que se graduarán los méritos de los solicitantes, con arreglo a un baremo preestablecido que valorará los méritos siguientes:

Títulos y grados académicos obtenidos, años de servicio prestados en el Cuerpo de procedencia o en la profesión que ejerciera, realización de cursos de especialización jurídica en los que haya participado activamente con presentación de ponencias, comunicaciones, memorias o trabajos similares; publicaciones científico jurídicas, y número y naturaleza de los asuntos que hubiera dirigido ante los Juzgados y Tribunales en el ejercicio de la Abogacía.

En la valoración de los méritos relacionados no podrán establecerse puntuaciones que por sí solas superen a más de dos del conjunto de las restantes.

El concurso será resuelto por un Tribunal compuesto en la misma forma prevista en el artículo 324.

Los concursantes que resulten seleccionados celebrarán un curso en el Centro de Estudios Judiciales. Quienes superen el curso serán nombrados Magistrados por el orden de la propuesta de dicho Centro.

Las vacantes que no resultaren cubiertas por este procedimiento acrecerán el turno de pruebas selectivas y de especialización, si estuvieren convocados, o, en otro caso, al de antigüedad.

#### Artículo 335

El Tribunal de las pruebas selectivas, previstas en el artículo 333, será nombrado por el Consejo General del Poder Judicial y estará compuesto en la forma prevista en el artículo 324. Cuando se trate de pruebas para la promoción a la categoría de Magistrado especialista de lo contencioso-administrativo y de lo social será la establecida en el indicado artículo, si bien sus miembros serán elegidos entre especialistas en Derecho Público o Laboral.

## Artículo 336

Podrán las Comunidades Autónomas instar del Consejo General del Poder Judicial la convocatoria de oposiciones y concursos para cubrir las plazas vacantes de la Carrera Judicial y del Secretariado y demás personal al servicio de la Administración de Justicia existentes en su territorio.

## CAPITULO III

*Del nombramiento y posesión de los Jueces y Magistrados*

## Artículo 337

1. Los Jueces serán nombrados, mediante Real Orden, por el Consejo General del Poder Judicial.

2. Los Magistrados y los Presidentes serán nombrados por Real Despacho, a propuesta de dicho Consejo.

La presentación a Real Despacho se hará por el Ministro de Justicia, que refrendará el nombramiento.

## Artículo 338

Los nombramientos se remitirán al Presidente del Tribunal o Audiencia a quien corresponda dar o mandar dar posesión a los nombrados.

También se comunicará a éstos y a los Presidentes del Tribunal o Audiencia de su destino anterior.

## Artículo 339

Los miembros de la Carrera Judicial prestarán, antes de posesionarse del primer destino, el siguiente juramento o promesa:

“Juro o prometo guardar y hacer guardar en todo tiempo la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, lealtad a la Corona, administrar recta e imparcial justicia y cumplir mis deberes judiciales frente a todos.”

El mismo juramento o promesa se prestará antes de posesionarse del primer destino que implique ascenso de categoría en la Carrera.

## Artículo 340

Los Presidentes, Magistrados y Jueces se presentarán a tomar posesión de sus respectivos cargos dentro de los veinte días naturales siguientes al de la fecha de la publicación de su nombramiento en el “Boletín Oficial del Estado”, a no ser que el Consejo General del Poder Judicial prorrogue el plazo por justa causa. Para los destinados a la misma población en que hubieran servido el cargo, el plazo será de ocho días. Los Jueces que hayan de jurar o prometer el cargo tomarán posesión dentro de los tres días siguientes al del juramento o promesa y nunca fuera de los plazos de veinte u ochos días establecidos en este artículo.

## Artículo 341

La posesión del Presidente, Presidentes de Sala y Magistrados de Tribunales y Audiencias se hará ante la Sala de gobierno de aquel al que fueren destinados y en audiencia pública.

En el mismo acto prestarán el juramento o promesa los que fueren nombrados Magistrados del Tribunal Supremo o de los Tribunales Superiores de Justicia, sin haber pertenecido con anterioridad a la Carrera Judicial.

## Artículo 342

Los Jueces prestarán el juramento o promesa, cuando proceda, ante la Sala de Gobierno del Tribunal o Audiencia a que pertenezca el Juzgado para el que hayan sido nombrados y asimismo en audiencia pública.

La posesión será en el Juzgado al que fueren destinados, en audiencia pública y con asistencia del personal del Juzgado. Dará la posesión el Juez que estuviere ejerciendo la jurisdicción.

## Artículo 343

El que se negare a prestar juramento o promesa o sin justa causa dejare de tomar posesión se entenderá que renuncia al cargo y a la Carrera Judicial.

El Presidente del Tribunal o Audiencia dará cuenta al Consejo General del juramento o promesa y posesión o, en su caso, del transcurso del tiempo sin hacerlo.

## Artículo 344

Si concurriere justo impedimento en la falta de presentación podrá ser rehabilitado el renunciante. La rehabilitación se acordará por el Consejo General, a solicitud del interesado.

En tal caso, el rehabilitado deberá presentarse a prestar juramento o promesa y posesionarse de su cargo en el plazo que se le señale, que no podrá ser superior a la mitad del plazo normal.

Si la plaza a la que fuere destinado hubiere sido cubierta, será destinado a la que elija, de las correspondientes a su categoría y para la que reúna las condiciones legales, que hubiere quedado desierta en concurso. En otro caso, será destinado forzoso.

## CAPITULO IV

*De los honores y tratamientos de los Jueces y Magistrados*

## Artículo 345

El Presidente y Magistrados del Tribunal Supremo, Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia y Presidentes de las Audiencias Territoriales, tienen el tratamiento de Excelencia.

Los Presidentes de las Audiencias Provinciales y demás Magistrados, de Señoría Ilustrísima.

Los Jueces, el de Señoría.

#### Artículo 346

En los datos de oficio, los Jueces y Magistrados no podrán recibir mayor tratamiento que el que corresponda a su empleo efectivo en la Carrera Judicial, aunque lo tuvieren superior en diferente carrera o por otros títulos.

Tampoco podrán usar, cuando se reúnan en cuerpo, ninguna condecoración que les dé derecho a tratamiento superior del que corresponda al que preside el acto.

### CAPITULO V

#### *De la provisión de plazas en los Juzgados, en las Audiencias y en los Tribunales Superiores de Justicia*

#### Artículo 347

La provisión de destinos de la Carrera Judicial se hará por concurso, en la forma que determina esta Ley, salvo los de Presidentes de las Audiencias Provinciales, Presidentes de las Audiencias Territoriales, Tribunales Superiores de Justicia y Audiencia Nacional y Presidentes de Sala y Magistrados del Tribunal Supremo.

#### Artículo 348

No podrán concursar los electos, ni los que se encontraren en una situación de las previstas en esta ley que se lo impida.

Tampoco podrán concursar los Jueces y Magistrados que no lleven el tiempo que reglamentariamente se determine, que no podrá ser inferior a un año, en destino al que hubieren accedido voluntariamente.

#### Artículo 349

La Ley que fije la planta determinará los criterios para clasificar los Juzgados y establecer la categoría de quienes deban servirlos.

#### Artículo 350

1. Los concursos para la provisión de los Juzgados se resolverán en favor de quienes, ostentando la categoría necesaria, tengan mejor puesto en el escalafón.

2. Los concursos para la provisión de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social se resolverán en favor de quienes, ostentando la categoría de Magistrado especialista en dicho orden jurisdiccional, tengan mejor puesto en el escalafón. En su defecto, se cubrirán con Magistrados que hayan prestado al menos cinco años de servicios en el



orden contencioso-administrativo o social; y a falta de éstos, de acuerdo con lo previsto en la regla general del párrafo primero.

3. Para la provisión de los Juzgados de Menores se aplicará la regla general establecida en el párrafo primero de este artículo. No obstante, en la resolución de los concursos tendrán preferencia quienes acrediten la especialización correspondiente.

#### Artículo 351

Los concursos para la provisión de las plazas de Magistrados de las Salas o Secciones de la Audiencia Nacional, de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias Territoriales, y las de Presidente de Sección y Magistrado de las Audiencias Provinciales, se resolverán en favor de quienes, ostentando la categoría necesaria, tengan mejor puesto en el escalafón.

En cada Sala o Sección de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social, una de las plazas se reservará a Magistrado especialista en dicho orden jurisdiccional, con preferencia del que ocupe el mejor puesto escalafonal. Si la Sala o Sección se compusiere de cinco o más Magistrados, el número de plazas cubiertas por este sistema será de dos.

En las Salas de Recursos de los Tribunales Superiores de Justicia, una de cada tres plazas se cubrirá con un jurista de reconocido prestigio con más de diez años de ejercicio profesional y arraigo en la Comunidad Autónoma, nombrados a propuesta del Consejo General del Poder Judicial sobre una terna presentada por la Asamblea Legislativa. Las restantes plazas serán cubiertas, si el volumen de trabajo lo aconsejare, por Magistrados nombrados a propuesta del Consejo General del Poder Judicial entre los que lleven cinco años en la categoría y tengan especiales conocimientos de Derecho Público y, en su caso, en Derecho Foral y especial propio de la Comunidad Autónoma. Si no fuera necesaria la especial adscripción de Magistrados, la Sala se completará con Magistrados de la propia Audiencia designados por el Consejo General del Poder Judicial.

#### Artículo 352

Quienes accedieren a un Tribunal Superior de Justicia sin pertenecer con anterioridad a la Carrera Judicial, lo harán a los solos efectos de prestar servicios en el mismo, sin que puedan optar ni ser nombrados para destino distinto, salvo su posible promoción al Tribunal Supremo.

A todos los demás efectos serán considerados miembros de la Carrera Judicial.

#### Artículo 353

Los que asciendan a la categoría de Magistrado mediante prueba selectiva con especialización en el orden contencioso-administrativo o social, conservarán los derechos a concursar a plazas de otros órdenes jurisdiccionales, de acuerdo con su antigüedad en el escalafón común. Para ocupar

plaza de su especialidad sólo se les computará el tiempo desempeñado en ésta.

#### Artículo 354

Las plazas de Presidente de Sala o de Sección de la Audiencia Nacional, de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias Territoriales se proveerán por concurso que se resolverá en favor de quienes, ostentando la categoría de Magistrado, tengan mejor puesto en el escalafón.

Tendrán preferencia quienes hubieren prestado cinco años de servicios en el orden jurisdiccional de que se trate.

#### Artículo 355

Las plazas que quedaren vacantes por falta de solicitantes se proveerán por los que sean promovidos o asciendan a la categoría necesaria, con arreglo al turno que corresponda.

#### Artículo 356

Los Presidentes de las Audiencias Provinciales serán nombrados, por un periodo de cinco años, a propuesta del Consejo General del Poder Judicial, entre los Magistrados que lo soliciten, de entre los que llevan diez años de servicios en la Carrera.

#### Artículo 357

1. Los Presidentes de la Audiencia Nacional, de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias Territoriales se nombrarán por un período de cinco años a propuesta del Consejo General del Poder Judicial entre Magistrados que hubieren prestado diez años de servicios en la categoría, lo hubieren solicitado y lleven, al menos, veinte años perteneciendo a la Carrera Judicial.

2. El nombramiento de Presidente de un Tribunal Superior de Justicia, tendrá efectos desde su publicación en el "Boletín Oficial del Estado", sin perjuicio de la preceptiva publicación en el "Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma".

#### Artículo 358

Los Presidentes de la Audiencia Nacional, de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias Territoriales y Provinciales cesarán por alguna de las causas siguientes:

1. Por expiración de su mandato, salvo que sean confirmados en el cargo.
2. Por dimisión, aceptada por el Consejo General.
3. Por dejar de atender diligentemente los deberes del cargo, según apreciación razonada del Consejo General.

#### Artículo 359

El Presidente de la Audiencia Nacional quedará, cuando cese en su cargo, adscrito al Tribunal Supremo hasta que obtengan plaza en el mismo en propiedad.

**Artículo 360**

Los Presidentes de Audiencia Territorial y Provincial que cesaren en su cargo continuarán en servicio activo y quedarán adscritos, a su elección, al Tribunal o Audiencia en que cesen o a aquél del que procedieren y serán destinados para ocupar la primera vacante que se produzca en la Audiencia o Tribunal a que estuvieren adscritos, si no obtuvieren otra plaza a su instancia con anterioridad.

**Artículo 361**

La presidencia de la Audiencia Nacional se proveerá por el Consejo General del Poder Judicial entre Magistrados del Tribunal Supremo con tres años de servicios prestados en la categoría, que reúnan las condiciones idóneas para el cargo.

**Artículo 362**

1. Para la provisión de las plazas de Presidente de los Tribunales Superiores de Justicia, de las Audiencias Territoriales y Audiencias Provinciales, el Consejo General del Poder Judicial, cuando así lo exija el correspondiente Estatuto de Autonomía de la Comunidad en que radiquen, valorará la especialización en el Derecho Foral y especial y el conocimiento del idioma oficial de aquélla.

2. Reglamentariamente se determinarán los criterios de valoración sobre el conocimiento del idioma y del Derecho Foral de las Comunidades Autónomas, cuando sus respectivos Estatutos lo establezcan como mérito preferente en los concursos para órganos jurisdiccionales de su territorio.

**CAPITULO VI***De la provisión de plazas en el Tribunal Supremo***Artículo 363**

Las presidencias de las Salas del Tribunal Supremo se proveerán por el Consejo General del Poder Judicial entre Magistrados de dicho Tribunal que cuenten con tres años de servicios en la categoría.

**Artículo 364**

De cada cinco plazas de Magistrado de cada una de las Salas del Tribunal, cuatro se proveerán entre miembros de la Carrera Judicial con diez años, al menos, de servicios en la categoría de Magistrado y no menos de veinte en la Carrera y la quinta entre Abogados y otros juristas, todos ellos de reconocida competencia.

**Artículo 365**

De cada cuatro plazas reservadas a la Carrera Judicial, corresponderán:

a) Dos a Magistrados que hubieren accedido a la categoría mediante las correspondientes pruebas selectivas y de especialización, si bien para éstos sólo se exigirán quince años en la Carrera y cinco en la categoría.

b) Dos a Magistrados que reunieren las condiciones generales para el acceso al Tribunal Supremo señaladas en el artículo anterior.

#### Artículo 366

Podrán ser nombrados Magistrados del Tribunal Supremo los Abogados y juristas de prestigio que cumpliendo los requisitos exigidos para ello reúnan méritos suficientes a juicio del Consejo General del Poder Judicial y hayan desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a veinte años, preferentemente en la rama del Derecho correspondiente al orden jurisdiccional de la Sala para la que hubieren de ser designados.

#### Artículo 367

Cuando el número de Magistrados de una Sala no sea múltiplo de cinco, se adjudicará una plaza más al grupo b) del artículo 365; al grupo a) del mismo artículo; o al grupo de juristas de prestigio, sucesivamente y por este orden.

#### Artículo 368

Quienes tuvieren acceso al Tribunal Supremo sin pertenecer con anterioridad a la Carrera Judicial, se incorporarán al escalafón de la misma ocupando el último puesto en la categoría de Magistrados del Tribunal Supremo. Se les reconocerá, a todos los efectos, veinte años de servicios.

## CAPITULO VII

### *De la situación de los Jueces y Magistrados*

#### Artículo 369

Los Jueces y Magistrados pueden hallarse en alguna de las situaciones siguientes:

1. Servicio activo.
2. Servicios especiales.
3. Excedencia voluntaria o forzosa.
4. Suspensión.

#### Artículo 370

Los Jueces y Magistrados se encuentran en situación de servicio activo cuando ocupan plaza correspondiente a la Carrera Judicial o les ha sido conferida comisión de servicio con carácter temporal.

#### Artículo 371

Podrán conferirse comisiones de servicio a los Jueces y Magistrados para participar en misiones de cooperación jurídica internacional o para

prestar servicios en el Ministerio de Justicia, en el Consejo General del Poder Judicial o en otro Juzgado o Tribunal.

Las comisiones de servicio tendrán una duración máxima de seis meses y no serán prorrogables, siendo requisito para su otorgamiento, además de la previa conformidad del interesado, el prevalente interés del servicio debidamente motivado y el informe de los superiores jerárquicos de las plazas afectadas por la comisión.

#### Artículo 372

Los Jueces y Magistrados pasarán a la situación de servicios especiales:

a) Cuando sean autorizados para realizar una misión por período superior a seis meses en Organismos Internacionales: Gobiernos o Entidades públicas extranjeras o en programas de cooperación internacional.

b) Cuando adquieran la condición de funcionarios al servicio de Organismos Internacionales o de carácter supranacional.

c) Cuando sean adscritos al servicio del Tribunal Constitucional o del Defensor del Pueblo.

d) Cuando cumplan el servicio militar o la prestación sustitutoria equivalente.

#### Artículo 373

Se considerarán en situación de servicios especiales al Juez o Magistrado en el que se dé alguna de las siguientes condiciones:

a) Cuando sean nombrados miembros del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas.

b) Cuando sean nombrados Presidente del Tribunal Supremo o Fiscal General del Estado.

c) Cuando sean elegidos por las Cortes Generales para formar parte de los órganos constitucionales u otros cuya elección corresponda a las Cámaras.

d) Cuando accedan a la condición de Diputado o Senador de las Cortes Generales.

e) Cuando presten servicio en virtud de nombramiento por Real Decreto en la Presidencia del Gobierno o en el Ministerio de Justicia.

#### Artículo 374

A los miembros de la Carrera Judicial en situación de servicios especiales se les computará el tiempo que permanezcan en tal situación a efectos de ascensos, trienios y derechos pasivos y tendrán derecho a la reserva de la plaza presupuestaria y localidad del destino que ocupasen. En todos los casos recibirán las retribuciones del puesto o cargo efectivo que desempeñen y no las que le correspondan como funcionario sin perjuicio del derecho a la percepción de los trienios que pudiera tener reconocidos como funcionario.

Los Diputados, Senadores y los miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, que pierdan dicha condición por disolu-

ción de la correspondiente Cámara o terminación del mandato de la misma, podrán permanecer en la situación de servicios especiales, hasta su nueva constitución.

#### Artículo 375

Los Jueces y Magistrados que en virtud del Real Decreto fueren nombrados para cargo político o de confianza de carácter no permanente deberán comunicar al Consejo General del Poder Judicial la aceptación o renuncia del cargo para el que hubieren sido nombrados dentro de los ocho días siguientes a la publicación del nombramiento en el "Boletín Oficial del Estado".

La aceptación o la toma de posesión del expresado cargo determinará automáticamente la situación de servicios especiales del nombrado, con aplicación del régimen prescrito en el artículo 374.

#### Artículo 376

Quienes estén en situación de servicios especiales deberán incorporarse a su plaza o a la que durante esta situación hubiesen obtenido, dentro del plazo de veinte días, a contar desde el siguiente al del cese en el cargo o desde la fecha de licencia. De no hacerlo así, pasarán automáticamente a la situación de excedencia voluntaria por interés particular.

#### Artículo 377

La excedencia forzosa se producirá por supresión de la plaza de que sea titular el Juez o Magistrado, cuando signifique el cese obligado en el servicio activo.

Los excedentes forzosos gozarán de la plenitud de sus derechos económicos y tendrán derecho al abono, a todos los efectos, del tiempo transcurrido en dicha situación.

#### Artículo 378

Procederá declarar en situación de excedencia voluntaria a los miembros de la Carrera Judicial cuando se encuentren en situación de servicio activo en otro Cuerpo o Escala de las Administraciones Públicas, o pasen a prestar servicios en Organismos o Entidades del sector público, y no les corresponda quedar en otra situación.

Los miembros de la Carrera Judicial tendrán derecho a un período de excedencia voluntaria, no superior a tres años, para atender al cuidado de cada hijo a contar desde la fecha de nacimiento de éste. Los sucesivos hijos darán derecho a un nuevo período de excedencia que, en su caso, pondrá fin al que se viniera disfrutando. Cuando el padre y la madre trabajen, sólo uno de ellos podrá ejercer este derecho.

Podrá concederse igualmente la excedencia voluntaria a los miembros de la Carrera Judicial cuando lo soliciten por interés particular. En este supuesto no podrá declararse la excedencia voluntaria hasta haber completado tres años de servicios efectivos desde que se accedió a la Carrera Ju-

dicial o desde el reingreso, y en ella no se podrá permanecer más de diez años continuados ni menos de dos años.

Los miembros de la Carrera Judicial que deseen participar como candidatos en elecciones generales, autonómicas o locales deberán solicitar la excedencia voluntaria. Si fueren elegidos para el cargo pasarán a la situación que legalmente le corresponda de conformidad con lo prescrito en esta Ley, en caso contrario podrán solicitar el reingreso en el servicio activo.

#### Artículo 379

Los miembros de la Carrera Judicial en excedencia voluntaria no devengarán retribuciones ni les será computable el tiempo permanecido en tal situación a efectos de ascensos, trienios y derechos pasivos.

#### Artículo 380

El Juez o Magistrado declarado suspenso quedará privado temporalmente del ejercicio de sus funciones.

La suspensión puede ser provisional o definitiva y tendrá lugar en los casos y en la forma establecidos en esta Ley.

#### Artículo 381

El suspenso provisional tendrá derecho a percibir en esta situación el 75 por 100 de las retribuciones básicas y la totalidad de las retribuciones por razón familiar. No se les acreditará haber alguno en caso de incomparecencia o rebeldía.

#### Artículo 382

El tiempo de suspensión provisional que tenga su origen en un procedimiento disciplinario no podrá exceder de cuatro meses, salvo caso de paralización de aquél imputable al interesado. Esta circunstancia determinará la pérdida de toda retribución hasta que el expediente sea resuelto.

#### Artículo 383

Cuando la suspensión no sea declarada definitivamente ni se acuerde la separación, el tiempo de duración de aquélla se computará como de servicio activo y se acordará la inmediata reincorporación del suspenso a su plaza, con reconocimiento de todos los derechos económicos y demás que procedan desde la fecha en que tuvo efecto la suspensión.

#### Artículo 384

La suspensión tendrá carácter definitivo cuando se imponga en virtud de condena o como sanción disciplinaria. Será de abono el tiempo de suspensión provisional.

La suspensión definitiva, impuesta como condena o como sanción disciplinaria superior a seis meses, implicará la pérdida del destino y la vacante se cubrirá en forma ordinaria.

En todo caso, la suspensión definitiva supondrá la privación de todos

los derechos inherentes a la condición de Juez o Magistrado hasta que, en su caso, fuere reintegrado el suspenso al servicio activo.

#### Artículo 385

El reingreso en el servicio activo de los excedentes forzosos se hará por orden de mayor tiempo en esta situación, sin necesidad de solicitud del interesado y con ocasión de la primera vacante para que la que reúna las condiciones legales.

#### Artículo 386

El reingreso de los excedentes voluntarios deberá ir precedido de solicitud dirigida al Consejo General del Poder Judicial.

Reglamentariamente se establecerán los documentos que deberán acompañarse y los informes que, en su caso, deban ser interesados, según que la excedencia voluntaria sea o no por interés particular.

#### Artículo 387

Los suspensos definitivamente deberán solicitar el reingreso al servicio activo en el plazo de diez días desde la finalización del período de suspensión. El transcurso de este plazo sin que el interesado solicite el reingreso motivará la declaración de excedencia voluntaria por interés particular, con efectos desde la fecha en que finalizara el período de suspensión.

Reglamentariamente se establecerán los documentos que deberán acompañarse y los informes que deban ser solicitados.

#### Artículo 388

El reingreso de los excedentes voluntarios y suspensos exigirá declaración de aptitud por el Consejo General, que se ajustará a lo prevenido en esta Ley sobre condiciones que deben reunirse para el ingreso en la Carrera Judicial.

#### Artículo 389

Los que hayan de reingresar al servicio activo deberán participar en cuantos concursos se anuncien para la provisión de plazas de su categoría, hasta obtener destino en propiedad. Si no lo hicieran quedará sin efecto la declaración de aptitud y, de no estar ya en ella, serán declarados en situaciones de excedencia voluntaria por interés particular.

Los excedentes forzosos gozarán de preferencia, por una sola vez, para ocupar vacante en la población donde servían cuando se produjo el cese en el servicio activo.

#### Artículo 390

La concurrencia de peticiones para la adjudicación de vacantes, cual-



quiera que fuere el sistema de su provisión, entre quienes deban reingresar al servicio activo, se resolverá por el siguiente orden de prelación:

1. Excedentes forzosos.
2. Suspensos.
3. Excedentes voluntarios.

## CAPITULO VIII

### *De las licencias y permisos*

#### Artículo 391

Los Jueces y Magistrados residirán en la población donde tenga su sede el Juzgado o Tribunal que sirvan y no podrán ausentarse de la circunscripción en que ejerzan sus funciones, excepto cuando lo exija el cumplimiento de sus deberes judiciales o usen de licencia o permiso.

La Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia o Audiencia Territorial podrá autorizar por causas justificadas la residencia en lugar distinto, siempre que sea compatible con el exacto cumplimiento de las tareas propias de cargo.

No se considerarán ausencias a los efectos de este artículo los desplazamientos fuera de su sede que efectúen los Magistrados o Jueces que no sean únicos o no se encuentren de guardia, desde el final de las horas de audiencia el sábado o víspera de fiesta, hasta el comienzo de la audiencia del primer día hábil siguiente.

#### Artículo 392

Los Jueces y Magistrados tendrán derecho a un permiso anual de un mes de vacaciones, excepto los destinados en las Islas Canarias, que podrán acumular en un sólo período las vacaciones correspondientes a dos años.

Los Presidentes de Sala y Magistrados del Tribunal Supremo y del resto de los Tribunales disfrutarán de este permiso durante el mes de agosto, se exceptúa aquellos a quienes corresponda formar la Sala prevista en el artículo 198.

#### Artículo 393

El permiso anual de vacaciones podrá denegarse para el tiempo en que se solicite cuando por los asuntos pendientes en un Juzgado o Tribunal, por la acumulación de peticiones de licencias en el territorio o por otras circunstancias excepcionales, pudiera perjudicarse el regular funcionamiento de la Administración de Justicia.

#### Artículo 394

Los Jueces y Magistrados tendrán derecho a licencias por razón de matrimonio de quince días de duración y de catorce semanas en caso de parto.

Tendrán también derecho a licencia, sin limitación de su haberes, para realizar estudios relacionados con la función judicial, previo informe favorable del Presidente del Tribunal correspondiente, que tendrá en cuenta las necesidades del servicio. Finalizada la licencia se elevará al Consejo General del Poder Judicial memoria de los trabajos realizados, y si su contenido no fuera bastante para justificarla, se compensará la licencia con el tiempo que se determine de las vacaciones del interesado.

También podrán disfrutar de permisos de tres días, sin que puedan exceder de seis permisos en el año natural ni de uno, al mes, debiéndose justificar la necesidad a los superiores respectivos, de quienes habrán de obtener autorización.

#### Artículo 395

El que por hallarse enfermo no pudiera asistir al despacho, lo comunicará al Presidente del que inmediatamente dependa, y de persistir la enfermedad más de cinco días, tendrá que solicitar licencia acreditando aquélla y la previsión médica sobre el tiempo preciso para su restablecimiento.

#### Artículo 396

Las licencias por enfermedad, transcurrido el sexto mes, sólo darán derecho al percibo de las retribuciones básicas y por razón de familia, sin perjuicio de su complemento, en lo que corresponda, con arreglo al Régimen de Seguridad Social aplicable.

Las licencias para realizar estudios en general darán derecho a percibir las retribuciones básicas y por razón de familia.

Las licencias por enfermedad, hasta el sexto mes inclusive, y las demás licencias y permisos no afectarán al régimen retributivo de quien los disfrute o los haya obtenido.

#### Artículo 397

Cuando circunstancias excepcionales lo impongan, podrá suspenderse el disfrute de las licencias o de los permisos, ordenándose a los Jueces y Magistrados la incorporación al Juzgado o Tribunal.

#### Artículo 398

Reglamentariamente se desarrollará el régimen jurídico de las licencias y permisos, determinando la autoridad a quien corresponde otorgarlos y su duración, y cuanto no se halle establecido en la presente Ley.

## TITULO II

*De la independencia Judicial*

## CAPITULO I

*De la inamovilidad de los Jueces y Magistrados*

## Artículo 399

Gozarán de inamovilidad los Jueces y Magistrados que desempeñen cargos judiciales.

Los que hayan sido nombrados por plazo determinado gozarán de inamovilidad sólo por ese tiempo.

Los casos de renuncia, excedencia, traslado y promoción se regirán por sus normas específicas establecidas en esta Ley.

## Artículo 400

Procede de derecho la separación de los Jueces y Magistrados por sentencia en que ésta se declare.

Los Tribunales que dictaren estas sentencias remitirán testimonio de ellas al Consejo General del Poder Judicial, una vez hubieren ganado firmeza.

## Artículo 401

La condición de Jueces o Magistrados se perderá por las siguientes causas:

1. Por renuncia a la Carrera Judicial.
2. Por pérdida de la nacionalidad española.
3. En virtud de sanción disciplinaria de separación de la Carrera Judicial.
4. Por imposición de pena principal o accesoria de inhabilitación absoluta o especial para cargo público.
5. Por haber incurrido en alguna de las causas de incapacidad, salvo que proceda su jubilación.

En todos estos casos, la separación se acordará previo expediente con intervención del Ministerio Fiscal.

## Artículo 402

Los que hubieren perdido la condición de Juez o Magistrado por alguna de las causas previstas en esta Ley podrán solicitar del Consejo General del Poder Judicial su rehabilitación.

No podrá solicitarse la rehabilitación antes de haber transcurrido seis años a partir del acuerdo de separación.

Lo establecido en el párrafo anterior no es aplicable a los que hubieren sido tenidos por renunciantes por falta de posesión o ausencia

injustificada, quienes podrán solicitar la rehabilitación en cualquier tiempo.

#### Artículo 403

La rehabilitación se concederá por el Consejo General del Poder Judicial, valorando las circunstancias de todo orden concurrentes en la conducta del interesado, cuando se acredite el cese definitivo o la inexistencia, en su caso, de la causa que dio lugar a la separación.

Los que hubieren sido separados por razón de delito deberán justificar que tienen extinguida la responsabilidad penal y civil y que les han sido cancelados los antecedentes penales. Si la rehabilitación se denegare no podrá iniciarse nuevo procedimiento de rehabilitación en los tres años siguientes.

#### Artículo 404

El Juez o Magistrado que hubiere sido rehabilitado será destinado con arreglo al artículo 387 de esta Ley.

#### Artículo 405

La suspensión de los Jueces y Magistrados sólo tendrá lugar en los casos siguientes:

1. Cuando se hubiere declarado haber lugar a proceder criminalmente contra ellos por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones.

Cuando por cualquier otro delito doloso se hubiere dictado contra ellos auto de prisión o de libertad bajo fianza.

3. Cuando se decretare en expediente disciplinario o de incapacidad, ya con carácter provisional, ya definitivo.

4. Por sentencia firme condenatoria en que se imponga como pena principal o accesoria la de suspensión, cuando no procediere la separación.

#### Artículo 406

En los supuestos de los dos primeros números del artículo anterior el Juez o Tribunal que conociera de la causa lo comunicará al Consejo General del Poder Judicial, quien hará efectiva la suspensión, previa audiencia del Ministerio Fiscal.

En el caso del número 4, el Tribunal remitirá testimonio de la sentencia al Consejo General del Poder Judicial.

La suspensión durará, en los casos 1 y 2 del artículo anterior, hasta que recaiga en la causa sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento. En los demás casos, por todo el tiempo a que se extienda la pena, sanción o medida cautelar.

#### Artículo 407

Los Jueces y Magistrados sólo podrán ser jubilados:

1. Por edad.
2. Por incapacidad permanente para el ejercicio de sus funciones.
3. A petición propia, siempre que hubieren cumplido la edad de sesenta años o llevaren más de cuarenta en situación de servicio activo.

## Artículo 408

La jubilación por edad es forzosa y se decretará con la antelación suficiente para que el cese en la función se produzca efectivamente al cumplir la edad de sesenta y cinco años para Jueces y Magistrados y sesenta y ocho años para Magistrados del Tribunal Supremo.

## Artículo 409

Cuando en un Juez o Magistrado se apreciare incapacidad permanente, la Sala de Gobierno respectiva, por sí, a instancia del Ministerio Fiscal o del interesado, dirigirá solicitud de jubilación al Consejo General del Poder Judicial.

El procedimiento de jubilación por incapacidad permanente podrá ser iniciado, asimismo, por el Consejo General de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal.

Los jubilados por incapacidad permanente podrán ser rehabilitados y volver al servicio activo si acreditaren haber desaparecido la causa que hubiere motivado la jubilación.

## Artículo 410

Los procedimientos de separación, traslado, jubilación por incapacidad permanente y rehabilitación se formarán con audiencia del interesado e informe del Ministerio Fiscal y de la Sala de Gobierno respectiva, sin perjuicio de las demás justificaciones que procedan y se resolverán por el Consejo General del Poder Judicial.

## CAPITULO II

*De las incompatibilidades y prohibiciones*

## Artículo 411

El cargo de Juez y Magistrado es incompatible:

1. Con el ejercicio de cualquier otra jurisdicción.
2. Con cualquier cargo de elección popular o designación política del Estado, Comunidades Autónomas, Provincias y demás entidades locales y organismos dependientes de cualquiera de ellos, aunque no perciban retribución alguna.
3. Con los empleos o cargos dotados o retribuidos por la Administración del Estado, las Cortes, la Casa Real, Comunidades Autónomas, Provincias o Municipios.
4. Con los empleos de todas clases en los Tribunales y Juzgados de cualquier orden jurisdiccional.
5. Con todo empleo, cargo o profesión retribuida, salvo la docencia o investigación jurídica o científica, de conformidad con lo dispuesto en la legislación sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

6. Con el ejercicio de la Abogacía, excepto cuando tenga por objeto asuntos personales del funcionario, de su cónyuge, de los hijos sujetos a su patria potestad o de las personas sometidas a su tutela o curatela.

7. Con el ejercicio de toda actividad mercantil, por sí o por otro.

8. Con las funciones de Director, Gerente, Administrador, Consejero, socio colectivo o cualquier otra que implique intervención directa, administrativa o económica en sociedades o empresas mercantiles, públicas o privadas de cualquier género.

#### Artículo 412

Los que ejerciendo cualquier empleo, cargo o profesión de los expresados en el artículo anterior fueren nombrados Jueces o Magistrados deberán optar, en el plazo de ocho días, por uno u otro cargo, o cesar en el ejercicio de la actividad incompatible.

Quienes no hicieren uso de dicha opción en el indicado plazo se entenderá que renuncian al nombramiento judicial.

#### Artículo 413

No podrán pertenecer simultáneamente a una misma Sala Magistrados que estuvieren unidos por vínculo matrimonial o tuvieren parentesco entre sí dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad, salvo que existiere más de una Sección, en cuyo caso podrán participar en las diversas Secciones.

Esta disposición será aplicable también a los Presidentes de la Audiencia Nacional, Tribunales Superiores de Justicia, Audiencias Territoriales y Audiencias Provinciales, así como a los Presidentes de Sala, respecto de los Magistrados que dependan de ellos.

También lo será a los Presidentes y Magistrados de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y de las Audiencias Provinciales respecto de los miembros del Ministerio Fiscal destinados en las Fiscalías correspondientes a dichos Tribunales. Exceptúanse los destinos de Presidentes de Sección y Magistrados en Audiencias Provinciales en que existan cinco o más Secciones.

#### Artículo 414

Lo dispuesto en el artículo anterior será aplicable:

1. A los Presidentes de la Audiencia Nacional con los Jueces Centrales.

2. A los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia, Audiencias Territoriales y Provinciales, con los Jueces del Territorio de su jurisdicción.

3. A los Magistrados de las Audiencias con los Jueces que dependan del orden jurisdiccional a que aquéllos pertenezcan.

4. A los Jueces de Primera Instancia e Instrucción respecto a los miembros del Ministerio Fiscal destinados en Fiscalías en cuya demarcación ejerzan su jurisdicción aquéllos, con excepción de los Partidos en que existan diez o más Juzgados de esa clase.

5. A los Jueces respecto de los Secretarios y personal auxiliar que de ellos dependa.

#### Artículo 415

No podrán los Jueces y Magistrados desempeñar su cargo:

1. En las Salas de Tribunales y Juzgados donde ejerzan habitualmente, como Abogado o Procurador, su cónyuge o un pariente dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad. Esta incompatibilidad no será aplicable en las poblaciones donde existan diez o más Juzgados de Primera Instancia e Instrucción o Salas con tres o más Secciones.

2. En una Audiencia Provincial o Juzgado que comprenda dentro de su circunscripción territorial una población en la que por poseer él mismo, su esposa o parientes de segundo grado de consanguinidad intereses económicos, tengan arraigo que pueda obstaculizarles el imparcial ejercicio de la función jurisdiccional. Se exceptúan las poblaciones superiores a cien mil habitantes en las que radique la sede del órgano jurisdiccional.

3. En una Audiencia o Juzgado en que hayan ejercido la abogacía o el cargo de Procurador en los dos años anteriores y su nombramiento.

#### Artículo 416

Cuando un nombramiento dé lugar a una situación de incompatibilidad de las previstas en los artículos anteriores quedará el mismo sin efecto y se destinará con carácter forzoso al Juez o Magistrado, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que hubiere podido incurrirse.

Cuando la situación de incompatibilidad apareciere en virtud de circunstancias sobrevenidas, el Consejo General del Poder Judicial procederá al traslado forzoso del Juez o Magistrado, en el caso del número 1 del artículo anterior, o del último nombrado en los restantes. En su caso podrá proponer al Gobierno el traslado del miembro del Ministerio Fiscal incompatible, si fuera de menor antigüedad en el cargo. El destino forzoso será a cargo que no implique cambio de residencia si existiera vacante, y en tal caso ésta no será anunciada a concurso de provisión.

#### Artículo 417

Podrán los Presidentes del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional, Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias Territoriales y, en su caso, las Salas de Gobierno, por conducto de aquéllos, dirigir a los Juzgados y Tribunales a ellos inferiores, que estén comprendidos en su respectiva circunscripción, dentro del ámbito de sus competencias gubernativas, las prevenciones que estimen oportunas para el mejor funcionamiento de los Juzgados y Tribunales, dando cuenta sin dilación al Tribunal Supremo, en su caso, y directamente al Consejo General del Poder Judicial.

## Artículo 418

No podrán los Jueces o Magistrados pertenecer a partidos políticos o sindicatos o tener empleo al servicio de los mismos, y les estará prohibido:

1. Dirigir a los poderes, autoridades y funcionarios públicos o Corporaciones oficiales felicitaciones o censuras por sus actos, ni concurrir, con carácter o atributos oficiales, a cualesquiera actos o reuniones públicas que no tengan carácter judicial, excepto aquellas que tengan por objeto cumplimentar al Rey o que hubieran sido convocados o autorizados a asistir por el Consejo General del Poder Judicial.

2. Tomar en las elecciones legislativas o locales más parte que la de emitir su voto personal. Esto no obstante, ejercerán las funciones y cumplimentarán los deberes inherentes a sus cargos.

## Artículo 419

Tampoco podrán los Jueces y Magistrados, infringiendo el deber de secreto profesional, revelar los hechos o noticias referentes a personas físicas o jurídicas de los que hayan tenido conocimiento en el ejercicio de sus funciones.

## Artículo 420

La competencia para la autorización, reconocimiento o denegación de compatibilidades, con arreglo a lo dispuesto en este Capítulo, corresponde al Consejo General del Poder Judicial, previo informe del Presidente del Tribunal o Audiencia respectiva.

## CAPITULO III

*De la inmunidad judicial*

## Artículo 421

Los Jueces y Magistrados en servicio activo sólo podrán ser detenidos por orden de Juez competente o en caso de flagrante delito. En este último caso se tomarán las medidas de aseguramiento indispensable y se entregará inmediatamente el detenido al Juez de Instrucción más próximo.

De toda detención se dará cuenta, por el medio más rápido, al Presidente del Tribunal o de la Audiencia de quien dependa el Juez o Magistrado. Se tomarán por la Autoridad Judicial que corresponda las prevenciones que procedan para atender a la sustitución del detenido.

## Artículo 422

Las Autoridades civiles y militares se abstendrán de intimar a los Jueces y Magistrados y de citarlos para que comparezcan a su presencia dentro del territorio donde ejerzan su jurisdicción. Cuando una Autoridad civil o militar precise de datos o declaraciones que pueda facilitar



un Juez o Magistrado, y que no se refieran a su cargo o función, se solicitarán por escrito o se recibirán en el despacho oficial de aquél, previo aviso.

Cuando se trate de auxilio o cooperación por razón del cargo o de la función jurisdiccional, se prestará sin tardanza, salvo que el acto a ejecutar no esté legalmente permitido o se perjudique la competencia propia del Juez o Tribunal. La denegación se comunicará a la Autoridad petionaria con expresión suficiente de la razón que la justifique.

#### Artículo 423

Cuando en la instrucción de una causa penal fuere necesaria la declaración de un Juez o Magistrado, y ésta pudiera prestarse legalmente, no podrá excusarse aquél de hacerlo. Si la Autoridad Judicial que hubiere de recibir la declaración fuere de categoría inferior, acudirá al despacho oficial del Juez o Magistrado, previo aviso, señalándose día y hora.

### CAPITULO IV

#### *Del régimen de asociación profesional de los Jueces y Magistrados*

#### Artículo 424

De acuerdo con lo establecido en el artículo 127 de la Constitución, se reconoce el derecho de libre asociación profesional de Jueces y Magistrados, que se ejercerá de acuerdo con las reglas siguientes:

1. Las asociaciones de Jueces y Magistrados tendrán personalidad jurídica y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines.

2. Podrán tener como fines lícitos la defensa de los intereses profesionales de sus miembros en todos los aspectos y la realización de estudios y actividades encaminadas al servicio de la Justicia en general. No podrán llevar a cabo actividades políticas ni tener vinculaciones con partidos políticos o sindicatos.

3. Las asociaciones de Jueces y Magistrados deberán tener ámbito nacional, sin perjuicio de la existencia de Secciones cuyo ámbito coincida con el de una Audiencia Territorial o con el de un Tribunal Superior de Justicia donde lo hubiere.

4. Los Jueces y Magistrados podrán libremente asociarse o no asociaciones profesionales.

5. Sólo podrán formar parte de las mismas quienes ostenten la condición de Jueces y Magistrados en servicio activo y en la situación de servicios especiales. Ningún Juez o Magistrado podrá estar afiliado a más de una asociación profesional.

6. Las asociaciones profesionales quedarán válidamente constituidas desde que se inscriban en el Registro que será llevado al efecto por el Consejo General del Poder Judicial. La inscripción se practicará a soli-

cidad de cualquiera de los promotores, a la que se acompañará el texto de los Estatutos y una relación de afiliados.

Sólo podrá denegarse la inscripción cuando la asociación o sus Estatutos no se ajustaren a los requisitos legalmente exigidos.

7. Los Estatutos deberán expresar, como mínimo, las siguientes menciones:

- a) Nombre de la Asociación.
- b) Fines específicos.
- c) Organización y representación de la Asociación. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos.
- d) Régimen de afiliación.
- e) Medios económicos y régimen de cuotas.
- f) Formas de elegirse los cargos directivos de la Asociación.

8. La suspensión o disolución de las Asociaciones profesionales quedará sometida al régimen establecido para el derecho de asociación en general.

9. La Ley de Asociaciones será de aplicación supletoria.

## CAPITULO V

### *De la independencia económica*

#### Artículo 425

El Estado garantiza la independencia económica de los Jueces y Magistrados mediante una retribución adecuada a la dignidad de la función jurisdiccional.

También garantizará un régimen de Seguridad Social que proteja a los Jueces y Magistrados y a sus familiares durante el servicio activo y la jubilación.

#### Artículo 426

El régimen de retribuciones de los Jueces y Magistrados se regirá por Ley, atendiendo para su fijación a la exclusiva y plena dedicación a la función jurisdiccional, a la categoría y al tiempo de prestación de servicios. Se retribuirá, además, la responsabilidad del cargo y el puesto de trabajo.

#### Artículo 427

Junto a las demás partidas correspondientes a retribuciones de Jueces y Magistrados, los Presupuestos Generales del Estado contendrán una consignación anual global para la dotación de los Jueces de provisión temporal, Jueces Adjuntos, Jueces de Paz, otras atenciones de personal judicial a que den lugar los preceptos de esta Ley y demás exigencias de la Administración de Justicia.

## TITULO III

*De la responsabilidad de los Jueces y Magistrados*

## CAPITULO I

*De la responsabilidad penal*

## Artículo 428

La responsabilidad penal de los Jueces y Magistrados por delitos o faltas cometidos en el ejercicio de las funciones de su cargo se exigirá conforme a lo dispuesto en esta Ley.

## Artículo 429

El juicio de responsabilidad penal contra Jueces y Magistrados sólo podrá incoarse por providencia del Tribunal competente o en virtud de querrela del Ministerio Fiscal o del perjudicado u ofendido.

## Artículo 430

Cuando el Tribunal Supremo, por razón de los pleitos o causas de que conozca o por cualquier otro medio, tuviere noticia de algún acto de Jueces o Magistrados realizado en el ejercicio de su cargo y que pueda calificarse de delito o falta, lo comunicará, oyendo previamente al Ministerio Fiscal, al Tribunal competente, a los efectos de incoación de la causa. Lo mismo harán, en su caso, los Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias.

## Artículo 431

Cuando otras Autoridades Judiciales tuvieren conocimiento, a través de las actuaciones en que intervinieren, de la posible comisión de un delito o falta por un Juez o Magistrado en el ejercicio de su cargo, lo comunicarán al Juez, Tribunal competente, oído el Ministerio Fiscal, con remisión de los antecedentes necesarios.

## Artículo 432

Cuando el Consejo General del Poder Judicial, el Gobierno u otro órgano o autoridad del Estado o de una Comunidad Autónoma considere que un Juez o Magistrado ha realizado, en el ejercicio de su cargo, un hecho que puede ser constitutivo de delito o falta, lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal por si procediera el ejercicio de la acción penal.

## Artículo 433

Para que pueda incoarse causa, en virtud de querrela del ofendido, con el objeto de exigir responsabilidad penal a Jueces o Magistrados, deberá preceder un antejuicio con arreglo a los trámites que establecen las leyes procesales y la declaración de haber lugar a proceder contra ellos.

Del antejuicio conocerá el mismo Tribunal que, en su caso, deba conocer de la causa.

## CAPITULO II

### *De la responsabilidad civil*

#### Artículo 434

Los Jueces y Magistrados responderán civilmente por los daños y perjuicios que causaren cuando, en el desempeño de sus funciones, incurrieren en dolo, culpa grave o ignorancia inexcusable.

#### Artículo 435

La responsabilidad civil podrá exigirse a instancia de la parte perjudicada o de sus causahabientes, en el juicio que corresponda.

#### Artículo 436

La demanda de responsabilidad civil no podrá interponerse hasta que sea firme la resolución que ponga fin al pleito o causa en que se suponga producido el agravio, ni por quien no haya reclamado oportunamente en el mismo, pudiendo hacerlo.

En ningún caso la sentencia pronunciada en el juicio de responsabilidad civil alterará la resolución firme recaída en el pleito o causa.

Para que pueda iniciarse el procedimiento por responsabilidad civil deberá preceder un antejuicio del que conocerá el mismo Tribunal que deba conocer de la demanda.

## CAPITULO III

### *De la responsabilidad disciplinaria*

#### Artículo 437

Los Jueces y Magistrados están sujetos a responsabilidad disciplinaria en los casos y con las garantías establecidas en esta Ley.

#### Artículo 438

La responsabilidad disciplinaria sólo podrá exigirse por la Autoridad competente, mediante el procedimiento establecido en este Capítulo, iniciado por decisión de aquélla, por sí, a instancia del agraviado, en virtud de orden judicial superior o a iniciativa del Ministerio Fiscal.

#### Artículo 439

Las faltas cometidas por los Jueces y Magistrados en el ejercicio de sus cargos podrán ser leves, graves y muy graves.

Las faltas leves prescribirán a los dos meses; las graves, a los seis meses y las muy graves, al año desde la fecha de su comisión.

La prescripción se interrumpirá en el momento en que se inicie el

procedimiento disciplinario o la información reservada a que se refiere el artículo 449 de esta Ley, siempre que sea notificada al interesado.

#### Artículo 440

Se considerarán faltas muy graves:

1. La infracción de las incompatibilidades establecidas en la presente Ley. ,
2. La intromisión, dirigiendo órdenes o presiones de cualquier tipo, en la aplicación o interpretación de las leyes que corresponda a cualquier otro órgano jurisdiccional.
3. El abandono o el retraso injustificado y reiterado en el desempeño de la función judicial.
4. La ausencia injustificada, por más de diez días, del lugar en que se presten servicios.
5. Los enfrentamientos graves y reiterados, por causas imputables a los Jueces y Magistrados, con las Autoridades de la circunscripción en que sirvieren.
6. La comisión de una falta grave cuando hubiere sido anteriormente sancionado por otras dos graves sin que hubieren sido canceladas las anotaciones correspondientes.

#### Artículo 441

Se considerarán faltas graves:

1. La falta de respeto ostensible a los superiores en el orden jerárquico, en su presencia, en escrito que se les dirija o con publicidad.
2. La infracción de las prohibiciones establecidas en la presente Ley.
3. Dejar de promover la exigencia de la responsabilidad disciplinaria que proceda a los Secretarios y personal auxiliar subordinado, cuando conocieren o debieren conocer el cumplimiento grave por los mismos de los deberes que les corresponde.
4. La ausencia injustificada por más de tres días del lugar en que se presten servicios.
5. Corregir la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico hecha por los inferiores en el orden jurisdiccional, salvo cuando administren justicia en virtud de los recursos que las leyes establezcan.
6. El exceso o abuso de autoridad respecto de los Secretarios, Oficiales, Auxiliares y Agentes de los Juzgados y Tribunales y a los miembros del Ministerio Fiscal, Abogados, Procuradores y particulares que acudieren a los mismos en cualquier concepto.
7. La inasistencia injustificada a los juicios o vistas que estuvieren señalados, cuando no constituya falta muy grave.
8. El retraso o desidia en el despacho de los asuntos que no pueda calificarse como muy grave.
9. La comisión de una falta de carácter leve habiendo sido sancionado anteriormente por otras dos leves, cuyas anotaciones no hubieran sido canceladas.

**Artículo 442**

Se considerarán faltas leves:

1. La falta de respeto a los superiores jerárquicos que no constituya falta grave.
2. La desconsideración con los iguales o inferiores en la jerarquía judicial, con los miembros del Ministerio fiscal, Abogados y Procuradores, con los Secretarios, Oficiales, Auxiliares y Agentes de los Juzgados y Tribunales o con los particulares que acudieren a los mismos en cualquier concepto.
3. El retraso en el despacho de los asuntos o en su resolución cuando no constituya falta más grave.
4. La ausencia injustificada por tres días o menos del lugar en que presten servicios.
5. La recomendación de cualesquiera asuntos de que conozcan los Juzgados y Tribunales.
6. Las infracciones o la negligencia en el cumplimiento de los deberes propios de su cargo establecidos en esta Ley, cuando no constituya infracción más grave.

**Artículo 443**

Las sanciones que se puedan imponer a los Jueces y Magistrados por las faltas cometidas en el ejercicio de sus cargos son:

1. Advertencia.
2. Represión.
3. Multa de hasta cincuenta mil pesetas.
4. Suspensión de un mes a un año.
5. Traslado forzoso.
6. Separación.

Las faltas leves sólo podrán sancionarse con advertencia o represión; las graves, con represión o multa, y las muy graves, con suspensión, traslado forzoso o separación.

Las sanciones prescribirán a los cuatro meses en los casos de faltas leves, al año en los casos de faltas graves y a los dos años en los casos de faltas muy graves.

El plazo de prescripción se computará a partir del día siguiente al que adquiere firmeza la resolución en que se imponga.

**Artículo 444**

Serán competentes para la imposición de sanciones:

1. Para imponer las correspondientes a faltas leves, el Presidente del Tribunal Supremo y los Presidentes de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia o Audiencias Territoriales, a los Jueces y Magistrados dependientes de los mismos.
2. Para imponer las correspondientes a faltas graves, las Salas de Gobierno del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional, de los Tribu-

nalese Superiores de Justicia y de las Audiencias Territoriales, respectivamente, a los Jueces y Magistrados dependientes de cada una de ellas.

3. Para imponer las correspondientes a faltas muy graves, la Comisión Disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial, salvo las previstas en la regla siguiente.

4. Para imponer las de traslado forzoso y separación, el Pleno del Consejo General.

#### Artículo 445

La sanción de advertencia se impondrá sin más trámite que la audiencia del interesado, previa, de considerarse necesario, una sumaria información.

Las restantes sanciones deberán ser impuestas por el procedimiento establecido en los artículos siguientes.

#### Artículo 446

El procedimiento disciplinario se iniciará por Acuerdo de la Sala de Gobierno o Presidente que deban conocer del mismo, o, en su caso, del Consejo General del Poder Judicial. En el acto que mande iniciar el procedimiento se designará un Instructor de igual categoría, al menos, y superior antigüedad a la de aquella contra el que se dirija el procedimiento. A Propuesta del Instructor se designará un Secretario.

#### Artículo 447

El Instructor podrá proponer a la Comisión Disciplinaria del Consejo General, previa citación de aquel contra el que se dirija el procedimiento, la suspensión provisional del mismo. La propuesta se hará por conducto del Presidente o de la Sala de Gobierno, en su caso, y deberá ser oído el Ministerio Fiscal y, si fuere posible, el interesado. Sólo podrá acordarse cuando aparezcan indicios racionales de la comisión de una falta muy grave.

#### Artículo 448

El Instructor practicará cuantas pruebas y actuaciones conduzcan al esclarecimiento de los hechos y a determinar la responsabilidad, con intervención del Ministerio Fiscal y, en su caso, del interesado.

A la vista de aquéllas, el Instructor formulará, si procediere, pliego de cargos, en el que se expondrán los hechos imputados. El pliego de cargos se notificará al interesado para que pueda contestarlo en el plazo de ocho días y, proponer la prueba que precise, cuya pertinencia será calificada por el Instructor.

Cumplido lo anterior, el Instructor, con audiencia del Ministerio Fiscal, formulará propuesta de resolución, de la que se dará traslado al interesado por plazo de ocho días. Evacuado dicho trámite, o transcurrido el plazo para ello, se remitirá lo actuado a la Autoridad que hubiere ordenado iniciar el procedimiento para la decisión que proceda. Cuando esta Autoridad

entienda procedente una sanción que no esté dentro de su competencia, elevará el procedimiento, con su propuesta, a la que sea competente.

Podrán las Autoridades competentes devolver el expediente la Instructor para que formule pliego de cargos, comprenda otros hechos en el mismo o complete la instrucción.

La duración del procedimiento sancionador no excederá de cuatro meses. Cuando, por razones excepcionales, se prolongase por mayor plazo, el Instructor deberá dar cuenta cada diez días del estado de su tramitación y de las circunstancias que impiden su conclusión a la Autoridad que hubiere mandado proceder.

La resolución que recaiga deberá ser notificada, en todo caso, al Ministerio Fiscal, que podrá interponer contra la misma los recursos que legalmente procedan.

#### Artículo 449

El Consejo General del Poder Judicial y los Presidentes y Salas de Gobierno podrán acordar la práctica de una información reservada acerca de hechos determinados, designando Instructor y Secretario con los mismos requisitos señalados para los del procedimiento disciplinario.

La iniciación de la información reservada interrumpirá la prescripción de la posible falta, siempre que sea notificada al interesado.

#### Artículo 450

Las sanciones disciplinarias serán anotadas en el expediente personal del interesado, con expresión de los hechos imputados.

La Autoridad que las impusiere cuidará de que se cumpla lo anterior.

#### Artículo 451

La anotación de la sanción de advertencia quedará cancelada por el transcurso del plazo de seis meses desde que adquirió firmeza, si durante ese tiempo no hubiere dado lugar el sancionado a otro procedimiento disciplinario que termine con la imposición de sanción.

La anotación de las restantes sanciones, con excepción de la de separación, podrá cancelarse, a instancia del interesado y oído el Ministerio Fiscal, cuando hayan transcurrido al menos uno, dos o cuatro años desde la imposición firme de la sanción, según que se trate de falta leve, grave o muy grave y durante este tiempo no hubiere dado lugar al sancionado a nuevo procedimiento disciplinario que termine con la imposición de sanción.

La cancelación borrarán el antecedente a todos los efectos.

### TITULO IV

#### *De los Jueces en régimen de provisión temporal*

#### Artículo 452

Podrán cubrirse en régimen de provisión temporal las vacantes de Jueces que resulten desiertas en los concursos, y hasta tanto se cubran por los procedimientos ordinarios.



En las convocatorias de oposiciones habrán de incluirse todas las plazas vacantes, incluidas las servidas por Jueces de provisión temporal. En los concursos de traslado estas mismos deberán de sacarse al menos una vez al año.

#### Artículo 453

Las Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias Territoriales, ponderarán si los órganos jurisdiccionales vacantes pueden ser servidos adecuadamente mediante sustitución, prórroga de jurisdicción o comisiones de servicio, o si éstos son insuficientes para asegurar su regular funcionamiento. En este supuesto, elevarán al Consejo General del Poder Judicial una relación de los Juzgados que exijan su provisión temporal inmediata, en unión de un informe razonado que lo justifique.

#### Artículo 454

El Consejo General, valorando dicho informe y todos los antecedentes de que disponga o estime necesario recabar, decidirá si procede o no utilizar la aplicación del régimen extraordinario de provisión regulado en este Título, comunicando su decisión a la Sala de Gobierno correspondiente.

#### Artículo 455

Cuando se autorizare este régimen de provisión, la Sala de Gobierno de la Audiencia Territorial anunciará concurso de todas las vacantes a cubrir por este medio dentro de su territorio, en el que sólo podrán tomar parte aquellos Licenciados en Derecho que soliciten una, varias o todas las plazas convocadas y que reúnan los demás requisitos exigidos para el ingreso en la Carrera Judicial.

Tendrán preferencia:

- a) Los miembros de la Carrera Judicial, Fiscal y del Secretariado, en situación de excedencia voluntaria, así como los jubilados de dichos Cuerpos.
- b) Los que ostenten el título de Doctor en Derecho.
- c) Los que hayan ejercido cargo de Jueces sustitutos.
- d) Los que hubieren aprobado oposiciones a otras carreras del Estado en que se exija el título de Licenciado en Derecho.
- e) Los que acrediten docencia universitaria de disciplina jurídica, o mejor expediente académico.

De los nombramientos efectuados se dará cuenta al Consejo General, que los dejará sin efecto si no se ajustaren a la Ley.

#### Artículo 456

Los nombrados Jueces con carácter temporal quedarán sujetos, durante el tiempo en que desempeñaren dichos cargos, al Estatuto jurídico de los miembros de la Carrera Judicial y tendrán derecho a percibir las mismas remuneraciones señaladas para éstos en los Presupuestos Generales del Estado, salvo las previstas por razón de antigüedad.

Los nombramientos se harán por un año que podrá prorrogarse por otro más, con arreglo al mismo procedimiento, salvo lo previsto en el número 5 del artículo siguiente.

#### Artículo 457

Quienes ocuparen plazas judiciales en régimen de provisión temporal cesarán:

1. Por transcurso del plazo para el que fueron nombrados.
2. Por dimisión, aceptada por la Sala de Gobierno que los nombró.
3. Por decisión de dicha Sala, cuando incurrieren en alguna de las causas de incapacidad, incompatibilidad o prohibición establecida en esta Ley, previa una sumaria información con audiencia del interesado y del Ministerio Fiscal.
4. Por acuerdo de aquélla, cuando dejaren de atender diligentemente los deberes del cargo, con las mismas garantías en cuanto a procedimiento establecidas en el número anterior.
5. Cuando fuere nombrado un Juez titular para la plaza servida en régimen de provisión temporal.

Los ceses, cualquiera que fuere la causa que los determine, se comunicarán al Consejo General del Poder Judicial.

## LIBRO V

*Del Ministerio Fiscal y demás personas e instituciones que cooperan con la Administración de Justicia y de los que la auxilian*

### TITULO I

*Del Ministerio Fiscal*

#### Artículo 458

El Ministerio Fiscal tiene por misión promover la acción de la Justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social.

#### Artículo 459

El Ministerio Fiscal, integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial, ejerce su misión por medio de órganos propios, conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad.

Corresponde al Ministerio Fiscal esta denominación con carácter exclusivo.

## Artículo 460

Para el cumplimiento de las misiones señaladas en el artículo 458 el Ministerio Fiscal ejercerá las funciones definidas y utilizará los medios jurídicos y facultades que establece su Estatuto Orgánico.

## Artículo 461

El mismo Estatuto regulará el régimen jurídico y la organización que exija el cumplimiento de sus funciones, así como el estatuto personal de sus miembros, a los que y en cuanto corresponda, les serán de aplicación las incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones establecidas para los Jueces y Magistrados.

Los nombramientos para los destinos de la Carrera Fiscal se harán de conformidad con el Estatuto, por riguroso orden escalafonal.

La promoción a la categoría primera, los destinos a ella correspondientes, los de Fiscales del Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional, Fiscales Jefes de Tribunales Superiores de Justicia, Audiencias Territoriales y Provinciales, así como los de Tenientes Fiscales de aquellos órganos cuyo Jefe pertenezca a la categoría primera, serán provistos por el Gobierno, previo informe del Fiscal General del Estado, que habrá de oír al Consejo Fiscal.

## Artículo 462

Las categorías de la Carrera Fiscal serán las siguientes:

1.º Fiscales de Sala del Tribunal Supremo equiparados a Magistrados del Alto Tribunal. El Teniente Fiscal del Tribunal Supremo tendrá la consideración de Presidente de Sala.

2.º Fiscales equiparados a Magistrados.

3.º Abogados Fiscales equiparados a Jueces.

## TITULO II

*De los Abogados y Procuradores*

## Artículo 463

Corresponde exclusivamente a los Abogados la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, salvo cuando la ley expresamente autorice otra cosa.

## Artículo 464

En su actuación ante los Juzgados y Tribunales los Abogados son libres e independientes, se sujetarán al principio de buena fe y gozarán de los derechos inherentes a la dignidad de su función.

No podrán ser obligados a declarar sobre hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional.

**Artículo 465**

Corresponde exclusivamente a los Procuradores la representación de las partes en todo tipo de procesos, salvo cuando la ley autorice otra cosa.

**Artículo 466**

Los Abogados y Procuradores, antes de iniciar su ejercicio profesional, prestarán juramento o promesa de acatamiento a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

Salvo que los Abogados o Procuradores actúen al servicio de una Administración Pública o Entidad pública dependiente de la misma, la colegiación será requisito indispensable para actuar ante los Juzgados y Tribunales en los términos previstos en esta Ley y por la legislación general sobre Colegios Profesionales.

**Artículo 467**

Las partes podrán designar libremente a sus representantes y defensores entre los Procuradores y Abogados que reúnan los requisitos exigidos por las Leyes.

Se designarán de oficio, con arreglo a lo que en aquéllas se establezca, a quien lo solicite o se niegue a nombrarlos, siendo preceptiva su intervención. La defensa de oficio tendrá carácter gratuito para quien acredite insuficiencia de recursos para litigar en los términos en que establezca la Ley.

**Artículo 468**

Es obligación de los poderes públicos garantizar la defensa y a la asistencia de Abogado, en los términos establecidos en la Constitución y en las leyes.

**Artículo 469**

Los Abogados y Procuradores están sujetos en el ejercicio de su profesión a responsabilidad civil, penal y disciplinaria, según proceda.

Las correcciones disciplinarias por su actuación ante los Juzgados y Tribunales se regirán por lo establecido en esta Ley en las leyes procesales. La responsabilidad disciplinaria por su conducta profesional compete declararla a los correspondientes Colegios y Consejos conforme a sus Estatutos.

**TITULO III***De la Policía Judicial***Artículo 470**

La función de la Policía Judicial comprende el auxilio a los Juzgados y Tribunales y al Ministerio Fiscal en la averiguación de los delitos y en el descubrimiento y aseguramiento de los delincuentes. Esta función com-

petará, cuando fueren requeridos para prestarla, a todos los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, tanto dependan del Gobierno central, de las Comunidades Autónomas o de los Entes Locales.

#### Artículo 471

Se establecerán unidades de Policía Judicial que dependerán funcionalmente de las autoridades judiciales y del Ministerio Fiscal en el desempeño de todas las actuaciones que aquéllas les encomienden, cualquiera que sea su adscripción orgánica.

Por ley se fijará la organización de estas unidades y los medios de selección y régimen jurídico de sus miembros.

#### Artículo 472

Corresponden específicamente a las unidades de Policía Judicial las siguientes funciones:

1. La averiguación acerca de los autores y circunstancias de los hechos delictivos y la detención de los primeros, dando cuenta seguidamente a la autoridad judicial y fiscal, conforme a lo dispuesto en las leyes.

2. El auxilio a la autoridad judicial y fiscal en cuantas actuaciones deba realizar fuera de su sede y requieran la presencia policial.

3. La realización material de las actuaciones que exijan el ejercicio de la coerción y ordenare la autoridad judicial o fiscal.

4. La garantía del cumplimiento de las órdenes y resoluciones de la autoridad judicial o fiscal.

5. La aprehensión, conducción y custodia provisional de las personas detenidas por orden judicial o fiscal.

6. Cualquiera otras en que sea necesario su cooperación o auxilio y las ordenare la autoridad judicial o fiscal.

#### Artículo 473

En las funciones de investigación penal, la Policía Judicial actuará bajo la dirección de los Juzgados y Tribunales y del Ministerio Fiscal.

## TITULO IV

### *De la representación y defensa del Estado*

#### Artículo 474

La representación y defensa del Estado ante los Juzgados y Tribunales corresponde a los Cuerpos que tengan atribuida esa función por Ley. Asimismo les corresponde la de los organismos autónomos de la Administración del Estado, salvo que sus disposiciones reguladoras autoricen otra cosa.

La representación y defensa de las Comunidades Autónomas, Entes Locales y organismos dependientes de los mismos, corresponderá a los

Cuerpos arriba mencionados en los supuestos en que las leyes lo autoricen, salvo que aquéllas designen Letrado que las representen, litiguen entre sí o contra la Administración del Estado u otras corporaciones e instituciones públicas.

## TITULO V

### *De las sanciones que pueden imponerse a los que intervienen en los pleitos o causas*

#### Artículo 475

Los Abogados y Procuradores que intervengan en los pleitos y causas, cuando incumplan las obligaciones que les impone esta Ley, o las leyes procesales, podrán ser corregidos a tenor de lo dispuesto en este Título, siempre que el hecho no constituya delito.

#### Artículo 476

Los Abogados y Procuradores serán también corregidos disciplinariamente por su actuación ante los Juzgados y Tribunales.

1. Cuando faltaren notoriamente a las prescripciones de la Ley en sus escritos y peticiones.

2. Cuando en su actuación forense faltaren oralmente, por escrito o por obra, al respeto debido a los Jueces y Tribunales, Fiscales, Abogados, Secretarios Judiciales o cualquier persona que intervenga o se relacione con el proceso.

3. Cuando llamados al orden en las alegaciones orales no obedecieren al que presida el Tribunal.

4. Cuando no comparecieren ante el Tribunal sin causa justificada una vez citadas en forma.

5. La renuncia injustificada a la defensa o representación que se ejerzan en un proceso, dentro de los siete días anteriores a la celebración del juicio o vistas señaladas.

#### Artículo 477

Las correcciones que pueden imponerse a las personas a que se refieren los dos artículos anteriores son:

1. Apercibimiento.
2. Multa de hasta 100.000 pesetas.
3. Suspensión en el ejercicio de la profesión hasta un mes.

La imposición de la corrección se hará atendiendo a la gravedad, antecedentes y circunstancias de los hechos cometidos.

La imposición de las correcciones de multa y suspensión se impondrá siempre con audiencia del interesado.

## Artículo 478

La corrección se impondrá por el Juez o por la Sala ante la que se sigan las actuaciones.

Podrá imponerse en los propios autos o en procedimiento aparte, con la fórmula en aquéllos "a lo acordado". En todo caso,, por el Secretario se hará constar el hecho que motive la actuación correctora, la explicación que dé el implicado y el acuerdo que se adopte por el Juez o por la Sala.

## Artículo 479

Contra el acuerdo de imposición de la corrección podrá interponerse, en el plazo de tres días, recursos de audiencia en justicia, ante el Juez o la Sala, que lo resolverá en el siguiente día. Contra este acuerdo cabrá recurso de alzada, en el plazo de cinco días, ante la Sala de Gobierno, que lo resolverá previo informe del Juez o de la Sala que impuso la corrección, en la primera reunión que celebre.

## Artículo 480

Cuando fuere procedente alguna de las correcciones especiales previstas en las leyes procesales para casos determinados, se aplicará, en cuanto al modo de imponerla y recursos utilizados, lo que establecen los dos artículos anteriores.

## LIBRO VI

*Del personal al servicio de la Administración de Justicia*

## TITULO I

*Disposiciones comunes*

## Artículo 481

Bajo la denominación de personal al servicio de la Administración de Justicia se comprenden los Secretarios de Justicia, los Médicos Forenses, los Oficiales, Auxiliares y Agentes Judiciales, así como los miembros de los Cuerpos que puedan crearse, por ley, para el auxilio y colaboración con los Jueces y Tribunales.

Los Cuerpos de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia tendrán el carácter de Cuerpos nacionales. En ningún caso, serán retribuidos por el sistema de arancel.

## Artículo 482

La competencia respecto de los Secretarios de la Administración de Justicia corresponde al Consejo General del Poder Judicial.

La competencia sobre el resto del personal al servicio de la Adminis-

tración de Justicia corresponde al Consejo General del Poder Judicial en los términos del número 7 del artículo 119 y al Ministerio de Justicia en todas las demás materias relativas a sus Estatutos y régimen jurídico.

#### Artículo 483

En todo lo no previsto en esta Ley y en los Reglamentos orgánicos respectivos, se aplicará al personal al servicio de la Administración de Justicia, con carácter supletorio, lo dispuesto en la legislación general del Estado sobre la función pública.

#### Artículo 484

Podrán aspirar a los Cuerpos que integren el personal al servicio de la Administración de Justicia los españoles mayores de edad, que tengan el título exigible en cada caso o estén en condiciones de obtenerlo en la fecha de publicación de la convocatoria; no hayan sido condenados, procesados ni inculcados por delito doloso, a menos que hubiesen obtenido la rehabilitación o hubiere recaído en la causa auto de sobreseimiento; no se hallen inhabilitados para el ejercicio de funciones públicas; y no hayan sido separados mediante procedimiento disciplinario de un Cuerpo del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Administraciones Locales, ni suspendidos para el ejercicio de funciones públicas, en vía disciplinaria o judicial.

#### Artículo 485

La selección del personal al servicio de la Administración de Justicia se realizará mediante convocatoria pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, mediante pruebas selectivas en la forma en que dispone la presente Ley y las disposiciones reglamentarias que la desarrollen.

#### Artículo 486

Todos los que integran el personal al servicio de la Administración de Justicia prestarán juramento o promesa al tomar posesión de su primer destino.

El juramento o promesa se prestará ante el Presidente del Tribunal, el de la Audiencia, o ante el Juez donde sea destinado el funcionario, según corresponda.

Cuando fueren destinados a organismos distintos de los Juzgados o Tribunales lo harán ante aquella autoridad a cuyas inmediatas órdenes hayan de estar.

#### Artículo 487

La fórmula del juramento o promesa será la de guardar la Constitución y las leyes, con lealtad al Rey, y cumplir bien y fielmente las obligaciones de su cargo.



## Artículo 488

Los Secretarios Judiciales deberán abstenerse en los casos establecidos para los Jueces y Magistrados y, si no lo hicieran, podrán ser recusados por el Ministerio Fiscal y las partes.

Serán aplicables a la recusación de los Secretarios las prescripciones del Capítulo V, Título II, del Libro III de esta Ley. La pieza de recusación se instruirá cuando el recusado fuere un Secretario de Juzgado, Tribunal o Audiencia, por el propio Juez o por el Magistrado Ponente, y se fallará por aquél o por la Sala o Sección que conozca de los autos.

## Artículo 489

Los Oficiales, Auxiliares y Agentes Judiciales están obligados a poner en conocimiento del Juez o Presidente las causas que en ellos concurren y que pudieran justificar su abstención en el pleito o causa.

Adoptarán aquellas autoridades, de oficio o a solicitud de parte, con audiencia verbal de funcionario, en su caso, las medidas que procedan para garantizar la imparcialidad en las actuaciones judiciales.

Estos funcionarios no serán recusables.

## Artículo 490

Se aplicarán a los Médicos Forenses las prescripciones que, respecto a la recusación de los peritos, establecen las leyes procesales.

## Artículo 491

Serán corregidos disciplinariamente los funcionarios que integran el personal al servicio de la Administración de Justicia, cuando incurrieren en alguna de las faltas previstas en esta Ley para los Jueces y Magistrados, en los que les fuere aplicable, o en los supuestos establecidos para los funcionarios de la Administración Civil del Estado, en su caso.

Podrán imponérseles las sanciones previstas para Jueces y Magistrados por el procedimiento establecido para los mismos. El instructor que se designe no podrá ser el titular del Juzgado o Magistrado del Tribunal o Audiencia en que preste servicios el funcionario expedientado. El instructor designará un Secretario que deberá ser de la misma categoría que el sujeto a procedimiento.

La sanción por falta leve se impondrá por el Secretario o por el Juez o Presidente, la de reprensión únicamente por el Juez o Presidente; las correspondientes faltas graves se impondrán por la Sala de Gobierno.

La competencia para imponer las sanciones de suspensión y traslado forzoso corresponderá a la Comisión Disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial y la de separación al Pleno de dicho Consejo.

## Artículo 492

La autoridad competente para sancionar lo es para decretar la cancelación y la rehabilitación.

**Artículo 493**

La jubilación forzosa por edad de los Secretarios y demás personal al servicio de la Administración de Justicia será a los sesenta y cinco años.

**Artículo 494**

Prestarán servicio en las Fiscalías los Secretarios, Oficiales, Auxiliares y Agentes de la Administración de Justicia necesarios para las atenciones de las mismas, según plantilla que se fije por el Ministerio de Justicia oído el Consejo Fiscal.

La potestad disciplinaria del personal que sirva en las Fiscalías será ejercida por los órganos del Ministerio Fiscal, conforme al Estatuto y su Reglamento.

**Artículo 495**

Sin perjuicio de lo demás dispuesto en el presente Título, los Jueces y Tribunales podrán recabar el auxilio, colaboración o asesoramiento de cualesquiera funcionarios u órganos técnicos de la Administración Pública que vendrán obligados a prestárselos.

Asimismo, podrá disponerse, a solicitud del Consejo General del Poder Judicial, la adscripción, a determinados órganos jurisdiccionales, de funcionarios pertenecientes a Cuerpos Técnicos o Facultativos de la Administración, para desempeño permanente de las funciones señaladas en el párrafo anterior, y que quedarán en situación que determine su legislación específica.

**TITULO II***De los Secretarios judiciales***Artículo 496**

Los Secretarios Judiciales ejercen la Fe Pública Judicial y asisten a los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con lo establecido en esta ley y en las leyes procesales. Asimismo asistirán al Ministerio Fiscal cuando estuvieren destinados en una Fiscalía.

Les corresponde ostentar la jefatura directa del personal auxiliar de la Secretaría de que son titulares, sin perjuicio de la superior dirección de Jueces, Presidentes y Fiscales.

Igualmente estará a su cargo la confección de la estadística judicial.

**Artículo 497**

Los Secretarios de la Administración de Justicia integran un solo Cuerpo, que se regirá por lo establecido en esta Ley y en las normas reglamentarias orgánicas que la desarrollen.

**Artículo 498**

Los Secretarios de la Administración de Justicia están sujetos a las incapacidades, incompatibilidades, prohibiciones y situaciones establecidas

en esta Ley para los Jueces y Magistrados. Sin embargo, podrán pertenecer a partidos políticos y sindicatos.

#### Artículo 499.

Para el ingreso en el Cuerpo de Secretarios de la Administración de Justicia se requiere la licenciatura en Derecho y no estar incurso en causa de incapacidad o incompatibilidad absoluta y superar las pruebas selectivas reglamentarias.

#### Artículo 500

Las categorías del Cuerpo de Secretarios de la Administración de Justicia serán las siguientes:

1. Secretario y Vicesecretario de Gobierno del Tribunal Supremo, Secretarios de Sala de dicho Alto Tribunal, Secretario de Gobierno de la Audiencia Nacional, Secretarios de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias Territoriales.
2. Secretarios de Sala de la Audiencia Nacional, de los Tribunales Superiores de Justicia, de las Audiencias Territoriales y Provinciales y de Juzgados servidos por Magistrados.
3. Secretarios de Juzgados servidos por Jueces.

#### Artículo 501

El ingreso en el Cuerpo de Secretarios de la Administración de Justicia tendrá lugar por la última categoría.

#### Artículo 502

Se reservará en el Cuerpo de Secretarios de la Administración de Justicia una de cada seis vacantes de la última categoría al personal del Cuerpo de Oficiales y de la escala Técnica del Cuerpo Administrativo de los Tribunales que esté en posesión del título de Licenciado en Derecho y lleve, al menos, cinco años de servicios efectivos en aquél.

La selección de los aspirantes por este turno se hará por concurso, en función de su historial académico y profesional y de su antigüedad, sin sometimiento a pruebas de ingreso; las vacantes que no se cubran por falta de peticionarios idóneos acrecerán al turno general.

#### Artículo 503

El Secretario y Vicesecretario de Gobierno del Tribunal Supremo serán nombrados, entre los Secretarios de la primera categoría que lo soliciten, por el Consejo General del Poder Judicial, a propuesta del Presidente del Tribunal Supremo.

Las restantes vacantes del Cuerpo se anunciarán a concurso de traslado entre Secretarios de la categoría que corresponda y el nombramiento recaerá en el solicitante con mejor puesto escalafonal. La plaza o plazas que resultaren desiertas se proveerán con quienes sean promovidos a la categoría correspondiente o ingresen en el Cuerpo, según criterio de antigüedad.

**Artículo 504**

La promoción a la primera categoría se hará por concurso entre Secretarios de la segunda, que se resolverá en favor del que ostente el mejor puesto en el escalafón.

De cada tres vacantes que se produzcan en la segunda categoría dos se proveerán con los Secretarios de la tercera categoría que ocuparen el primer lugar en el escalafón, y una por medio de pruebas selectivas entre Secretarios de la tercera categoría que hubieran prestado tres años de servicio en ella. Las plazas de este turno que quedaren desiertas acrecerán al turno de antigüedad.

**Artículo 505**

Las vacantes de Secretarios de Juzgados de Paz se anunciarán a concurso entre funcionarios del Cuerpo de Oficiales, cubriéndose con arreglo al siguiente orden de preferencia: 1. Oficiales que estuvieren en posesión del Título de Licenciado en Derecho. 2. Oficiales titulares de una Secretaría de Juzgado de Paz. 3. Demás Oficiales. La preferencia dentro de estos grupos se producirá por el mejor puesto escalafonal.

Cuando el escaso volumen de asuntos aconseje atribuir las Secretarías de los Juzgados de Paz a los Secretarios de Administración Local, éstos percibirán, por la prestación de este servicio, la retribución que reglamentariamente se determine dentro de las previsiones presupuestarias.

**Artículo 506**

Podrán cubrirse en régimen de provisión temporal las Secretarías que hayan de ser servidas por miembros del Cuerpo de Secretarios de la Administración de Justicia de la última categoría que resulten desiertas en los concursos de traslado y no puedan ser provistas hasta que se celebren nuevas pruebas de ingreso en dicho Cuerpo, cuando no puedan atenderse adecuadamente mediante el mecanismo ordinario de sustitución o éste sea insuficiente para asegurar su regular funcionamiento.

Lo dispuesto en el párrafo anterior será aplicable a las Secretarías de los Juzgados de Paz cuando resultaren desiertas en los concursos de traslado.

El régimen de provisión temporal se ajustará a lo establecido en el Título IV del Libro IV, en cuanto resulta aplicable.

**Artículo 507**

Los Secretarios serán sustituidos con sujeción a las siguientes reglas:

1. El Secretario de Gobierno del Tribunal Supremo, por el Vicesecretario y, en su defecto, por el Secretario de Sala más antiguo.
2. Los Secretarios de Gobierno de los restantes Tribunales y Audiencias, por turno entre los Secretarios de Sala.
3. Los Secretarios de Sala y los de las Audiencias Provinciales, por lo demás de la propia Sala o Audiencia y, en su defecto, por los de las restantes Salas o, por un Oficial, con preferencia para los licenciados en Derecho.

4. Los Secretarios de los Juzgados se sustituirán entre sí dentro del mismo orden jurisdiccional, y cuando no fuere esto posible o lo aconsejaren las necesidades del servicio, sustituirá al Secretario un Oficial, con preferencia de aquél que sea Licenciado en Derecho.

5. La designación de Oficial sustituto del Secretario, cuando hubiere más de uno en la Secretaría, corresponderá al Juez o Presidente, a propuesta, en su caso, del titular de ésta.

### TITULO III

#### *De los Oficiales, Auxiliares y Agentes*

##### Artículo 508

Los Oficiales, Auxiliares y Agentes Judiciales son funcionarios de Carrera que prestan sus servicios en el Consejo General del Poder Judicial, en los Juzgados, Tribunales, Audiencias, Fiscalías y organismos y servicios de la Administración de Justicia.

Están bajo la inmediata dirección del Secretario. El Juez, Presidente o Fiscal ostenta, sin embargo, la superior Jefatura.

##### Artículo 509

Los Oficiales destinados en Juzgados, Audiencias o Tribunales auxilian al Secretario, al Presidente, al Ponente o al Juez en el despacho de los asuntos; autorizan las actas a presencia judicial y las diligencias de documentación, cuando fueren habilitados para ello; realizan las labores de tramitación de los asuntos y otras que se les encomienden de la misma naturaleza por las Leyes y Reglamentos; efectúan los actos de comunicación que les atribuye la Ley y sustituyen a los Secretarios cuando éstos no se sustituyan entre sí.

##### Artículo 510

Los Auxiliares que presten servicios en Juzgados, Tribunales y Audiencias realizarán las funciones de colaboración en el desarrollo general de la tramitación procesal que, de acuerdo con los Reglamentos, les encomiende el Secretario; las de registro, las tareas ejecutivas no resolutorias y los actos de comunicación que le atribuya la Ley; podrán sustituir, en su caso, a los Oficiales. Desempeñan asimismo las tareas de su gestión que ordene el Juez, el Ponente o el Presidente, de acuerdo con los Reglamentos.

##### Artículo 511

Los Agentes Judiciales guardan y hacen guardar Sala; son ejecutores de los embargos, lanzamientos y demás actos cuya naturaleza lo requiera; realizan los actos de comunicación no encomendados a otros funcionarios; actúan como Policía Judicial con carácter de agente de la autoridad; prestan su colaboración a los Secretarios y Oficiales en aque-

llas diligencias que les atribuyan a las Leyes y se ocupan de las de vigilancia, custodia, porteo y otras análogas relacionadas con la función.

#### Artículo 512

Cuando los Oficiales, Auxiliares y Agentes presten servicios en otros centros, organismos y servicios, se ocuparán de las tareas propias del puesto que se les asigne que serán análogas a las expresadas, en sus respectivos casos, en los artículos anteriores.

#### Artículo 513

Sin perjuicio de lo establecido en la legislación sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, los cargos de Oficial, Auxiliar y Agente son incompatibles en todo caso:

1. Con el ejercicio de funciones jurisdiccionales en cualquier Juzgado o Tribunal.
2. Con el de la Abogacía o el de la Procuraduría o cualquier otra profesión que habilite para actuar ante Juzgados y Tribunales.
3. Con los empleos al servicio de Abogados o Procurador.
4. Con la condición de Agentes de Seguros, y la de empleados de los mismos o de una compañía de Seguros.
5. Con la de Gesto Administrativo o empleado de los mismos o de una Gestoría Administrativa.

#### Artículo 514

Los aspirantes a ingreso en el Cuerpo de Oficiales deben tener título de Bachiller. En el Cuerpo Auxiliar, el de Graduado Escolar o equivalente y en el Cuerpo de Agente el certificado de escolaridad o equivalente.

#### Artículo 515

Las pruebas de selección y perfeccionamiento podrán celebrarse en los diversos territorios judiciales.

Los que superaren dichas pruebas y no obtuvieron destino serán considerados aspirantes de los respectivos Cuerpos y cubrirán por su orden las vacantes que se produzcan.

#### Artículo 516

Los funcionarios del Cuerpo Auxiliar, con cinco años, al menos, de servicios efectivos y sin nota desfavorable en el expediente, que acrediten condiciones de preparación y responsabilidad para cargo superior y estén en posesión del título de bachiller superior, podrán ingresar en el Cuerpo de Oficiales por un turno restringido y en la forma que reglamentariamente se determine. Se reservará la mitad de las vacantes para su provisión por este turno. Las que no se cubran por este procedimiento acrecerán el turno libre.

## Artículo 517

Los Agentes Judiciales con tres años, al menos, de servicios efectivos y sin nota desfavorable en el expediente que acrediten condiciones de preparación y responsabilidad para cargo superior y se hallen en posesión del título correspondiente podrán ingresar en el Cuerpo Auxiliar por un turno restringido y en la forma que reglamentariamente se determine. La mitad de las vacantes que se produzcan, se reservarán para su provisión por este turno. Las plazas no cubiertas por este procedimiento acrecerán el turno general.

## Artículo 518

La provisión de vacantes en los Cuerpos de Oficiales Auxiliares y Agentes se efectuará mediante concurso de traslado.

Las plazas se adjudicarán a los solicitantes de mayor antigüedad de servicios efectivos en el Cuerpo de que se trate, y las que resultaren desiertas se cubrirán con quienes ingresen en el Cuerpo según el orden obtenido en las pruebas de selección.

## Artículo 519

La convocatoria se hará para prestar servicio en un determinado y concreto órgano jurisdiccional u organismo o servicio de la Administración de Justicia.

No podrán concursar los electos ni los que se encuentren en situación de las previstas en esta Ley que se lo impida.

Tampoco podrán concursar los que no llevaran en destino al que hubieren tenido acceso voluntariamente el plazo que reglamentariamente se determine y que no será inferior a un año.

## Artículo 520

Cada año, al menos, se convocarán pruebas selectivas para proveer todas las vacantes que no hayan sido cubiertas de acuerdo con lo dispuesto en los artículos anteriores.

## TITULO IV

*De los Médicos Forenses y demás personal titulado al servicio de la Administración de Justicia*

## Artículo 521

Los Médicos Forenses constituyen un cuerpo Técnico Especial al Servicio de la Administración de Justicia.

Estarán a las inmediatas órdenes de los Jueces, Tribunales y Fiscales de la población o poblaciones para las que fueren nombrados.

Sin perjuicio de lo establecido en la legislación sobre incompatibilidad del personal al servicio de las Administraciones públicas será, en todo caso,

incompatible con la función de médico de empresa o de compañías de seguros, con los cargos públicos electivos y no podrán desarrollar actividades que menoscaben el ejercicio de sus funciones.

#### Artículo 522

Los Médicos Forenses desempeñarán funciones de asistencia técnica a los Juzgados, Tribunales y Fiscalías en las materias de su disciplina profesional, con sujeción, en su caso, a lo establecido en las Leyes procesales.

Les corresponderá también, con arreglo a lo que disponen dichas Leyes, la asistencia o vigilancia facultativa de los detenidos, lesionados o enfermos que se hallaren bajo la jurisdicción de aquéllos, en los supuestos y en la forma que determinen las Leyes.

Los Médicos Forenses se abstendrán de intervenir como particulares en los casos que pudieren tener relación con sus funciones.

#### Artículo 523

Los aspirantes al Cuerpo de Médicos Forenses deberán tener el título de Licenciado en Medicina y el de ingreso se efectuará mediante oposición.

El Centro de Estudios Judiciales, con el asesoramiento y cooperación de los organismos competentes, elaborará los programas de selección y perfeccionamiento, dirigidos a la formación de especialistas en Medicina Legal y Forense, así como los baremos que deban regir para la adscripción de plazas especializadas.

#### Artículo 524

Las plazas vacantes de Médicos Forenses se proveerán mediante concurso de méritos entre los funcionarios que reúnan las debidas condiciones de capacidad y situación administrativa.

Los concursos se convocarán y resolverán, teniendo en cuenta las características del cargo o las especialidades de la función que, en cada caso, deba desempeñar y las previsiones de necesidades.

En igualdad de méritos o cuando no se exijan para la plaza de que se trate será preferido el que tenga mejor puesto escalafonal.

#### Artículo 525

Los destinos serán a una población o a un Instituto de Medicina Legal bien territorial o provincial, con especificación del cargo o de la función a desempeñar por razón de especialización.

En todo caso podrán crearse Agrupaciones de Forensías, servicios por un solo Médico Forense.

#### Artículo 526

La adjudicación de las plazas desiertas a funcionarios de nuevo ingreso se hará según el orden obtenido en las pruebas de selección, con arreglo a las peticiones de los interesados y a las características del cargo o especialidades de la función.



## Artículo 527

Por el Ministerio de Justicia, previo informe del Consejo General del Poder Judicial, oídos, en su caso, los directores de los Institutos de Medicina Legal, se dictarán las normas precisas sobre actuación de los Médicos Forenses ante los órganos radicados en cada ámbito territorial y sobre adscripción de aquéllos a efectos gubernativos a órganos jurisdiccionales o fiscales determinados.

Esta se hará a los Jueces, Decanos, Presidentes de Audiencia o Tribunal o Jefes de Fiscalías que radiquen en la población de su residencia oficial.

## Artículo 528

En las capitales de provincia en las que existan Audiencia Territorial y Facultad de Medicina existirá un Instituto Territorial. En las demás capitales de provincia, un Instituto Provincial.

Tanto en los Institutos Territoriales como en los Provinciales prestarán sus servicios los Médicos Forenses necesarios para cubrir las necesidades de todos los órganos judiciales adscritos a las respectivas Audiencias Territoriales o Provinciales. Además en los Institutos Territoriales prestarán servicios quienes ejerzan docencia en los departamentos de Medicina-Legal en la forma en que reglamentariamente se determine.

Los Institutos Territoriales tendrán como mínimo los siguientes servicios: Tanatología, Clínica Forense y Parque Móvil.

Los Institutos Provinciales tendrán los servicios de Tanatología y Clínica Forense.

## Artículo 529

El Instituto de Toxicología es un órgano técnico adscrito al Ministerio de Justicia cuya misión es auxiliar a la Administración de Justicia.

En sus funciones técnicas tendrá carácter independiente y emite sus informes de acuerdo a las reglas de investigación científica que estime adecuadas.

Son funciones del Instituto de Toxicología.

a) Emitir los informes y dictámenes que soliciten las Autoridades Judiciales.

b) Practicar los análisis e investigaciones toxicológicas y de ciencia forense que sean ordenadas por las Autoridades Judiciales o Gubernativas.

## Artículo 530

En los Institutos de Medicina Legal, tanto Territoriales como Provinciales, un Médico Forense ejercerá la dirección del Centro en la forma que reglamentariamente se determine.

En ellos prestarán servicios Ayudantes Técnicos Sanitarios que se seleccionarán mediante pruebas específicas encaminadas a valorar la preparación para el ejercicio de sus funciones y que no podrán ser destinados más que en los citados organismos. Se asimilarán a los Oficiales de la Administración de Justicia.

Asimismo, podrán existir Auxiliares que se seleccionarán también me-

diante pruebas específicas y que no podrán ser destinados más que en los citados organismos. Se asimilarán a los Auxiliares de la Administración de Justicia.

Sin perjuicio de lo establecido en los dos párrafos anteriores, en dichos Centros prestarán servicios los Auxiliares y Agentes de la Administración de Justicia que determine la plantilla.

#### Artículo 531

Los Médicos titulares de los servicios oficiales de sanidad sustituirán a los Médicos Forenses en las intervenciones que, en caso de urgencia, les sean encomendadas por la Autoridad Judicial o Fiscal.

En caso necesario, auxiliarán a los Médicos Forenses.

#### Artículo 532

Además de los Cuerpos citados en los artículos precedentes podrán prestar servicios a la Administración de Justicia los psicólogos, pedagogos, ingenieros, arquitectos, mecánicos, intérpretes y cualesquiera otros análogos que sean permanente u ocasionalmente necesarios para ayudar a la Administración de Justicia, según el Consejo General del Poder Judicial.

Los titulares referidos en el párrafo anterior podrán constituir Cuerpos Técnicos o Escalas especializadas al servicio de la Administración de Justicia y su selección, así como sus derechos, deberes e incompatibilidades específicas se determinarán reglamentariamente, sin perjuicio, para estas últimas, del régimen general establecido para el personal al servicio de las Administraciones públicas.

También podrán ser temporalmente contratados temporales por el Ministerio de Justicia.

Cuando se trate de funcionarios de las Administraciones Públicas, éstos actuarán bajo la dependencia funcional del Tribunal, Audiencia, o Juzgado respectivo.

### DISPOSICIONES ADICIONALES

#### Primera

1. En el plazo de un año el Gobierno remitirá a las Cortes Generales los siguientes Proyectos de Ley:

a) Ley de Planta y Demarcación Judicial y ordenación de los Juzgados y Tribunales, de acuerdo con lo establecido en la Constitución y en la presente Ley.

b) Las Leyes necesarias para adaptar a lo dispuesto en esta Ley Orgánica la legislación en materia de Seguros; Salvamento y Hallazgo Marítimo; Represión de Prácticas Restrictivas y Defensa de la Competencia.

c) Ley de Reforma de la Legislación tutelar de Menores, definiendo las funciones reformadoras que correspondan a los Jueces de Menores.

d) Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

e) Ley de Conflictos Jurisdiccionales.

2. Asimismo, en idéntico plazo el Gobierno promulgará los reglamentos de la Carrera Judicial, del Cuerpo de Secretarios Judiciales y demás Cuerpos al servicio de la Administración de Justicia, así como del Centro de Estudios Judiciales.

## Segunda

1. En tanto no se apruebe la Ley de Planta y Establecimiento de Juzgados y Tribunales, las Audiencias Territoriales actuales extenderán su jurisdicción a los siguientes territorios:

a) La Audiencia Territorial de Albacete, extenderá su jurisdicción a las provincias de Albacete, Ciudad Real, Cuenca, Guadalajara y Toledo, cuya sede será la ciudad de Albacete.

b) La Audiencia Territorial de Barcelona, que extenderá su jurisdicción a las provincias de Barcelona, Gerona, Lérida y Tarragona y cuya sede será la ciudad de Barcelona.

c) La Audiencia Territorial de Bilbao, que extenderá su jurisdicción a las provincias de Alava, Vizcaya y Guipúzcoa y cuya sede será la ciudad de Bilbao.

d) La Audiencia Territorial de Burgos, que extenderá su jurisdicción a las provincias de Burgos, Segovia y Soria, cuya sede será la ciudad de Burgos.

e) La Audiencia Territorial de Cáceres, que extenderá su jurisdicción a las provincias de Cáceres y Badajoz y tendrá su sede en la ciudad de Cáceres.

f) La Audiencia Territorial de Granada, que extenderá su jurisdicción a las provincias de Almería, Granada, Málaga, Jaén y a la ciudad de Melilla, cuya sede será la ciudad de Granada.

g) La Audiencia Territorial de La Coruña, que extenderá su jurisdicción a las provincias de La Coruña, Lugo, Orense y Pontevedra y cuya sede será la ciudad de La Coruña.

h) La Audiencia Territorial de Las Palmas, que extenderá su jurisdicción a las provincias de Las Palmas y Tenerife, y que tendrá su sede en la ciudad de Las Palmas de Gran Canaria.

i) La Audiencia Territorial de Madrid, que extenderá su jurisdicción a la provincia de Madrid, en cuya capital tendrá su sede.

j) La Audiencia Territorial de Oviedo, que extenderá su jurisdicción a la provincia de Asturias y tendrá su sede en la ciudad de Oviedo.

k) La Audiencia Territorial de Palma de Mallorca, que extenderá su jurisdicción a la provincia de Baleares y su sede será la ciudad de Palma de Mallorca.

l) La Audiencia Territorial de Pamplona, que extenderá su jurisdicción a la de Navarra, cuya sede será la ciudad de Pamplona.

ll) La Audiencia Territorial de Sevilla, que extenderá su jurisdicción a las provincias de Cádiz, Córdoba, Huelva, Sevilla y a la ciudad de Ceuta que tendrá su sede en la ciudad de Sevilla.

m) La Audiencia Territorial de Valencia, que extenderá su jurisdicción a las provincias de Alicante, Castellón y Valencia y tendrá su sede en la ciudad de Valencia.

n) La Audiencia Territorial de Valladolid, que extenderá su jurisdicción a las provincias de Avila, León, Palencia, Salamanca, Valladolid y Zamora y cuya sede será la ciudad de Valladolid.

ñ) La Audiencia Territorial de Zaragoza, que extenderá su jurisdicción a las provincias de Huesca, Teruel y Zaragoza y cuya sede será la ciudad de Zaragoza.

2. Se crean las siguientes Audiencias Territoriales:

a) Audiencia Territorial de Murcia, que extenderá su jurisdicción a la provincia de Murcia y cuya sede será la ciudad del mismo nombre.

b) Audiencia Territorial de Cantabria, que extenderá su jurisdicción a la provincia de dicho nombre con sede en Santander.

c) Audiencia Territorial de La Rioja, que extenderá su jurisdicción a la provincia de dicho nombre con sede en Logroño.

3. En aquellas Comunidades Autónomas donde existan más de una Audiencia Territorial, por Ley de la Comunidad Autónoma, se establecerá la capitalidad del Tribunal Superior de Justicia en alguna de las sedes de las Audiencias Territoriales.

4. Los asuntos pendientes ante una Audiencia Territorial distinta de la que en virtud de la Disposición Adicional anterior correspondiera, continuarán su tramitación hasta la terminación de los mismos.

### Tercera

Conforme a lo prevenido en el artículo 82 de la presente Ley, en la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife continuarán funcionando una Sala de lo Civil y una Sala de lo Contencioso-Administrativo, que tendrán la misma composición y el mismo número de Magistrados que los hasta ahora existentes.

### Cuarta

En el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, se constituirán los Tribunales Superiores de Justicia, en los términos de la presente Ley.

A partir de la fecha de entrada en funcionamiento de los Tribunales Superiores de Justicia, se integrarán en los mismos las distintas Audiencias Territoriales de su ámbito jurisdiccional.

### Quinta

Dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigor de esta Ley se procederá a la constitución del Tribunal de Conflictos, al que corresponde resolver los que se planteen entre los Tribunales y la Administración. La Sala de Gobierno del Tribunal Supremo y el Consejo de Estado designarán los miembros con antelación suficiente y lo comunicarán al Presidente del Tribunal Supremo. Constituido el Tribunal se anunciará en el "Boletín Oficial del Estado", asumiendo desde el día siguiente las competencias que la Ley de 17 de julio de 1948 atribuye al Jefe del Es-

tado y al Consejo de Ministros, incluso respecto de los conflictos que se hallaren en tramitación.

#### Sexta

1. Quedan suprimidos los Tribunales Arbitrales de Censos de las provincias de Barcelona, Tarragona, Lérida y Gerona.

2. La competencia para tramitar y decidir en primera instancia los procesos civiles en materia de censos en Cataluña regulados por la Ley de 31 de diciembre de 1945, queda atribuida a los Jueces de Primera Instancia competentes en razón del lugar en que esté situada la finca, que conocerá de esta materia por los trámites del juicio declarativo ordinario de menor cuantía.

3. Los Tribunales Arbitrales de Censos de Cataluña, sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, continuarán la tramitación de los procedimientos en curso, incoados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley hasta su terminación, incluida la ejecución de sentencias.

#### Séptima

En el plazo de tres meses a partir de la entrada en vigor de la Ley de Planta y conforme a lo dispuesto en esta Ley serán elegidos los Jueces de Paz, cesando en su cargo los que en la actualidad la viniesen desempeñando.

#### Octava

Durante los tres años siguientes a la entrada en vigor de esta Ley, el Consejo General del Poder Judicial reservará, para su provisión por concurso, entre juristas de reconocida competencia con más de seis años de ejercicio profesional, la tercera parte de las vacantes existentes en la categoría de Juez.

El concurso se desarrollará con arreglo a lo establecido en el artículo 334 de esta Ley para proveer por tal sistema de selección las plazas vacantes de Magistrados.

Quienes accedieren en tal forma a la categoría de Juez serán colocados en el escalafón de la Carrera Judicial por el orden de la correspondiente propuesta a continuación del último y sólo consolidarán definitivamente su condición de miembros de la Carrera Judicial, cuando permanezcan continuamente en ella un mínimo de diez años de servicios efectivos. En otro caso perderán aquella condición.

#### Novena

La Ley de plantillas de la Carrera Judicial determinará las plazas de sus miembros que prestarán servicio en el Ministerio de Justicia.

Se cubrirán por concurso de méritos que convocará y resolverá el Ministro de Justicia en la forma en que se determine reglamentariamente.

#### Décima

Queda autorizado el Gobierno para actualizar las cuantías de las multas mencionadas en el texto cada cinco años.

## Undécima

El Gobierno a propuesta de los Ministros de Justicia y de Trabajo y Seguridad Social, previo dictamen del Consejo de Estado, aprobará en el plazo de seis meses un nuevo Texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, en el que se contenga las modificaciones derivadas de la legislación posterior a la misma y se establezcan las condiciones en orden a una eficaz regulación del Procedimiento Laboral, regularizando, armonizando y aclarando los textos legales que han de ser refundidos.

## DISPOSICIONES TRANSITORIAS

## Primera. Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo

Hasta tanto no entre en vigor la Ley que ha de fijar la planta y ordenación de los Juzgados y Tribunales, continuarán funcionando las tres Salas de lo Contencioso-Administrativo existentes en el Tribunal Supremo.

En dicha Ley se regulará la situación de quienes en la fecha de su entrada en vigor sean Presidentes de las citadas Salas.

## Segunda. Salas de Recursos de los Tribunales Superiores de Justicia.

En tanto no entre en funcionamiento las Salas de Recursos de los Tribunales Superiores de Justicia, las competencias que la presente Ley atribuye a las mismas continuarán residenciadas en las Salas del Tribunal Supremo que actualmente las tiene atribuidas, salvo que los Estatutos de Autonomía las atribuyeran a la respectiva Audiencia Territorial.

## Tercera. Juzgados de Primera Instancia e Instrucción y Juzgados de Distrito.

1. El Gobierno, dentro del año siguiente a la entrada en vigor de la presente Ley y oído el Consejo General del Poder Judicial, efectuará la conversión de los actuales Juzgados de Distrito en Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, con arreglo a las siguientes bases:

1.ª En las poblaciones donde estuviera separada la jurisdicción civil y penal, los Juzgados de Distrito pasarán a ser Juzgados de Primera Instancia o de Instrucción, servidos por el mismo personal que tiene en la actualidad, excepto los encargados con exclusividad del Registro Civil, que pasarán a ser Juzgados de Primera Instancia, manteniendo el encargo.

2.ª En las demás poblaciones, cuyos Juzgados de Primera Instancia e Instrucción se hallaren servidos por Magistrados, los Juzgados de Distrito se convertirán en Juzgados de Primera Instancia e Instrucción y continuarán prestando servicio en los mismos, los Jueces titulares y demás personal en ellos destinados.

3.ª En las poblaciones con Juzgados de Primera Instancia e Instrucción servidos por Jueces, se aplicará lo dispuesto en la norma anterior, salvo que, por el escaso volumen de trabajo, resulte procedente la supresión del Juzgado o Juzgados de Distrito existentes.

En este último supuesto, el Juez y Secretario destinados en el Juzgado que se suprime, gozarán, por una sola vez, de preferencia para ocupar las vacantes existentes en el Juzgado o Juzgados de Primera Instancia e Instrucción de la localidad, al que, en otro caso, quedarán adscritos en la forma y con las funciones que, con carácter general, establezca el Consejo General del Poder Judicial, hasta tanto ocupen otra plaza en propiedad de su propio Cuerpo o Carrera, en los concursos que reglamentariamente se convoquen y a los que necesariamente habrán de concurrir, reconociéndoseles preferencia para ocupar las vacantes que se produzcan dentro de la misma provincia.

Si no obtuviere destino en los tres primeros concursos que se convoquen, podrán ser destinados con carácter forzoso a las vacantes existentes.

El personal asistencial y colaborador quedará adscrito al Juzgado o Juzgados de Primera Instancia e Instrucción al que pertenezca el de Distrito y gozará de preferencia para ocupar las vacantes que en ellos se produzcan.

4.<sup>a</sup> Los Juzgados de Distrito que radiquen en poblaciones que no sean cabeza de Partido Judicial, se convertirán en Juzgados de Primera Instancia e Instrucción cuando las necesidades del servicio lo aconsejaren, y continuarán servidos por los Jueces y demás personal en ellos destinados.

Los restantes Juzgados de Distrito serán sustituidos por Juzgados de Paz y el Juez, Secretario y el personal que en aquéllos prestaban servicios gozarán, en su caso, de la adscripción provisional y preferencias establecidas en la Base 3.<sup>a</sup>.

5.<sup>a</sup> En aquellas poblaciones en la que en la actualidad hubiese dos o más Juzgados de Distrito y no estuviese unificado el Registro Civil, se determinará el Juzgado de Primera Instancia o de Primera Instancia e Instrucción encargado de llevar aquel servicio.

2. Producida la conversión de Juzgados a que se refiere la norma anterior, se observarán las normas siguientes:

1.º Los Juzgados de Distrito convertidos en Juzgados de Instrucción continuarán conociendo hasta su terminación de cuantos asuntos civiles y penales tuvieren en tramitación y desde la fecha de la conversión comenzarán a entender de los penales que les correspondieren, bien por reparto o por el servicio de guardia.

2.º Los Juzgados de Distrito convertidos en Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, cuando existieren otro u otros de esta clase, seguirán conociendo igualmente hasta su terminación, de los procedimientos civiles y penales pendientes y en la fecha de la conversión asumirán el conocimiento de los asuntos civiles y penales que por reparto o servicio de guardia, les correspondiere.

3.<sup>a</sup> Los asuntos pendientes en los Juzgados de Distrito convertidos en Juzgados de Paz, pasarán a conocimiento del respectivo Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, excepto en aquello que con arreglo a esta Ley corresponda al Juzgado de Paz.

4. Las apelaciones civiles y penales interpuestas contra las resoluciones de los Juzgados de Distrito, con anterioridad a la fecha de la conver-

sión, seguirán sustanciándose ante los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción. Las que se promuevan con posterioridad a aquella fecha se tramitarán ante la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial o la Audiencia Provincial, de conformidad con lo dispuesto en esta Ley.

#### Cuarta. Juzgados de Menores.

Los Juzgados de Menores que se establezcan por la Ley que fije la planta y ordenación de los Juzgados y Tribunales entrarán en funcionamiento y serán provistas sus plantillas, desde la fecha y de conformidad con los criterios que fije la Ley a que se refiere la Disposición Adicional Primera, número 1 de esta Ley.

Hasta la entrada en vigor de la precitada Ley, continuarán ejerciendo sus funciones los actuales Tribunales Tutelares de Menores.

#### Quinta. Jueces de Ingreso y Ascenso.

A la entrada en vigor de la presente Ley quedará sin efecto la distinción, dentro de la categoría de Juez, de los grados de ingreso y de ascenso.

A tal efecto, quienes de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica de 16 de noviembre de 1981, ostentaren la categoría y grado de Jueces de Ingreso, quedarán situados por su orden, a continuación del último de los que ostentaren la categoría y grado de Juez de Ascenso, dentro del escalafón de la Carrera Judicial.

#### Sexta. Integración de Abogados Fiscales de ascenso y de ingreso.

1. Quienes, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, ostentaran la categoría y grado de Abogado Fiscal de ascenso a efectos de categoría personal y de Abogado Fiscal de ingreso, quedarán situados, por su orden dentro del escalafón de la Carrera Fiscal, a continuación del último de los que ostentaren la categoría y grado de Abogado Fiscal de ascenso.

2. Los abogados Fiscales de ingreso que hubieren ejercido el derecho de opción reconocido en la Disposición Transitoria Segunda de la citada Ley y ostentaren a efectos de categoría personal el grado de ascenso, recuperarán, desde la entrada en vigor de la presente Ley, todos los derechos a que renunciaron, pudiendo cuando les corresponda la promoción a la segunda categoría por antigüedad, optar por continuar en la misma categoría, renunciando a todos los efectos del ascenso. Igual derecho tendrán los Abogados Fiscales de ingreso procedentes del antiguo Cuerpo de Fiscales de Distrito.

3. Los tres años de servicios efectivos en la categoría tercera exigidos por el artículo 37, número dos, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal para acceder a la segunda categoría a través de las pruebas selectivas, se entenderá referido para los Abogados Fiscales de ingreso a que se refiere el párrafo tres de este artículo, a los servicios prestados en la categoría a partir de la entrada en vigor de la presente Ley.



### Séptima. Escuela Judicial.

1. A la entrada en vigor de la presente Ley quedará suprimida la Escuela Judicial. El personal, el patrimonio y los medios y recursos económicos se transfieren al Centro de Estudios Judiciales.

2. El Director, el Jefe de Estudios y el Secretario de la Escuela Judicial continuarán en sus funciones hasta que tomen posesión los titulares de los correspondientes órganos directivos del Centro de Estudios Judiciales.

3. Los cursos que se estuvieren celebrando al extinguirse la Escuela, serán asumidos por el Centro de Estudios Judiciales, que desarrollará también los siguientes hasta que se promulgue su reglamento.

### Octava. Demandas e impugnación de los acuerdos de la Junta General de las Sociedades Anónimas.

La competencia para tramitar y decidir, en primera instancia, los procesos civiles sobre impugnación de acuerdos sociales, establecidos en la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, y en la Ley de Cooperativas de 19 de diciembre de 1974, así como los que versen sobre nulidad de registro de cualesquiera de las modalidades de la propiedad industrial, regulados en el Real Decreto-ley sobre Propiedad Industrial de 10 de abril de 1930, quedará atribuida a los Jueces de Primera Instancia que resulten competentes con arreglo a las mismas Disposiciones y sus resoluciones serán apelables para ante la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial o Audiencia Provincial competente, cuyas sentencias serán susceptibles de recurso de casación ante la Sala Primera del Tribunal Supremo.

El Gobierno, en el plazo de tres meses, remitirá a las Cortes Generales los correspondientes proyectos de ley, para acomodar el procedimiento establecido en las Leyes de 17 de julio de 1951 y de 19 de diciembre de 1974, y en el Real Decreto-ley de 30 de abril de 1930, a lo dispuesto en el párrafo anterior, manteniéndose mientras tanto vigente la ordenación procesal actual.

### Novena. Situaciones de Jueces y Magistrados.

1. Los Jueces y Magistrados que se hallaren en situación de excedencia especial o supernumerario y les correspondiere, con arreglo a esta Ley, la de excedentes voluntarios, deberán solicitar el reingreso al servicio activo dentro del plazo máximo de seis meses, contados a partir de la entrada en vigor de dicha Ley. Si no formularen petición en el indicado plazo, pasarán automáticamente a la situación de excedencia voluntaria por interés particular, con efectos desde la fecha de entrada en vigor de la presente Ley.

2. Los que se encontraren en situación de supernumerarios o de excedencia voluntaria y les correspondiere la de servicios especiales, en aquel último supuesto, se considerarán en la situación que corresponda a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, contándoles como ser-

vicios efectivos en la Carrera el tiempo que permanecieron en excedencia voluntaria, correspondiendo la de servicios especiales, según lo dispuesto con esta Ley.

Cuando cesen en la situación de excedencia especial, a menos que hubiesen obtenido plaza, quedarán adscritos con carácter provisional a las Salas del Tribunal Supremo, a las de los Tribunales Superiores de Justicia o de la Audiencia, o a los Juzgados de la población en los que se encontraban destinados al cesar en el servicio activo, que designe la Sala de Gobierno respectiva, en función de su categoría y orden jurisdiccional en que servían.

Esta adscripción se mantendrá hasta que se produzca la primera vacante de su categoría y, en su caso, turno, en el Tribunal Supremo, Tribunales Superiores de Justicia, Audiencias o Juzgados a que estuvieren adscritos, la que se les adjudicará fuera de concurso y con carácter preferente.

#### Décima. Comisiones de Servicio.

Los Jueces y Magistrados que a la entrada en vigor de la presente Ley estuvieran en comisión de servicio en órganos jurisdiccionales, en el Ministerio de Justicia o en el Ministerio de Trabajo, o en cualquier otro Departamento Ministerial u organismo administrativo, cesarán en el mismo, reintegrándose a su destino judicial en el plazo de dos meses. Sin embargo, en los casos y con los requisitos establecidos en esta Ley, el Consejo General del Poder Judicial podrá confirmar las comisiones de servicio.

#### Decimoprimerá. Procedimientos disciplinarios.

Los procedimientos disciplinarios iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley se adaptarán a lo dispuesto en la misma sobre competencia, procedimiento y recursos.

En cuanto a la tipificación de los hechos o de las conductas, y la imposición de sanciones, se aplicará el principio de irretroactividad, salvo que lo establecido en esta Ley fuera más favorable para el sometido a procedimiento disciplinario, a juicio del mismo.

#### Decimosegunda. Presidentes de Sala del Tribunal Supremo.

Los actuales Presidentes de Sala del Tribunal Supremo continuarán desempeñando su cargo hasta que sean nombrados los que hayan de sustituirles, en su caso, con arreglo a lo dispuesto en esta Ley. Los nuevos nombramientos habrán de efectuarse en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de la presente Ley.

#### Decimotercera. Provisión de plazas en el Tribunal Supremo.

Las vacantes que se produzcan en las Salas del Tribunal Supremo a partir de la entrada en vigor de la presente Ley se proveerán conforme a lo dispuesto en la misma, aplicándose transitoriamente las siguientes reglas:

1. Las vacantes producidas por cese de Magistrados no procedentes de la Carrera Judicial se proveerán entre Abogados y otros Juristas de reconocido prestigio.

2. Las vacantes que dejen los procedentes de la Carrera Judicial se proveerán de la manera siguiente: 1) La primera con Magistrados que hubieren prestado diez años de servicios en órganos especializados en el orden jurisdiccional propio de la Sala de que se trate; 2) la segunda con Magistrados que reunieren las condiciones generales para el acceso al Tribunal Supremo; 3) la tercera por igual turno que la primera y la cuarta por el mismo turno que la segunda. No obstante lo anterior y en cuanto a la Sala de lo Contencioso-Administrativo, los turnos segundo y cuarto se proveerán en la forma que establece el último párrafo del artículo 365 de la presente Ley.

3. Las reglas anteriores se aplicarán siempre de manera que no se vulnere la proporción establecida en el artículo 365 de esta Ley.

4. Cuando se hubiere alcanzado la composición prevista en esta Ley, seguirán aplicándose las normas generales de provisión previstas en la misma.

Decimocuarta. Presidentes de las Audiencias Territoriales y Provinciales.

Los actuales Presidentes de las Audiencias Territoriales y Provinciales continuarán desempeñando sus cargos hasta que el Consejo General del Poder Judicial, en el plazo de tres meses, los ratifique o nombre a quien haya de sustituirlos.

Decimoquinta. Jueces Decanos.

Los actuales Decanos de Juzgados de Primera Instancia e Instrucción en las poblaciones donde haya diez o más, continuarán desempeñando sus cargos hasta que la respectiva Junta de Jueces efectúe la elección a que se refiere el artículo 184 de esta Ley, en el plazo de dos meses. Si no fueren elegidos o nombrados para el cargo serán adscritos a la Audiencia de la respectiva capital hasta que obtengan destino en propiedad.

Decimosexta. Magistrados por oposición de lo Contencioso-Administrativo.

1. Los Magistrados que hubieren ingresado por oposición en el orden contencioso-administrativo conservarán la reserva a su favor de dos de cada cinco plazas de Magistrado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. Ello no obstante, el Consejo General del Poder Judicial gozará de libertad de criterio, en la promoción, cuando no hubiere Magistrados de esta clase que reunieren las condiciones legales, o ninguno de ellos ostentare méritos suficientes para la promoción.

Los que sean promovidos en virtud del párrafo anterior, se entenderán comprendidos, a efectos de la proporción en la composición de la Sala, en el turno de la letra a) del artículo 365 de la presente Ley.

2. Los Magistrados a que se refiere el número anterior conservarán los derechos reconocidos en la disposición final segunda de la Ley 101/1966, de 28 de diciembre, y en las disposiciones que la desarrollen.

3. Tendrán preferencia sobre los demás miembros de la Carrera Judicial para la provisión de plazas de especialistas en las Salas de lo Contencioso-Administrativo y de las plazas de los Juzgados especializados en dicho orden jurisdiccional para las que sea necesario ostentar la categoría de Magistrado, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 350.2 y 351, párrafo 2.º.

4. Los Magistrados de lo Contencioso-Administrativo por oposición procedentes de la Carrera Fiscal, quedarán en la misma situación de excedencia voluntaria y sólo podrán ocupar plazas del orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo.

#### Decimoséptima. Magistrados suplentes.

Hasta que se termine el año judicial de entrada en vigor de la presente Ley continuarán desempeñando sus cargos los actuales Magistrados Suplentes. En el plazo de tres meses siguientes a su entrada en vigor, las Salas de Gobierno harán nueva propuesta de Magistrados suplentes para el próximo, cumpliendo lo establecido en la misma.

#### Decimoctava. Cuerpo de Magistrados de Trabajo.

1. Desde la entrada en vigor de la presente Ley no se convocarán concursos para el ingreso en el Cuerpo de Magistrados de Trabajo.

2. Los actuales Magistrados de Trabajo procedentes de la Carrera Judicial se integrarán en la misma, con la categoría que tuvieran en ella y ocupando el puesto escalafonal que les corresponde, rigiéndose en lo sucesivo, para la provisión de destinos y promoción de categorías, por las disposiciones de esta Ley.

3. Los que procedan de la Carrera Fiscal se integrarán en la Judicial, donde sólo podrán ocupar plazas del orden jurisdiccional social, colocándose en el escalafón con el número bis que les corresponda en razón de su antigüedad en aquélla, en la que permanecerán en situación de excedencia voluntaria.

4. A efectos de la preferencia para cubrir las plazas de especialista en las Salas y Juzgados de lo Social, establecidas en los artículos 350.2 y 351, párrafo 2.º, de esta Ley, los actuales Magistrados de Trabajo la tendrán sobre los demás miembros de la Carrera Judicial.

El actual escalafón del Cuerpo de Magistrados de Trabajo se mantendrá como escala anexa al de la Carrera Judicial, conservando todos sus componentes la colocación, categoría y antigüedad que tienen en él; esta escala determinará entre ellos el orden de preferencia para la provisión de plazas en las Salas de lo Social de las Audiencias Territoriales y en los Juzgados de lo Social.

#### Decimonovena. Tribunal Central de Trabajo.

El Tribunal Central de Trabajo quedará suprimido en la fecha en que entren en funcionamiento las Salas de lo Social de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia o Audiencias Territo-

riales, que serán establecidas por la Ley que fije la planta de los Tribunales. Serán de aplicación las reglas siguientes:

1. Los Presidentes y Magistrados del Tribunal Central que en virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria anterior se integren en la Carrera Judicial, pasarán a constituir la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y de la Audiencia Territorial de Madrid, según exija la Ley de Planta, y si excedieren de la plantilla que se establezca, seguirá un orden de preferencia atendiendo a la mayor antigüedad en el cargo, quedando los restantes adscritos a la Audiencia Territorial hasta que obtengan destino en la misma. Dicha Sala conocerá de todos los asuntos pendientes en el Tribunal Central, con excepción de los que correspondan a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

2. Los Secretarios de Sala y de Gobierno del Tribunal Central destinados en el mismo, pasarán a prestar servicio en la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y de la Audiencia Territorial de Madrid y si excedieren de la plantilla que se establezca, se seguirá un orden de preferencia atendiendo a la mayor antigüedad en el cargo, quedando los restantes adscritos a la Sala de la Audiencia Territorial hasta que obtengan destino en la misma.

Vigésima. Magistraturas de Trabajo.

Las Magistraturas de Trabajo pasarán a constituir los Juzgados de lo Social a partir de la fecha que señale para el establecimiento de éstos la ley que fije la planta de los Juzgados y Tribunales, haciéndolo con su mismo personal y medios materiales.

Vigésimo primera. Personal al servicio de la jurisdicción laboral.

El Personal administrativo, auxiliar y subalterno que a la entrada en vigor de esta Ley preste servicios en las Magistraturas de Trabajo o en el Tribunal Central de Trabajo, continuará en los mismos y, desde que se establezcan, en los Juzgados de lo Social y Salas de lo Social de la Audiencia Nacional y de la Audiencia Territorial de Madrid, con sujeción al régimen que les es aplicable y con plenitud de derechos de que actualmente disfrutan. Hasta que se dicten los Reglamentos de personal al servicio de la Administración de Justicia y se doten las plantillas, se continuarán aplicando las normas anteriores a la provisión de destinos. Su régimen de incompatibilidades será el establecido en el artículo 531 de la presente Ley Orgánica.

Vigésimo segunda. Ministerio de Trabajo y Tribunal Central de Trabajo.

Las atribuciones que actualmente tiene el Ministerio de Trabajo en materia de personal y medios al servicio de la Administración de Justicia en el orden laboral, se traspasarán a la entrada en vigor de esta Ley al Ministerio de Justicia y al Consejo General del Poder Judicial, en su caso.

**Vigésimo tercera. Secretarios de la Jurisdicción de Trabajo.**

En la fecha de entrada en vigor de la Ley que fije la planta y ordenación de los Juzgados y Tribunales, el Cuerpo de Secretarios de la Jurisdicción de Trabajo se integrará en el Cuerpo de Secretarios Judiciales conforme a las siguientes reglas:

1.<sup>a</sup> Los Secretarios de la Magistratura de Trabajo, de las categorías A y B pasarán a integrar la categoría segunda del Cuerpo de Secretarios Judiciales, escalafonándose por orden del mayor tiempo de servicios prestados en el Cuerpo de procedencia.

2.<sup>a</sup> Los Secretarios procedentes de la Jurisdicción de Trabajo tendrán preferencia para ocupar las plazas de los Juzgados de lo Social y en las Salas de lo Social de la Audiencia Nacional y de las Audiencias Territoriales o Tribunales Superiores de Justicia.

3.<sup>a</sup> En el momento en que se estructuren y entren en funcionamiento las Salas de lo Social de las Audiencias Territoriales o Tribunales Superiores de Justicia, gozarán de absoluta preferencia los Secretarios de la Jurisdicción de Trabajo de la actual categoría A, sobre los de la B, para servir aquellos.

**Vigésimo cuarta. Secretarios de la Administración de Justicia.**

A la entrada en vigor de la presente Ley quedará sin efecto la distinción dentro de la tercera categoría del Cuerpo de Secretarios Judiciales, de los grados de ingreso y de ascenso.

A tal efecto, quienes de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica de 16 de noviembre de 1981, ostentaren el grado de ingreso de la tercera categoría, quedarán situados, por su orden, a continuación del último de los que ostentaren el grado de ascenso de la tercera categoría, dentro del escalafón del Cuerpo de Secretarios Judiciales.

Los Secretarios Judiciales que al amparo de lo establecido en la norma sexta del artículo sexto de la Ley Orgánica 5/1981, de 16 de noviembre, y por ocupar plaza de inferior categoría que la que les correspondía hubieran adquirido la categoría superior a todos los efectos, excepto los económicos, conservarán la misma situación hasta tanto ocupen plaza de su categoría.

**Vigésimo quinta.**

Los Secretarios de la Administración de Justicia remunerados exclusivamente por arancel o acogidos al sistema mixto de retribución mediante sueldo y participación arancelaria, únicamente percibirán, desde la entrada en vigor de la presente Ley, los sueldos y complementos, con arreglo a su categoría y destino, establecidos con carácter general para el Secretariado, más un veinte por ciento del sueldo que les corresponda, en concepto de gratificación, sin que puedan percibir participación arancelaria de clase alguna y tendrán derecho a la percepción de haberes pasivos en la forma y cuantía establecida para los funcionarios públicos, considerándose como servicios abonables los prestados en el Cuerpo desde la fecha de ingreso.

Vigésimo sexta. Secretarios de Juzgados de Paz de Municipios de más de siete mil habitantes.

1. Desde la entrada en vigor de la presente Ley, no se convocarán más oposiciones para el ingreso en el Cuerpo de Secretarios de Juzgados de Paz de Municipios de más de siete mil habitantes, que se declara a extinguir.

2. En las pruebas para el ingreso en el Cuerpo de Secretarios Judiciales que se convoquen desde la entrada en vigor de esta Ley se reservará para su provisión entre los Secretarios de Juzgados de Paz de Municipios de más de siete mil habitantes, que estén en posesión del título de Licenciado en Derecho, una de cada seis plazas, quedando las que no se cubran incorporadas al turno ordinario. La selección de los aspirantes por este turno se hará por concurso en función del historial académico y profesional y de su antigüedad, sin sometimiento a pruebas de ingreso. Podrán concurrir a aquéllas los que no tengan nota desfavorable en el expediente.

3. Las Secretarías de Juzgados de Paz de poblaciones de más de siete mil habitantes, mientras queden miembros del Cuerpo a que se refiere esta Disposición, que reúnan los requisitos legales para cubrirlas, se anunciarán, cuando vacaren, a concurso entre los mismos.

4. Declarada desierta una plaza que esté servida por Secretario del Cuerpo de Secretarios de Juzgados de Paz de Municipios de más de siete mil habitantes por falta de peticionario, quedará definitivamente reservada la plaza para su provisión de acuerdo con lo establecido en el artículo 505 de esta Ley.

Vigésimo séptima. De los funcionarios de los actuales Tribunales Tutelares de Menores.

1. Quienes a la entrada en vigor de esta Ley pertenecieren a la escala de Jueces unipersonales de menores podrán seguir ocupando plaza en los nuevos Juzgados de menores de la localidad en la que hubieren venido prestando servicio. Se les aplicará el estatuto jurídico de la Carrera Judicial.

2. Quienes pertenezcan a la escala de Secretarios de Tribunales Tutelares de Menores se integran en el Cuerpo de Secretarios de la Administración de Justicia, ocupando en el escalafón un número bis según la antigüedad que ostentaren en la escala de procedencia.

3. Los funcionarios de los actuales Tribunales Tutelares de Menores que a la entrada en vigor de esta Ley presten servicio activo en los mismos continuarán en sus destinos y desde que se establezcan en los Juzgados de Menores, con sujeción al régimen que le es aplicable y con plenitud de derechos de los que actualmente disfrutan.

Hasta que se dicten los Reglamentos de personal al servicio de la Administración de Justicia y se doten las plantillas, se continuarán aplicando las normas anteriores a la provisión de destinos.

**Vigésimo octava. Subalternos de la Administración Civil.**

Las vacantes que vayan produciéndose en el Cuerpo General Subalterno de la Administración Civil del Estado que presten servicio en Tribunales se cubrirán a partir de la entrada en vigor de esta Ley con personal al servicio de la Administración de Justicia. A tal efecto se realizarán las transferencias presupuestarias necesarias.

**Vigésimo novena. De la Jurisdicción Penal.**

En tanto se apruebe el Código penal seguirán subsistentes las reglas de competencia de la jurisdicción en lo criminal de la Ley provisional Orgánica del Poder Judicial.

**Trigésima. De la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.**

En tanto entre en vigor la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa los límites de esta jurisdicción serán los establecidos en la Ley de 27 de diciembre de 1956.

**Trigésimo primera. Juzgados de Peligrosidad y Reinserción Social.**

Las Audiencias Provinciales se ocuparán de los recursos de apelación interpuestos contra las resoluciones de los Jueces de peligrosidad y reinserción social que se encuentren en tramitación a la entrada en vigor de esta Ley.

**Trigésimo segunda. Régimen transitorio de jubilaciones.**

1.º Los Magistrados del Tribunal Supremo se jubilarán de acuerdo con el siguiente régimen transitorio:

- a) El 1 de enero de 1986 los que tengan cumplidos los setenta años.
- b) Durante el año 1986 los que a lo largo del mismo vayan cumpliendo setenta años.
- c) El 1 de enero de 1987 los que tengan cumplidos sesenta y nueve años.
- d) Durante 1987 los que a lo largo del mismo vayan cumpliendo sesenta y nueve años.
- e) Desde el 31 de diciembre de 1987 los que cumplan sesenta y ocho años.

2.º Los Jueces y Magistrados se jubilarán de acuerdo con el siguiente régimen transitorio:

- a) El 1 de enero de 1986 los que tengan cumplidos setenta años.
- b) Durante 1986 los que vayan cumpliendo durante este período sesenta y nueve años.
- c) El 1 de enero de 1987 los que tengan cumplidos los sesenta y ocho años.
- d) Del 1 de enero al 30 de junio de 1987 los que durante este período vayan cumpliendo sesenta y ocho años.
- c) El 1 de julio de 1987 los que tengan cumplidos sesenta y siete años.



f) Del 1 de julio al 31 de diciembre de 1987 los que a lo largo de este período vayan cumpliendo sesenta y siete años.

g) El 1 de enero de 1988 los que tengan cumplidos sesenta y seis años.

h) Del 1 de enero al 30 de junio de 1988 los que durante este período vayan cumpliendo sesenta y seis años.

i) El 1 de julio de 1988 los que hayan cumplido sesenta y cinco años.

j) A partir de 1 de julio de 1988 la jubilación será a los sesenta y cinco años.

3.º Los miembros de los restantes Cuerpos de la Administración de Justicia que a la entrada en vigor de la Ley tengan más de sesenta y dos años y menos de sesenta y cinco se jubilarán cuando haya transcurrido la mitad del tiempo que en dicha fecha les falte para cumplir los sesenta y ocho años de edad. Los que a la referida fecha hubiesen cumplido los sesenta y cinco años se jubilarán a los dos años de su entrada en vigor salvo que antes cumplan los setenta.

## DISPOSICIONES FINALES

### Primera

Dentro del mes siguiente a la publicación de esta Ley Orgánica en el "Boletín Oficial del Estado", todos los miembros de la Carrera Judicial y personal al servicio de la Administración de Justicia que aún no lo hubieren realizado, prestarán el juramento o promesa previsto respectivamente en los artículos 339 y 487 de la presente Ley.

### Segunda

Tiene el carácter de Tribunal consuetudinario y tradicional a los efectos de lo dispuesto en el artículo 20, el Tribunal de Aguas de Valencia.

### Tercera

Quedan derogadas cuantas Leyes y Disposiciones se opongan a lo dispuesto en esta Ley Orgánica.

*PROYECTO DE LEY Orgánica sobre Régimen Electoral General ("B. O. C." de 15 de octubre 1984, Serie A: Proyectos de Ley, núm. 120-I).*

TITULO I

*Disposiciones comunes para las elecciones por sufragio universal directo*

CAPITULO VIII

*Delitos e infracciones electorales*

SECCION I

Disposiciones Generales

Artículo 134

1. A los efectos de este Capítulo son funcionarios públicos, los que tengan esta consideración según el Código Penal, quienes desempeñen alguna función pública relacionada con las elecciones, y en particular los Presidentes y Vocales de las Juntas Electorales, los Presidentes, Vocales e Interventores de las Mesas Electorales y los correspondientes sup'entes.

2. A los mismos efectos tiene la consideración de documentos oficiales, el Censo y sus copias autorizadas, las Actas, listas, certificaciones, talones o credenciales de nombramiento de quienes hayan de intervenir en el proceso electoral y cuantos emanen de personas a quienes la presente ley encargue su expedición.

Artículo 135

Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a esta Ley y al Código Penal lo serán siempre por aquel precepto que implique mayor sanción al delito o falta cometida.

Artículo 136

Por todos los delitos a que se refiere este Capítulo se impondrá, además de la pena señalada en los artículos siguientes, la de inhabilitación especial para el derecho del sufragio activo y pasivo.

Artículo 137

En todo lo que no se encuentre expresamente regulado en este Capítulo se aplicará el Código Penal.

## SECCION II

*Delitos en particular*

## Artículo 138

Serán castigados con las penas de arresto mayor y multa de 30.000 a 300.000 pesetas los funcionarios públicos que dolosamente:

1. Incumplan las normas legalmente establecidas para la formación, conservación y exhibición al público del censo electoral.

2. Incumplan las normas legalmente establecidas para la constitución de las Juntas y Mesas Electorales, así como para las votaciones, acuerdos y escrutinios que éstas deban realizar.

3. No extiendan las Actas, certificaciones, notificaciones y demás documentos electorales en la forma y momentos previstos por la Ley.

4. Impidan o dificulten injustificadamente la entrada, salida o permanencia de los electores, de los candidatos, apoderados, interventores y notarios en los lugares en los que se realicen actos del procedimiento electoral.

5. Susciten, sin motivo racional, dudas sobre la identidad de una persona o la entidad de sus derechos.

6. Descubran el secreto de voto.

7. Suspendan, sin causa justificada, cualquier acto electoral.

8. Nieguen, dificulten o retrasen indebidamente la admisión, curso o resolución de las protestas o reclamaciones de las personas que legalmente estén legitimadas para hacerlas, o no dejen de ellas la debida constancia documental.

9. Causen, en el ejercicio de sus competencias, manifiesto perjuicio a un candidato.

## Artículo 139

1. Serán castigados con las penas de prisión mayor y multa de 30.000 a 300.000 pesetas los funcionarios que abusando de su oficio o cargo dolosamente realicen alguna de las siguientes falsedades:

a) Alterar sin autorización las fechas, horas o lugares en que deba celebrarse cualquier acto electoral incluso de carácter preparatorio, o anunciar su celebración de forma que pueda inducir a error a los electores.

b) Omitir o anotar de manera que induzca a error sobre su autenticidad los nombres de los votantes en cualquier acto electoral.

c) Cambiar, ocultar o alterar, de cualquier manera, el sobre o papeleta electoral que el elector entregue al ejercitar su derecho.

d) Realizar con inexactitud el recuento de electores en actos referentes a la formación o rectificación del Censo, o en las operaciones de votación y escrutinio.

e) Efectuar proclamación indebida de personas.

f) Faltar a la verdad en manifestaciones verbales que hayan de realizarse en algún acto electoral.

g) Consentir, pudiendo evitarlo, que alguien vote dos o más veces o lo haga sin capacidad legal, o no formular la correspondiente protesta.

h) Imprimir, confeccionar o utilizar papeletas o sobres electorales con infracción de las normas establecidas.

i) Cometer cualquier otra falsedad en materia electoral, análoga a las anteriores, por alguno de los modos señalados en el artículo 302 del Código Penal.

2. Si las alteraciones de la verdad a las que se refiere este artículo fueran producidas por imprudencia temeraria, serán sancionadas con la pena de prisión menor.

3. En la apreciación de los supuestos a que se refiere el presente artículo los Tribunales se atenderán a lo dispuesto en el artículo 318 del Código Penal.

#### Artículo 140

El particular que participe dolosamente en alguna de las falsedades señaladas en el artículo anterior será castigado con las penas de prisión menor y multa de 30.000 a 300.000 pesetas. En estos supuestos los Tribunales se atenderán igualmente a lo dispuesto en el artículo 318 del Código Penal.

#### Artículo 141

Serán castigados con las penas de prisión menor y multa de 30.000 a 300.000 pesetas quienes voten dos o más veces en la misma elección o quienes voten sin capacidad para hacerlo.

#### Artículo 142

El Presidente y los Vocales de las Mesas Electorales así como sus respectivos suplentes que dejen de concurrir a desempeñar sus funciones, las abandonen sin causa legítima o incumplan sin causa justificada las obligaciones de excusa o aviso previo que les impone esta Ley, incurrirán en la pena de arresto mayor y multa de 30.000 a 300.000 pesetas.

#### Artículo 143

1. Serán castigados con la pena de arresto mayor o multa de 30.000 a 300.000 pesetas quienes lleven a cabo alguno de los actos siguientes:

a) Realizar actos de propaganda una vez finalizado el plazo de la campaña electoral.

b) Infringir las normas legales en materia de carteles electorales y espacios reservados a los mismos, así como las normas relativas a las reuniones y actos públicos de propaganda electoral.

2. Serán castigados con las penas de prisión menor en grado mínimo y multa de 100.000 a 500.000 pesetas los miembros en activo de las Fuerzas Armadas y Seguridad del Estado, de las Policías de las Comunidades Autónomas y Municipales, los Jueces, Magistrados y Fiscales y los miem-

bros de las Juntas Electorales que difundan propaganda electoral o lleven a cabo otras actividades de campaña electoral.

#### Artículo 144

Serán castigados con la pena de arresto mayor y multa de 50.000 a 500.000 pesetas quienes dolosamente infrinjan la normativa vigente en materia de encuestas electorales.

#### Artículo 145

1. Serán castigados con la pena de arresto mayor y multa de 30.000 a 300.000 pesetas:

a) Quienes por medio de recompensas, dádivas, remuneraciones o promesas de las mismas, soliciten directa o indirectamente el voto de algún elector, o le induzcan a la abstención.

b) Quienes de cualquier modo ejerzan presión intimidatoria sobre los electores para que no usen de su derecho o la ejerciten contra su voluntad.

2. Incurrirán en la pena señalada en el número anterior, y además, en la inhabilitación especial para cargo público, los funcionarios públicos que usen de sus competencias para alguno de los fines señalados en este artículo.

#### Artículo 146

Los que perturben gravemente el orden en cualquier acto electoral o penetren en los locales donde éstos se celebren portando armas u otros instrumentos susceptibles de ser usados como tales, serán castigados con la pena de arresto mayor y multa de 30.000 a 300.000 pesetas.

#### Artículo 147

Cuando los delitos de calumnia e injuria se cometan en período de campaña electoral y con motivo u ocasión de ella, las penas privadas de libertad previstas al efecto en el Código Penal se impondrán en su grado máximo.

#### Artículo 148

1. Los administradores generales y de las candidaturas de los partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores que falseen las cuentas, reflejando u omitiendo indebidamente en las mismas aportaciones o gastos o usando de cualquier artificio que suponga aumento o disminución de las partidas contables, serán castigados con la pena de prisión menor y multa de 30.000 a 300.000 pesetas.

2. Los Tribunales atendiendo a la gravedad del hecho y sus circunstancias podrán imponer la pena en un grado inferior a la señalada en el párrafo anterior.

## Artículo 149

1. Los administradores generales y de las candidaturas, así como las personas autorizadas a disponer de las cuentas electorales, que se apropien o distraigan fondos para fines distintos de los contemplados en esta Ley serán sancionados con las penas de prisión menor y multa de 30.000 a 300.000 pesetas.

2. Si concurre ánimo de lucro personal la pena será de prisión mayor y multa de 30.000 a 300.000 pesetas.

3. Los Tribunales teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, podrán imponer la pena inferior en un grado a la señalada.

## SECCION III

*Procedimiento judicial*

## Artículo 150

1. La sanción de estos delitos se hará con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Las acciones que se produzcan por aplicación de estas normas tendrán carácter preferente y se tramitarán con la máxima urgencia posible.

2. La acción penal que nace de estos delitos es pública y podrá ejercitarse sin necesidad de depósito o fianza alguna.

## Artículo 151

El Tribunal o Juez a quien corresponda la ejecución de las Sentencias firmes dictadas en causas por delitos a los que se refiere este Título dispondrá la publicación de aquéllas en el Boletín Oficial de la Provincia y remitirá un ejemplar a la Junta Electoral Central.

## SECCION IV

*Infracciones electorales*

## Artículo 152

1. Toda infracción de las normas obligatorias establecidas en la presente Ley que no constituya delito será sancionada por la Junta Electoral competente. La multa será de 20.000 a 200.000 pesetas si se trata de autoridades o funcionarios y de 5.000 a 100.000 si se realiza por particulares.

2. Las infracciones a la Ley 14/80, de 18 de abril, sobre régimen de encuestas electorales serán sancionadas con multa de 50.000 a 500.000 pesetas.

# CIRCULARES Y CONSULTAS

## Circulares, consultas e instrucciones de la Fiscalía General del Estado

### **INCOMPATIBILIDAD DEL CARGO DE FISCAL DE PAZ CON OTROS PUBLICOS**

— Consulta número 2/1984, de 30 de noviembre —

— I —

Ha tenido entrada en esta Fiscalía General del Estado su Consulta en torno a la incompatibilidad del cargo de Fiscal de Paz con otros públicos, y que, con relación a los hechos, se concreta así: Como consecuencia de un incidente habido con un Ayuntamiento de la localidad en que reside, consideró V. E. conveniente informarse de cuántos y quiénes eran los Fiscales de Paz que desempeñaban funciones incompatibles con la de Fiscal. Tras la oportuna investigación ha comprobado que al menos en catorce pueblos de esa provincia los Fiscales de Paz respectivos —propietarios o sustitutos— ejercían simultáneamente funciones de otro carácter, unas desenvueltas en el área estrictamente política (Alcaldes, Concejales), otras en la esfera de la Administración local (Depositarios de fondos, Alguaciles del Ayuntamiento), y, en fin, alguno lo compatibiliza con el de Guarda Jurado dependiente del Ministerio de Agricultura.

Con tales antecedentes, esa Fiscalía con la idea de procurar revestir del mayor prestigio y respetabilidad posible a los representantes del Ministerio Fiscal, cualquiera que sea su categoría, ha estimado oportuno reajustar los nombramientos de Fiscales de Paz, vetando desde luego a los que desempeñen cargos de la naturaleza de los referidos, y a quienes ya ostenten ambos plantearles la necesidad de que opten por uno de ellos con renuncia del otro. La consecuencia de todo ello es la conveniencia práctica de someter a esta Fiscalía, como objeto específico de la Consulta, la eventual adopción para el futuro de las siguientes medidas:

— Requerir a los que se encuentren incursos en causa de incompatibilidad para que opten por uno de los dos cargos que vienen desempeñando, renunciando al otro.

— Oponerse a nuevos nombramientos en favor de aquellos en quienes concurran tal incompatibilidad.

— La decisión que precede debe entenderse que afecta no sólo respecto de los que ostenten cargos *propriadamente políticos*, sino también a los otros enumerados (funcionarios de la Administración Local, Agentes de la autoridad dependientes del Ministerio de Agricultura).

## — II —

En el último Reglamento del Estatuto del Ministerio Fiscal, promulgado el 27 de febrero de 1969 —y que sólo está vigente en lo que no se oponga al nuevo Estatuto de 30 de diciembre de 1981 (disposición final 2.ª)— se incluían los Fiscales Municipales, Comarcales y de Paz entre los elementos constitutivos del Ministerio Fiscal (art. 9,3.º), formando precisamente los Fiscales de Paz una de sus categorías (art. 10, 6.º). A pesar de ello el Reglamento citado, al regular las incompatibilidades, trataba sólo de las aplicables a quienes pertenecían a la Carrera Fiscal (art. 13), de la que, como es notorio, estaban explícitamente excluidos los otros integrantes del Ministerio Fiscal (art. 10,2). El tratamiento jurídico de las incompatibilidades de los miembros de la Carrera Fiscal no era del todo idéntico al previsto para los Fiscales Municipales y Comarcales, tal como se desprende de su ordenación en los artículos 6 y 7 del Reglamento de 23 de abril de 1970; y el régimen de esas mismas incompatibilidades para el cargo de Fiscal de Juzgado de Paz era mucho menos riguroso, si tomamos nota de la enumeración que hace el artículo 70 del aludido Reglamento de 23 de abril de 1970

Integrados los antiguos Fiscales de Distrito en la Carrera Fiscal (disposición transitoria 2.ª, 1, del Estatuto y Real Decreto 545/1983, de 9 de febrero) están ya sujetos a las incompatibilidades del artículo 57 del Estatuto. En cambio, los Fiscales de Paz no son siquiera mencionados en el Estatuto vigente —ni aún de modo implícito— pues si, de modo general, se establece que el Ministerio Fiscal ejerce su función por medio de órganos propios (art. 2,1), entre esos órganos no están las Fiscalías de los Juzgados de Paz (art. 12) y ni entre las diversas categorías de la Carrera Fiscal se hallan los Fiscales de Paz (art. 34). Todo ello viene a significar que las incompatibilidades para el ejercicio de cargos fiscales recogidas en el artículo 57 del Estatuto no rigen en ningún caso para los Fiscales de Paz, y que aunque el Estatuto del Ministerio Fiscal no contiene disposición alguna sobre el Reglamento de 23 de abril de 1970, habrá que entenderlo derogado tácitamente para los antiguos Fiscales Municipales y Comarcales, pero estará vigente tanto en lo que concierne a los Fiscales sustitutos de aquella condición (art. 10 del Real Decreto 545/1983, de 9 de febrero) como para los Fiscales de Paz, a quienes se destinan los artículos 60 a 75.

## — III —

El artículo 70 del Reglamento de 23 de abril de 1970 establece la ordenación del régimen de incompatibilidades para los Fiscales de Paz. Su tenor literal es el siguiente:

«El cargo de Fiscal de Juzgado de Paz es incompatible:

- 1.º Con el ejercicio de cualquier otra jurisdicción.
- 2.º Con el de Alcalde, Concejal y otro de la Administración local.
- 3.º Con el ejercicio de la Abogacía y la profesión de Procurador.»

El sistema legal de incompatibilidades prohíbe, pues, acumular titularidades y ejercicio de dos o más funciones públicas de modo relativo, esto es



siempre que se proyecten sobre determinados ámbitos. De esta manera si no se prevé la exclusiva dedicación a las funciones de Fiscal de Paz, se señalan algunas actividades que no pueden compatibilizar los Fiscales de Paz. Del análisis comparativo de las normas reguladoras de las incompatibilidades que afectan a los miembros de la Carrera Fiscal con las propias de los Fiscales de Paz, se obtiene que el tratamiento no es, ni puede ser, unitario, porque a una mayor importancia de las funciones otorgadas corresponden necesariamente incompatibilidades más rigurosas; ello unido al carácter honorífico y gratuito del cargo explica que no se exija nunca la dedicación completa (*full time*), que las incompatibilidades de los Fiscales de Paz no sean particularmente severas y que sean ajenas al régimen común, más extenso, particularizado y exigente.

Aparece clara la incompatibilidad, denunciada en la Consulta, entre las funciones representativas o políticas que, para el ámbito local, cita el artículo 70 y las funciones de Fiscal de Paz. También, y siguiendo en la línea del hecho concreto expuesto, la derivada del desempeño de cargos correspondientes a la Administración Local. Pero no debemos situar en el radio de la incompatibilidad la eventual concurrencia con los demás casos a que se contrae la Consulta, porque si las causas de incompatibilidad para los Fiscales de Paz están determinadas en un texto legal expreso, las limitaciones establecidas no pueden ampliarse más allá de lo previsto, ya que como toda norma excepcional no debe extenderse por analogía a otros supuestos; para éstos deberá regir el principio de simultaneidad y no el de compatibilidad. En un plano legal, el ejercicio de esas otras ocupaciones que silencia el artículo 70, al no generar conflicto de intereses, no impiden la independencia ni obstaculizan el exacto cumplimiento del deber impuesto a los Fiscales de Paz.

Una vez fijado el círculo del artículo 70 sin desbordar su estricta literalidad, las actividades capaces de generar causas de incompatibilidad incluidas en su órbita, producirán el efecto de actuar como condición resolutoria cuando se acepta la designación del cargo, por lo que, llegado ese momento, deberá ejercitarse el derecho de opción por el interesado, que eliminará la simultaneidad concentrando la función exclusivamente en uno de los cargos incompatibles. Si la opción no se ha ejercitado por el titular del derecho, deberá requerírsele como V. E. propone para que renuncie a uno de ellos, no siendo ciertamente ajena al Ministerio Fiscal la fiscalización de la observancia del deber de incompatibilidad, en cuanto forma parte de las Salas de Gobierno, órgano que decide sobre los nombramientos de Fiscales de Paz; por la misma razón rechazará aquellos en quienes no concurren las condiciones de idoneidad.

En definitiva, con el único límite de que el artículo 70 del Reglamento de 23 de abril de 1970 deberá interpretarse siempre estrictamente y sin olvidar su tenor literal, son ajustados el resto de los términos de su Consulta, por lo que, sin dilaciones, deberá adoptar las medidas propuestas. Siendo presumible que en territorios distintos al que se refiere la Consulta existan situaciones análogas a las analizadas, los señores Fiscales deberán realizar las investigaciones oportunas y proceder como se ha indicado ante el ejercicio conjunto de cargos incompatibles con el de Fiscal de Paz.



# SECCION DE JURISPRUDENCIA

## Jurisprudencia Constitucional

PUBLICADA EN JULIO-OCTUBRE  
DE 1984 Y CON APLICACION EN  
MATERIA PENAL

ANTONIO GONZALEZ-CUELLAR GARCIA  
Fiscal y Profesor Titular de Derecho Penal de la U. A. M.

### I) CONSTITUCION

#### ARTÍCULO 14

#### *Principio de igualdad. Sentencias penales*

«Es doctrina muy reiterada ya en las sentencias de este Tribunal que la igualdad ante la ley reconocida en el artículo 14 de la Constitución es, en primer término, igualdad en la configuración del texto legal, lo que significa que a la identidad de supuestos de hecho debe acompañar identidad en los efectos o consecuencias jurídicas; que la identidad en los supuestos de hecho no se rompe cuando se introduce para tratar de diferenciar los elementos o circunstancias carentes de razonable justificación, y que cuando se produce la diferenciación debe guardarse proporcionalidad en el tratamiento jurídico. La igualdad de que trata el artículo 14 de la Constitución es también, sin duda, igualdad en la aplicación de la ley por los órganos encargados de ello, si bien desde esta perspectiva la regla constitucional posee un alcance distinto. Cuando se trate de la aplicación de la ley por un mismo órgano jurisdiccional es claro el artículo 14 de la Constitución, que obliga a todos los poderes públicos, impone la necesidad de un tratamiento uniforme de los justiciables cuando los casos sometidos a decisión sean iguales y que para que el órgano jurisdiccional pueda introducir alguna variación en los criterios de valoración de la ley anteriormente sostenidos, es preciso que ofrezca una justificación racional y admisible en derecho. Cuando se trata de órganos jurisdiccionales diferentes, subsiste como mandato constitucional y como objetivo a alcanzar el de la igualdad de trato de los ciudadanos, que en este caso no puede significar una operación maquina o automática de los órganos jurisdiccionales en la interpretación del derecho, pues cada uno de ellos actúa, con este fin, con la necesaria independencia... Como hemos señalado anteriormente, el principio de igualdad ante

la ley del artículo 14 de la Constitución, requiere para ser aplicado, la previa igualdad de los supuestos de hecho y de los casos decididos, pues sólo cuando tal igualdad aparece de forma notoria es posible decir que ha existido un trato jurídico desigual o, en su caso discriminatorio. Cuando la igualdad se predica en el campo de las normas legales la operación a que aludimos se lleva a cabo mediante un cotejo de los supuestos de hecho de tales normas y cuando se practica o se quiere practicar en el campo de la aplicación del derecho, entraña un cotejo de los diferentes casos litigiosos encausados, pues sólo si los casos son iguales entre sí se puede efectivamente pretender que la solución dada para uno debe ser igual a la del otro. Mas ello no puede hacerse ofreciendo fórmulas abstractas desconectadas de los casos, extractando pequeñas frases de algún considerando o aislando los "vistos" de su contexto.»

(Sentencia de 9 de julio de 1984. R. A. núm. 92/83.—«BOE» de 30 de julio de 1984.—Ponente: Luis Díez Picazo.)

## ARTÍCULO 15

### *Derecho a la vida. Aborto. Principio de legalidad penal*

«... hay un extremo en el que nos parece indispensable aclarar, pues la interpretación teleológica que en él se intenta presenta la peculiaridad de que el telos no se extrae o deduce de la norma a interpretar (el artículo 339 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), sino de las normas del Código penal que castigan el aborto como delito contra las personas y, sobre todo, del artículo 15 de la Constitución que consagra el derecho a la vida como un derecho primordial y fundamental ante el cual deben ceder ficciones y presunciones de derecho privado.

La debilidad de una interpretación teleológica en la que el telos es extrínseco a la norma o a la institución de que éste forma parte es por sí mismo evidente, pero, sin insistir en ello, ni alargarnos sobre la deducción telética hecha a partir de la incardinación sistemática del delito de aborto en el Código penal, es imprescindible hacer alguna observación sobre la construcción basada en el artículo 15 de la Constitución.

No hay inconveniente en reconocer, de acuerdo con lo que allí se dice, que, según este precepto, la vida humana en formación es un bien que constitucionalmente merece protección, pero de esta premisa no se sigue, en modo alguno, que los particulares tengan al respecto otros deberes sancionados que el de abstenerse de aquellas conductas que la ley penal castiga. Ni del reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales, ni de la proclamación que la Constitución hace de otros bienes jurídicos que, sin ser propiamente derechos, deben ser respetados y protegidos por el Estado, nace para los ciudadanos (titulares todos ellos frente al Estado de los derechos fundamentales) obligación alguna conminada con la amenaza de la sanción penal. La naturaleza fundamental de un derecho, el derecho a la vida o cualquier otro, no permite prescindir de las ficciones o presunciones de derecho privado ni de ninguna de las categorías jurídicas que a través de una obra de siglos nuestra civilización ha ido construyendo para asegurar la libertad en la sociedad, y no permite, desde luego, prescindir en el presente caso del derecho a no ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de

producirse no constituyan delito perseguible en España según la legislación vigente.»

(Sentencia de 30 de julio de 1984. R. A. 765/83.—«BOE» de 30 de julio de 1984.—Ponente: Francisco Rubio Llorente.)

#### ARTÍCULO 22. 1

##### *Derecho de asociación*

«Debido al planteamiento que por vía penal dio el recurrente en amparo a su pretensión de ver reparado, lo que entendió era una limitación de su derecho de asociación, estos autos se limitan a decretar o confirmar, respectivamente, el archivo de las diligencias incoadas a instancia suya. Ahora bien, si el planteamiento en cuestión es susceptible de condicionar la respuesta de este Tribunal en función de la demanda, ello no ha de ser óbice a una cuidadosa matización en orden a la protección penal de los derechos fundamentales. Ha de quedar claro que el legislador puede proteger los derechos fundamentales penalmente, y en tal caso, no es posible desconocer que la protección penal forma parte del derecho fundamental mismo y que la interpretación de acuerdo con la constitución de las normas penales relativas a los derechos fundamentales es asunto de la competencia de este Tribunal. Si se produce pues una perturbación del derecho fundamental que sea penada por la Ley, hay un derecho del ciudadano a esta protección prevista por la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona en su Sección I, junto a la garantía contencioso-administrativa (Sección II) y la civil (Sección III); derecho que puede hacerse valer también en último término mediante el recurso de amparo constitucional ante este Tribunal... Las garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales tienen en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, una triple dimensión, correspondiendo a la civil el carácter de ordinaria y plena para el conocimiento de las reclamaciones que se formulen respecto a las lesiones en las que el autor tenga la condición de particular... Por ello los autos a que se contrae la impugnación a que se efectúa en el amparo no tiene otro significado que el que le otorga el procedimiento en que se dictan, conforme al artículo 789 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, simplemente que los hechos no son constitutivos de infracción penal, y sin que ello suponga un pronunciamiento sobre licitud constitucional alguna al margen de la antijuridicidad penal que, como queda dicho, no podían efectuar. De esta forma no se ratificó judicialmente, de haber existido, una violación del derecho de libre asociación (art. 22. 1 de la Constitución Española) que no tuviera trascendencia punitiva, porque, dada la vía en que su titular residenció el conocimiento de aquella, no cabía a los órganos judiciales una reparación distinta de la penal.»

(Sentencia de 12 de junio de 1984. R. A. 336/83.—«BOE» de 11 de julio de 1984.—Ponente: Antonio Truyol Serra.)

## ARTÍCULO 24. 1

*Derecho a la tutela judicial efectiva*

«El archivo anticipado de actuaciones penales en fase instructora, concretamente el adoptado conforme «a sensu contrario» al artículo 789 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal —Sentencia 16/1983, de 29 de noviembre, «BOE» de 14 de diciembre— e incluso la misma desestimación de la querrela según el artículo 313 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no constituye por sí un desconocimiento del derecho fundamental reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución Española, si se obtiene decisión judicial basada en derecho. En el presente caso éste se produce, aunque sin fundamentación en el auto del Juez, y en el de la Audiencia, subsanándose en éste la ausencia de dicha fundamentación, que viene exigida al menos para el proceso en su totalidad desde la perspectiva del artículo 24. 1 de la Constitución Española. Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha puesto reiteradamente de relieve que corresponde a los Tribunales penales la subsunción de las conductas en los tipos, y que tratándose de la interpretación y aplicación de la legalidad ordinaria el criterio sustentado por los órganos judiciales no puede ser sustituido por el Tribunal Constitucional, lo cual convertiría el amparo en una revisión que no es propia de su específica naturaleza. Sólo cuando los razonamientos fundamentadores de la decisión judicial constituyen en sí mismos violación de un derecho constitucionalmente amparable cabe la estimación de la pretensión que en este ámbito se formule.»

(Sentencia de 12 de junio de 1984. R. A. 336/83.—«BOE» de 11 de julio de 1984.—Ponente: Antonio Truyol Serra.)

*Rebeldía*

«Las decisiones impugnadas no suponen una negativa a la comparecencia del procesado y a que ejercite los medios pertinentes para su defensa, sino la imposición de un requisito previo para admitir la comparecencia como es el de que ésta se realice personalmente, presentándose el recurrente ante el Juez que instruye el sumario. Este Tribunal ha dicho repetidas veces que el derecho a la tutela judicial efectiva se ha de ejercer por los cauces y con los requisitos procesales que cada caso requiera. Claro está que esos requisitos han de ser razonables y no pueden ser tales que de hecho supriman o cercenen de manera sustancial el derecho consagrado en el artículo 21.1 de la Constitución.

La cuestión, pues, consiste en determinar si la exigencia del requisito de comparecencia personal es razonable y no incide sustancialmente en el derecho de defensa. Respecto al primer punto, pocas dudas puede haber respecto a la razonabilidad del requisito. Ya se ha dicho antes que la presencia personal del acusado en el proceso penal es un deber. La finalidad, por otra parte, es clara. De un lado, el acusado debe estar a disposición de la justicia para sufrir, en su caso, el cumplimiento coactivo de la pena. De otro lado, su propia presencia puede ser conveniente y aún necesaria para el esclarecimiento de los hechos. Por último, si la situación persiste concluido el sumario no puede celebrarse la vista oral ni haber

sentencia, respecto al rebelde, con lo que se paraliza el procedimiento, al menos parcialmente, con daño evidente no sólo de los particulares posiblemente afectados, sino también de los intereses públicos. Quien incumple ese deber y se substraer voluntariamente a la acción de la justicia y pretende además sustituir la obligada comparecencia personal por una comparecencia por medio de representante se coloca en una situación anómala respecto al proceso, al exigir sus derechos al mismo tiempo que incumple sus deberes y perturba gravemente el desarrollo del procedimiento. No parece, en estas circunstancias, que el requisito de la comparecencia personal para poder ejercer el derecho de defensa sea irrazonable o desproporcionado.»

(Sentencia de 27 de julio de 1983. R. A. 643/83.—«BOE» de 27 de julio de 1983.—Ponente: Angel Latorre Segura.)

## ARTÍCULO 24.2

### *Derecho a la defensa. Principio de contradicción*

«El tema esencial a debatir en este proceso de amparo se concreta en determinar si acusado, el militar recurrente, en la vista del Consejo de Guerra de Oficiales Generales, por el Ministerio Fiscal Jurídico Militar de haber cometido la falta de dejar de cumplir sus deberes militares, de carácter no grave, tipificada en el artículo 437, núm. 2 del Código de Justicia Militar y sancionada con pena de arresto mayor, puede ser condenado por el referido Consejo como autor del delito del artículo 391, núm. 2, del propio Código de Justicia Militar, que tipifica la misma conducta de condición grave y que se pena con prisión militar, sanción que le fue impuesta... resulta incuestionable que el enjuiciamiento militar, sin perder por ello sus peculiaridades, ha de verse configurado por la Constitución. Dentro de ella, en su artículo 24, núm. 2, se reconoce el derecho de todos a ser informados de la acusación que se formula contra ellos, de suerte que les sea factible ejercitar su propia defensa. Pues bien, en el caso objeto de esta sentencia que examinamos, desde el momento en que el demandante se vio acusado de haber cometido una falta y luego resultó condenado por un delito, no hay de que sus posibilidades de defensa se vieron mermadas, puesto que, lógicamente, debió articular en la vista oral sus alegaciones en oposición a aquella falta que se le imputaba y no frente al delito por el que finalmente fue condenado. Su defensa quedó limitada a la incriminación por la falta de que era objeto de acusación y no se proyectó hacia la de delito, por lo que acabó siendo penado. De esta forma se ha producido una vulneración del principio de contradicción y, por ende, del fundamental derecho a la defensa, con violación del artículo 24, núm. 1 de la Constitución Española, ya que la sentencia ha de ser dictada tras la existencia de un debate y de una contradicción, como ha reconocido este Tribunal Constitucional en diversas ocasiones, que en este caso no ha podido tener lugar debido a que la infracción finalmente estimada y la pena impuesta eran distintas de las que se le acusaba, y se pedía por el Ministerio Fiscal.»

(Sentencia de 19 de octubre de 1984. R. A. 459/82.—«BOE» de 31 de octubre de 1984.—Ponente: Rafael Gómez Ferrer.)

## ARTÍCULO 25.1

*Principio de legalidad. Condición objetiva de punibilidad*

«Este Tribunal ha declarado ya (Sentencia núm. 89, de 2 de noviembre de 1983) que el principio de legalidad no puede ser entendido en forma tan mecánica que anule la libertad del Juez, cuando, en uso de ésta, ni se crean nuevas figuras delictivas ni se aplican penas no previstas en el ordenamiento. También ha afirmado, sin embargo (ibídem) que una aplicación defectuosa de la ley penal puede implicar, eventualmente, la vulneración de un derecho constitucionalmente garantizado, protegido mediante recurso de amparo. Cuando se alega tal cosa, este Tribunal ha de analizar desde el punto de vista del derecho constitucionalmente garantizado, la interpretación y aplicación que el Juez ordinario ha hecho de la norma penal. En el asunto que nos ocupa, la interpretación y aplicación que los recurrentes juzgan violatoria del derecho fundamental que les garantiza el artículo 25.1 de la Constitución, no tiene por objeto el precepto penal que establece el tipo o determina la pena, esto es, no el artículo 414 del Código penal, sino aquel otro que, en términos generales, determina el ámbito de validez de las normas penales y que constituye, por tanto, lo que en la sentencia de casación se denomina «verdadera condición objetiva de punibilidad». Es obvio que el principio de legalidad penal, como «garantía de seguridad jurídica para el ciudadano» cubre también los preceptos de esta naturaleza y que, por consiguiente, es indispensable analizar, para resolver acerca de la existencia o inexistencia de la violación que se alega, la interpretación y aplicación que las sentencias de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo han hecho del artículo 339 de la venerable Ley Orgánica del Poder Judicial.»

(Sentencia de 27 de junio de 1984. R. A. 765/83.—«BOE» de 30 de julio de 1984.—Ponente: Francisco Rubio Llorente.)

«En materia penal el principio rector y la garantía de los ciudadanos es la legalidad (*nullum crimen sine lege*) que consagra el artículo 25 en desarrollo riguroso, en este campo, el artículo 9. Pues bien, si la legalidad en el orden penal es la esencial garantía de los ciudadanos, es claro que el Juez encargado del enjuiciamiento de un hecho presuntamente delictivo no posee ninguna otra regla vinculante que la ley, según señala el artículo 117 de la Constitución. El hecho de que la ley sea la única fuente en materia de Derecho penal, excluye la vinculación del Juez a otras posibles fuentes, como lo demuestra el propio recurrente al dejar al margen la cuestión que consideraba importante de la desviación de los criterios de la Audiencia Provincial y los del Tribunal Supremo de Justicia que podrán engendrar un problema de política jurídica, pero en ningún caso una violación constitucional.»

(Sentencia de 9 de julio de 1984. R. A. 92/83.—«BOE» de 30 de julio de 1984.—Ponente: Luis Díez Picazo.)

*Principio de legalidad. Fraude de ley. Aborto*

«El fraude de ley existía en el presente caso porque al amparo de una norma de cobertura (la del artículo 339 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), que se



limita a señalar los requisitos de procedibilidad, se logra eludir otra (la de los arts. 411.2 y 414 del Código penal) que es la norma esquivada o defraudada y, en general, colocarse enfrente de todo el ordenamiento jurídico que «atiende desde todos los frentes, incluidos el primordial de la represión penal, a que no se frustre el nacimiento del concebido, dispensándole entre ambos momentos toda la protección jurídica posible.»

La doctrina ha señalado la dudosa exactitud de identificar como norma de cobertura la del artículo 339 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y no, como parece más lógico, la del artículo 333 del mismo cuerpo legal que, en coincidencia con la que dispone el artículo 8.1 del Código civil, establece la territorialidad de las leyes penales, principio general que excepciona, para el supuesto allí contemplado, el mencionado artículo 339.»

«... Para que quepa hablar de fraude se requiere, por tanto, como supuesto inexcusable, la utilización de una norma cuya consecuencia jurídica, juzgada favorable o conveniente para quien recurre a ella, se intenta producir. En una situación como la que analizamos, sin embargo, la realización del aborto fuera del territorio español no se hace al amparo de norma alguna, para producir las consecuencias previstas en ella, ni persigue en consecuencia crear apariencia alguna de juridicidad del resultado, sino pura y simplemente llevar a cabo unos hechos fuera de España, de tal modo que la norma aplicable no sea la española, sino la territorial. No se dan por tanto los supuestos necesarios para apreciar la existencia de un fraude de ley ni más en general cabe hacer uso de esa figura en la aplicación de la ley penal, pues la territorialidad de ésta (art. 8.1 del Código civil) y la inexistencia en ella de normas disponibles a cuyo amparo puedan producirse consecuencias jurídicas favorables hacen resultantemente imposible extender a este sector del ordenamiento la figura del fraude de ley.

La ineluctabilidad de esta conclusión se patentiza por el resultado absurdo a que la contraria llevaría, pues en efecto si toda conducta punible en España, pero realizada por españoles en el extranjero, hubiere de conceptuarse como fraude de ley, resultarían manifiestamente superfluas todas las reglas que la Ley Orgánica del Poder Judicial establece para ampliar la punibilidad a hechos cometidos más allá de nuestras fronteras.

Las anteriores consideraciones bastan para poner de relieve que las sentencias impugnadas se apoyan en una construcción jurídica defectuosa que vicia la corrección de sus resultados. No bastarían, sin embargo, para invalidarlas, si el defecto no acarrea como consecuencia una lesión en un derecho fundamental de los recurrentes, cuya garantía en último término está encomendada a este Tribunal

El derecho en cuestión no puede ser otro que el de no ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no constituyan delito o falta según la legislación vigente, derecho que el artículo 25.1 de la Constitución consagra. Tal derecho que es garantía de la libertad de los ciudadanos, no tolera, como las propias sentencias impugnadas declaran, la aplicación analógica «in pejus» de las normas penales o, dicho en otros términos, exige su aplicación rigurosa de manera que sólo se pueda anudar la sanción prevista a conductas que reúnen todos los elementos del tipo descrito y sean objetivamente perseguibles. Esta exigencia se vería soslayada, no obstante, si a través de la figura del fraude se extendiese a supuestos explícitamente contemplados en ellas la aplicación de

normas que determinan el tipo o fijan condiciones objetivas, para la perseguibilidad de las conductas, pues esta extensión es pura y simplemente una aplicación analógica.

(Sentencia de 27 de junio de 1984. R. A. 765/1983.—«BOE» de 30 de julio de 1984.—Ponente: Francisco Rubio Llorente.)

## II) LEY ORGANICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

### ARTÍCULO 44.1 c)

«Una invocación meramente aparental del presunto derecho constitucional violado no satisface en modo alguno a la exigencia del artículo 44.1 c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. La razón de ser que abona dicha exigencia (y, con ella, la interpretación puramente teleológica que del precepto que la impone hace este Tribunal) estriba, en efecto, en la necesidad de preservar el carácter subsidiario de la jurisdicción constitucional de amparo que resultaría desvirtuado si ante ella se trajeran cuestiones sobre las que previamente, a través de las vías procesales oportunas, no se han dado ocasión de pronunciarse a los órganos del Poder Judicial, que son los que de modo directo y en primer término garantizan los derechos fundamentales que la Constitución proclama. Esa finalidad de la norma resulta burlada cuando la cuestión sometida ante el órgano judicial que sustancia el recurso se plantea en términos tales que éste no tiene ocasión de resolver sobre la posible existencia de una vulneración por el órgano inferior de unos derechos fundamentales que se mencionan de modo puramente lateral y cuya invocación se hace sólo, explícitamente, para preparar formalmente el posterior recurso de amparo.»

(Sentencia de 27 de junio de 1984. R. A. 765/83.—«BOE» de 30 de julio de 1984.—Ponente: Francisco Rubio Llorente.)

## III) LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

### ARTÍCULOS 313 Y 789

#### *Inadmisión de la querrela y archivo de las diligencias previas*

V. Sentencia de 12 de junio de 1984 sobre *derecho a la tutela judicial efectiva* —artículo 24.1 de la C. E.

### ARTÍCULOS 834 AL 846

#### *Rebeldía*

«Limitándose al caso que aquí interesa, es decir, a un caso de proceso ordinario por delito, y prescindiendo, como se ha dicho, de las peculiaridades de otros tipos de procesos, el sistema seguido por la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 834 a 846) se basa en primer término en el principio de sujeción del

acusado al procedimiento. La comparecencia personal del acusado en el proceso penal es un deber jurídico que se le impone no es un derecho que se le confiere o una carga que se le atribuye. El acusado debe estar en persona a disposición de los Tribunales. Tanto es así que la simple citación de la persona a quien se impute un acto punible cuando el citado no comparezca ni justificase causa legítima que se lo impida, podrá convertirse en orden de detención (art. 487 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). En este mismo orden de ideas el procesado que no se encuentre a disposición del Juez o Tribunal que conozca de su causa será «llamado y buscado por requisitoria y si al término fijado en ésta no comparece o no es habido o presentado ante la Autoridad judicial ha de ser declarado rebelde. Si como ha ocurrido en el presente caso la declaración de rebeldía tiene lugar durante la tramitación del sumario, se continuará la causa hasta que se declare terminado, suspendiéndose su curso (artículo 840 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Es decir, no se celebrará juicio oral pues en nuestro procedimiento penal ordinario por delito no hay condena en rebeldía. Sólo si el declarado se presenta o es habido se abrirá nuevamente la causa para continuarla según su estado (art. 846 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).»

(Sentencia de 27 de julio de 1984. R. A. 643/83.—«BOE» de 24 de agosto de 1984.—Ponente: Angel Latorre Segura.)

#### IV) CODIGO PENAL

ARTÍCULOS 411.2 Y 414

##### *Aborto*

V. Sentencia de 27 de junio de 1984 sobre *principio de legalidad, fraude de ley y derecho a la vida* —arts. 15 y 25.1 de la C. E.

ARTÍCULO 563 BIS B)

##### *Cheque en descubierto*

V. Sentencia de 9 de julio de 1984 sobre *igualdad y principio de legalidad* —arts. 14 y 25.1 de la C. E.

#### V) LEYES ESPECIALES

CODIGO DE JUSTICIA MILITAR

ARTÍCULOS 391, NÚM. 2 Y 437,2

##### *Incumplimiento de los deberes militares*

V. Sentencia de 19 de octubre de 1984 sobre *derecho a la defensa, principio de contradicción* —art. 24.2 de la C. E.



# Jurisprudencia penal

LUIS FELIPE RUIZ ANTON

Universidad Complutense (Madrid)

**Artículo 6 bis a). Error sobre la concurrencia de los presupuestos fácticos de una causa de justificación: legítima defensa putativa.**

“Que en la legítima defensa, subsidiariamente imprescindible para el mantenimiento jurídico, estudiada por determinado sector doctrinal y jurisprudencial, desde un punto de vista eminentemente objetivo, debido a su naturaleza de causa de justificación, hoy día impera no solamente la posibilidad de un tratamiento dentro del área de la inculpabilidad, como se pone de relieve en Sentencias de 26 de enero, 2 de febrero y 6 de abril de 1984, entre otras, sino que es incluso obligatorio este tratamiento culpabilístico por así exigirlo el artículo 6 bis a) del Código penal, que determina que el error invencible sobre un elemento esencial integrante de la infracción penal o que agrave la pena, excluye la responsabilidad criminal o la agravación en su caso, y ello da lugar a que todo elemento o circunstancia deba ser analizado teniendo en cuenta este elemento culpabilístico que existe en todo delito, y concretamente en el caso enjuiciado de la legítima defensa denominada putativa, que reclama para poder ser aplicada: que se aprecie en la conciencia del actor o sujeto activo de la infracción un error, consistente en creer que existe la agresión ilegítima como acometimiento o acto de fuerza que atenta contra las personas o derechos; que se ponga de relieve el “animus defendendi” en la actividad que origina el quebrantamiento o daño en el bien jurídicamente protegido por el ordenamiento penal; que se capte la “necitas defensionis”, ya que el medio empleado para impedir o repeler la agresión tiene que estar adornado del carácter de necesidad; que por parte del que ejercita la defensa no se haya provocado el ataque agresivo; y por último, que para que pueda actuar como exención total de la responsabilidad penal es preciso que el error sea invencible, pues si no lo fuere se estimará la acción como culposa mediante la jerarquía de los grados que la imprudencia admite en la jurisdicción penal.” (S. T. S. de 20 de junio de 1984.)

**Artículo 6 bis b).** Caso fortuito: opera ahora como límite general a la intervención del Derecho penal.

“Que el caso fortuito, dentro de la expectativa genérica que representan los delitos de la circulación supone la más clara contradicción con las actuaciones culposas, aparte las dolosas, que, en alguna medida, condicionan aquellas infracciones, y ello en base a que lo fortuito es esencialmente y a los efectos legales, todo cuanto no puede preverse, todo cuanto comporta la pura y simple negación del dolo o de la culpa, todo cuanto, en fin, implique la ejecución de una acción con la debida diligencia, en cualquier caso planteando y constituyendo uno de los problemas penales más trascendentales, y quizá menos enjuiciado y considerado por la doctrina científica, porque, en el marco novedoso de la regulación actual del artículo 1 del Código penal al desaparecer la presunción de voluntariedad, es indudable que toda imputación que se haga de la misma, con la inversión de la carga probatoria que exige y demanda el derecho y la propia dignidad más elemental de la persona humana, necesariamente girará, buscando la intención maliciosa o la conducta culposa, alrededor del caso fortuito, que, al menos, estará latente en cualquier consideración que sobre aquellos conceptos se realice como elucubración jurídica de la sentencia, y tan es así que el legislador, tras la reciente modificación del Texto Legal, ha querido potenciar aún más la autonomía jurídica del caso fortuito, no sólo derogando y suprimiendo la eximente 8.ª del artículo 8 de la Ley Penal sino actualizando aquella autonomía en el nuevo artículo 6 bis b), en un patente deseo de dar a tal figura penal mayor prestancia jurídico sustantiva (...). Que aunque este nuevo precepto no hace más que reiterar lo que de todos modos se deduciría de la interpretación del artículo 1, en razón quizá al principio “quod abundat non nocet”, es evidente que la trascendencia que supone, antes relatada, ha llevado la voluntad del legislador por cauces concretos del más puro derecho positivo, estimando que este caso fortuito, como ausencia de culpabilidad o como ausencia del injusto típico, no entraña ya un carácter, más o menos acusado, de excepción a la responsabilidad, suprimida por eso la eximente, sino un límite general a la intervención del Derecho penal, cuestión, en el tiempo del supuesto enjuiciado, insita en el propio hecho y desde luego anterior a las eximentes de responsabilidad, marcándose, en cualquier caso, una clara diferencia entre el contexto actual del artículo 6 bis b) y el antiguo apartado, derogado, número 8.º del artículo 8, en tanto que a la luz del nuevo precepto desaparecido el requisito inicial de la licitud, siempre en respeto a las garantías propias del principio de culpabilidad, resulta manifiesto que las consecuencias fortuitas sobrevenidas en el curso de un hecho delictivo tendrán esa propia calificación, con todo lo cual, matizándose en este sentido lo hasta ahora dicho en torno al derogado número 8.º del artículo 8, quiere significarse que en este caso carece de todo fundamento el motivo casacional alegado, por infracción de ley del número 1.º del artículo 849 de la ley ritual, en relación a la eximente según el recurso no apreciada, indebidamente, en la reso-

lución recurrida, ya que tanto desde el punto de vista de la legislación derogada como en el nuevo concepto del caso fortuito, la clara concurrencia de culpa, elocuentemente definida en los razonamientos precedentes, soslaya inevitablemente e irreversiblemente cualquier pretensión justificativa del accidente producido, y ello aún a pesar de estimar, con el nuevo texto más favorable para el recurrente, que durante el desarrollo de los hechos constitutivos de la imprudencia, marchando el procesado a excesiva velocidad y conduciendo, a la vez, en manifiesto estado de ebriedad, pudieran acaecer nuevas y sorpresivas circunstancias que a pesar de la ilícita conducta del procesado propiciaron el accidente final sin culpa ni relación causal con los datos expuestos, velocidad y ebriedad, generadores, inicialmente, de esa conducción ilícita y culposa, lo que desde luego no constituye este evento en el que la conducta temeraria, en estricta relación causal, eficientemente produjo el daño sin interferencia de factor extraño alguno, daño que pudo y debió ser previsto subjetiva y objetivamente, no sólo por el sujeto activo de la infracción sino racionalmente también por cualquier otra persona con capacidad psíquica normal que se hubiera desenvuelto en las mismas circunstancias." (S. T. S. de 6 de octubre de 1984.)

**Artículo 8. La no exigibilidad de conducta diferente no puede operar como causa autónoma y supralegal de exclusión de la responsabilidad criminal**

"Que, la inexigibilidad de otra conducta, es doctrina ya antigua y de progenie y raigambre germánicas, cuya doctrina, tratándose de infracciones dolosas, en España, informa buen número de eximentes sirviéndoles de fundamento, como es de ver, v. g., con las definidas en los números 4, 7, 10 y 12 del artículo 8 del Código penal, pero que difícilmente puede operar positivamente como causa de exención de la responsabilidad criminal autónoma e independiente, puesto que, como destaca la doctrina científica patria, el artículo 8 citado, a diferencia del tratamiento dado a las atenuantes en el artículo 9 del mismo cuerpo legal, contiene un catálogo de eximentes cerrado o de "numerus clausus", imposibilitando, el principio de legalidad, su ampliación o extensión a casos no previstos en dicho precepto. Pero, en el caso de infracciones culposas, la inexigibilidad de otra conducta, no obra ni opera como una causa de exención de la responsabilidad criminal sino que su alcance es mucho más intenso y relevante toda vez que, de darse, eliminaría la propia esencia del delito culposo puesto que, de reconocerse que, el agente, no pudo obrar de otro modo distinto a como lo hizo, su conducta no podría tildarse de imprudente, negligente, descuidada o imprecavida, como es indispensable para la apreciación positiva de esa forma de culpabilidad, la cual exige inexcusablemente, y como primer requisito, una acción u omisión voluntaria y generalmente no maliciosa, pero con la que, el sujeto activo, ha evidenciado, con su quehacer u omitir, un comportamiento antisocial, descuidado y abandonado, en el que brillan por su ausencia la prudencia y la cautela

más o menos elementales. Pero, en el caso de autos, no se observa la referida inexigibilidad de otra conducta pues, al fin y al cabo, el impugnante, que no se había hallado expuesto más que a unos ataques tan infundados como desorganizados, vacilantes y relativamente inofensivos, procedentes de su excitado e irritado amigo —probablemente ebrio—, antes de recurrir a tan desmesurado medio o expediente disuasorio, como lo fue situar una navaja filosa y abierta ante su pecho, introduciendo con ello un gravísimo riesgo en el curso causal, pudo haberse refugiado en el bar “Los Tres Hermanos Cordobeses”, en cuyas inmediaciones se encontraban y del que habían salido ambos momentos antes, demandar auxilio a los clientes de dicho establecimiento o tratar de reducir y apaciguar a su encrespado amigo y contrincante con sus solas fuerzas físicas corporales, lo que no le hubiera sido difícil dado el estado inseguro y vacilante de aquél.” (S. T. S. de 2 de octubre de 1984.)

**Artículo 8, 1.º Enajenación mental: paranoia. Sintomatología. Efectos jurídicos.**

“Las paranoias, antes denominadas monomanías, son enfermedades mentales de carácter exógeno y que se incluyen dentro del grupo de las psicosis. Etimológicamente, la palabra paranoia proviene del griego “para”, que significa “de través o de lado” y “noos” o “noien”, pensar, lo que equivale pues a pensar de lado o torcidamente. Durante muchos años y hasta principios del siglo XX, dichas enfermedades se hallaban confundidas con la esquizofrenia, independizándose de ella, poco después, y constituyendo una entidad nosológica autónoma, si bien, modernamente, se las considera una manifestación de la citada esquizofrenia pero de menor gravedad que otras formas de la misma, caracterizándose por su aparición en la cuarta década de la vida humana y por las ideas delirantes, pudiéndose añadir que, en el caso de las esquizofrenias delirantes, se hallan muy cerca y constituyen un punto de unión con las paranoias. La palabra delirio procede de “de” y de “lire”, esto es, fuera del surco, y con más precisión, fuera del surco de la razón, entendiéndose que una persona delira cuando, en sus apreciaciones, razonamientos y juicios, se aparta, manifestamente, y de modo patológico, de la razón, siendo esta particular y morbosa manera de apreciar la realidad —típica del delirio— lo que sirve para diferenciarlo del error. El delirio es pues una formulación patológica y enfermiza de falsas creencias, las cuales son reputadas verdaderas por el sujeto que los padece, implicando una disposición anormal a pensar en una determinada dirección, de modo sistematizado, coherente y siempre idéntico con un curso crónico e inmutable, agregándose que otros caracteres de las paranoias son el orgullo, la desconfianza, la interpretación errónea, la inadaptabilidad y la deformación catatímica, la que da por resultado la visión o noción inexacta de sí mismo y del mundo exterior; entre sus muchas clases, que es ocioso recordar, figura el delirio de celos, en cuyo supuesto, para el enfermo, el más mínimo detalle del cónyuge o del amante, denota de forma clara e indudable la confirmación



de su infidelidad, bastando cualquier hecho trivial para acrecentar el delirio (...). Que, en lo que se refiere a la **imputabilidad** de los paranoicos, en una primera época, se les reputaba totalmente inimputables aunque dieran la sensación de normalidad y hasta de aplomo y cinismo, pero, dicha inimputabilidad sólo se estima concurrente cuando el hecho cometido se relacione con el tema del delirio. Más tarde se sostiene que el delirio influye en toda la personalidad del delincuente, lo que significa que, en todos sus actos, estén o no inmersos en el tema delirante, su imputabilidad será negada o, al menos, disminuida, y ello aunque el acto criminal parezca perfectamente razonado, discurrido y hasta premeditado. Pero, hoy día, al paranoico se le considera totalmente inimputable pues es siempre un enajenado, tanto el hecho punible se halle relacionado con el tema delirante como si no lo está. Por su parte, la doctrina jurisprudencial de este Tribunal es la siguiente: la sentencia de 19 de diciembre de 1932 considera como eximente la violenta reacción paranoica de celos; las de 19 de diciembre de 1935, 22 de enero de 1964 y 22 de enero de 1966 declaran la inimputabilidad en los casos de reacción paranoide; la de 31 de enero de 1975 declara que las paranoias se caracterizan por la zonificación o parcelación de la mente y se hace eco de las dos posiciones fundamentales en torno a la imputabilidad de los paranoicos: si el hecho cometido se halla relacionado con el delirio de interpretación, la exención será total, si no lo está, el sujeto, según unas opiniones, también es inimputable, y, según otras, solamente experimenta una disminución, más o menos sensible, de su capacidad de conocer y de querer y, finalmente, la sentencia de 20 de octubre de 1982, se inclina por la relatividad en la valoración —exención completa o incompleta según los casos—, pero si el acto delictivo —muerte de la esposa— ha sido consecuencia de la construcción delirante del sujeto activo —delirio de celos— hay que inclinarse por la inimputabilidad y por la exención totales, siendo de destacar que la sentencia referida valoró, ante todo, que “el delirio afectó a sus facultades psíquicas con intensidad suficiente para privarle de todo freno inhibitorio.” (S. T. S. de 15 de octubre de 1984.)

#### Artículo 8, 1.º Enajenación mental: oligofrenias. Clases y efectos.

“Las oligofrenias son una entidad nosológica, en las que la citada Psiquiatría, basándose en la psicometría y en los “test” de eficiencia, de personalidad y, sobre todo, de inteligencia, distingue entre la **idiocia**, en la que la edad mental del sujeto es inferior a los cuatro años, y sólo representa, a lo más, el 25 por 100 de la normalidad, la **imbecilidad**, con edad mental entre los cuatro y los ocho años y cociente o coeficiente entre el 25 por 100 y el 50 por 100, la **debilidad mental** con edad de esa índole entre los ocho y los once años y un coeficiente o cociente entre el 50 y el 70 por 100, y por encima de los anteriores, sin llegar a la total normalidad, la llamada **torpeza mental**, añadiéndose que, tanto los idiotas como los imbéciles, son totalmente inimputables, mientras que lo son más o menos parcialmente los débiles mentales, e imputables, también totalmente, los simplemente torpes.” (S. T. S. de 29 de junio de 1984.)

**Artículo 9, 1.º Eximente incompleta de enajenación mental: delito cometido bajo el síndrome de abstinencia de estupefacientes.**

“Que debe hacerse una inicial distinción entre el acto punible cometido bajo la influencia “directa” de la droga en que puedan valer las soluciones penales previstas para los casos de embriaguez, y los delitos cometidos en los estados de abstinencia con el propósito de procurarse la droga o de medios económicos para su adquisición, que en la experiencia diaria van desde la falsificación —normalmente de recetas— hasta los hurtos, apropiaciones indebidas y robos violentos; en estos casos puede hablarse de una influencia criminógena “indirecta” con base en un estado de intoxicación crónica —toxicomanía— en el que el sujeto, abandonando su trabajo y sus actividades habituales, centra sus afanes en la adquisición de la droga “por cualquier medio”, situaciones en que se unen la adicción a la droga (dependencia psíquica y física) y el estado carencial, de evidente interés criminológico, que no muestran, en la generalidad, un deterioro significativo de las facultades intelectuales (la astucia y sagacidad en la planificación delictiva lo demuestran), pero sí afectan con mayor o menor intensidad a la voluntad, desde el momento que la libertad del toxicómano, particularmente en ciertas drogas, queda gravemente afectada, con abandono y relajamiento de la autodisciplina e inhibiciones y del sentido del deber, autodisciplina y deberes que afectan al sujeto en su verdadera dimensión personal y social, con la indiferencia y falta de respeto hacia los demás en su esfera personal y patrimonial, que conduce a la acción delictiva (...) Que estas situaciones, en que está ausente la preordenación al delito, aunque en ellas pueda aparecer la rica problemática de las “acciones liberae in causa” culposas, han venido mereciendo en la jurisprudencia de esta Sala un tratamiento penal específico, que sin excluir la atenuación privilegiada (eximente incompleta del artículo 9, 1.º del Código penal) no ha pasado, en la mayoría de los casos, de la atenuación genérica del artículo 9, 10 (sentencias de 10 y 24 de mayo, y 2 de diciembre de 1982), sin embargo, cuando la adicción o toxicomanía procede del consumo de los derivados opiáceos y concretamente de la heroína —sucedáneo sintético de la morfina—, y se manifiesta en severos o muy intensos síndromes de abstinencia en los momentos anteriores al acto o actos delictivos, la medida atenuatoria más ajustada puede hallarse en la eximente incompleta, no solamente porque a una voluntad profundamente disminuida debe corresponder una menor imputabilidad y —consecuentemente— una responsabilidad penal de menor grado, sino porque la pena sin el concurso de una terapia adecuada no cumpliría la misión curativa y de reinserción social que debe primar en la consideración penal de estos sujetos, lo cual puede lograrse a través de la aplicación conjunta de pena y medida de internamiento que el nuevo artículo 9, 1.º —párrafo segundo—, con gran sentido progresivo, permite.” (S. T. S. de 19 de octubre de 1984.)

**Artículo 10, 1.º Alevosía. Presupuestos: la situación alevosa ha de producirse desde el inicio de la acción.**

“Que la alevosía, circunstancia de agravación genérica en el núm. 1 del artículo 10 del Código penal, cualificativa del delito de asesinato 1.º del artículo 406— y subtipo agravado de las lesiones —párrafo segundo del artículo 420 de dicho cuerpo legal—, históricamente se desenvolvió su concepto de tal modo que, en una primera etapa, se la identificó con la traición, más tarde con el aseguramiento y, finalmente, se singularizó por la nota de cobardía, participando hoy día, y como se infiere de la definición legal, de todas y cada una de las características enunciadas; consta la figura estudiada de tres elementos estructurales: uno de ellos, **normativo**, pues sólo puede operar en los delitos contra las personas y, a lo más, en aquéllos de naturaleza compleja en los que el atentado contra la vida o contra la integridad corporal, se asocia la ofensa a bienes jurídicos de distinta índole; otro **objetivo** o de dinámica comisiva, caracterizado por el empleo de formas, modos o medios singulares de ejecución; y, por último, un tercero, **teleológico** o **tendencial**, puesto que la referida dinámica comisiva debe propender, directa y especialmente, a asegurar la ejecución sin riesgo para la persona del infractor, que proceda de la defensa que pudiere hacer el ofendido. Sobre su naturaleza jurídica, pugnan y se contraponen dos teorías, la **subjética** que, calificando a la alevosía, como un “plus” de culpabilidad, exige una previa deliberación, un plan preconcebido —lo que puede producir confusión con la premeditación—, con escogitación o selección de medios, de los cuales se elige el más idóneo para una ejecución segura y sin riesgo ni posibilidades defensivas procedentes del ofendido, y la **objetiva**, para la cual, bajo el enfoque de la mayor antijuridicidad del comportamiento del agente, basta con que la ejecución sea aleve, independientemente de que se haya o no planeado previamente de ese modo supresor o eliminador de toda oportunidad de defensa, esta última teoría, durante las postreras décadas, es la dominante en este Tribunal, si bien se la impregna de un cierto matiz de subjetividad impuesto por la expresión legal “tiendan”, cuyo matiz impone que el agente, con deliberación o sin ella, con previo plan ejecutivo o con aprovechamiento de circunstancias favorables, tenga la conciencia y la voluntad, durante la perpetración, de que su conducta y su dinámica comisiva eliminan toda posibilidad de preservación procedente de la víctima. Aunque algunos sectores doctrinales se muestran reacios a admitir otra modalidad alevosa que no sea la proditoria, otras corrientes de opinión, así como este Tribunal, distinguen y admiten hasta tres formas de quehacer aleve: el citado **proditorio**, caracterizado por la asechanza, el acecho, el apostamiento, la emboscada, la trampa o estratagema, mediante los cuales el ofendido encuentra la muerte o las lesiones donde menos las espera, mientras que el infractor, en lugar seguro e invisible para la víctima, vigila y celaba todos sus pasos o le atraía pérfidamente a su perdición; el **súbito**, en el que el sujeto activo, fingiendo amistad o disimulando la enemistad, desencadena la agresión o el ataque de forma repentina, inopinada o ins-

tantánea, sin conceder al ofendido ni tiempo ni posibilidad de defenderse o de eludir o evitar el acometimiento y, finalmente, el singularizado por el aprovechamiento por parte del agente del desamparo, desvalimiento o imposibilidad de defenderse en que se halla la víctima —no provocado dicho desvalimiento por el sujeto activo—, tal como sucede, v. g., cuando aquélla es un niño, un enfermo de gravedad postrado en el lecho, un anciano valetudinario, un paralítico o quien se encuentra dormido profundamente o ha perdido el conocimiento. Por último, y para lo que aquí interesa, es preciso recordar y subrayar que el comportamiento supuestamente alevoso, para serlo efectivamente debe haberse producido “en ante”, esto es, desde el comienzo o inicio de la acción y, de ningún modo, surgir cuando, inerme la víctima a consecuencia de los primeros actos agresivos, y no alevos “per se” del infractor, éste aprovecha tan favorable coyuntura y el estado de postración del sujeto pasivo para rematarlo a mansalva o para coronar el resultado apetecido sin posibilidad de reacción o de defensa procedente del ya vencido ofendido.” (S. T. S. de 19 de julio de 1984.)

**Artículo 10, 15.º Reincidencia: La condena precedente puede provenir de la Jurisdicción militar y el delito corresponder a la legislación especial.**

“Aunque la condena antecedente provenga de órganos de la Justicia Militar (Sentencia de 6-3-53), al ser indiferente que los Tribunales juzgadores sean civiles o militares y cualquiera que sea el Cuerpo legal penal que sancione el delito, que no se concreta exclusivamente al Código penal común, y aunque el delito sancionado corresponda a legislación especial (Sentencias de 17-3-64 y 23-1-69) por lo que acreditándose de la presente causa, que el recurrente fue condenado por la jurisdicción militar en Sentencia de 13 de noviembre de 1963 por delitos de bandidaje y terrorismo a tres penas de treinta años de reclusión mayor, sin que al realizar los hechos imputados tal antecedente estuviera cancelado, ni que se hubiera cumplido la penalidad impuesta, que por su duración no estaba teóricamente extinguida, tal circunstancia agravante subsistente era procedente estimarla, y por otra parte, tampoco se acredita la alegación defensiva de que el proceso seguido en la sentencia mencionada procedía declararlo sin eficacia alguna por su carácter inconstitucional y estar afectado de “invalidez sobrevenida” según la doctrina emanada del Tribunal Constitucional, en cuanto aquélla simplemente se enuncia, pero no se desarrolla ni sustenta en base fáctica, legal o argumental, más o menos convincente, siendo por tanto una opinión o criterio meramente personal y subjetivo, que no cabe aceptar.” (S. T. S. de 9 de junio de 1984.)

**Artículo 14, 3.º Cooperación necesaria: Contribuir a la realización del hecho dando a los autores directos una mayor sensación de seguridad.**

“La actividad cooperadora de tan referido procesado al facilitar las ideas y movimientos de la víctima y la de permanecer en el coche mientras se desarrollaban los hechos, atento al momento en que se terminaba

el atentado para huir con los ejecutores de aquel lugar, son acciones que en esa clase de delitos se estiman como decisivas, trascendentes y principales, haciendo sentirse más seguros a sus compañeros de ejecución, por lo que procede estimar el recurso del Fiscal.” (S. T. S. de 20 de junio de 1984.)

#### **Artículo 69. Preterintencionalidad. Concurso real de delitos.**

“Que los supuestos de preterintencionalidad, desechada la tesis de una nueva especie o grado de culpabilidad, constituyen una alianza, consorcio o enlace de dolo en la conducta inicial y de culpa en el resultado finalmente causado, y esta exigencia de culpa en el último tramo de la actuación del agente emancipa al delito preterintencional de toda calificación por el resultado o de otra suerte de responsabilidad objetiva; se produce, en consecuencia, un concurso de infracciones, dolosa en el primer tramo de la acción y culposa en el tramo final, que aunque situadas en la misma línea de ataque propia de la preterintencionalidad heterogénea, repudia el concurso ideal o formal, debiendo subsumirse en la especie del concurso real prevista en el artículo 69 del Código penal.” (S. T. S. de 19 de octubre de 1984.)

**Artículo 69 bis. Delito continuado: No procede la aplicación del indulto de 14 de marzo de 1977 porque parte de los hechos que integran la continuación delictiva están situados fuera de los límites temporales.**

“Intenta que se aplique a los hechos cometidos con anterioridad al 15 de diciembre de 1976, concretamente a los descritos en los apartados A) y B) la extinción de responsabilidad criminal (art. 114, 4.º del Código) inherente al indulto concedido por Decreto de 14 de marzo de 1977; pero este razonamiento olvida que el delito continuado —tesis que ratifica este Tribunal— constituye una realidad natural y no una ficción por hallar fundamento en la unidad de resolución delictiva, y de la misma manera que ha de computarse el perjuicio total causado, la consumación —según una doctrina jurisprudencial reiterada de la que pueden ser próximo ejemplo las sentencias de 2 de noviembre de 1982 y 15 de julio de 1983— se produce en el día y momento en que cesa la actividad delictiva y el autor, o autores en este caso, interrumpen definitivamente su comportamiento antisocial, y realizada la última de las acciones depredatorias el 1.º de enero de 1977, el hecho queda fuera de los límites temporales del indulto aludido; en consecuencia, es procedente la desestimación del motivo.” (S. T. S. de 2 de julio de 1984.)

**Artículo 231, 2.º Atentado contra agente de la autoridad. Incluye también la fuerza física sobre las cosas con el fin de doblegar la voluntad.**

“Que el número 2.º del artículo 231 del Código comprende el más típico y característico de los delitos de atentado a agente de la autoridad, si quiera no se defina ni delimite en su exacta medida la gravedad de los

hechos que lo integran, constituido como está a base de una acción que, en cuatro significados distintos, puede entenderse como acometimiento o agresión física propiamente dicha, como fuerza física o "vis physica" ejercida sobre las cosas para conseguir doblegar la voluntad del sujeto pasivo, aunque no sea necesario que se logre el propósito que se persigue, como intimidación o "vis moralis" y, por último, como resistencia grave, siendo así que sobre tal elemento puramente objetivo es necesario, en el concepto penal, no sólo el carácter de autoridad, o agente de la misma, en quien, sin extralimitación y en el ejercicio de sus funciones, es objeto de aquel ataque sino la exteriorización de ese carácter en tal manera que el sujeto activo de la infracción conozca esa preponderante cualidad, a pesar de lo cual realiza la acción con la intención, o elemento subjetivo del injusto, de atacar, menospreciar y doblegar el principio de autoridad insito en los guardadores del orden." (S. T. S. de 8 de noviembre de 1984.)

**Artículo 244. Desacato: Hay un solo delito aunque las injurias vayan dirigidas a dos personas, si pertenecen al mismo ramo de la administración.**

"Que si no hay razones suasorias para invalidar la calificación de desacato, vista la entidad injuriosa del texto periodístico, sí debe darse acogida al motivo segundo, también por infracción del artículo 244 del Código penal, porque el bien jurídico protegido por el delito es el principio de autoridad encarnado en las personas que lo representan dentro de la Administración del Estado y no el honor privado de las personas destinatarias sujeto pasivo plural— de los conceptos o frases ofensivas o de menosprecio (Sentencia de 28 de abril de 1967 y en particular la de 13 de noviembre de 1963); y al tratarse de injurias vertidas en un único texto dirigidas a dos personas, situadas en distintos planos de la jerarquía administrativa pero perteneciendo al mismo Ministerio o ramo de la Administración Pública, por su gestión en el mismo tema de política deportiva, y materializadas en las mismas palabras y expresiones, debe entenderse cometido un solo delito de desacato por ser único el bien jurídico agraviado, con la consecuente estimación del motivo examinado, omitiendo pronunciamiento alguno sobre el interpuesto bajo el ordinal tercero, porque obviamente el concurso ideal de delitos ha de entenderse planteado como hipótesis subsidiaria." (S. T. S. de 4 de junio de 1984.)

**Artículo 246. Desórdenes públicos: Elementos. Delito pluripersonal.**

"Ya no es necesario, para la perfección delictiva, que los agentes se propongan sembrar el terror o atemorizar a las gentes, bastando, por el contrario, con que se lleven a cabo las conductas citadas en el precepto, con tal de que los sujetos activos pretendan atentar contra la paz pública. Los requisitos de la susodicha infracción son las siguientes: a) en lo que respecta al sujeto activo, se trata de un hecho punible necesariamente plurisubjetivo o pluripersonal, puesto que, sin necesidad de jerarquizarlos

en razón a la relevancia de su intervención, se exige que los agente actúen en grupo, esto es, congregándose o reuniéndose varias personas cuyas acciones respondan a un propósito común y compartido, siendo indiferente que previamente se hayan concertado o que, partiendo de la iniciativa de unos pocos, se vayan sumando otros que, de ese modo, acrecientan el grupo haciéndolo más numeroso y activo; b) es indispensable la concurrencia de un elemento tendencial, finalista o teleológico, pues el precepto exige inexcusablemente que se persiga el fin de atentar contra la paz pública, o sea, que los integrantes del grupo, con sus concertadas o espontáneas acciones, propendan a intranquilizar a las gentes, a despertar en ellas inquietud, sobresalto o desasosiego o a perturbar o impedir el pacífico y normal desenvolvimiento de sus cotidianas tareas domésticas o comunitarias, así como el ejercicio de sus derechos o libertades públicas, no importando que, con el fin próximo antedicho, coexista o subyazga otro remoto al que obedezca la actitud del grupo, sin que logre desvanecer o eclipsar la finalidad próxima de turbar la paz pública, turbación que, además de constituir un objetivo en sí misma, es medio de alcanzar u obtener, fuera de los cauces legales, la pretensión, exteriorizada o soterrada, según los casos, de los actuantes; c) la acción o dinámica comisiva ha de proyectarse necesariamente y "numerus clausus" en las diferentes hipótesis previstas por el legislador, esto es, que ha de encaminarse a alterar el orden, a causar vejaciones o lesiones a las personas, a producir desperfectos en las propiedades, a obstaculizar las vías públicas o, finalmente, a ocupar edificios; y d) se trata de una figura defectiva o residual, pues, en perfecta congruencia con lo dispuesto en el artículo 68 del Código penal, no se aplicará el artículo 246 cuando a los hechos perpetrados corresponda sanción más grave conforme a los preceptos de dicho Código." (S. T. S. de 5 de julio de 1984.)

**Artículo 303 (en relación con el 528). Falsificación de documento público como medio para cometer un delito de estafa. Concurso de delitos (artículo 71).**

"Que condenado el procesado como autor de dos delitos: uno de falsedad en documento oficial y otro de estafa en relación medial y penado en aplicación de lo dispuesto en el artículo 71 del Código penal para los supuestos de concurso ideal, interpuso el presente recurso, en cuyo único motivo combate la calificación jurídica que de los hechos probados hizo el Tribunal de Instancia, con fundamento en que los hechos que se declaran probados en el Resultando correspondiente de la sentencia recurrida lo que describen es un supuesto de concurso de normas que debe ser penado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 68 del Código penal, mas al razonar como lo hace, olvida el recurrente la constante doctrina de esta Sala, según la cual, como en el supuesto del artículo 306 del Código penal, al definir el delito de falsedad en documento privado se menciona, entre los elementos del tipo, el perjuicio de tercero o el ánimo de causárselo, ha de estimarse que se produce un concurso de normas, en cuanto que el hecho es subsumible tanto en las reguladoras de la falsedad

como en las de la estafa, cuyo conflicto ha de resolverse mediante la aplicación del principio de especialidad a favor de la falsedad, dado que, además de concurrir en él las notas definidoras del delito de estafa, como son el engaño, el perjuicio patrimonial y la relación causal entre el binomio perjuicio-beneficio, concurren también otras notas como son las relativas al delito de falsedad, y ello sin perjuicio de que este principio deba ceder ante el de la jerarquía de la pena, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 68 del Código penal cuando la señalada al delito de estafa sea superior a la señalada al delito de falsedad; pero que cuando el documento utilizado como medio para cometer el delito de estafa sea un documento público, oficial o de comercio, como acontece en el caso de autos, uno de los delitos *no consume o absorbe al otro*, sino que se produce un concurso que debe ser penado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71 del Código penal, por lo que al haberlo hecho así el Tribunal de Instancia, lejos de incurrir en el "error iuris" denunciado por el recurrente, procedió con absoluto acierto, por lo que el motivo debe ser desestimado." (S. T. S. de 15 de octubre de 1984.)

**Artículo 335. Quebrantamiento de condena. Concurso de delitos con el atentado contra funcionarios públicos (artículo 236).**

"Concretando más la doctrina, en la Sentencia de 27 de mayo de 1977 se afirma de manera categórica que cuando concurren varias modalidades agravatorias de las contempladas en el artículo 335: violencia o intimidación en las personas, fuerza en las cosas o acuerdo con las personas que se citan en el precepto, es obvio que una de tales circunstancias servirá para calificar la evasión y si alguna de las restantes constituye a su vez otro delito, tal como el de atentado, por agresión a las personas encargadas de la custodia, si las mismas son Agentes de la Autoridad, habrán nacido dos delitos y estaríamos ante un concurso de infracciones. por ser el atentado medio necesario para cometer el de quebrantamiento de condena. Tesis en la cual insiste la reciente Sentencia de 26 de marzo de 1984, resaltando más concretamente que el subtipo agravado del artículo 335 del Código penal se cualifica de tres modos distintos, lo que conduce a que si concurren dos o más de ellos, uno queda absorbido por dicho artículo mientras que los otros se punirán autónomamente o a lo más en concurso ideal con el delito de quebrantamiento de condena." (S. T. S. de 12 de noviembre de 1984.)

**Artículo 344. Intervención de un agente provocador en una operación de tráfico de drogas. Los servicios policiales están para prevenir el delito, no para provocarlo. Apreciación de una atenuante analógica a la de provocación (artículo 9, 10.ª, en relación con la circunstancia 5.ª, hoy derogada).**

"Que las fuerzas policiales, como las de la Guardia Civil, tienen, entre otras funciones, las de prevenir el delito, ejerciendo una misión de profilaxis social, y la de descubrir su perpetración, identificando a los



autores de las infracciones delictivas, aprehendiéndolos y poniéndolos a disposición judicial; siendo uno de los procedimientos de investigación utilizados al efecto, el de la infiltración, de incógnito y sin revelar su identidad ni su condición pública, en las huestes delictivas o en medio ambiente o entorno social frecuentado por infractores de la ley, con el fin de conocer sus planes, de abortarlos, de descubrir a los autores de hechos punibles y de procurar su detención. Pero, dentro de esta táctica, peligrosa para el que la practica y digna de encomio, se puede incurrir en excesos exacerbando el celo inquisidor, llevándolo a su paroxismo y, como consecuencia de ello, fomentar, estimular o proponer la perpetración de hechos delictivos, planearlos con los delincuentes, cuyas actividades se celan y supervisan sin que ellos lo adviertan, o incitarles eficazmente a la comisión de los mismos, en todos cuyos supuestos, **por una parte**, se genera una delincuencia ficticia e impotente, carente de verdadera libertad de decisión, que, a lo largo de su dinámica comisiva, se desenvuelve de modo artificial y provocado y sin posibilidad alguna, gracias a la vigilancia y a la fiscalización que, inicialmente y de modo incesante, se ejerce sobre ellos, de fructificación y materialización en un resultado positivo y quizá impune y, **por otra**, se acrecienta y aumenta la estadística criminal con hechos punibles gestados y determinados por quienes precisamente debían prevenirles y evitar su perpetración (...). Que, así pues, y puesto que la narración histórica de la sentencia de instancia, relata que tanto E. como B., modestos traficantes de hachís, sin iniciativa propia para mayores empeños, fueron instigados y persuadidos insistentemente por un guardia civil, el cual cumplía, anónimamente, una misión de infiltración, para que llevaran a cabo una operación de compraventa de una importante cantidad de hachís, cuyo guardia civil, para decidirlos, llegó a mostrar dinero a E. "en gran cantidad", pero cuando B., había adquirido un kilogramo de la citada sustancia, entregándolo a E., al avisar éste al guardia, cuya verdadera identidad desconocía, se presentó éste en el domicilio de aquél, procediendo, tras identificarse como agente de la Autoridad, a su detención y a la de B., es indudable que si no es procedente la impunidad de los procesados, puesto que no se ha planteado ese tema y, por otra parte, consta que traficaban con hachís, en pequeña medida, y tampoco procede la aplicación de la atenuante 5.ª del artículo 9 del Código penal, toda vez que no fue el ofendido —lo es la sociedad— quien provocó la comisión del hecho, sí que era y es correcta la aplicación de la circunstancia analógica 10.ª del citado artículo 9 en relación con la susodicha circunstancia 5.ª, habiendo obrado certeramente el Tribunal "a quo", al estimarlo así." (S. T. S. de 15 de noviembre de 1984.)

**Artículo 344. Tenencia de droga:** La presunción de estar destinada al tráfico se basa en datos objetivos.

"Que, como esta Sala ha declarado reiteradísimamente, la tenencia de drogas o estupefacientes no constituye en sí un hecho punible, dada la atipicidad del auto-consumo, por lo que, para que la tenencia se reputé delictiva y comprendida en el supuesto previsto y sancionado en el ar-

título 344 del Código penal, es menester que la posesión de las sustancias tóxicas o estupefacientes no tuviere por finalidad el destinarlas al consumo propio sino al tráfico; y que como siempre que se trata de averiguar algo tan íntimo e inapreciable por los sentidos, como es la intención, necesariamente hay que acudir a los datos objetivos del mundo exterior sensorialmente perceptibles, y así, en casos como en el presente, han de ponderarse diversos factores, entre los que se encuentra la cantidad, habiendo declarado este Tribunal que la tenencia de treinta y una barritas de hachís, con un peso de cuarenta gramos, dan base para sentar la presunción, por exceder de la cantidad normalmente poseída para el propio consumo, pudiendo llegar a la convicción de que se poseían con vocación de tráfico, máxime cuando el tenedor no es consumidor, como según el Resultando de hechos probados no lo era el procesado, por cuyas razones procede desestimar el único motivo del recurso." (S. T. S. de 30 de octubre de 1984.)

**Artículo 344. Tenencia de hachís para el consumo propio: Es conducta impune fumar unos canutos o porros.**

"Que los hechos relatados bajo el apartado A) del resultando de hechos probados, consistentes en que los dos procesados, que tras haber ingerido bebidas alcohólicas en cantidad que disminuía notablemente sus facultades mentales pasasen a encender unos "canutos" aspirando alternativamente el humo de cada porro, no constituye ninguno de los actos tipificados en el artículo 344 del Código penal y sí, simplemente, un supuesto atípico de autoconsumo, por lo que procede estimar el primero de los motivos del recurso interpuesto por corriente infracción de ley denunciando la infracción del mentado precepto penal de derecho sustantivo." (S. T. S. de 12 de julio de 1984.)

**Artículo 344. Tráfico de drogas: Comprende también los actos de donación en cuanto implican un favorecimiento.**

"Que los hechos que se declaran probados en la sentencia que se recurre contienen, con clara y determinada expresión, todos y cada uno de los elementos que precisa la figura delictiva aludida en el fundamento jurídico precedente para su castigo con arreglo a la ley, puesto que en ellos debidamente consta, con rotunda e indubitada especificación, no obstante su brevedad, que el recurrente llevaba cincuenta gramos de grifa —que es producto notoriamente nocivo para la salud— para fumarlo con una amiga, no iniciada en este vicio, lo que acredita el acierto del Tribunal juzgador al sancionar esta conducta por el cauce del precepto penal sustantivo citado más arriba en cuanto que no solamente constituía una posesión tendente a la donación de la droga —penable por ello—, sino que, y lo que es más grave, un propósito de captación de adeptos, mediante actos de promoción, favorecimiento o facilitación, severamente

reprimido, en el artículo invocado, tanto antes como después de su reforma por ley 8/83, de 25 de junio." (S. T. S. de 24 de septiembre de 1984.)

**Artículo 344. Psicotrópicos: Las anfetaminas son sustancias que pueden causar grave daño a la salud.**

"Que las amfetaminas que son sustancias psicotrópicas conforme al Convenio de Viena de 21 de febrero de 1971 ratificado por España en Instrucción de 2 de febrero de 1976, son sustancias que, como ya ha declarado esta Sala pueden "causar grave daño a la salud", por lo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 344 del Código penal, con posterioridad a la reforma introducida por la Ley de 25 de junio de 1983, la pena a imponer es la de prisión menor y multa, por lo que al haber sido impuestas éstas en el grado mínimo en la sentencia recurrida, no procede la revisión de la misma por hallarse la pena justificada." (S. T. S. de 12 de julio de 1984.)

**Artículo 344. Psicotrópicos: Sustancia contenida en ciertos medicamentos (Maxibamato, Rino-Made, Dexedrina y Bustaid).**

"Tales productos o medicamentos denominados farmacéuticamente: Maxibamato, Rino-Made, Dexedrina y Bustaid, si bien no contienen en su fórmula o composición productos estupefacientes, sí contiene en cambio las sustancias psicotrópicas anteriormente mencionadas, tales como la dexanfetamina en el primero y el tercero de ellos, el sulfato de anfetamina en el segundo y la metanfetamina en el cuarto, que como productos psicotrópicos se hallan comprendidos entre las drogas de tenencia y tráfico prohibido desde la adhesión de España al Convenio de Viena de 1971, que por obra del artículo 96 de la Constitución se convirtió en ley interna desde la entrada en vigencia de la misma, permitiendo su inclusión en el artículo 344, como lo verificó la Ley Orgánica de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal de 25 de junio de 1983, que añadió a las drogas tóxicas y estupefacientes dichas sustancias psicotrópicas." (S. T. S. de 7 de mayo de 1984.)

**Artículo 344, párrafo segundo. Se han de considerar como cantidades de notoria importancia las adquisiciones ilícitas de hachís superiores a un kilogramo con finalidad de traficar con ellas.**

"Como el precepto legal no determina la cantidad a partir de la cual procede hacerse, es facultad que ante la indeterminación ha de quedar al recto, cauteloso, reflexivo y grave sentido socio-cultural que objetivamente encuadre y salvaguarde la finalidad perseguida por la sanción y los primarios intereses de la salubridad del país, y en este sentido el criterio orientador que con pausada experiencia viene adoptando este Alto Tribunal, salvo casos singulares específicos, es que las adquisiciones ilícitas de hachís superiores a un kilogramo, con fines de tráfico total o parcial,

deben ser consideradas de importancia a los efectos agravatorios penales, y así, verbigracia, se ha declarado en las Sentencias de 10-11-83 por la tenencia de 2,500 kilogramos; de 17-1-84 por la inversión económica realizada sin precisión cierta del hachís adquirido; de 24-1-84 por la adquisición y tenencia de 2,100 kilogramos; de 9-2-84 por tenencia y reventa de 90 gramos; de 22-2-84 por la tenencia para reventa de 1,413 kilogramos; de 20-2-84 por la cantidad de 1,350 kilogramos de hachís para reventa; y de 3-4-84 por cantidad de 1,745 kilogramos de igual sustancia y destino, por lo que los dos kilogramos a que hace referencia el caso subjuice, hace acomodarse, como lo hizo el Tribunal "a quo" a la penalidad impuesta." (S. T. S. de 5 de julio de 1984.)

**Artículo 344. Pertenencia a una organización que tiene como fin difundir la droga. Concepto de organización.**

"Que la voz organización como acción y efecto de organizar, como manera de estar dispuesto u organizado para algo, supone e implica, dentro de su amplia definición, una serie de posibilidades muy diversas en un amplio abanico de formas organizativas, por razón de la materia y del fin perseguido, por su ámbito y por su estructuración, sin que sea permitido, en este ámbito penal, dar preeminencia a determinada forma o manera de organización, como absorbente exclusiva del concepto gramatical, en detrimento de otras, lo que quiere significar que organización es, desde que dos o más personas esbozan o programan un proyecto o un propósito, cualquier manera (mayor o menor, mejor o peor, más o menos solvente) de construir y desarrollar la idea preconcebida, y en este amplio sentido ha de comprenderse la alusión que a este concepto se hace en el segundo párrafo del artículo 344, sin que quepa, por tanto, exigir, como único supuesto del legislador, la organización perfecta en cuanto a medios materiales y personales, por todo lo cual ha de rechazarse el motivo y la argumentación del recurrente porque los datos ínsitos en la sentencia permiten hablar de un grupo, más o menos numeroso, que operaba conforme a un plan preparado para la promoción, favorecimiento y facilitación de drogas gravemente perjudiciales para la salud." (S. T. S. de 15 de noviembre de 1984.)

**Artículo.420, 2.º. Lesiones graves: Pérdida de un riñón. Miembro principal.**

"Porque la pérdida de un riñón debe considerarse como la de miembro principal, según ha tenido ocasión de pronunciarse esta Sala en Sentencias de 1 de junio de 1951, sin que sea obstáculo a ello, aplicando por analogía la doctrina de la Sentencia de 10 de abril de 1968, que el otro órgano bilateral ejerza las funciones del perdido, porque dada la duplicidad de la glándula, la función de la única persistente no deja de suponer una notoria merma para la función trascendente en la salud del ser humano (Sentencia de 6 de octubre de 1976), pues por miembro principal debe estimarse la extremidad u órgano, interno o externo, del cuerpo

humano que posea relevante actuación funcional para la vida, la salud o el desenvolvimiento normal del individuo y que se produce en impedimento, si se traduce con la lesión, en una minusvalía de carácter anatómica o fisiológica que no permite su uso o utilización activa y normalmente por el grave defecto que significa su supresión en el ser humano (Sentencia 12-5-71). Razones que conducen a la estimación del motivo, casando y anulando la sentencia recurrida.” (S. T. S. de 24 de junio de 1984.)

**Artículo 430. Abusos deshonestos violentos. Bien jurídico protegido: La libertad sexual y la disponibilidad del propio cuerpo.**

“Que aun cuando para la existencia del delito de abusos deshonestos violentos, previsto y penado en el artículo 430 del Código penal, resulta indispensable como elemento típico objetivo, la resistencia u oposición física o material de la víctima o persona a quien pertenece el cuerpo sobre el que se ejercita la lúbrica actividad del sujeto activo, claramente expresada o manifestada en tal momento, por exigirlo así la naturaleza del bien jurídico protegido que es fundamentalmente la libertad sexual de la persona ofendida y la disponibilidad referente a la utilización del propio cuerpo; en el presente caso tal elemento aparece perfectamente descrito y estimado como probado, en la narración fáctica contenida en el primer resultando de la resolución impugnada, en donde consta con tal carácter, que el procesado hoy recurrente realizó los tocamientos impúdicos sobre los pechos y vientre de la ofendida a “viva fuerza”, que es tanto como decir con extraordinaria violencia, lo que hace suponer que la resistencia de la perjudicada fue lo suficiente enérgica como para precisar del empleo de la misma; resistencia que por otra parte, y como viene reiteradamente declarando esta Sala, tampoco tiene que ser desesperada o extremada, aun en el supuesto de violación, delito de consecuencias mucho más graves (Sentencias de 1 de mayo y 13 y 15 de noviembre de 1978, entre otras muchas), sino solamente suficiente para demostrar de manera patente y clara el disenso u oposición decidida, seria y firme de la víctima, que aquí ha de ser estimada existente.” (S. T. S. de 28 de septiembre de 1984.)

**Artículo 431. Escándalo público. ¿Se respeta el principio de legalidad? Pornografía: desborda los límites de lo ético.**

“Que la defensa de las buenas costumbres, la moralidad colectiva o de los valores éticos dominantes en la comunidad es asumida en el tipo previsto en el artículo 431 del Código penal, ahito —ciertamente— de términos o conceptos valorativos con parquedad de los descriptivos en que suelen ser redactadas de las definiciones penales por exigencia de los principios de legalidad y de seguridad jurídica, pero con la implícita y consciente finalidad de dar a las circunstancias del hecho la valoración que merecen de acuerdo con los conceptos culturales y éticos que tienen asiento en el tipo penal —pudor y buenas costumbres— que no ofrecen en el devenir histórico una conceptualización unívoca y permanente; y si

bien no hay inconveniente en reconocer y aceptar la evolución de las costumbres en materia de moralidad sexual hacia una sociedad más permisiva y sexualmente más informada, la pornografía desborda los límites de lo ético, sin otra finalidad que provocar la liberación incontrolada del instinto sexual, propugnando más que una sexualidad libre una sexualidad anormal, desviada o pervertida que conduce a la degradación de la persona, en la que el amor, que es valor imprescindible de la convivencia social y en particular de la relación intersexual, resulta escarnecido y ensombrecido, siendo —la obscenidad— un ariete poderoso y demolidor contra una sociedad que cuente entre sus aspiraciones legítimas la mejora y perfección de las costumbres, la promoción de la cultura y la convivencia ordenada, de ahí la obstinada y mal comprendida insistencia de este Tribunal en reprobar por la vía de sanción penal prevista en la legalidad vigente la acción de unas minorías que, con el pretexto de supuestas ideas liberalizadoras y en todos los casos como instrumento de un torpe y oscuro negocio, pretenden socavar esos cimientos del orden moral en que se asientan las actuales costumbres y normas de cultura.” (S. T. S. de 28 de junio de 1984.)

**Artículo 434. Estupro de prevalimiento: acceso carnal “contra natura” entre varones.**

Desde la modificación del delito de estupro en 1978, el Tribunal Supremo acepta por primera vez, si no estoy equivocado —antes sólo lo había hecho con carácter hipotético (S. 4-11-1981)—, la existencia de un delito de estupro al mediar una relación homosexual entre varones. La doctrina científica se ha mostrado discrepante, y por regla general se requería un acceso carnal heterosexual (coito vaginal) —más conforme con los orígenes históricos y significado de la voz estupro—, si bien desde 1978 el sujeto pasivo podía ser tanto mujer como hombre, siempre que el sujeto activo fuese de sexo opuesto. El Tribunal Supremo da ahora un paso más —también avalado por un sector de la bibliografía—, y admite la inclusión en el artículo 434 de los accesos carnales *contra natura* entre varones, descartando unos abusos deshonestos (art. 436) con prevalimiento. Dice así:

“Que la figura de estupro de prevalimiento tipificada en el artículo 434 del Código penal, constituida por el logro del acceso carnal con persona mayor de doce años y menor de dieciocho, abusándose por parte del sujeto activo de una situación o relación de superioridad psíquica o moral sobre la víctima que aprovecha y utiliza para conseguir sus propósitos delictivos, tal tipo penal resulta perfectamente aplicable a la relación carnal aquí enjuiciada, efectuada repetidas veces “*contra natura*” por el tío, persona mayor de cuarenta y cuatro años, con el sobrino, menor de dieciocho, aprovechándose de que el referido menor se quedaba a solas con él en su casa y del respeto que le tenía, lo que según se dice en la sentencia de instancia, fue lo que le llevó a acceder al coito anal para el que su tío le requirió y practicó sobre él en varias ocasiones, pues resulta evidente que en tal conducta se hallan presentes todos los elementos

fundamentales de la mencionada figura penal, por lo que resulta procedente la desestimación del primero de los motivos del recurso." (S. T. S. de 22 de junio de 1984.)

**Artículo 443. Discrecionalidad del Tribunal para aceptar el perdón expreso de los representantes de la menor.**

"Que el segundo motivo casacional, también por infracción de ley del número 1.º del artículo 849, por inaplicación del número 5.º del artículo 112 en relación con el artículo 443, los dos del Código penal, ha de ser igualmente rechazado porque aunque efectivamente aparezca, en las dos fases del procedimiento, el perdón expreso otorgado por los padres de la víctima, ciertamente que con evidentes vacilaciones e, incluso, con claros síntomas de ser el resultado de coacciones ejercidas sobre su voluntad por personas desconocidas, también son indudables las facultades discrecionales del Tribunal para, como aquí acontece, rechazar el perdón otorgado por los representantes de la menor, facultad discrecional amplísima que, con base gramatical en el verbo "podrá", no está sometida a límite, causa o circunstancia alguna, siendo así que, como toda cuestión discrecional, ya esta Sala tiene declarado (Sentencia de 18 de noviembre de 1982) que la decisión tomada a ese respecto por el Tribunal competente no es discutible en casación." (S. T. S. de 26 de septiembre de 1984.)

**Artículo 452 bis d) 1.º Encargado del local: atipicidad de la conducta. Legislación delegada que superó la Ley de Bases.**

"Que en el número 1 del artículo 452 bis d) del Código penal se describe y pena la denominada tercería localista, caracterizada por la dedicación de determinado inmueble, exclusiva o preferentemente, ostensible o enmascarada o disimulada tras otra actividad lícita y abierta o no al público, al ejercicio de la prostitución o al de otra forma cualquiera de corrupción, jerarquizando el legislador a los sujetos activos de la referida infracción de tal modo que al dueño, gerente, administrador, encargado o a cualquier persona que, a sabiendas, participe en su financiación, se les sanciona con penas de prisión menor, inhabilitación y multa —encabezamiento y párrafo primero del número 1.º del citado artículo 452 bis d)—, mientras que, en las mismas penas pero en su grado mínimo, incurre toda persona que, a sabiendas, sirviere a los mencionados fines, en los referidos locales —párrafo segundo del indicado número 1.º—, suscitándose el problema de si los encargados, pese a la redacción del meritado Código, deben figurar entre los sujetos activos citados en el párrafo primero del número 1.º y ser sancionados con mayor rigor o si, por el contrario, se les debe incluir en el párrafo segundo del susodicho número 1, cuestión la planteada que fue resuelta, iniciando una línea interpretativa y jurisprudencial invariable, por la sentencia de este Tribunal de 2 de julio de 1980, la cual declaró que "formulada la cuestión de si los redactores de la revisión de 1963 del Código penal se excedieron en la autorización o mandato que les había sido conferido a tal fin por la Ley de Bases de

23 de diciembre de 1961, en su Base novena, al introducir en la redacción del artículo 452 bis d), número 1, del referido Código penal, la figura del encargado de los locales en los que se ejercita la prostitución o la corrupción, figura que no se menciona en dicha Base 9.ª, y que, en cambio, se incluye en el citado precepto penal “texto refundido de 1944”, a su vez “texto revisado de 1963”, plantea el interesantísimo tema del alcance de la llamada “legislación delegada”, respecto a la Ley de Bases de que dimana y que no puede ser rebasada por aquélla, puesto que a sus “principios y orientaciones debe sujetarse el Gobierno para redactar el texto articulado”, de suerte que, el exceso, hace que la norma delegada incurra en “ultra vires” por falta de cobertura de la Ley de Delegación; lo que, a su vez, conlleva el tema no menos delicado de la posibilidad de control judicial de un tal exceso, posibilidad que ya ha sido admitida por la jurisprudencia contenciosa-administrativa para los supuestos de “textos refundidos” —sentencias de 18 de febrero y 9 y 18 de marzo de 1970 de la Sala Tercera, que elevan a doctrina general lo que sólo excepcionalmente había acogido la sentencia de 19 de enero de 1970 de la Sala Quinta—; doctrina que, igualmente y con mayor razón, debe acogerse en el campo penal dado el imperio, en el mismo, del principio de legalidad, que obliga a una interpretación estricta de los tipos penales, los que, por tanto, deben ser fiel reflejo de la Ley de Bases o delegante en la Ley delegada o texto refundido, pues si esta última norma va más allá —“ultra vires”— de lo permitido por la primera, vulnera el rango normativo y se convierte en simple reglamento sujeto como tal al control jurisdiccional, según establece el artículo 7, 1.ª de la, aún vigente, Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, y ha tenido ocasión de estimar esta misma Sala en tal caso de conflicto entre Ley y Reglamento —sentencia de 11 de junio de 1971—; todo lo cual nada tiene que ver, por supuesto, con una declaración general de anticonstitucionalidad de la norma, vedada a los Tribunales ordinarios, sino simple potestad para dejar de aplicar una Ley en el caso concreto, justamente por rebasar los límites de una Ley superior de la que dimana, según lo razonado anteriormente”; agregando la mentada sentencia que “siendo cierto que el Decreto de 28 de marzo de 1963 aprobando el “Código penal texto revisado de 1963”, en cumplimiento de la Ley de Bases 79 de 23 de diciembre de 1961, que autorizaba al Gobierno para revisar el “texto refundido de 1944”, en su Base 9.ª, párrafo 4.º, establece que “De acuerdo con los principios informadores de los Convenios Internacionales y la legislación abolicionista, se castigará a los dueños, gerentes, administradores y personas que participen, a sabiendas, en la financiación de los locales en los que se ejerciere la prostitución o cualquiera otra forma de corrupción, así como a las personas que, también a sabiendas, sirvieran a los mencionados fines en los referidos locales”, tal mandato no fue trasladado con entera fidelidad al número 1.º del artículo 452 bis d) del Código penal, texto de 1963, puesto que añade, al dueño, gerente y administrador, la figura del “encargado” del local, que no se encuentra en la Base mencionada, excediendo así de la autorización delegante para configurar el sujeto activo del delito, el que, obligatoriamente, sólo puede estar constituido por las tres dichas



personas situadas al frente del local o por las que participen en su financiación o sirvan a los mencionados fines en el mismo; siendo de advertir que ya la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 3 de abril de 1963 puso de relieve las discrepancias de la Ley de Bases y el Decreto que la desarrolló, al observar que "no sólo se trataba de una nueva distribución sistemática (verdadero objeto de la reforma), sino de modificaciones, en algunos casos agravatorias." (S. T. S. de 27 de octubre de 1984.)

**Artículo 499 bis, 2.º Crisis empresariales fraudulentas: necesidad de dolo dirigido a causar un perjuicio a los trabajadores.**

"Que el delito configurado en el número 2.º del artículo 499 bis del Código comprende un tipo penal claramente definido como delito de resultado, pues su consumación requiere inexcusablemente la producción del perjuicio que se indica, la supresión o la restricción de las condiciones de trabajo generalmente reconocidas, mas en todo caso como consecuencia de una actuación maliciosa, como dice esta Sala en su sentencia de 27 de enero de 1982, lo que ya quiere decir que la concurrencia posible de un perjuicio en los profesores del centro escolar al verse despedidos del mismo, simple incidencia de una situación ciertamente conflictiva pero no ilegal, no sería suficiente como para generar el delito por cuanto que al elemento objetivo tendría que acompañar, inexcusablemente, la existencia de ese especial elemento anímico y psicológico, subjetivo, inserto en el proceder doloso, lo que desde luego no acontece en este supuesto en el que el procesado, como director del centro, inmerso en diversas dificultades económicas, cerró su centro y despidió a los trabajadores, cuando había sido desautorizado y autorizado, respectivamente, por los órganos competentes de los Ministerios de Trabajo y de Educación y Ciencia, con lo que claro se está que todas las incidencias sucesivas, insolvencia de la empresa y propósito de los trabajadores para, de alguna forma, lograr hacer efectiva la indemnización a su favor acordada por la Magistratura una vez que declaró improcedente los despidos, responden a sucesivas situaciones o fases de una mecánica laboral que, en su conjunto, no tienen que responder, necesariamente, a planteamientos ilícitos, aunque no pueda ocultarse su enorme trascendencia económica y personal, falta de dolo que, finalmente, es también afectante a la especial agravación o consideración que el precepto señala en el supuesto de crisis empresarial, y a la que antes se ha hecho mención, y ello es así en tanto que dentro de los requisitos que se precisan para la vivencia penal de estas denominadas "crisis empresariales fraudulentas" o "alzamientos laborales de bienes" (Sentencia de 15 de octubre de 1982), es decir, la configuración de los respectivos sujetos activo y pasivo como empresarios y trabajadores, respectivamente, la dinámica comisiva semejante al alzamiento de bienes y el perjuicio o ineficacia de los derechos laborales sobrevenidos después la necesaria declaración de crisis, siempre faltaría la concurrencia, y volvemos siempre al mismo dilema, de ese

dolo específico, o reduplicado, que se representa por un actuar malicioso que al no darse ahora obliga, tal se ha dicho, a la desestimación del motivo alegado al respecto, número 1 del artículo 849 en relación al tan debatido artículo 499 bis del Código." (S. T. S. de 7 de julio de 1984.)

**Artículo 501, 4.º Toma de rehenes para cometer un delito de robo con violencia o intimidación. No hay concurso de leyes con el artículo 481, 1.º. Derogación tácita.**

"Que aparentemente existe un concurso de leyes, es decir, un hecho que puede ser calificado por los dos preceptos apuntados "detención ilegal, consecutiva a un delito cometido contra la propiedad" (art. 481-1.º) o un robo donde "se toman rehenes para facilitar la fuga del culpable" (art. 501-4.º), pero este aparente concurso de leyes, se deshace, en cuanto que siguiendo la línea legislativa en el orden temporal, el artículo 481, se introdujo, en su actual redacción, por Ley 82/78 de 28 de diciembre, que venía a recoger residuos de la legislación antiterrorista que se derogaba, junto con la derogación de los artículos 294 bis d), 294 bis e) del Código de Justicia Militar, artículo 2.º del Decreto Ley de 10 de febrero de 1976, sustituyéndolos por anexos del Código penal común, que abarcaban varias figuras penales, entre ellas la detención ilegal bajo rescate, cometida por personas integradas en grupos organizados y armados, atribuyendo la competencia para su conocimiento a la Audiencia Nacional y cuando el robo, seguido de la toma de rehenes para facilitar la fuga del culpable o la ejecución del delito, no estaba tipificada en el artículo 501-4.º del Código penal (...). Que un paso legislativo más es la reforma del Código penal por Ley 8/83 de 25 de junio, donde ya el artículo 501-4.º se redacta en la forma que ha quedado reseñada. En este supuesto de reforma parcial del Código, ya no puede hablarse de concurso de leyes, sino de tipos repetidos que son absolutamente incompatibles entre sí, y entonces deben entrar en juego los principios de que la Ley posterior deroga la anterior y sobre todo por el principio de especialidad, que vienen a eliminar el concurso, rigiéndose estos casos por la última reforma legislativa vigente que es la de 1983, por otra parte más favorable al reo, por donde se infiere que no debe entrar en juego la norma agravatoria del artículo 68 del Código penal, sino aplicar el artículo 501-4.º que vendría así a imperar, si no quiere hablarse de derogación implícita del artículo 481-1.º del Código penal para este supuesto; la consecuencia natural y necesaria, es la aceptación del recurso, porque es la misma Ley —Código penal— la que impide el verdadero concurso de leyes y se impone la pena correspondiente, según la señalada en el artículo 501-4.º del Código penal, dejando por tanto de aplicar la del artículo 481-4.º. Ello lleva forzosamente a casar la sentencia de instancia, dictándose en su lugar otra más ajustada a derecho, conforme ordena el artículo 902 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Criterio ya adoptado por esta Sala, entre otras, en Sentencias de 10 de marzo y 17 de mayo de 1984." (S. T. S. de 6 de noviembre de 1984.)

**Artículo 501, 4.º Toma de rehenes para cometer un delito de robo con violencia o intimidación. Sus diferencias con las detenciones ilegales consecutivas a un delito contra la propiedad (artículo 481, 1.º).**

“Que en el ámbito de la normativa vigente debe señalarse que la frase “se tomaren rehenes para facilitar la ejecución del delito o la fuga del culpable” del artículo 501-4.º del Código, y la detención ilegal “consecutiva a un delito contra la propiedad” del artículo 481-1.º, no son normas que se excluyan entre sí, de forma que cualquiera de ellas sea suficiente para la valoración jurídico-penal de las conductas de quienes en la dinámica de la acción delictiva toman rehenes para facilitar la ejecución o la fuga, y, por tanto, no hay base para aplicar la regla de concurso de leyes prevista en el artículo 68, y hay motivos para sugerir que el área de ambos preceptos es distinta, limitando el primero a las detenciones que se producen para la ejecución del delito o para facilitar la fuga, dando a la expresión “consecutiva” valor de consecuencia con cierto matiz temporal que se desprende de su significación semántica, es decir, después de consumado un delito contra la propiedad, interpretación que propicia el recurrente para privar de tipificación penal a las detenciones causadas; pero puede sostenerse, y es el criterio que esta Sala hace suyo que ambos tipos se hallan en relación de especialidad, de modo que el delito agravado de detención ilegal debe prevalecer cuando la acción rebasa los términos definidos en el artículo 501-4.º —tomar rehenes para facilitar la ejecución o la fuga—, pues se dan en este tipo matices que determinan una reducción del campo del artículo 481-1.º, matices en los que reside la especialidad delictiva.” (S. T. S. de 12 de noviembre de 1984.)

**Artículo 501, 4.º Robo con torturas y toma de rehenes. Torturas: colocación en el cuerpo del sujeto pasivo de un artefacto simuladamente explosivo.**

“Debiéndose entender por *torturas*, el inflingir al ofendido u ofendidos, o a personas ajenas al delito, sufrimientos físicos o morales, martirizándoles o atormentándoles, y por *toma de rehenes*, la supresión, durante un lapso de tiempo más o menos prolongado pero siempre superior al indispensable para la ordinaria y normal perpetración de la especie delictiva estudiada, de la libertad ambulatoria de las personas mencionadas, bien para perfeccionar la infracción, bien para que sirvan de broquel o de parapeto viviente que preserve a los infractores de las acciones o de la persecución de la fuerza pública—, concurren indudablemente en el caso de autos, en cuanto a las torturas, porque al colocar sobre el pecho del señor E. —víctima del hecho punibles—, sujeta con esparadrapo, una bolsa de plástico simulando ser un artefacto explosivo, de la que salían dos cables que conectaron a un enchufe eléctrico, le sometieron a una espera angustiada y a un tormento moral constitutivos de indudable y refinada tortura, mientras que, al retenerle y privarle temporalmente

de su libertad hasta tanto se cobraran los dos talones que, a la fuerza, le habían hecho extender y firmar, le constituyeron en rehén garantizador de la ejecución acabada del plan preconcebido y desarrollado.” (S. T. S. de 29 de junio de 1984.)

**Artículo 501, último párrafo. Uso de armas: subtipo agravado comunicable.**

“Que, conforme a reiterada doctrina de esta Sala, el párrafo último del artículo 501 del Código penal, integra una agravación específica o subtipo agravado de carácter objetivo, comunicable, conforme al párrafo 2.º del artículo 60 de dicho Código, a los demás partícipes, siempre y cuando éstos tengan conocimiento del mismo al tiempo de la acción o de su cooperación al delito, y como en el caso enjuiciado todos los procesados, tras idear el atraco, procedieron a serrar los cañones de la escopeta y acto seguido, y portándola, se subieron en un coche, previamente sustraído, se dirigieron a efectuar el hecho delictivo acordado, es indudable, que aunque fuera sólo llevada la escopeta, en el momento de la ejecución material del delito por el procesado M. C., todos conocieron la existencia del arma y el empleo que se la había de dar y se la dio, por lo que ha sido debidamente aplicada a todos los procesados la figura agravada del último párrafo del artículo 501 del Código penal, lo que conduce a la desestimación del motivo segundo del recurso.” (S. T. S. de 27 de octubre de 1984.)

**Artículo 514. Hurto: ajenidad de la cosa. Presupuestos: existe una presunción racional de propiedad a favor del titular.**

“A) Que cosa mueble ajena es todo aquello a que le alcance este concepto jurídico y no sea de la propia pertenencia, por lo que en el delito de hurto no es necesario que conste quien sea el dueño de la cosa sustraída o que se desconozca esta circunstancia, por no afectar a la responsabilidad penal, ni exigirle el precepto definidor, y sólo interesar a las consecuencias de la responsabilidad civil, restitución e indemnización de perjuicios, bastando que pertenezca a un tercero y que ha existido apoderamiento con ánimo de lucro (Sentencias de 4-10-1905, 6-12-11, 29-5-36, 5-3-42, 29-11-52, 16-5-62, 18-3-63, 13-5-69, 13-12-71 y 5-7-82); y b) que tampoco es necesario que aparezca manifestada la contraria voluntad del dueño de la cosa, por cuanto la configuración del hurto tan sólo hace referencia a tomar las cosas ajenas “sin” la voluntad de su dueño y no en contra de ella, estando la presunción racional y legal a favor del titular, de modo que es preciso probar que éste tuvo el propósito manifestado de abdicar la propiedad o tenencia o que consintió en desprenderse del dominio o del uso, toda vez que siendo el consentimiento en los delitos patrimoniales causa específica de exclusión del injusto penal, debe quedar tan probado como el hecho imputado (Sentencias de 22-5-1877, 11-6-12, 14-4-23, 16-2-29, 5-6-44, 8-6-36, 1-12-42, 18-10-65, 7-4-69, 3-2-71, 4-2-72 y 14-7-82), nada de lo cual aparece reflejado en la premisa fáctica y

contexto de la Sentencia recurrida, con lo que el recurso con tal sustentación es improcedente y ha de ser rechazado.” (S. T. S. de 11 de julio de 1984.)

**Artículo 519. Alzamiento de bienes. La obligación de prestar alimentos se ve defraudada porque el marido se coloca voluntariamente en una situación de insolvencia.**

“Que en aplicación de todo cuanto se acaba de exponer, resulta claro que la obligación de prestar alimentos en su aspecto activo de derecho a obtenerlos y en el pasivo del deber de prestarlos, nace “ex lege” y que su nacimiento coincide con la fecha en la que tenga necesidad de los mismo el acreedor, por lo que una vez producida la reclamación, todos los actos del deudor tendentes a defraudar al acreedor o hacer estéril el principio de la responsabilidad patrimonial universal, han de entenderse tipificados o comprendidos en el artículo 519 del Código penal, tanto si ha recaído sentencia condenatoria, como si se producen hallándose en situación de litis-pendencia, como aconteció en el caso de autos, por lo que procede desestimar el segundo de los motivos del recurso por lo que a este aspecto se refiere.” (S. T. S. de 6 de noviembre de 1984.)

**Artículo 528. Estafa: Utilización de una tarjeta de crédito sabiendo que se ha superado el límite concedido.**

“En el contrato de expedición de la tarjeta de crédito no medió por parte del acusado ni la sentencia se lo reprocha—ninguna actitud o declaración mendaz, ni incluso hay motivos para intuir un preordenado ánimo de usar de la tarjeta concedida con fines torticeros; el engaño surge cuando “consciente” de que el límite de crédito concedido no podía superar la cifra de las cincuenta mil pesetas, “consciente” de tener agotadas las posibilidades crediticias, y “consciente” de su estado de insolvencia, continúa haciendo uso de la tarjeta hasta una suma de un millón cincuenta y siete mil trescientas treinta y cuatro pesetas; es decir, consistió en mantener falazmente la apariencia de crédito en todas las compras realizadas, apariencia en la que estriba el engaño que da vida a la estafa, y del que fueron sujeto pasivo los establecimientos que efectuaron actos de disposición de bienes o servicios en la creencia y confianza que la tarjeta amparaba un crédito existente y respaldado por una congrua provisión de fondos, aunque la víctima o perjudicado fuese —en definitiva— el Banco expedidor de la tarjeta en virtud del valor crediticio que el documento incorporaba, separación entre sujeto pasivo del engaño y perjudicado admitida en la doctrina jurisprudencial (sentencias de 17 de octubre de 1964 y 19 de junio de 1975, entre otras) y expresamente reconocida en la definición legal de estafa que formula el texto vigente del artículo 528, cuya aplicación indebida se denuncia, el cual alude a la posibilidad de que el acto de disposición del sujeto engañado redunde en perjuicio de sí mismo o de un tercero.” (S. T. S. de 25 de junio de 1984.)

**Artículo 546 bis a). Receptación de delitos. Aprovechamiento: comprende también los casos de posterior destino a fines benéficos.**

“Semánticamente “aprovechamiento” equivale a “acción y efecto de aprovechar”, y “aprovechar” significa “servir de provecho alguna cosa o emplearla con utilidad”, añadiendo la doctrina científica que el agente ha de pretender un beneficio de naturaleza indudablemente económica, pero que no es necesario para la existencia del aprovechamiento, que se dé una ganancia efectiva y valuable en dinero; y, por su parte, la jurisprudencia ha declarado que “concorre el aprovechamiento cuando se adquieren objetos procedentes de delito por precio vil o inferior al real, pues en este caso la ganancia es indudable —sentencias de 16 de mayo de 1908, 28 de octubre de 1942, 5 de febrero de 1944 y 28 de marzo de 1945—, y también cuando se adquieren por precio igual al valor de tasación, pues a los fines de la Ley penal se entiende que se aprovecha de una cosa quien la tiene en su poder aun sin haber obtenido ganancia con la compra de la misma —sentencias de 21 de enero de 1949 y 15 de junio de 1953—, reputándose, en especial, aprovechamiento, la simple compra de objetos sustraídos —sentencias de 8 de noviembre de 1949 y 15 de junio de 1953—, su admisión como garantía o su recepción en pago de deuda anterior —sentencia de 6 de diciembre de 1954—, su uso —sentencia de 10 de marzo del mismo año—, y hasta su tenencia sin justificar su procedencia —sentencia de 14 de febrero de 1913—, cerrando esta exposición de modalidades de aprovechamiento, la sentencia de 19 de octubre de 1971, la cual reputa, como tal aprovechamiento, cualquier goce o satisfacción obtenida por el presunto receptor, incluso los meramente contemplativos o de ulterior beneficencia.” (S. T. S. de 3 de julio de 1984.)

**Artículo 546 bis b) Reputación de habitualidad en el delito de receptación. No contraviene la presunción de inocencia establecida por el artículo 24.2 de la Constitución.**

“... Precepto que contra lo que se dice “obiter dictum” en la resolución de instancia, tampoco puede calificarse estrictamente como una presunción que contraría la constitucional de inocencia, sino simplemente una de las llamadas por la doctrina “circunstancias de extensión de la pena”, análoga a la contenida en el artículo 14 para los autores, en las que el legislador, con el fin de no alterar los perfiles institucionales de la figura legal, equipara a ellas otras que en realidad no reúnen los requisitos exigidos, pero por su sola voluntad sin basarse en tipo alguno de presunciones, y así en los preceptos indicados —y podrían citarse otros muchos—, el legislador no dice como en otros casos “se presumen”, sino “se consideran” o “se reputan autores” con lo que de *lege data* pueden ser penados, sin necesidad de echar mano de la presunción, no desnaturalizando el mandato legal.” (S. T. S. de 27 de junio de 1984.)

**Artículo 552. Delito de incendio. La consumación se produce cuando se aplica el fuego a la cosa.**

“Que aunque la estructura del Código penal incardina el delito de incendio entre los atentatorios a la propiedad, lo cierto es que su desarrollo típico se configura como delito de riesgo susceptible de afectar a la integridad personal, de ahí que conforme a los artículos 547 a 556 en los que aquél en amplio casuismo, criminaliza sus variadas modalidades, tal delito reviste una naturaleza “sui generis”, al quedar integrado por una lesión patrimonial con el aditamento de un peligro constitutivo o inherente al mismo de carácter potencial al no precisar la constatación en cada caso concreto de la existencia real del peligro, lo que evidencia que se ha configurado como un daño producido a través del medio específico del incendio, llevado a efecto por la acción del agente de ocasionar la combustión de un objeto mediante el fuego y del que al no contener el ordenamiento punitivo ninguna limitación en orden a la extensión del incendio, hay que entenderlo consumado por la simple causación del mismo, cuyo tipo básico lo constituye el artículo 552 representado por el daño contra cosas ajenas que es subsidiario de otras modalidades específicas, que fue el delito estimado en la sentencia al desprenderse inconcusamente del relato fáctico todos los elementos de hecho necesarios para que la actuación de los procesados quedara subsumida en el precepto señalado, al acreditarse: la acción de prender fuego en la puerta trasera de una discoteca ubicada en una calle de Cáceres.” (S. T. S. de 12 de julio de 1984.)

**Artículo 565. Imprudencia. El resultado producido puede objetivamente imputarse aunque falte una acción combativa.**

“Que, finalmente, la falta de una “acción combativa consciente” o “acción agresiva voluntaria” por parte del agente, tesis que fue contemplada por una famosa sentencia del “Reichgericht” alemán, dictada tiempo ha, su inanidad, en este caso, es manifiesta pues, por más que se reconozca que, con la acción de colocar la navaja abierta y con la punta hacia el frente, sólo pretendía el recurrente, disuasoriamente, “evitar” la agresión inminente y renovada de su contrincante, lo cierto es que no hay diferencia apreciable ni relevante entre clavar una navaja en el cuerpo del adversario o colocarla de modo que éste, no habiéndose apercebido o no habiendo vislumbrado siquiera la existencia y situación, pretendidamente defensiva pero amenazante, de la referida navaja, venga a ensartarse, por decirlo así, en ella, falleciendo como consecuencia de la herida penetrante sufrida. Procediendo, a virtud de todo lo razonado en este Considerando y en los anteriores, la desestimación del único motivo del recurso analizado sustentado en el número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida del párrafo primero del artículo 565 del Código penal en relación con el artículo 407 del referido cuerpo legal, no sin antes remarcar que quizá la calificación más certera de los hechos, hubiera sido la de subsumirlos en el citado artículo

407 con aplicación de la eximente incompleta del número 4 del artículo 9 del mismo, lo que, en definitiva, y caso de haberse inclinado el Tribunal de Instancia, por el descenso de la pena de reclusión menor en dos grados, hubiese sido indiferente para el reo, y claramente desfavorable para él si, dicho Tribunal, usando de su soberano criterio, hubiera decidido rebajarla tan sólo en un grado." (S. T. S. de 2 de octubre de 1984.)

**Artículo 585, 5.º Falta de coacciones: la trascendencia de la coacción se ha de valorar conforme a criterios sociales y a la posibilidad de reparación posterior.**

"1.º Que la diferencia entre el delito y la falta estriba en la intensidad y en el *quantum* de la violencia, que ha de ser grave en el delito y leve en la falta. 2.º Que la importancia o trascendencia de la misma ha de apreciarse según criterios sociales, posibilidad de reparación posterior, elementos subjetivos personales, intensidad del dolo, objetivo de tiempo y lugar concurrentes y circunstancias específicas de cada caso (Sentencias de 6 de febrero de 1968 y 10 de febrero de 1970). Por tanto en el delito ha de campear una notoria perversidad, un grave quebranto jurídico, un acto trascendental, una presión intensa, un evidente mal positivo, una violencia grave; en tanto que en la falta de vejación es leve, las molestias mínimas y la reparabilidad fácil y pronta (Sentencia de 10 de enero de 1970)." (S. T. S. de 11 de julio de 1984.)

#### **LEY ORGANICA 7/1982, de 13 de julio, SOBRE CONTRABANDO**

**Artículo 1.º, 1, 4.º Delito de importación de géneros prohibidos (hachís). Concurso ideal con el delito de tráfico ilícito de drogas (artículo 344 del Código penal).**

"CONSIDERANDO: Que el recurso del Ministerio Fiscal presenta en sus dos motivos complementarios entre sí— al siempre interesante problema de distinguir si sobre un mismo hecho delictivo se da concurso —aparente— de normas, resuelto de manera primaria por el artículo 68 del Código penal o si tal único hecho da lugar a dos o más delitos previsto en el artículo 71 de dicho Código como primer supuesto —el más flagrante— de concurso ideal de infracciones; distinción que se agudiza —cual acontece en el caso *sub iudice*, en que concurren sobre el mismo hecho enjuiciado la Ley vigente de Contrabando 7/1982, de 13 de julio, de rango orgánico, y el artículo 344 del Código penal en su actual redacción dada por Ley, igualmente orgánica 8/1983, de 25 de junio, al confluir ambas normas sobre el tráfico de estupefacientes— normas que parecen proyectarse sobre el mismo bien jurídico o, al menos, sobre una parte o aspecto del mismo.

CONSIDERANDO: Que, en efecto, es primordial en este tema, tal como sostiene el Ministerio Público, indagar si los delitos tipificados en leyes



distintas lesionan o ponen en peligro, en todo o en parte, el mismo bien jurídico protegido y si tales preceptos legales se excluyen entre sí por causa de que uno de ellos agota ya la valoración jurídico-penal de la conducta (caso del concurso de leyes), o por el contrario, si tal concurrencia de preceptos es sólo tangencial, de suerte que ninguno de ellos agota la valoración típica en ellos prevista, en cuyo caso podrán coexistir; debiendo finalmente advertirse que no cabe confundir el bien jurídico protegido, en estricto sentido, con las motivaciones que hayan llevado al legislador a incriminar la misma conducta en distintos preceptos, pues mientras en el primer caso se trata de proteger un interés inmediato y único, los motivos de incriminación pueden ser plurales y siempre mediatos.

**CONSIDERANDO:** Que aplicado el anterior pensamiento inicial pero básico en la materia, lo primero que salta a la vista es que las infracciones de contrabando, si bien elevadas a la categoría de delitos penales, sacándolas del rango meramente administrativo en que yacían antes de la citada Ley de 1982, ofrecen un primer rasgo de delitos contra la Hacienda o el Erario público y dentro de tal grupo de especies delictivas, bien cabe catalogarlas de "infracciones aduaneras", nota específica que las separa de los restantes delitos fiscales y que siempre tuvieron desde su implantación en España por Real Decreto de 20 de junio de 1852, que sentó las bases de las posteriores leyes reguladoras, desde la de 3 de septiembre de 1904, hasta la de 11 de septiembre de 1953, refundida por Decreto de 16 de julio de 1964, el que ha constituido la legalidad vigente hasta la Ley de 1982; y es que el propio **nomen iuris** de **contrabando**, empleado también por la regulación en vigor denota, ya gramaticalmente, la materia de que se trata: comercio en amplio sentido de géneros prohibidos y, más en concreto, su importación o exportación clandestina con mengua de la renta de Aduanas; es decir, que el bien jurídico protegido en estos delitos, en sentido rigurosamente técnico, es el **interés de la Administración Pública en controlar el tráfico de géneros sujetos al arancel de Aduanas o de efectos estancados o prohibidos**, siquiera detrás de este objetivo inmediato, que es fácil deducir de la simple lectura de la Ley vigente, se hallan intereses mediatos, alguno tan evidente como el económico-nacional o razones de seguridad, higiene u otra causa cualquiera a que alude la propia Ley en su artículo 3.º-2, no menos que la propia naturaleza del objeto del contrabando: las drogas o estupefacientes, junto a las armas, explosivos u otros cuya tenencia constituya delito (arts. 1.º-3 - 1.º de la Ley), de lo que es fácil colegir diversos motivos de incriminación, entre ellos, como uno más, el de la salud pública.

**CONSIDERANDO:** Que prosiguiendo en la misma línea de pensamiento y concretándonos ya al tráfico de estupefacientes, parecería en principio que se da duplicidad de normas reguladoras de tal comercio en sus distintas modalidades: La mentada en el artículo 344 del Código penal, entre ellas la mera tenencia con propósito de traficar y la prevista de la Ley especial antes mencionada; pero obsérvese que, en este punto lo que hace dicha Ley es tomar esa tenencia de estupefacientes en cuanto cons-

tituye ya delito, por tanto previsto en el artículo 344 del Código penal, castigándolo, a su vez, como contrabando si las drogas o estupefacientes poseídas han sido traficadas en alguna de las formas previstas en el artículo 1.º-1 y 2 de la Ley; y es este aliud que constituye el bien jurídico del delito de contrabando añadido al bien jurídico exclusivamente sanitario del delito del Código el que justifica el concurso ideal de ambas infracciones previstas en el artículo 71 del Código penal sin temor, por tanto, a rozar el secular principio del *non bis in eadem*. En consecuencia, no habrá concurso de delitos en el caso de mera tenencia aunque con propósito de ulterior tráfico, desconectada de las modalidades previstas en el artículo 1.º de la Ley, en cuyo caso se aplicará con exclusividad el artículo 344 del Código.

CONSIDERANDO: Que, si, no obstante todo lo antes expuesto, se creyera que la posesión de estupefacientes sería en todo caso delito de contrabando, por el juego del apartado 4-1.º del artículo 1.º en relación con el apartado 3-1.º de la Ley especial, en contra de lo dispuesto en el artículo 344 del Código penal que declara impune la posesión con fines de autoconsumo, entonces habría que acudir a la cláusula derogatoria del Código penal reformado por la Ley de 25 de junio de 1983, posterior a la Ley de contrabando, que como Ley especial sólo queda subsistente en cuanto sus disposiciones no contradigan ni se opongan a lo establecido en dicho cuerpo legal; solución igualmente acogible en otros supuestos —si llegan a darse— en que la aplicación de la Ley de contrabando entre en conflicto con el delito sanitario previsto en el Código; solución que en el plano ya no de abstracta *lege ferenda*, sino de próxima aplicación legislativa, conlleva el Anteproyecto de Código penal de 1983, al incluir primero al delito de contrabando entre los que atacan la Hacienda Pública, deslindando así claramente el bien jurídico protegido (arts. 300 a 302) y radiando de su regulación toda alusión a los estupefacientes y, por supuestos, a su mera posesión, poniendo el acento en lo que es típico del contrabando, es decir, la exportación, importación o comercio de géneros estancados o prohibidos y figuras afines a tal conducta central.

CONSIDERANDO: Que aplicada toda la anterior doctrina al recurso del Ministerio Fiscal se hace necesario admitirlo, pues objetivamente aparecen de la declaración de hechos probados elementos más que suficientes para integrar el delito contra la salud pública definido y sancionado en el artículo 344 del Código penal, tanto en su antigua como en su nueva redacción por la Ley Orgánica 8/83, de 25 de junio, puesto que la introducción, tenencia y transporte de tan importante cantidad de hachís en España constituían y constituyen dicho delito, de naturaleza meramente tendencial, y de mera actividad, sin necesidad de que la droga fuere o hubiere de ser consumida en territorio español, siempre que la posesión fuere con la finalidad del tráfico, sin condicionarlo al lugar donde la transmisión o consumo por terceros se vaya a efectuar, pues se trata de un delito internacional que obliga a perseguirlo a todos los países firmantes del Convenio Unico de 1961, sobre estupefacientes, según se determina en el artículo 36 de dicho Convenio, y que, en este caso, al in-

troducir de contrabando la sustancia tóxica en España, integra el delito en sus modalidades de tenencia y transporte clandestino (Sentencias 10 de diciembre de 1966 y 21 de diciembre de 1979), por ello procede estimar el motivo primero del recurso del Ministerio Fiscal en el que al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la no aplicación del citado artículo 344 del Código penal.

CONSIDERANDO: Que esos mismos hechos declarados probados en la sentencia combatida son también constitutivos de un delito de contrabando previsto en el artículo 1.º, 1.3.º de la Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio, en cuanto que tras la arribada a puerto español, descargaron los procesados el hachís que sin autorización transportaban en el yate y lo introdujeron clandestinamente en España, dolosamente y con conocimiento de la ilegalidad de su acción.

CONSIDERANDO: Que la actividad de los procesados entraña, como aparece del relato de hechos, una sola actuación delictiva, en este caso concreto con encuadramiento en las dos distintas normas punitivas que se dicen en los precedentes Considerandos, normas que contemplan conductas diferenciadas; así, la nueva Ley en materia de contrabando considera a éste como un delito formal, cuya esencia es la desobediencia a la norma jurídica, y su finalidad la protección del interés estatal en el control de esos productos, independientemente del fin a que tales productos se destinen, mientras que la finalidad primordial del legislador al tipificar en el artículo 344 del Código penal las diversas conductas que enumera, no es otra que establecer claramente ciertas barreras defensivas y protectoras de la salud colectiva ante el riesgo y peligro abstracto dimanante del tráfico, difusión o expansión del uso de droga tóxica o estupefacientes, conforme a la política criminal internacional marcada en esta materia por la citada Convención Unica de las Naciones Unidas de 30 de marzo de 1961, ratificada por España en 1.º de marzo de 1966; inspira, pues, al legislador dos voluntades distintas e independientes entre sí, perfectamente compatibles, que operan como elementos de los distintos tipos como condicionantes de la punibilidad de la conducta, por lo que procede estimar el motivo segundo del Ministerio Fiscal en el que se denuncia la indebida aplicación del artículo 68 del Código penal y la no aplicación del artículo 71 del mismo Cuerpo legal, lo que obliga a dictar sentencia segunda más ajustada y conforme a derecho.

CONSIDERANDO: Que el motivo único del recurso formulado por los procesados por corriente infracción de Ley y en el que se denuncia la aplicación indebida del artículo 1.º, regla 1.ª, supuesto 4.º de la Ley Orgánica de 13 de julio de 1982 y no aplicación del artículo 1.º del Código penal, procede desestimarlos por las razones y fundamentos expuestos en los precedentes Considerando y que damos aquí por reproducidos para evitar repeticiones." (S. T. S. de 26 de septiembre de 1984.)



## REVISTAS DE LIBROS

**STRATENWERTH, Günter: «Schweizerisches Strafrecht. Besonderer Teil: Straftaten gegen Individualinteressen» (Derecho penal suizo. Parte Especial I: Infracciones contra los intereses individuales), Stämpfli & Cie, 3.ª ed., reelaborada, Bern, 1983, 336 págs.**

Los estudiantes suizos cuentan con un buen manual de la Parte Especial del Derecho penal: el de Stratenwerth; y no sólo los estudiantes, que según el autor son los destinatarios de esta obra, sino también, obviamente, los juristas prácticos —abogados y jueces—, pues aquí se puede encontrar una cualificada guía respecto a los problemas fundamentales que se plantean en la ciencia y en la jurisprudencia suizas.

Como resalta el propio título, esta tercera edición reelaborada de la obra de Stratenwerth no abarca toda la Parte Especial, sino únicamente aquellos hechos punibles (delitos y faltas) que atentan contra los intereses individuales. Estas infracciones están agrupadas en dos capítulos: hechos punibles contra las personas y hechos punibles contra el patrimonio. En el primer capítulo se estudian el homicidio en sus diversas formas, el aborto, las lesiones, la puesta en peligro de la vida y de la salud, los delitos contra la libertad, los delitos contra el honor y los delitos contra el secreto y contra la intimidad. El segundo capítulo está subdividido en cuatro secciones: la primera está dedicada a los hechos punibles contra la propiedad, que el autor divide en delitos de apoderamiento (apropiación indebida, abuso de confianza, hurto y robo) y en delitos de daño a la propiedad (daños, sustracción de cosas a personas autorizadas, abuso de confianza y privación de cosas pignoradas y objetos retenidos, y sustracción ilícita de energía); la segunda sección trata de los hechos punibles contra el patrimonio propiamente dicho (estafa y hechos punibles similares a la estafa, chantaje, usura y tipos análogos, infidelidad en la gestión de negocios, y receptación); la tercera, aborda las infracciones contra bienes jurídicos inmateriales, que se concreta en la lesión del crédito; por fin, la última sección hace referencia a los delitos mercantiles y de concurso (concurso y embargo fraudulento, concurso y quiebra negligentes, omisión de la teneduría de libros, favorecimiento de acreedores, sustracción de objetos embargados, compra de votos y subrepción en la sucesión de bienes; y desobediencia mercantil). Destaca la ausencia de las infracciones contra la libertad sexual, que seguramente el autor ha reservado para su *Parte Especial II. Infracciones contra los intereses colectivos*, por considerar que los atentados contra la libertad sexual lesionan el orden de valores sociales.

La bibliografía aportada al comenzar el estudio de cada hecho punible se centra sobre todo en los autores suizos, como corresponde a un manual de la Parte Especial —dadas las peculiaridades concretas en esta materia de cada Código penal—, pero en ocasiones aparecen mencionadas obras de autores alemanes; la

jurisprudencia, que ha sido tenida muy en cuenta, se ha visto actualizada en esta tercera edición.

A mi modo de ver, las cualidades más sobresalientes de esta obra son la claridad y la concisión. Esta *Parte Especial I* está escrita de forma inteligible (lo que es de agradecer entre los autores de lengua alemana) y no se detiene en aspectos inesenciales, sino que va directamente al grano. La interpretación de las concretas figuras de delitos parte de lo que Stratenwerth llama *Grundgedanke* o idea básica, es decir, el círculo de problemas fundamentales que plantea una determinada infracción; para evitar alejamientos innecesarios en el discurso sobre esa idea básica, el autor recurre frecuentemente a remisiones a su *Derecho penal suizo. Parte General*. Un ejemplo de lo que pueda ser esta idea básica nos lo ofrece el tratamiento de la inducción y auxilio al suicidio (págs. 35 y ss.): Stratenwerth parte de que en estos delitos se tipifican conductas de participación (el «autor» —dice— es en realidad el suicida), que, de seguirse las reglas generales, deberían resultar impunes; a raíz de esto el autor de la obra objeto de recensión extrae las siguientes consecuencias: en los casos de autoría mediata (el suicida es inimputable o no actúa libremente) no entra en juego esta figura delictiva sino el homicidio; los supuestos de doble suicidio en que los intervinientes se comportan como coautores, deben quedar impunes, y lo mismo debe ocurrir, por regla general, para los partícipes del doble suicidio; el hecho principal —el suicidio— (que pertenece al injusto y no constituye una condición objetiva de punibilidad) debe realizarse o por lo menos llegar a la esfera de la tentativa; por último, estima Stratenwerth desarrollando esta idea rectora, que la inducción o el auxilio al suicidio intentados deben resultar impunes de conformidad a las reglas generales.

En cuanto a la estructura del libro cabe decir que se ha buscado un equilibrio entre sistemática y tópica, ordenándose los hechos punibles según los bienes jurídicos lesionados, pero ofreciéndose al mismo tiempo numerosos supuestos de hecho —la mayoría de las veces entresacados de la jurisprudencia suiza— que plantean problemas concretos. Así, por ejemplo, dentro de la dogmática del asesinato Stratenwerth dedica especial atención a delimitar las circunstancias cualificadoras de este delito (págs. 24-30), que el legislador suizo ha dejado ampliamente indeterminadas (con cláusulas como «actitud especialmente reprochable» o «peligrosidad del autor») y que la jurisprudencia ha interpretado en el sentido de un Derecho penal de autor.

Junto al criterio del bien jurídico, el autor maneja la distinción entre tipos básicos y tipos cualificados o privilegiados (llama la atención el dato de que Stratenwerth (pág. 44) estima que en el Código penal suizo no hay un tipo básico de aborto).

Como discípulo de Welzel que es, Stratenwerth sigue los puntos de vista finalistas en el estudio de cada figura delictiva.

Además de exponer las posturas que se enfrentan en la resolución de los problemas planteados, la obra comentada toma postura críticamente, sin adherirse necesariamente a la opinión dominante; es, en definitiva, un texto que enseña y que induce a la reflexión.

Puesto que resultaría imposible comentar cada uno de los delitos y faltas analizados por Stratenwerth, me voy a detener simplemente en destacar ciertos puntos de algunos de ellos:

En el delito de aborto la legislación suiza admite la indicación terapéutica;

para que sea admisible la interrupción del embarazo cuando se dan los presupuestos específicos de esta indicación, el Código penal suizo exige además que la intervención sea efectuada por un médico; ¿qué ocurre entonces si se presenta el peligro para la vida o salud de la embarazada pero el aborto no lo lleva a cabo un médico? Stratenwerth estima que si es la propia embarazada la que efectúa la intervención, no puede justificarse por la indicación, pero sí por el estado de necesidad genérico del artículo 34 del Código penal suizo; en cambio, si es un tercero sin titulación médica el que realiza el aborto, no puede estar justificado ni siquiera por este precepto; los argumentos que ofrece Stratenwerth a favor de esta interpretación son, por un lado, que la exigencia de la titulación persigue el fin de evitar peligros innecesarios a la embarazada, limitándose así —frente al genérico estado de necesidad— el círculo de sujetos que pueden actuar en su beneficio; por otro lado, el autor resalta que la indicación terapéutica contempla únicamente un supuesto de auxilio necesario, con lo que la embarazada que provoca su propio aborto podría recurrir al genérico estado de necesidad (propio) para justificar su conducta, ya que la limitación de la titulación médica afectaría a los terceros pero no a la propia mujer que corre peligro en su vida o en su salud (pág. 49). Aunque el problema mencionado se engloba en la cuestión más amplia de las relaciones entre indicaciones y estado de necesidad, creo que se pueden hacer algunas objeciones contra la opinión de que el tercero, que sin ser médico salva la vida o salud de la embarazada destruyendo al feto, no puede quedar justificado por el estado de necesidad: en primer lugar, porque es evidente que este tercero no tiene el deber de salvar ni a la embarazada ni al feto, precisamente porque carece de conocimientos médicos y porque hay riesgo para terceros; pero si, a pesar de la ausencia de deber, salva la vida de la mujer y aun así responde criminalmente, ello quiere decir que el Derecho renuncia —e incluso prohíbe— a la salvaguarda del bien jurídico más valioso: la vida humana independiente. En segundo lugar, a no ser que la propia embarazada que efectúa su aborto sea médico, ella también correrá riesgos innecesarios (cosa de la que el mismo Stratenwerth es consciente), pero sin embargo a ella se le permite realizar el aborto y a un tercero no. Por último, de seguir la opinión del libro que comento, habría que concluir que si el tercero sin titulación médica participa en el aborto provocado por la mujer, estará justificado, pero si ese mismo tercero llega a practicar la intervención por sí solo, deberá responder penalmente, lo que en definitiva resulta un tanto desconcertante.

También en materia de aborto, pero fuera ya del marco de las indicaciones, Stratenwerth destaca una cuestión sumamente interesante y que se ha solucionado en la jurisprudencia suiza de forma vacilante: se trata de la cuestión de cuándo hay que entender que empieza la esfera de la tentativa respecto de la mujer que consiente en la interrupción de su embarazo (págs. 50-51). Al hilo de esta cuestión se me ocurre lo siguiente: puesto que, en mi opinión, estamos aquí ante una figura de participación expresamente tipificada, caben varias posibilidades: estimar que no se puede establecer un límite preciso entre preparación y ejecución en el tipo que sanciona a la mujer que consiente que su aborto se efectúe por un tercero, ya que al tratarse de un acto de cooperación (y por lo tanto de preparación y no de ejecución) no cabe distinguir en él actos preparatorios y actos ejecutivos; la segunda posibilidad estriba en considerar factible en esta figura la fijación de un límite a partir del cual comience la tentativa, bien en función del propio acto

de participación tipificado (la jurisprudencia suiza ha optado recientemente por esta solución, sentando la doctrina de que la tentativa comienza cuando la embarazada está dispuesta a abortar y cruza el umbral de la vivienda del abortador, antes incluso de haberle preguntado a éste si está dispuesto a realizar la intervención), bien en función del que realiza el acto principal, es decir, del tercero que lleva a cabo la interrupción del embarazo. Es ésta además una problemática que a mi juicio se presenta en otros delitos que también consisten en actos de participación expresamente tipificados por el legislador. En este comentario de la obra de Stratenwerth bastará con dejarla esbozada en sus presupuestos y en sus hipotéticas soluciones, sirviendo ello como muestra de esa cualidad de la obra comentada a la que me referí antes, de suscitar la reflexión y la meditación.

En el ámbito de los delitos contra la libertad, el Código penal suizo ha sufrido una importante modificación el 9 de octubre de 1981; se distingue ahora entre detención ilegal, rapto (sin miras sexuales) y toma de rehenes. Para Stratenwerth el rapto supone el apoderamiento contrario a Derecho de una persona, apartándola de su habitual lugar de residencia y quedando sometida al poder del sujeto activo; conforme a esto, indica el libro que es objeto de recensión, el rapto no tiene que coincidir necesariamente con la detención ilegal, pues en aquel delito puede ocurrir que la víctima tenga libertad de movimientos en el lugar al que ha sido trasladada (pág. 102). Por otro lado, el artículo 185, número 1 del Código penal suizo define la toma de rehenes como la privación de libertad, sustracción o apoderamiento de alguien para coaccionar a otro a una acción, a una omisión o a tolerar algo, y también como el mero aprovechamiento por otro de esa situación para coaccionar a un tercero (cfr. pág. 105). Si se compara esta nueva regulación suiza con los similares delitos que prevé la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal, española, de 1983 (PANCP, 1983) se observa un claro parentesco entre la detención ilegal del Código penal suizo (art. 181, núm. 1, párrafo 1.º) y la de la PANCP 1983 (art. 158) y similitudes entre la toma de rehenes del Derecho suizo y el nuevo precepto dedicado al secuestro en la PANCP 1983 (art. 160, que establece como elemento típico la exigencia de alguna condición para la liberación del secuestrado). Pero de esta manera se pone de manifiesto que el delito de rapto suizo no tiene su correspondiente infracción correlativa en la Propuesta española. En efecto: el traslado de una persona a un lugar de residencia distinto, donde goza de libertad de movimientos, *sin imponer ninguna condición para su liberación*, no podría encajar en los artículos 158 a 163 de la PANCP 1983, en cuanto que ésta no recoge el injusto específico que representan los atentados contra la libertad de residencia (el último párrafo del artículo 585 de la PANCP 1983 tiene en cuenta otros datos). De otro lado, resultaría más conveniente la denominación «toma de rehenes» para el delito de secuestro previsto en el artículo 160 de la PANCP 1983, por la razón de que España se ha adherido por Instrumento de 9-3-1984 a la Convención Internacional de 17-12-1979 contra la Toma de Rehenes («BOE», 7-7-1984), en la cual los Estados Parte se comprometen a tipificar estos hechos; dado que el artículo 1 de dicho Convenio regula la toma de rehenes de forma similar a lo que establece el artículo 160 de la PANCP 1983 y puesto que por el artículo 2 de la Convención los Estados Parte se comprometen a penar la toma de rehenes, este compromiso se podría satisfacer por el artículo 160 de la PANCP 1983, mediante la simple modificación de su denominación. Otra consecuencia que se deriva de esta Convención es



que, en virtud de su artículo 8.1., la toma de rehenes deberá ser aplicada especialmente según el principio de universalidad o justicia mundial, por lo que podría ya incluirse específicamente en el artículo 10.1 de la PANCP 1983, a pesar de que la lista de los delitos allí mencionados no tenga el carácter de *numerus clausus* (art. 10.1, 9 de la PANCP 1983).

La mitad del libro que comento —todo el segundo capítulo— está dedicada a las infracciones contra el patrimonio, por lo que paso a resaltar algunos aspectos muy concretos de este capítulo:

En el hurto, destaca en mi opinión la definición de la acción típica, que está más desarrollada que en la doctrina española. Para Stratenwerth el hurto es la quiebra de la custodia ajena de una cosa mueble y la fundamentación de una nueva custodia; el concepto de custodia no coincide con el de la posesión civil, sino que consiste en el dominio real de la cosa según las reglas de la vida social; la custodia exige tanto la posibilidad de dominio como la voluntad de dominio; con ayuda de estos criterios, Stratenwerth precisa la distinción entre cosas olvidadas escondidas y perdidas, y determina la cuestión de si puede haber custodia por parte de su titular respecto de una cosa olvidada: si éste todavía recuerda dónde la olvidó, entonces hay posibilidad de dominio y, por lo tanto, custodia; en caso contrario, no hay custodia y por consiguiente tampoco podrá haber hurto de una cosa olvidada cuyo titular no recuerda dónde la dejó (págs. 195 y ss.).

En opinión del autor del *Derecho penal suizo, Parte Especial I* el consentimiento del titular de la custodia excluye la tipicidad y no meramente la antijuridicidad del hurto (pág. 199). Ahora bien, la determinación de si hay o no consentimiento puede resultar difícil en los casos en que el titular de la custodia está influido por el sujeto activo; Stratenwerth distingue aquí dos grupos de casos: en los supuestos de engaño o «timo» (por ejemplo, el autor representa ser —sin serlo realmente— un electricista que debe recoger el aparato de radio para repararlo) entra en juego a su entender estafa, y no hurto, porque la voluntad del titular de la custodia no resulta quebrada; pero si interviene coacción por parte del sujeto activo (por ejemplo, un falso policía requisita una cosa), la solución dependerá de si la víctima es todavía capaz de decidir libremente respecto a la pérdida de la cosa —entonces hay, opina Stratenwerth, chantaje (*Erpressung*)— o no —en cuyo caso habrá según este autor hurto o robo según los casos— (págs. 199-200).

Tanto la doctrina dominante, en la que se incluye Stratenwerth, como la jurisprudencia exigen en el tipo subjetivo del hurto, además del dolo y el ánimo de lucro, el ánimo de apoderamiento, a pesar de que el Derecho positivo no lo especifique expresamente (pág. 201). Este ánimo de apoderamiento implica una duradera desposesión del titular de la custodia y al menos una transitoria apropiación de la cosa por el sujeto activo (págs. 177 y ss.). Sin embargo, el ánimo de lucro consiste en una ventaja patrimonial que no tiene que residir necesariamente en el valor de la cosa; este ánimo de lucro queda excluido cuando se sustituye la cosa por su valor; no obstante, puede ocurrir que haya apoderamiento de una cosa, pagando su valor, pero se perjudique el valor «personal» de la misma: así, en el caso extraído de la jurisprudencia suiza en que un sujeto se apodera de un objeto cuya oferta en el mercado es escasa y paga inmediatamente su valor conforme a lo estimado por expertos; en opinión de Stratenwerth aquí hay ánimo

de lucro, porque lo relevante es la cosa y no el dinero que vale la cosa (págs. 183-184).

Al concluir estas líneas quiero volver a dejar constancia de que la lectura de este libro resultará provechosa para cualquiera que lo tome en sus manos. Ojalá que el segundo tomo de la Parte Especial de Strantenwerth sobre el Derecho penal suizo siga en la misma dirección.

ANTONIO CUERDA RIEZU

**VAN DEN WIJNGAERT, Christine:** «The political offence exception to extradition», **Kluwer-Deventer-The Netherlands. Boston-Antwerp-London-Frankfurt, 1980. 263 págs.**

## I

El libro al que se refiere esta reseña se encuentra estructurado en cinco capítulos. El primero está dedicado a un *análisis histórico* del tema. La extradición aparece en los primeros tiempos como una excepción a la tradicional figura del asilo, y, por su carácter excepcional, se limitaba a los delitos más graves, que, antes de la Revolución Francesa, eran los delitos contra el Estado y contra el Rey. Hugo Grocio y la Escuela protestante de Derecho natural enfocaron ambas instituciones desde la perspectiva de la cooperación internacional para la represión de la criminalidad, y, en consecuencia, la extradición pasó al primer plano, como instrumento de prevención general, en tanto que el asilo fue limitado, y precisamente a favor de los refugiados políticos. La Ilustración y la Revolución Francesa consagraron el derecho al asilo político. Pero el principio moderno de no extradición de los delincuentes políticos no fue aceptado hasta mediados del siglo pasado, y ello porque los Estados liberales que surgieron de las revoluciones de 1830 y 1848 miraban con simpatía a los delincuentes políticos que luchaban contra los Estados del Antiguo Régimen. «Las primeras normas relativas a la excepción de delito político —dice la autora— fueron proyectadas en una atmósfera de romanticismo y glorificación de los delincuentes políticos. que partía de una casi ingenua identificación del delincuente político con el revolucionario liberal, sin tener sin embargo en cuenta la posibilidad de que otros delincuentes políticos se habían de oponer a su vez al nuevo orden político liberal» (pág 14). Cuando esta oposición tiene lugar (anarquistas, nihilistas, terroristas), se produce una tendencia a restringir el alcance del asilo político, formulando excepciones a la excepción a la extradición por delito político (atentado contra Jefe de Estado, genocidio, crímenes de guerra, terrorismo, etc.). Después de la II Guerra Mundial, las relaciones Este-Oeste y los movimientos de descolonización hicieron añadir a la excepción de delito político la «cláusula de discriminación», esto es, la prohibición de devolver al Estado requirente aquellas personas que pudieran sufrir persecución por razones religiosas, raciales, sociales o políticas.

La excepción de delito político aparece, pues, en la historia con el fin de «proteger a las personas que se han entregado a la causa de la democracia», o de «proteger a los disidentes políticos que huyen de los Estados o de otra ideología» (págs. 18 y 19). Pero en nuestros días el Derecho de la extradición, en un mundo

que se ha quedado pequeño por la facilidad de las comunicaciones, cobra cada vez más el carácter de instrumento de defensa, no de los intereses de los Estados que se relacionan entre sí por medio de tratados bilaterales, sino de los intereses de la comunidad internacional. Consecuencia de ello son, de una parte, los tratados multilaterales, y, de otra, el rechazo popular de que puedan beneficiarse de la excepción de delito político aquellos que, por la gravedad de sus crímenes, se muestran como «enemigos de la humanidad» pese a sus motivaciones políticas. Este problema resulta especialmente agudo en el caso del terrorismo internacional, agravado por el hecho de que numerosos Estados conceden asilo político a los terroristas de su misma ideología.

El tema de la excepción a la extradición por delito político exige «un delicado punto de equilibrio entre el respeto a los derechos de la persona y la protección del orden público internacional» (expresión que da subtítulo al libro). Ambas materias han sido en nuestros días desarrolladas por dos ramas jurídicas independientes: el Derecho de los derechos humanos y el Derecho internacional penal, lo que ha podido producir cierta distorsión en el «Derecho extradicional». Armonizar una y otra orientación en una visión de conjunto es el propósito del trabajo que aquí se reseña.

En relación con el primero de los indicados aspectos, el capítulo segundo del libro aborda el estudio del *delincuente político* y de sus derechos fundamentales, entendiendo por delincuente político «la persona que viola la ley penal por razón de sus convicciones políticas e ideológicas» (pág. 27). «La posición legal del delincuente político en el Derecho nacional e internacional está basada en la glorificación decimonónica de los héroes revolucionarios y la casi ingenua identificación entre delincuentes políticos y defensores de la democracia liberal» (pág. 29). Esto justificó la concesión de un estatuto procesal y penitenciario más beneficioso, y la denegación de su extradición (lo que suponía la total inmunidad) por los delitos cometidos. Incluso hoy en día, aunque la situación de fondo haya cambiado y aunque no se puede decir *a priori* que el delincuente por razones políticas es un «buen delincuente», todavía la etiqueta de delincuente político tiene buena prensa, lo que motiva que las infracciones, a cuyos autores no se quiere conceder aquel estatuto privilegiado, hayan sido «despolitizadas» a tales efectos legales. Pero el delincuente político tiene en todo caso características criminológicas peculiares y estas peculiaridades no pueden ser desconocidas en el terreno de los fines de la pena (retribución o inoquización y no prevención) y del tratamiento penitenciario.

En general, la persona reclamada no reviste el carácter de sujeto, sino de «objeto» en el proceso de extradición. Aún en los países en que el control judicial es mayor, la última palabra la tiene el Gobierno y «la excepción de delito político constituye solamente una entre las numerosas condiciones que deben ser reunidas, pero no es un derecho subjetivo que la persona reclamada pueda invocar contra su extradición» (pág. 40). Desde el punto de vista del Estado, la excepción de delito político es un «derecho a denegar la extradición», no una obligación de hacerlo. Jurídicamente ninguna regla de Derecho internacional prohíbe la extradición de los delincuentes políticos, aunque por razones de la misma índole los Estados quieran reservarse la prerrogativa de conceder asilo en los casos en que la oportunidad o los intereses de la persona reclamada lo hagan aconsejable.

Sin embargo, desde la II Guerra Mundial «ha ido ganando terreno la idea de que el Derecho internacional no debería solamente existir en beneficio de los

Estados, sino también de sus ciudadanos, idea que ha sido desarrollada en el campo del Derecho internacional de los derechos humanos» (pág. 64). En este sector se han producido una serie de principios que deben ser necesariamente tenidos en cuenta, como son: a) la consideración del asilo humanitario como un derecho del individuo y no solamente como un derecho del Estado a concederlo, sino como una obligación, bien del Estado requerido o del Estado de persecución (art. 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, Declaración de las Naciones Unidas sobre Asilo Territorial de 1967); b) el principio de «no devolución» de los refugiados políticos (art. 33 del Convenio relativo al Estatuto de los Refugiados de 1951); c) la «clausura de discriminación», que protege a una persona contra la extradición a un país donde pueda ser tratado de manera discriminatoria por razón de su raza, religión, nacionalidad, oposición política, etc. (art. 3 del Convenio Europeo sobre Extradición de 1957); d) el respeto de los derechos humanos en el proceso penal (arts. 3 y 5 del Convenio Europeo sobre Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950), que debería tener como consecuencia la denegación de la extradición para ser sometido a un procedimiento o sufrir una pena no conformes con dichos derechos humanos, y asimismo el derecho a la tutela jurisdiccional, defensa y recursos en el mismo proceso de extradición. Todas estas reglas y principios afectan o pueden afectar directa o indirectamente a los delincuentes políticos, y convertir en ilegal cualquier tipo de entrega que no sea la extradición, pero en la práctica su eficacia depende de las reglas del Derecho nacional, no de mandatos vinculantes del Derecho internacional.

El capítulo tercero, dedicado al *delito político*, alude al tema desde la perspectiva del Derecho de extradición. La autora comienza por señalar la elasticidad y vaguedad del concepto, y su carácter funcional, pues sirve para determinar la susceptibilidad de extradición de los delitos para los que los tratados han establecido la obligación de hacerlo, por lo que no es extraño que aquel término se emplee con distinto alcance en Derecho interno y en Derecho internacional, en las decisiones judiciales y en las administrativas. «En la práctica, la excepción de delito político ha sido con frecuencia aplicada de modo diferente según la ideología encarnada por la persona reclamada» (pág. 101).

Para aumentar la confusión, los textos de leyes y tratados hablan de «delitos puramente políticos» (dirigidos exclusivamente contra el Estado sin atacar a los particulares o sus intereses y no acompañados de un delito común) y «delitos políticos relativos», complejos o conexos, que son delitos comunes, asimilados a los políticos, a causa de la finalidad política de su autor o porque producen consecuencias políticas o han sido realizados en un contexto político.

Los Tribunales y los autores han utilizado diversas vías para tratar de precisar el concepto de delito político en los casos concretos. En los países de *Common Law*, a partir de Stuart Mill, predomina la «teoría de la incidencia política», según la cual los delitos políticos se cometen en el curso de y formando parte de una perturbación política y suponen una relación de conflicto político entre el delincuente y el Estado que solicita su extradición. En los países de Derecho continental se utilizan con cierta indeterminación las tres conocidas teorías: objetiva (que atiende al bien jurídico lesionado), subjetiva (que atiende a la intención del delincuente) y mixta (que combina ambos elementos). La autora examina minuciosamente la «teoría de la proporcionalidad», desarrollada originariamente

por la jurisprudencia suiza para aplicar la excepción de delito político a aquellas infracciones consideradas *predominantemente* políticas. Ello supone que el hecho se haya cometido en el contexto de una lucha por el poder político y que hubiera podido contribuir a la consecución del propósito de sus autores. Se excluyen de tal calificación los delitos muy graves; en el caso de delitos contra la vida, deberán constituir la *ultima ratio* para conseguir dicho propósito. Tales criterios pueden resultar atractivos en abstracto, pero difíciles de apreciar y abocados a la arbitrariedad en los casos concretos. De hecho, se han apreciado de distinta manera cuando el Estado requirente ha sido un país totalitario que cuando se ha tratado de un régimen liberal.

Otro procedimiento (negativo) para precisar el concepto de delito político, ha sido enumerar en leyes y convenios aquellas infracciones que, por su gravedad o por su carácter de delitos internacionales, no se han de beneficiar del asilo político ni de la excepción a la extradición por delito político. La técnica utilizada ha consistido en «despolitizar» formalmente la infracción de que se trate (lo que constituye una ficción legal) o, más simplemente, en excepcionar de la excepción de delito político determinados hechos; no obstante su carácter político. Los delitos en cuestión son: el atentado contra Jefes de Estado («cláusula belga de atentado», 1856), genocidio y crímenes contra la humanidad (Convenio de 1948), crímenes de guerra (Instituto de Derecho Internacional, 1880), colaboración con el enemigo y terrorismo internacional (Convenio Europeo de 27 de enero de 1977). La autora subraya la resistencia de los Estados a suscribir Convenios que contengan excepciones a la excepción de delito político (salvo la «cláusula de atentado») para no comprometerse a la obligación de conceder la extradición en los casos reseñados, obligación que únicamente se ha asumido en pequeñas comunidades internacionales de Estados de régimen similar (Consejo de Europa, Comunidades Europeas). La no aceptación de la obligación indicada únicamente podría compensarse asumiendo la regla «aut dedere aut iudicare», pero la misma ha alcanzado de hecho un ámbito muy reducido.

El capítulo IV examina la *práctica judicial y administrativa de Bélgica* (país de la autora), en lo que a la excepción de delito político concierne. A falta de un concepto legal de delito político en la legislación belga, los Tribunales y el Ministerio de Justicia han tenido que determinarlo en cada caso concreto. El examen de numerosas resoluciones, a las que la autora del libro ha podido tener acceso, permite llegar a las siguientes conclusiones: a) la interpretación judicial del concepto de delito político es más estricta que la administrativa; b) los criterios utilizados han sido variables: subjetivos, objetivos o mixtos; c) existe la tendencia a aplicar un concepto más estricto cuando en el Estado requirente existe un régimen democrático, y cuando se trata de un delito muy grave. En general, «las decisiones de los Tribunales belgas son comparables con las de los Tribunales de los demás países» (pág. 186), mientras que el Gobierno ha ido demasiado lejos en la aplicación de la excepción de delito político a los autores de crímenes extremadamente graves, impulsado por la preocupación del respeto a los derechos del individuo.

El capítulo V y último contiene las *conclusiones y propuestas «de lege desiderata»*. La primera conclusión es que «la teoría y la práctica actuales relativas a la excepción de delito político aparecen más bien confusas... La excepción de delito político es un principio generalmente aceptado... (pero) la aplicación práctica

del principio muestra una situación relativamente caótica, en la cual la extradición de los delincuentes políticos es ciertamente denegada en teoría pero muy a menudo concedida en la práctica» (pag. 191), dependiendo en definitiva el resultado del casi ilimitado poder discrecional de los Estados, el Derecho nacional, las presiones políticas, e incluso el recurso a procedimientos distintos de la extradición (expulsión, entrega informal, secuestro).

El problema continúa siendo enfocado por leyes y estudiosos como un problema *conceptual*: partiendo del axioma de que, respetando los principios democráticos, un delincuente político no puede ser entregado, los esfuerzos técnicos se han concentrado sobre la definición de delito político y sobre la «despolitización» de los hechos de especial gravedad. Pero el planteamiento es falso, porque los delincuentes por razones políticas son sancionables en el Estado en que han delinquido, y la justicia no puede soportar que por el hecho de huir y refugiarse en otro país (lo que en nuestros tiempos es facilísimo) merezcan la impunidad. A juicio de la autora, el enfoque no debe ser conceptual sino *funcional*: cuándo la persona y el hecho cometido deben ser objeto de extradición, con independencia de la naturaleza del delito, para lo que se ha de tener en cuenta el tratamiento al que probablemente la persona sería sometida en el Estado requirente y la gravedad del hecho en el contexto del orden público internacional. Debe encontrarse un punto de equilibrio entre la protección de los individuos (hoy favorecidos por los derechos nacionales) y la protección del orden público internacional contra hechos muy graves (a lo que tienden determinados convenios multilaterales) Uno de los puntos a considerar sería la simplificación de las normas internacionales sobre extradición, asilo y estatuto de los refugiados, que hoy se solapan y producen confusión.

En suma, la autora propone, *de lege desiderata*, que el sistema de la excepción a la extradición por delitos políticos se complemente con otras dos reglas: a) el derecho de la persona reclamada a no ser entregada a un Estado que lo discriminaría, no sólo por sus convicciones políticas, sino también por razones de raza, religión, pertenencia a un grupo social o nacionalidad, y b) el principio «aut dedere aut iudicare»: el Estado que deniegue la extradición estaría siempre obligado a juzgar a la persona en cuestión ante sus propios Tribunales. El nuevo sistema corre el riesgo de sustituir el indefinible concepto de «delito político» por otro no menos vago: «tratamiento discriminatorio» en el Estado requirente, pero el riesgo podría ser obviado «internacionalizando» el procedimiento de extradición, es decir, dotándolo de los mecanismos protectores de los derechos humanos que se establecen en los convenios internacionales sobre este tema. De tal manera, el ámbito del asilo político quedaría reducido solamente a casos objetivamente justificados (persecución injusta o discriminatoria), pero se configuraría como un derecho fundamental del individuo y no como una mera facultad del Estado. El interesado tendría acceso a la Comisión de Estrasburgo o al Alto Comisionado de las Naciones Unidas, e incluso podría establecerse una especie de «cuestión prejudicial», sobre la existencia de violaciones de derechos humanos, ante el Tribunal de Estrasburgo, a la manera de la «cuestión prejudicial» sobre el Derecho comunitario que hoy existe ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. El principio «aut dedere aut iudicare» parte de la idea de la comunidad internacional de intereses en la represión de la delincuencia, y requiere que los Estados nacionales elaboren normas para establecer su jurisdicción en tales casos y que el

proceso que se siga al interesado reúna todas las garantías y recursos que hoy se consideran imprescindibles en un Estado de Derecho.

## II

La obra que se acaba de reseñar constituye la excelente tesis doctoral de su autora, la profesora Christine van den Wijngaert, Ayudante de Investigación de la Universidad Libre de Bruselas, y justifica desde luego el prestigio de que aquélla disfruta en congresos y simposios internacionales sobre Derecho internacional penal.

Tanto la información como el aparato crítico son exhaustivos. Cada afirmación aparece apoyada por numerosas y densas notas a pie de página, en que se recoge la legislación, doctrina y jurisprudencia de los países europeos occidentales y de Estados Unidos, así como las normas de los Convenios e instrumentos internacionales que regulan la materia, con precisas indicaciones sobre su localización. Abundan las referencias a casos concretos de la práctica judicial y administrativa (y no sólo del país de la autora), que constituyen uno de los aspectos más interesantes para el lector.

El libro hace honor a lo que debe ser un trabajo de investigación de un estudioso de un Estado de Derecho en nuestros días. Junto a la información histórica y a la actual, con una sistemática ordenada y rigurosa, y una exposición clara y precisa, la autora aborda con profundidad la crítica de las instituciones existentes y ofrece las propuestas *de lege ferenda* a su juicio más adecuadas para colmar las lagunas y remediar las contradicciones del sistema, en busca del aludido «punto de equilibrio entre los derechos del individuo y el orden público internacional».

El autor de esta nota comparte íntegramente los puntos de vista de la profesora Van den Wijngaert. La noción de delito político y sus consecuencias deben ser objeto de una seria revisión de conjunto, obviando continuar manteniendo por inercia afirmaciones y juicios que, lejos de ser apodícticos, responden a un planteamiento histórico que ya no es el de nuestros días. Lo que sucede es que la confusión existente permite seguir manipulando políticamente un tema que se presenta aparentemente como jurídico. De esta manera, aunque no se confiese, en cada caso concreto se decide si un delito es político de acuerdo con los intereses políticos del Estado requerido. Pero apoyar o disimular este fraude no es misión del jurista. «Lo que el jurista debe hacer es buscar fórmulas jurídicas que puedan reducir el impacto de los elementos políticos que afectan al proceso legal de extradición en la medida en que aquéllos puedan redundar en detrimento de los individuos o del orden público internacional» (pág. 229), y eso es lo que se hace en este libro magistralmente.

Aunque por supuesto el Derecho penal no puede ser la única respuesta a la delincuencia política, «ello no debería sin embargo constituir un pretexto para bloquear posteriores esfuerzos encaminados a mantener ciertos actos, cualquiera que sea su motivación política, bajo control internacional» (pág. 220). Porque efectivamente repugna al más elemental sentido de justicia «conceder asilo a las personas que, en defensa de cualesquiera ideales políticos, han violado fundamentales derechos humanos y libertades con sus actos» (pág. 202). Lo que exige un Estado

de Derecho no es la impunidad de los criminales que aleguen una motivación política (por otra parte, habría de ser una motivación *democrática*, porque en otro casos también los crímenes de los Gobiernos tiránicos habrían de quedar impunes, y no es democrático asesinar, lesionar, secuestrar o destruir, salvo que concurra un *auténtico* estado de necesidad: cfr. la «teoría de la autopreservación ideológica» de Bassiouni en las págs. 157 y 229), sino que también ellos sean sometidos a un «debido proceso legal» con las adecuadas garantías y sin discriminaciones. Por ello, las alternativas: entregar al delincuente al Estado requirente cuando su sistema legal sea fiable, o juzgarle en el Estado requerido cuando no lo sea, me parecen las únicas justas, mientras pensemos que el que mata, mutila, extorsiona o destruye, merece una sanción (con o sin la criminología crítica), a menos que prefiramos la *ley de la selva*, la vuelta al principio de autodefensa, o la manipulación hipócrita del Derecho, criterios todos que vemos indebidamente actualizados en nuestros días, pero que no pueden ser compartidos por un jurista.

Termino, pues, indicando que el libro de la profesora Van den Wijngaert es un libro bienvenido para todos quienes se interesen por el multifacético tema de la extradición y que, en un país tan escaso de bibliografía sobre el tema como es el nuestro, *su traducción sería muy deseable*. Un libro, por último, excelentemente presentado por la Editorial Kluwer, y, en lo que modestamente he podido apreciar, sin erratas, todo lo cual también es ejemplar y digno de ser resaltado en un libro de Derecho.

FRANCISCO BUENO ARÚS



# REVISTA DE REVISTAS

ALEMANIA (República Federal)

## **GOLTDAMMER'S ARCHIV FUR STRAFRECHT (GA)**

Núm. 6. Junio 1984

**JOERDEN, Iam C.:** «Die 'Verdoppelung' -ein zentrales Strukturproblem des Strafrechts» (La duplicación -un problema estructural central del Derecho penal).

El artículo demuestra cómo existen en el Derecho penal ciertos ámbitos del problema que normalmente se han considerado como heterogéneos y que, en realidad, responden a un mismo principio estructural. De ahí se desprende la necesidad de que ese principio estructural común se aplique coherentemente a todos los supuestos que inspira. Para conocer el ámbito de problemas que responden a un mismo principio, introduce el autor el concepto de «sistema de casos dual» (dyadischen Fallsystems).

**MAAS, Wolfgang:** «Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen beim Betrug (Eine kritische Analyse von Rechtsprechung und Literatur)» (La delimitación entre hacer y omitir en la estafa. Un análisis crítico de jurisprudencia y literatura).

Se pretende en esta contribución plantear y sistematizar los numerosos problemas creados especialmente en la jurisprudencia, en torno a cuándo debe considerarse una conducta subsumible en el tipo de estafa. El artículo resulta sumamente casuístico, pese a que pretende ofrecer un catálogo de tesis aplicable a una pluralidad de supuestos. Aun cuando pueda tener un cierto interés para nosotros, dada la nueva fórmula típica de la estafa en el nuevo Código penal español, no todos los supuestos que se abordan son fácilmente trasladables lo que, por otra parte, resulta frecuente en la Parte Especial.

Núm. 7. Julio 1984

**RUPING, Heinrich:** «Strafjustiz im Führerstaat» (La justicia penal en el Estado del Führer).

Los intentos de llegar a adentrarse en el Derecho del Nacionalsocialismo van actualmente desde la búsqueda de detalles sectoriales hasta la consecución de significadas controversias sobre el concepto de fascismo pasando por

la reconstrucción histórica de acontecimientos singulares. Para la investigación en el ámbito de la justicia penal no es suficiente con la interpretación de textos doctrinales o de la práctica jurisprudencial ni con la descripción de procesos concretos. En opinión del autor si se quieren obtener las verdaderas motivaciones, indagar las condiciones bajo las que era posible la justicia penal y examinar los métodos de los teóricos del nacionalsocialismo, resulta necesario relacionar entre sí teoría y práctica de la justicia penal. Alguno de los principios teóricos centrales de la justicia penal nacionalsocialista son examinados en su aplicación práctica, sobre esta base se obtiene todo el sentido de algunos pronunciamientos jurisprudenciales.

La conclusión que se pretende es que no es posible considerar la justicia penal nacionalsocialista como un cuerpo extraño que pueda excluirse de la Historia. Sin embargo, las condiciones externas en que se movieron los jueces y la ingerencia del poder ejecutivo no puede exculpar ni disimular la «perversión de la justicia penal» en el Tercer Reich, en frase de Broszat; sí puede, en cambio, aclarar la dirección de la investigación futura; más allá de intentos de justificación y de recuerdos anecdóticos; pero también más allá de los intentos de la justicia de la postguerra por superar su pasado.

Cabe cuestionarse la virtualidad de este estudio en el momento presente.

**GSTENDOF, Heribert: «Das Recht zum Hungerstrik» (El derecho a la huelga de hambre).**

Por el contrario, nos encontramos en el mismo fascículo con un trabajo que aborda una cuestión de palpante actualidad. Se trata de la publicación de las conclusiones a que el autor ha llegado en su escrito de habilitación (que, por cierto, es objeto de una elogiosa recensión efectuada por el Consejero ministerial Jerkewitz, en el mismo número). Se formulan 21 tesis sobre la huelga de hambre, en las que se destaca su carácter de medio de lucha política; lejos de constituir una novedad, pese a su reciente intensificación, cuenta con una tradición histórica. No está contemplada legislativamente, ni como prohibida ni como permitida. Sin embargo, en opinión del autor, puede encontrar su amparo en el derecho a la libre expresión o contradicción de las ideas (*kampf der Meinungen*), recogido en el artículo 5.I de la Ley fundamental de Bonn, pudiendo, en ciertos casos, también ser protegida por los artículos 8 y 4.I de la primera norma federal que se refieren al derecho de reunión y a la libertad de creencias.

La autodeterminación del propio cuerpo y de la vida tiene también su reconocimiento constitucional (art. 2.II.1) que, en absoluto colide con el deber estatal de proteger la vida y la salud.

De ahí podrían desprender por otra parte, capitales consecuencias en orden a lo que podríamos denominar «derecho al suicidio» e, incluso, en torno al, entre nosotros, tan debatido tema del consentimiento en las lesiones. Un reconocimiento constitucional de tal derecho —y no podemos olvidar que el artículo 1 de nuestra ley fundamental proclama la libertad como valor supremo del Ordenamiento jurídico— puede conducir a cuestionar la cons-

titucionalidad del artículo 409 del Código Penal y a ciertas interpretaciones del 428, como respecto de este último ha propuesto, por ejemplo, Berdugo.

En contra de la doctrina dominante, mantiene Ostendorf que la huelga de hambre carece de significación jurídico-penal; ni siquiera las que se produzcan en apoyo de ciertas acciones pueden ser consideradas como ayuda o apología del terrorismo, por ejemplo.

En opinión del autor, las medidas violentas tendentes a abortar una huelga de hambre serían punibles, siendo por el contrario coherentemente impune la conducta omisiva ante un huelga de hambre. En situaciones excepcionales, en las que existen dudas acerca de la voluntad del sujeto, no sólo hay, sin embargo, un derecho a la intervención positiva, sino incluso un deber cuya omisión podría dar lugar a una figura delictiva.

#### Núm. 8. Agosto 1984

**SCHILLING, Georg:** «Die falsche Verdächtigung nach § 164 StGB» (La falsa imputación en el parágrafo 164 del Código penal alemán).

El autor examina diversas teorías que califica de modernas, en torno al concepto de falsedad en el parágrafo 164, llegando a la conclusión de que no deben ser acogidas por razones de sistemática interna. Concretamente, rechaza que haya de tratarse de un delito de engaño (Täuschungsdelikt), debiendo volver a calificarse de delito de inculpación (Beschuldigungsdelikt), siendo, por tanto, el falsamente inculpado el sujeto pasivo, y su honor el bien jurídico protegido. No puede afirmarse que esta postura sea aplicable en Derecho español.

Entre las recensiones de que se compone la sección bibliográfica, merece destacarse la que dedica Volter a la 13.<sup>a</sup> edición de la Parte General de Wessels, especialmente en atención al interés de la obra comentada.

Juan-Carlos CARBONELL MATEU

Universidad Complutense

#### NEUE ZEITSCHRIFT FÜR STRAFRECHT (NSZ)

#### Núm. 6. Junio 1984

**REBMAN, K.:** «Strafprozessuale Bewältigung von Grossenverfahren» (La superación procesal penal del gran procedimiento).

Se mantiene que los grandes procesos o procedimientos largos suponen una gran carga para jueces y fiscales, exigiendo un acusado coste de personal de justicia. En la aportación se pretende resaltar dichos inconvenientes y buscar soluciones de «lege lata» y, sobre todo, de «lege ferenda», tendentes a acortar el procedimiento.

**RUDOLPHI, H. J.: «Primat des Strafrechts im Umweltschutz?» (¿Primacía del Derecho penal en la protección del medio ambiente?). Segunda parte.**

Se contiene la conclusión del interesante artículo de Rudolphi ya comentado en el anterior fascículo de este Anuario.

Como nota aparece un trabajo de Manspenger titulado «Absehen von Strafe auch im Strafbefehlsverfahren?» (¿Previsibilidad de la pena, también en el proceso por condena penal impuesta sin juicio oral por el Amstgericht? —análogo a nuestro Juez de Distrito—) que obviamente carece de interés para nosotros.

Núm. 7. Julio 1984

**HABERSTRON, D.: «Unschuldsvermutung und Rechtsfolgenausspruch» (Presunción de inocencia y declaración de consecuencias jurídicas).**

La presunción de inocencia del artículo 6 II MRK se mantuvo largo tiempo como poco problemático: era considerada como inspiradora general del proceso, pero sin que se le concediera especial trascendencia en la formación de órdenes concretas del mismo. Pero en los últimos tiempos se ha acudido a su valor constitucional para solucionar diversas cuestiones. El autor pretende poner nuevas consecuencias sobre la base de una clarificación sobre el significado constitucional de la presunción de inocencia.

En España se ha prestado desde el principio la debida atención a dicha presunción, y son numerosas las aplicaciones que de ella han hecho los Tribunales, especialmente el Tribunal Constitucional.

Las «aportaciones cortas» que contiene el fascículo son las siguientes: V. Streinke: «Kriminalität durch Beeinflussung von Rechnerabläufen (Criminalidad a través de la manipulación de computadoras); P. Baukelmann: «Subsidiäre Zulässigkeit eines unzulässigen Rechtesmittels bei möglicher Wiedereinsetzung, der nach dem Gesetz unmöglich ist?» (¿Legalidad subsidiaria de un medio jurídico ilegal, en caso del restablecimiento de lo que no era legalmente posible?); y, E. Schnüchter: «Zum 'Minimum' bei der Auslegung normativer Merkmale im Strafrecht» (Sobre el 'mínimo' en la interpretación de los elementos normativos en Derecho penal).

Núm. 8. Agosto 1984

**HERDEGE, G.: «Bemerkungen zum Beweisantragsrecht» (Observaciones en torno al derecho de solicitud de prueba). Tercera parte.**

Prosigue la publicación del trabajo del Magistrado Hordegen, cuyas dos primeras partes ya han sido comentadas en esta sección (ver número anterior del Anuario). En esta tercera parte se contienen observaciones en torno a importantes cuestiones sobre el rechazo de la solicitud de prueba que

tiene lugar en atención a la suposición de certeza. En este sentido, debe aclararse que la Ley Procesal Alemana (St PO) prevé, en su párrafo 244, III, la denegación de la solicitud de prueba cuando una importante declaración que deba ser probada en descargo del acusado pudiera ser tratada como si fuera cierto el hecho declarado; en otros términos, si el Tribunal tiene ya el convencimiento de la veracidad del hecho.

El autor del trabajo, lejos de pronunciarse por una limitación del ámbito de dicha «suposición de certeza», aboga por su extensión.

**KAISER, G. y MEINBERG, V.:** «Tuschelverfahren» und «Millionärsschutzparagraph»? (Empirische Erkenntnisse zur Einstellung nach 153 a I St PO am Beispiel Wirtschaftskriminalität). Suspensión del proceso y párrafo protector de millonarios (Conocimientos empíricos sobre el archivo, previsto en el § 153 a I StPO, en el ejemplo de la criminalidad económica).

Se han formulado críticas, tanto desde el punto de vista dogmático cuanto político-criminal, ante la posibilidad de archivar una causa penal con la contraprestación de cumplir unas condiciones y mandatos, de acuerdo con el § 153 a StPO, cuyo ámbito de aplicación es por demás de considerable amplitud.

Es de temer que la aplicación de dicho precepto suponga un privilegio para inculpados de alto nivel social. Así constituye un típico ejemplo los autores de delitos económicos.

En el marco de una investigación de la sección criminológica del Instituto Max-Planck, de Friburgo de Brisgovia, que dirige el profesor Kaiser, sobre «archivo de causas económicas por delitos de escasa importancia», se ha analizado esta cuestión derivada del principio de oportunidad. Se pone de manifiesto que en la consecución del archivo el papel decisivo lo juega la estrategia de la defensa, que a su vez dependerá casi siempre de la relevancia social del inculpad.

Juan Carlos CARBONELL MATEU  
Universidad Complutense

ITALIA

## RIVISTA ITALIANA DI DIRITTO E PROCEDURA PENALE

ANNO XXVII. Fac. 2. Abril-junio 1984

**VASSALLI, G.,** «Il fatto negli elementi del reato» (El hecho como elemento del delito).

En este artículo, destinado a formar parte del libro homenaje a Giacomo Delitala, Vassalli analiza lo que queda en la actualidad de la concepción tripartita del delito como hecho antijurídico y culpable propuesto por Delitala

en su conocida obra «Il fatto nella teoria generale del reato», que vio la luz en 1930. Tras hacerse eco de las críticas que en contra de la denominada «tripartición» provienen de los que consideran el delito como un todo unitario que no admite una descomposición analítica, el autor señala que todo estudio analítico responde a necesidades sistemáticas destinadas a una mejor comprensión de determinados fenómenos del derecho. Por otra parte y tras poner de manifiesto los avances de la dogmática penal o concepción moderna del delito, Vassalli sostiene que no llega a captar qué ventajas «ofrece el derecho penal moderno respecto al clásico, si bien apunta que es necesario ser consciente de las insuficiencias y limitación de la «doctrina clásica del delito». Tras analizar las relaciones entre el hecho y el resto de los elementos del delito, Vassalli concluye señalando que la concepción tripartita propuesta por Delitala puede aún constituir un modelo válido para analizar el fenómeno delictivo.

**PIZZORUSO, A.: «Dissonanze e incomprensioni tra la concezione penalistica e la concezione costituzionalistica delle immunità parlamentaria» (Divergencias e incomprensiones entre la concepción penal y la concepción constitucional en torno a la inmunidad parlamentaria).**

Se trata de un artículo en el que Pizzoruso estudia la inviolabilidad y la inmunidad parlamentaria en el derecho comparado con la finalidad de buscar un conjunto de principios armónicos y racionales aplicables a estas instituciones. Tras señalar que las múltiples incoherencias de la institución hacen prácticamente imposible dicha búsqueda el articulista pone de manifiesto cómo para un sector doctrinal la inmunidad parlamentaria es una institución anacrónica y obsoleta que atenta contra el principio de igualdad, posición que él no comparte, pues entiende que para saber si nos encontramos ante una «conculcación real del principio de igualdad no es suficiente la existencia de una o varias disposiciones que recojan un tratamiento dispar, sino que es necesario demostrar que tal disparidad de tratamiento no está justificada por una situación de hecho objetiva». El trabajo finaliza con la propuesta de que las discusiones doctrinales se encaminen hacia la búsqueda de una mayor homogeneidad entre los aspectos penal y constitucional de la institución.

**DOLCINI, E.: «Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione» (Sanción penal o sanción administrativa: problemas de la ciencia de la legislación).**

Este interesante trabajo constituye un análisis del Título I de la Ley 689/81, de 24 de noviembre, reguladora del poder sancionador de la administración. Del análisis realizado el articulista extrae la consideración de las sanciones administrativas, por parte del legislador de 1981 como instrumentos de tutela de bienes jurídicos al igual que las sanciones criminales. Se señala en este

sentido cómo en el ámbito del ilícito administrativo deberían tener cabida comportamientos cuyo desvalor no justifique recurrir a la pena criminal, bien porque ésta sea desproporcionada en relación con el interés en juego o con la modalidad de la agresión. Por otra parte también se señala cómo la sanción administrativa podría ser utilizada no ya para reprimir ilícitos leves, sino como medida preventiva análoga a la de la sanción pena-criminal. Contra el proceso de penalización que comprende la protección de los intereses sociales frente a las más graves amenazas, así como comportamientos cuya potencialidad de daño es insignificante o no existe el autor del trabajo propone un recurso mayor a la sanción administrativa, máxime desde la promulgación de la ley de 1981, para así evitar una hipertrofia del derecho penal.

**STORTONI L., «Prolifi costituzionali della non punibilità» (Aspectos constitucionales de la no punibilidad).**

El autor se ocupa en este trabajo de los problemas de compatibilidad constitucional que supone la existencia de delitos penales no punibles. Señala Stortoni que existen límites que no pueden sobrepasarse por el legislador cuando éste tipifica las causas de exclusión de la punibilidad, y analiza el papel que desempeña en esta materia el artículo 3.º de la Constitución Italiana que establece el principio de igualdad ante la ley, artículo que en su opinión puede verse conculcado por la existencia de normas de favor (excusas absolutorias).

Además de los artículos señalados en el presente número, incluye un artículo de De Francesco sobre los delitos de asociación política en el Código Rocco y un artículo de contenido procesal cuyo autor es Arru y que versa sobre las medidas preventivas de índole especial y el derecho de defensa.

Carlos SUAREZ GONZALEZ





# NOTICARIO

## CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL

El Cairo, del 1 al 7 de octubre de 1984

### DELITOS DE OMISION - RESOLUCIONES DEL CONGRESO

#### *Ciertas tendencias del Derecho penal contemporáneo*

1. La realidad contemporánea pone en evidencia una interdependencia recíproca siempre más estrecha entre los individuos y entre los individuos y la sociedad. Esto deriva una serie compleja de ciertas conductas y un creciente paralelo del fenómeno omisivo (en el sentido prejurídico).

2. La doctrina ha comprendido perfectamente esta situación como lo demuestra el desarrollo científico de estos temas en el curso de estos últimos años.

3. La amplitud del fenómeno difiere de sociedad en sociedad y su reglamentación jurídica principalmente en el dominio penal. Está igualmente influenciado por las diferentes ideologías, los sistemas socioeconómicos y las tradiciones culturales. Sin embargo, se señala una tendencia bastante generalizada a ampliar las intervenciones penales, sea de los legisladores que prevén —sobre todo en el dominio del Derecho penal especial— delitos de omisión siempre más numerosos, sea por la interpretación judicial que extiende —sin un criterio suficientemente seguro— ciertas disposiciones de ley penal en conductas de omisión y que castiga un número de omisiones siempre más amplio a título de participación por omisión en las conductas activas de otro sujeto.

Valdría pues poner en evidencia los principios generales que pueden suministrar un cuadro adecuado en el cual el legislador podrá intervenir considerando los diversos intereses a proteger y el juez podrá encontrar criterios precisos y conformes a las reglas generales sobre la responsabilidad penal.

#### *Terminología*

Dado que el criterio de distinción entre los delitos de pura o propia omisión y los delitos impropios de omisión no es unánime en la doctrina, para evitar parcialidad no necesaria y teniendo en cuenta que desde el punto de vista de la política criminal es más importante distinguir los casos de tipificación de los que la tipicidad dependa de la interpretación de una figura de delito por acción, adoptamos la denominación «*de delito de omisión legalmente tipificado*» (conocido como delito de omisión propiamente dicho) «*delitos de omisión no legalmente tipificados*» (conocidos como delitos de comisión por omisión o delitos de omisión impropia).

*Delitos de omisión legalmente descritos (llamados también delitos de omisión propia)*

En varios países se observa un aumento del número de delitos de omisión descritos por el legislador (omisión propiamente dicha), debido a razones que no responden siempre a las exigencias de una política criminal moderna.

La regla para el recurso a la sanción penal como medio de defensa a los intereses del individuo y de la sociedad no debe ser la última *ratio*, debe aplicarse también a las obligaciones de hacer que el ciudadano tiene.

Sobre esta base se cree poder recomendar a los legisladores:

a) Considerar siempre en el momento de la decisión de penar la violación de una obligación de hacer la importancia real del interés que se quiere proteger, así como ciertos deberes fundamentales del individuo hacia la sociedad.

b) Recurrir pues en línea principal a las sanciones puramente civiles o administrativas conforme a las tendencias generales de despenalización de los delitos menos importantes; y principalmente limitar los delitos penales de omisión no intencionales, la persecución de los cuales podría quedar referido al dominio de las contravenciones administrativas.

c) Evitar el abuso de «normas penales en blanco» que sancionan penalmente ciertas infracciones en los reglamentos o disciplinas administrativas.

*Delitos de omisión no descritos legalmente (llamados también delitos de comisión por omisión)*

La reglamentación de los delitos de comisión por omisión donde la conducta imputada no está precisamente descrita por la ley plantea problemas serios desde el punto de vista del respeto al principio de legalidad. Hay aquí un temor, sobre todo, en ciertos países y en ciertos momentos políticos, a una extensión incontrolada y arbitraria de los límites de las normas penales. Las disposiciones contenidas en la parte general de ciertos códigos penales con referencia a los delitos de comisión por omisión no responden siempre a exigencias ciertas y de legalidad ni a las reglas de proporción entre el hecho cometido y la sanción.

Se desea por tanto que los legisladores intervengan para definir mejor las condiciones de incriminación en este tipo de delitos.

Las técnicas normativas para alcanzar este resultado pueden ser, muy generalmente, del tipo siguiente:

1) Mejorar las maneras de reglamentación como ya haya sido previsto en la parte general de ciertos códigos.

2) Una descripción detallada de las omisiones incriminadas en la parte especial del Código penal.

Si esta segunda solución no puede ser practicable, deberán por lo menos perfeccionarse las reglas generales existentes en los códigos o elaboradas por los intérpretes estableciendo las condiciones mínimas siguientes:

a) La obligación de señalar, cuando la violación contribuya a la realización de un resultado que entrañe la responsabilidad penal del autor de la violación,

no deberá ser solamente moral o social sino que deberá ser estrictamente jurídica enmarcada en una ley, un reglamento, un contrato u otras fuentes jurídicas reconocidas.

b) Para poder ser considerado responsable el sujeto debe encontrarse en posición de garantizar el bien protegido poseyendo un poder de dominación sobre algunas condiciones esenciales de la verificación del acontecimiento típico.

c) Los deberes legales válidos para establecer las funciones de garante deberán estar dirigidas a una categoría especialmente determinada de sujetos que se encuentran en una situación personal legalmente especificada.

d) La omisión debe corresponder a la realización del resultado contrario a la ley mediante acción.

Deberá restringirse la figura de los delitos de comisión por omisión referentes a los bienes jurídicos esenciales del individuo o de la comunidad.

Se sugiere también considerar si el delito de comisión por omisión no deberá estar sometido a penas menos graves que las previstas para el delito correspondiente realizado mediante acción.

### *Culpabilidad y dolo*

En todos los delitos de omisión el delito implica al menos el conocimiento de la situación de hecho respecto a la cual la ley impone la obligación de actuar.

En los delitos de comisión por omisión el dolo comprende también la voluntad de no prevenir el resultado que es elemento constitutivo legal de la infracción.

En los delitos de comisión por omisión no intencionales la falta implica también la posibilidad y el deber de prever el resultado.

### *Participación*

La participación por omisión en un delito cometido por un tercero deberá estar regida por los mismos principios enunciados antes con respecto al delito de comisión por omisión:

- a) Existencia de una obligación jurídica.
- b) Posición de garante del bien protegido por la ley penal.
- c) Correspondencia de la omisión en la realización del acontecimiento típico mediante acción.
- d) Restricción de la responsabilidad a los atentados más graves.

### *Responsabilidad por omisión en el seno de grupos*

Dada la gran importancia del fenómeno de la criminalidad propia de las empresas y sociedades, es necesario que los legisladores precisen las condiciones de la responsabilidad por omisión en el seno de los grupos, dentro del respeto a los principios generales de la responsabilidad personal.

# INDICE GENERAL DEL TOMO XXXVII

## AÑO 1984

TOMO XXXVII - FASCICULO III - SEPTIEMBRE-DICIEMBRE

	<i>Páginas</i>
<b>SECCION DOCTRINAL</b>	
<i>Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios</i> , por Gonzalo Rodríguez Mourullo ... ..	677
<i>Límites político-criminales del delito de comisión por omisión</i> , por Angel Torío López ... ..	693
<i>Concepto interdisciplinar de la criminología: Carencias y complementos</i> , por Antonio Beristain ... ..	709
<i>Notas sobre la teoría jurídica del delito ante la reforma del Código Penal de 1983 (Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio) y las nuevas perspectivas legislativas</i> , por Ignacio Muñagorri Laguía ... ..	723
<b>CRONICAS EXTRANJERAS</b>	
<i>Entre la «santidad» y la «calidad» de la vida</i> , por el profesor Dr. Albin Eser ... ..	747
<b>SECCION LEGISLATIVA</b>	
Leyes orgánicas ... ..	783
Proyecto de Ley ... ..	800
<b>CIRCULARES, CONSULTAS DE LA FISCALIA G. DEL E.</b>	
Incompatibilidad del cargo de Fiscal de Paz con otros públicos.	949
<b>SECCION DE JURISPRUDENCIA</b>	
<i>Jurisprudencia Constitucional</i> , por Antonio González-Cuéllar García.	953
<i>Jurisprudencia penal</i> , por Luis Felipe Antón ... ..	963
<b>SECCION DE BIBLIOGRAFIA</b>	
<i>Revista de libros</i> ... ..	995
<i>Revista de revistas</i> ... ..	1007
<b>NOTICIARIO</b>	
Congreso Internacional de Derecho penal ... ..	1015

# INDICE

## SECCION DOCTRINAL

	<u>Páginas</u>
<i>Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios,</i> por Gonzalo Rodríguez Mourullo ... ..	677
<i>Límites político-criminales del delito de comisión por omisión,</i> por Angel Torio López ... ..	693
<i>Concepto interdisciplinar de la criminología: Carencias y complementos,</i> por Antonio Beristain ... ..	709
<i>Notas sobre la teoría jurídica del delito ante la reforma del Código Penal de 1983 (Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio) y las nuevas perspectivas legislativas,</i> por Ignacio Muñagorri Lagufa ... ..	723

## CRONICAS EXTRANJERAS

<i>Entre la «santidad» y la «calidad» de la vida,</i> por el profesor Dr. Albin Eser.	747
---	-----

## SECCION LEGISLATIVA

Leyes orgánicas ... ..	783
Proyecto de Ley ... ..	800

## CIRCULARES Y CONSULTAS DE LA FISCALIA G. DEL E.

Incompatibilidad del cargo de Fiscal de Paz con otros públicos ... ..	949
---	-----

## SECCION DE JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia Constitucional, por Antonio González-Cuéllar García ... ..	953
Jurisprudencia penal, por Luis Felipe Ruiz Antón ... ..	963

## SECCION DE BIBLIOGRAFIA

Revista de libros ... ..	995
Revista de revistas ... ..	1007

## NOTICIARIO

Congreso Internacional de Derecho penal ... ..	1015
--	------

**PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE  
ESTUDIOS JURIDICOS**

1. Antonio HERNÁNDEZ GIL, *El testamento militar*, 1946, 241 págs. (tela, 400 ptas.).
2. Antonio HUERTA FERRER, *La relación de causalidad en la teoría del delito*, 1948, 377 págs. (tela, 500 ptas.).
3. José MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, *La condición jurídica del «nasciturus» en el Derecho español*, 1946, 270 págs. (tela, 400 pesetas).
4. José M.<sup>a</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, *El hurto propio*, 1946, 251 págs. (tela, 400 ptas.).
5. Juan DEL ROSAL, *Estudios penales*, 1948, 348 págs. (tela, 500 pesetas).

**AVISO IMPORTANTE**

Hay existencias limitadas de números sueltos de años anteriores, con excepción de los fascículos I y II del año 1948, fascículos I y III del año 1953, fascículos I, II y III del año 1954, fascículos I, II y III del año 1955, fascículos I y II del año 1956, fascículo II del año 1958, fascículo I del año 1957, fascículo III del año 1961, fascículos I y II del año 1964, fascículo III del año 1965 y fascículo II del año 1966.

Formulen sus pedidos a través de su librería habitual o directamente al Servicio de Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Duque de Medinaceli, núms. 6 y 8, teléfono 429 25 51, Madrid-28014.

**NUEVO TELEFONO DEL INSTITUTO NACIONAL DE  
ESTUDIOS JURIDICOS**

**TEL. 429 25 51**

Suscripción anual: España, 3.700 pesetas  
Extranjero, 4.100 pesetas  
Número suelto: España, 1.500 pesetas  
Extranjero, 1.900 pesetas