

ANUARIO  
DE  
DERECHO PENAL  
Y  
CIENCIAS PENALES

TOMO XXXVIII  
FASCICULO II



MAYO-AGOSTO  
MCMLXXXV

# 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.\***

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 IPINA**  
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 GARCIA-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 Universidad  
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, 3.700 ptas. Extranjero, 4.100 ptas.

Precio del fascículo suelto: España, 1.500 ptas. Extranjero, 1.900 ptas.

Primer fascículo aparecido: Enero-abril 1948.

Ultimo fascículo aparecido: Enero-Abril 1985.

---

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

S E R I E 1

PUBLICACIONES PERIODICAS

N U M E R O 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 XXXVIII  
FASCICULO II



MAYO-AGOSTO  
MCMLXXXV

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

## SECCION DOCTRINAL

# La regulación del error de prohibición en el Código penal español y su trascendencia en los delitos monetarios \*

JOSE CEREZO MIR

Catedrático de Derecho penal en la Universidad de Zaragoza

El error de prohibición, o sobre la antijuridicidad de la conducta, está regulado en el párrafo tercero del artículo 6. bis a), introducido por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del Código penal.

De acuerdo con dicho precepto: «La creencia errónea e invencible de estar obrando lícitamente excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuere vencible se observará lo dispuesto en el artículo 66». Este último artículo contiene la atenuación de la pena prevista para las eximentes incompletas: «Se aplicará la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley cuando el hecho no fuere del todo excusable por falta de alguno de los requisitos que se exigen para eximir de responsabilidad criminal en los respectivos casos de que se trata en el artículo 8.º, imponiéndola en el grado que los tribunales estimaren conveniente, atendido el número y entidad de los requisitos que faltaren o concurrieren».

La regulación del error de prohibición en el párrafo 3.º del artículo 6.º bis a) se aparta de la llamada teoría del dolo, que era la dominante en nuestro país hasta que por la Ley de 25 de junio de 1983 se introdujo por primera vez en nuestro Código una regulación expresa del error (1). De acuerdo con la teoría del dolo, la conciencia de la antijuridicidad de la conducta es un elemento del dolo. El error de prohibición excluye el dolo y si es vencible puede dar lugar únicamente a una

(\*) Ponencia mantenida en el Primer Congreso de la Asociación Hispanoalemana de Juristas celebrado en Madrid del 10 al 14 de abril de 1985.

(1) Véase, por ejemplo, ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, Madrid, 1949, págs. 206-7; CUELLO CALÓN-CAMARGO, *Derecho Penal, I, Parte General*, vol. 1.º, 18. ed., 1980, págs. 442 y 449; RODRÍGUEZ DEVEZA, *Derecho Penal Español, Parte General*, 8.ª ed., Madrid, 1981, págs. 441-2, 450 y 602-3; y RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal, Parte General*, Madrid, Cívitas, 1977, página 257; y las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de abril de 1974 (A. 1.677), 9 de noviembre de 1974 (A. 4.281), 15 de abril de 1975 (A. 1.637), 15 de mayo de 1975 (A. 2.222), 2 de febrero de 1976 (A. 303), 30 de marzo de 1976 (A. 1.355), 31 de marzo de 1977 (A. 1.366), 4 de octubre de 1977 (A. 3.665), 18 de noviembre de 1978 (A. 3.448) y 30 de enero de 1979 (A. 277).

responsabilidad por culpa o imprudencia (la llamada culpa jurídica, o de la prohibición), mientras que si el error era invencible quedarían excluidos el dolo y la culpa.

¿Por qué se apartó el legislador de la teoría del dolo, que era la dominante en nuestro país? El artículo 6.<sup>o</sup> bis a) es prácticamente idéntico al párrafo tercero del artículo 20 del Proyecto de nuevo Código Penal español de 1980: «La creencia errónea, probada e invencible de estar obrando lícitamente excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuere vencible se observará lo dispuesto en el artículo 81». En este último artículo se regulaba la atenuación de la pena para las eximentes incompletas (2). En el Proyecto de 1980 se adoptaba el criterio de la excepcionalidad del castigo de los delitos culposos. Según el artículo 18: «Las acciones y omisiones culposas sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley». La teoría del dolo resultaba inviable. Un error, aunque fuera muy fácilmente vencible, sobre la antijuridicidad de la conducta excluiría el dolo y daría lugar a la impunidad, siempre que faltase la correspondiente figura delictiva culposa. Lo cual sucedería en la inmensa mayoría de los casos. Así lo hice notar en el seno de la Sección de Derecho Penal de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia y éste fue el argumento decisivo que dio lugar a la aprobación por unanimidad de la regulación del error de prohibición del párrafo tercero del artículo 19 del Anteproyecto de 1979, correspondiente al párrafo tercero del artículo 20 del Proyecto de 1980 (3).

El legislador, en 1983, adoptó la regulación del error de prohibición prevista en el párrafo tercero del artículo 20 del Proyecto de 1980, a pesar de que en el Código penal vigente no sólo no rige el principio de la excepcionalidad del castigo de los delitos culposos, sino que su regulación en las cláusulas generales de los artículos 565, núm. 3.<sup>o</sup> del artículo 586 y artículo 600 se basa en el criterio opuesto,

(2) Se preveía la atenuación de la pena tan sólo en un grado, dada la menor gravedad de las penas en el Proyecto de 1980. Esta disminución de las penas obedecía principalmente al deseo de acercar la pena nominal a la real, razón por la cual no se incluía la institución de la redención de penas por el trabajo.

(3) En la Sección de Derecho Penal de la Comisión General de Codificación se rechazaron las siguientes fórmulas alternativas, en la regulación del error sobre un elemento del tipo y del error de prohibición, que habían sido ofrecidas a la consideración de la misma por la Ponencia: «Art. 19: El error probado e invencible sobre un elemento integrante de la infracción penal o que agrave la pena, excluye la responsabilidad criminal o la agravación en su caso. La creencia errónea, probada e invencible, de estar obrando lícitamente, excluye la responsabilidad criminal. En los dos supuestos anteriores si el error fuere vencible, atendidas las circunstancias del hecho y la personalidad del autor, la infracción será castigada, en su caso, como culposa». «Art. 19: El error probado e invencible sobre un elemento integrante de la infracción penal o que agrave la pena, excluye la responsabilidad criminal o la agravación en su caso. La creencia errónea, probada e invencible, de estar obrando lícitamente excluye la responsabilidad criminal. En los dos supuestos anteriores si el error fuere vencible, según las circunstancias del hecho y la personalidad del autor, podrá ser tenido en cuenta por los Tribunales para determinar la responsabilidad».

de que debe castigarse, en principio, con penas la realización culposa de todas las figuras delictivas, siempre que ésta sea posible.

La regulación del error de prohibición del párrafo tercero del artículo 6.º bis a) se inspira en la teoría de la culpabilidad. De acuerdo con esta teoría, formulada por Welzel, la conciencia de la antijuridicidad de la conducta no es un elemento del dolo. El error sobre la antijuridicidad de la conducta, o error de prohibición, no afecta, por ello, al dolo. El error de prohibición vencible podrá dar lugar únicamente a una atenuación de la pena del delito doloso. El error invencible excluye la culpabilidad y la pena (4). La teoría de la culpabilidad ha hallado acogida en los más modernos Códigos penales: en el Código penal suizo (art. 20), en la nueva parte general del Código penal alemán (art. 17), en el nuevo Código penal austriaco (arts. 9, 34, 41) y en el nuevo Código penal portugués, de 1982 (art. 17).

En nuestro país, propuse la aplicación de la teoría de la culpabilidad mucho antes de la introducción del artículo 6.º bis a), en mi artículo «La conciencia de la antijuridicidad en el Código penal español», publicado en 1964 en la «Revista de Estudios Penitenciarios» (5). Sugerí, para ello, una solución similar a la propuesta por Welzel en Alemania, antes de que en el Código penal de aquel país se regulara el error de prohibición, con arreglo a la teoría de la culpabilidad. Proponia para el error de prohibición invencible la aplicación por analogía (*analogía in bonam partem*) de la eximente de enajenación mental o trastorno mental transitorio, del núm. 1.º del art. 8.º y para el error de prohibición vencible la aplicación por analogía de la eximente incompleta de enajenación mental o trastorno mental transitorio. En nuestro Código las eximentes incompletas se aprecian como atenuantes, de acuerdo con lo previsto en el núm. 1.º del artículo 9.º.

Esta propuesta no prosperó en la práctica —pues tropezaba con el obstáculo de que nuestro Tribunal Supremo no admite la apreciación de eximentes por analogía (6)—, pero inspiró la regulación del error de prohibición en el artículo 20 del Proyecto de 1980 y en el artículo 6.º bis a) del Código penal vigente.

La regulación del error de prohibición en el párrafo 3.º del artículo 6.º bis a) presenta una variante en relación con la teoría de la culpabilidad formulada por Welzel. En los supuestos de error de prohibición vencible, la atenuación de la pena es obligatoria. Esto supone el inconveniente de que la pena tiene que ser atenuada aunque el error fuera muy fácilmente vencible, pero es, en cambio, más acorde con el principio de culpabilidad. Aunque el error fuera muy fácilmente vencible, lo cierto es que el sujeto no tenía conciencia de la antiju-

(4) Véase WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11 cd., Walter de Gruyter, Berlín, 1969, págs. 164 y ss., y *El nuevo sistema del Derecho Penal*, Barcelona, Ariel, 1964, págs. 112 y ss.

(5) Número 166, julio-septiembre, incluido en mi libro, *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Madrid, Tecnos, 1982, págs. 74 y ss.

(6) Véase, por ejemplo, las sentencias de 8 de marzo de 1872, 20 de abril de 1911, 23 de octubre de 1913, 24 de febrero de 1917, 3 de junio de 1948, 19 de junio de 1952 y 15 de marzo de 1956 (A. 786).

ridicidad de su conducta y estaba disminuida, por tanto, su capacidad de obrar conforme a Derecho. La reprochabilidad personal de su conducta antijurídica es menor que si obrara con conciencia de la antijuridicidad. Por otra parte, el juez puede en estos casos, de acuerdo con lo previsto en el artículo 66, reducir considerablemente la atenuación de la pena; puede aplicar la pena inferior en un grado, en su grado máximo (8). De este modo se palia el excesivo rigor de la teoría de la culpabilidad y por otra parte, se pone claramente de manifiesto que la objeción de seguimiento excesivamente dócil de la regulación del error de prohibición en el artículo 17 del Código penal alemán (9), carece de fundamento.

La introducción de esta variante en la teoría de la culpabilidad ha dado pie, sin embargo, a la consideración por un sector minoritario de la moderna Ciencia del Derecho Penal española, de que la regulación del error de prohibición en el párrafo tercero del artículo 6.<sup>º</sup> bis a) se inspira en la teoría del dolo. El precepto que dispone que: «Si el error fuere vencible se observará lo dispuesto en el artículo 66», sería sólo una regla de determinación de la pena de la culpa *iuris* o culpa de Derecho (10). Estaríamos ante una fórmula similar a la sugerida en último término por Torío, para el caso de que no se aceptara la teoría del dolo en su versión estricta, con arreglo a la cual el error de prohibición vencible daría lugar a la impunidad siempre que no existiera una figura delictiva culposa paralela. Según Torío, podría introducirse al final del Libro II, en su último Título («De la imprudencia punible») un precepto en que se regulara, con carácter general,

(7) Véase ya, en este sentido, mi artículo *Zur Doppelstellung des Vorsatzes aus der Sicht der spanischen Strafrechtswissenschaft*, Z. Str. W., tomo 93, 1981, fasc. 3.<sup>º</sup>, pág. 1022, publicado en castellano. *La doble posición del dolo en la Ciencia del Derecho penal española*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, 1981, fasc. 2-3, pág. 460 e incluido en mi libro, *Problemas fundamentales del Derecho penal*, págs. 202-3. De otra opinión, E. BACIGALUPO, *El error sobre los elementos del tipo y el error sobre la antijuridicidad o la prohibición*, en *La reforma penal de 1983*, Comentarios a la Legislación Penal, tomo V, vol. 1.<sup>º</sup>, Madrid, Edersa, 1985, págs. 58 y 61 y ss.

(8) Véase, en este sentido, Carlos M.<sup>º</sup> ROMEO CASABONA, *El error evitable de prohibición en el Proyecto de 1980*, ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, 1981, fasc. 2-3, pág. 759. BACIGALUPO, en el lug. cit. en la nota anterior (pág. 62), no interpreta correctamente la opinión de Romeo Casabona, pues ni éste considera que la atenuación obligatoria de la pena sea una disposición reguladora de los casos de ceguera jurídica, ni desconoce que la construcción de Mezger permitía aplicar en esos supuestos la pena íntegra del delito doloso, Bacigalupo, parece, en cambio, olvidar que lo que Mezger pretendía, mediante su teoría de la ceguera jurídica o de la enemistad al Derecho, era evitar la *impunidad* en los supuestos de error muy fácilmente vencible, a que daba lugar la teoría del dolo, al regir en el Código penal alemán el principio de la excepcionalidad del castigo de los delitos culposos.

(9) Véase, en este sentido, A. TORÍO, *Tipo, error de tipo y de prohibición: crítica de la reforma penal*, en *Reformas penales en el mundo de hoy*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1984, pág. 113.

(10) Véase, en este sentido, M. COBO DEL ROSAL, T. S. VIVES ANTÓN, *Derecho Penal, Parte General*, Universidad de Valencia, 1984, pág. 560, y S. MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, Barcelona, P.P.U., 1984, págs. 548-9.

el error de prohibición, previendo, en caso de error vencible, una atenuación de la pena del delito doloso correspondiente en uno o dos grados (11).

Esta interpretación carece, a mi juicio, de fundamento. Dada la actual regulación del error de prohibición, es indudable que la conciencia de la antijuridicidad de la conducta no es un elemento del dolo en nuestro Código (12). En los supuestos de error de prohibición vencible no queda excluida la responsabilidad dolosa, como sucede con el error vencible sobre un elemento del tipo, a tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del mismo artículo 6.<sup>º</sup> bis a): «Si el error a que se refiere el párrafo anterior fuere vencible, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, la infracción será castigada, en su caso, como culposa». En el párrafo tercero del artículo 6.<sup>º</sup> bis a) se dispone, en cambio, para el error de prohibición vencible la aplicación de la atenuación de la pena prevista para las eximentes incompletas en el artículo 66.

El error de prohibición puede plantearse tanto en los delitos dolosos como en los culposos (13) y la regulación del error de prohibición vencible en el párrafo tercero del artículo 6.<sup>º</sup> bis a) no afecta a la calificación de un delito como doloso o culposo, sino que da lugar, en ambos casos, únicamente a una atenuación de la pena en uno o dos grados. No puede estimarse, por ello, que se trate de una regla de determinación de la pena de la culpa *iuris* o la culpa de Derecho; cuyo

(11) Véase A. TORÍO, *El error evitable de prohibición en el Proyecto de Código Penal. Indicaciones de política legislativa sobre la «Teoría de la culpabilidad»*, en *La reforma penal y penitenciaria*, Universidad de Santiago de Compostela, 1980, págs. 263 y ss.

(12) Véase también, en este sentido, Susana HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, Madrid, Tecnos, 1984, pág. 141, nota 121 y ya anteriormente, en relación con el precepto, prácticamente idéntico, del párrafo tercero del art. 20 del Proyecto de Código penal, de 1980, *El error vencible de prohibición en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal*, de 1980, Cuadernos de Política Criminal, núm. 12, 1980, págs. 35 y ss.; A. TORÍO LÓPEZ, *Tipo, error de tipo y de prohibición: crítica de la reforma penal*, lug. cit., págs. 109, 111 y 112-3 y ya antes en relación con el párrafo tercero del art. 20 del Proyecto de Código Penal de 1980, *El error evitable de prohibición en el Proyecto de Código Penal. Indicaciones de política legislativa sobre la «Teoría de la culpabilidad»*, lug. cit., págs. 249 y ss.; RODRÍGUEZ RAMOS, *Error sobre el tipo y error de prohibición en el Proyecto de Código Penal. La Ley*, año I, 1980, núm. 48, página 1073; ROMEO CASABONA, *El error evitable de prohibición en el Proyecto de 1980*, lug. cit., págs. 740 y ss.; J. M. ZUGALDÍA ESPINAR, *El tratamiento jurídico-penal del error en el art. 20 del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal español de 1980*, Cuadernos de Política Criminal, núm. 15, 1981, pág. 514; María Luisa MAQUEDA, *El error sobre las circunstancias. Consideraciones en torno al artículo 6 bis A) del Código Penal*, Cuadernos de Política Criminal, núm. 21, páginas 700-1; y José Luis DÍEZ RIPOLLÉS, *Die jüngsten strafrechtlichen und strafprozessualen Reformen in Spanien*, Juristenzeitung, 1984, fasc. 12, pág. 561.

(13) Véase ya, en este sentido, J. M. ZUGALDÍA ESPINAR, *El tratamiento jurídico-penal del error en el artículo 20 del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal español de 1980*, lug. cit., pág. 519, nota 46.

(14) Véase, a este respecto, mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, I, Introducción, Teoría jurídica del delito /1*, 2.<sup>ª</sup> ed., Madrid, Tecnos, 1981, págs. 411 y ss.

lugar adecuado, por otra parte, serían las cláusulas generales de los artículos 565, núm. 3.º, del artículo 586 y artículo 600, donde se regulan la mayor parte de los delitos culposos en nuestro Código.

El dolo, en nuestro Código, es simplemente la conciencia y voluntad de la realización de los elementos objetivos del tipo, cuya pertenencia a lo injusto o a la culpabilidad no nos compete dilucidar aquí (14). La conciencia de la antijuridicidad es, en todo caso, un elemento independiente del dolo, perteneciente a la culpabilidad (15).

En el artículo 6.º bis a) no se incluye, por otra parte, una regulación expresa del error sobre las circunstancias que sirven de base a las causas de justificación. No me es posible, por la limitación establecida al tiempo de mi intervención, ocuparme aquí de este problema. Creo, sin embargo, con base en argumentos que he expuesto en otro lugar (16), que sólo la teoría de la culpabilidad pura se ajusta a la voluntad de la ley, en nuestro Código. Es decir, el error sobre las circunstancias que sirven de base a las causas de justificación es un error de prohibición, incluido en el párrafo 3.º del artículo 6.º bis a). No es un error sobre elementos (negativos) del tipo, ni es posible aplicarle, por analogía, la regulación del error sobre un elemento del tipo de los párrafos primero y segundo del artículo 6.º bis a).

El Tribunal Supremo español no se ha percatado de la trascendencia de la regulación del error de prohibición en el párrafo 3.º del artículo 6.º bis a) y sigue considerando que la conciencia de la antijuridicidad es un elemento del dolo. En la S. de 19 de octubre de 1983 (A. 4764), en un supuesto de intrusismo, declara: «es lo cierto que en el orden de la culpabilidad no puede estimarse que haya concienciado el requisito del dolo, pues, como es obvio, éste queda eliminado por la creencia racional y fundada de que se obra conforme a Derecho». En la S. de 17 de noviembre de 1983 (A. 5505), en un supuesto de tenencia ilícita de armas, declara: «dolo o intención... es un estado de conciencia interno e inasequible a la observación directa de los extraños y que se manifiesta por hechos exteriores del agente y de aquellos hechos aparece no sólo la conciencia o voluntariedad del acto, sino también la conciencia de su ilicitud, que sólo se podría haber desvanecido, de haberse alegado y probado un error de hecho o derecho, se-

(15) La regulación del error de prohibición en la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal, de 1983, es sustancialmente idéntica a la del párrafo 3.º del art. 6.º bis a) del Código penal vigente. Según el apartado 3 del art. 17: «El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuere vencible se aplicará la pena inferior en uno o dos grados». Tampoco en la Propuesta la conciencia de la antijuridicidad de la conducta es un elemento del dolo. En contra de la interpretación de la regulación del error vencible como una regla de determinación de la pena de la culpa o imprudencia *iuris* cabría alegar, además, que ello estaría en contradicción flagrante con el principio de la excepcionalidad del castigo de los delitos culposos establecido en el art. 15: «Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley».

(16) Véase el capítulo XV de la 3.ª ed. de mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, I, Introducción, Teoría Jurídica del Delito/1*, de próxima publicación por la Editorial Tecnos.

gún la antigua terminología, ahora error de tipo, error de prohibición». En estas dos sentencias el Tribunal Supremo no se refiere ni a la teoría del dolo, ni a la de la culpabilidad, ni a la nueva regulación del error en el artículo 6.<sup>º</sup> bis a). En la Sentencia de 1 de febrero de 1984 (A. 700) parece interpretar la regulación del error de prohibición en el párrafo 3.<sup>º</sup> del artículo 6.<sup>º</sup> bis a) en el sentido de la teoría del dolo, pues dice «que recoge en definitiva la doctrina científica y de esta Sala sobre esa figura penal», citando sentencias anteriores a la Ley de 25 de junio de 1983, en que el Tribunal Supremo seguía la teoría del dolo. Esta interpretación del Tribunal Supremo de la regulación del error de prohibición en el párrafo 3.<sup>º</sup> del artículo 6.<sup>º</sup> bis a) carece, como hemos visto, de fundamento.

La cuestión tiene trascendencia en el ámbito de los delitos monetarios, regulados en la Ley 40/1979, de 10 de diciembre sobre régimen jurídico de control de cambios, modificada por la Ley Orgánica 10/1983, de 16 de agosto. Según el artículo 7.<sup>º</sup> del Código penal: «No quedan sujetos a las disposiciones de este Código los delitos y faltas que se hallen penados por leyes especiales. No obstante, si les serán de aplicación las disposiciones de este capítulo». Entre ellas se encuentra la regulación del error sobre un elemento del tipo y del error de prohibición en el artículo 6.<sup>º</sup> bis a). También en el ámbito de los delitos monetarios, por tanto, el error de prohibición vencible da lugar a una atenuación de la pena de los delitos dolosos (art. 6.<sup>º</sup>) o culposos (art. 8.<sup>º</sup>), de acuerdo con lo previsto en el artículo 66. La atenuación de la pena es obligatoria y de una importancia considerable. Se trata de la disminución de las penas en uno o dos grados. Con lo cual, las penas privativas de libertad establecidas en el artículo 7.<sup>º</sup>: prisión mayor, prisión menor y arresto mayor, pueden ser sustituidas por prisión menor o arresto mayor, arresto mayor o multa o por multa, respectivamente. Incluso en los supuestos de mayor gravedad (núm. 1.<sup>º</sup> del art. 7.<sup>º</sup>, cuando la cuantía del hecho excede de 50.000.000 de pesetas) puede aplicarse la pena de arresto mayor (de un mes y un día a seis meses), con lo que es posible la aplicación de la condena condicional cuando se den los requisitos establecidos en los artículos 92 y ss. del Código penal.

Al inspirarse la regulación del error de prohibición en el párrafo 3.<sup>º</sup> del artículo 6.<sup>º</sup> bis a) en la teoría de la culpabilidad, cabría preguntarse si no sería más conveniente adoptar en la regulación de los delitos monetarios, como en general en el ámbito del llamado Derecho penal administrativo, la teoría del dolo, como ha propuesto un sector de la moderna Ciencia del Derecho penal ademana (17). La

(17) Véase, por ejemplo, LANGE, *Die Magna Charta der anständigen Leute*, Juristenzeitung 1956, págs. 73 y ss.; Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre, Juristenzeitung 1956, págs. 519 y ss., y *Nur eine Ordnungswidrigkeit?*, Juristenzeitung 1957, págs. 233 y ss.; MICHELS, *Strafbare Handlung- und Zu widerhandlung*, Versuch einer materialen Unterscheidung zwischen Kriminal- und Verwaltungsstrafrecht, Berlín, Walter de Gruyter, 1963, págs. 112 y ss.; Arthur KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, C. Winter Universitätsverlag, Heidelberg, 2.<sup>a</sup> ed., 1976, págs. 130 y ss.; ROXIN, *Zur Kritik der finalen Handlungslehre*, Z. Str. W. 74, 1962, págs. 560-1; y Klaus TIEDEMANN, *Zur legislatorischen Behandlung des Ver-*

conciencia de la antijuridicidad de la conducta debería ser incluida en el dolo en el Derecho penal administrativo, por ser lo injusto administrativo meramente formal, o porque sólo cuando el autor conoce la prohibición de la conducta por una norma jurídica puede tener conocimiento de lo injusto material del hecho. Ello supondría que el error de prohibición vencible daría lugar únicamente a una responsabilidad por culpa o imprudencia, siempre que existiera la correspondiente figura delictiva culposa. No existe, sin embargo, a mi juicio, una diferencia cualitativa, sustancial, entre lo ilícito penal y lo ilícito administrativo (18). Sólo pueden establecerse entre ellos diferencias de carácter cuantitativo. Tanto lo ilícito penal, como lo ilícito administrativo, en nuestro caso tanto los delitos como las infracciones administrativas de carácter monetario, son conductas de una relevancia ético-social, económica o política mayor o menor. No siempre es cierto, tampoco, que sólo cuando el sujeto conozca la prohibición por la norma jurídica pueda conocer lo injusto material del hecho. Esto es así únicamente en aquellos pocos preceptos cuya existencia, pero no su contenido, está fundamentado materialmente. Creo que no es preciso, por ello, adoptar la teoría del dolo en el ámbito del llamado Derecho penal administrativo (19), como no lo ha hecho tampoco el legislador alemán, que se adhirió también a la teoría de la culpabilidad en la regulación del error de prohibición en el artículo 11,2 de la Ley de las contravenciones (*Ordnungswidrigkeitengesetz*). Basta con prever la posibilidad de una atenuación considerable de la pena para el error de prohibición vencible, como sucede en el párrafo 3.º del artículo 6.º bis a) de nuestro Código penal; a lo sumo podría preverse en una regulación específica del error de prohibición en el ámbito de los delitos monetarios y en general en el del llamado Derecho penal administrativo, que si el error de prohibición fuera vencible el Tribunal debería aplicar la pena inferior en uno o dos grados o eximir de responsabilidad cuando el error fuera difícilmente evitable (20), (21).

*botsirrtums im Ordnungswidrigkeiten- und Steuerstrafrecht*, Z. Str. W. 81, 1969, págs. 876 y ss.

(18) Véase mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, I, Introducción, Teoría Jurídica del Delito*/1, 2.º ed., págs. 45 y ss.

(19) Véase también, en este sentido, en la moderna Ciencia del Derecho Penal alemana, WELZEL, *Der Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht*, Juristenzeitung, 1956, págs. 238 y ss., Juristenzeitung, 1957, págs. 131 y ss., *Das deutsche Strafrecht*, 11 ed., págs. 174-5; MAURACH-ZIPE, *Strafrecht*, Allg. Teil, 1, 6.º ed., C. F. Müller, Juristischer Verlag, 1983, pág. 18; JESCHHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allg. Teil, 3.º ed., Duncker-Humboldt, Berlín, 1978, pág. 371 (*Tratado de Derecho Penal, Parte General*, trad. y adiciones de Derecho español, por S. MIR PUIG y F. MUÑOZ CONDE, Barcelona, Bosch, 1981, I, págs. 630-1); y E. GÖHLER, *Ordnungswidrigkeitengesetz*, 7.º ed., Verlag C. H. Beck, Munich, 1984, págs. 63 y ss.

(20) Según Welzel, en los casos en que la relevancia ético-social o cultural de la acción fuera escasa, el legislador podría y debería dejar impune la comisión culposa e incluso la comisión dolosa con error de prohibición vencible; véase WELZEL, J. Z. 56, págs. 238 y ss., J. Z. 57, págs. 131 y ss. y *Das deutsche Strafrecht*, págs. 174-5.

(21) Véase también en este sentido, Carlos M. ROMEO CASABONA, *El error evitable de prohibición en el Proyecto de 1980*, lug. cit., pág. 758.

# El concepto individual de culpabilidad \*

Por ANGEL TORIO LOPEZ

Catedrático de Derecho penal. Universidad de Valladolid

## I

La doctrina penal distingue en el delito dos elementos o magnitudes fundamentales denominadas *antijuricidad* y *culpabilidad*. La primera destaca la contradicción existente entre la acción y la norma jurídico penal. Es un elemento objetivo, impersonal, que valora negativamente la acción como discrepante del derecho, pero que nada anticipa sobre si esa acción ha sido cometida culpablemente.

La *culpabilidad*, por el contrario, toma en cuenta la relación subjetiva, personal, entre sujeto y acción. La *antijuricidad* es condición necesaria, pero no suficiente, de la existencia del delito. Este requiere la *culpabilidad* personal.

El principio «no hay pena sin culpabilidad», progresivamente enriquecido en la historia, equivale actualmente a la exigencia de una diversidad de datos indispensables para la afirmación de la responsabilidad. Es preciso que el sujeto sea imputable, es decir, capaz de comprender y querer la acción *antijurídica*. Es después necesario que la acción, dolosa o culposa, se haya ejecutado con conocimiento real, o al menos posible, de la *antijuricidad*. Por último, la *culpabilidad* se halla ausente si está presente un motivo particular de exclusión de la *culpabilidad* (estado de necesidad exculpante, coacción grave condicionante del proceso de motivación, etcétera).

Existe amplio acuerdo en la doctrina continental sobre los elementos integrantes de la *culpabilidad*. Esta situación es observable en el derecho penal alemán, austriaco, suizo, italiano, portugués o español. Por el contrario, se asiste hoy a una crisis profunda en lo que concierne al fundamento de la *culpabilidad*. La llamada teoría general de la *culpabilidad* ha supuesto una rectificación del punto de vista «clásico», según el cual la *culpabilidad* debe materialmente concebirse como posibilidad, al alcance del autor, de obrar de modo diverso a como lo hizo. Por otra parte, una amplia orienta-

(\*) El presente estudio ha sido redactado para el homenaje al profesor Dr. D. Manuel López-Rey y Arrojo.

ción concibe en sentido preventivo tal elemento del delito. Esto supone una crítica de la teoría retributiva precedente, es decir, de la comprensión de la culpabilidad como dato o materia que conduce a la aplicación de una pena entendida como retribución.

La situación presente puede, pues, ser doblemente caracterizada. Por un lado aparece intensificada la exigencia de elementos, ulteriores a la acción antijurídica, que evidencien la relación personal o subjetiva entre el sujeto y la acción. Esto acentúa progresivamente las garantías personales frente al *ius puniendi* estatal. En tal sentido se ha insistido especialmente en la caracterización de la culpabilidad como límite de la pena. Aparece así como manifestación del *status libertatis*, es decir, como exigencia negativa dirigida al Estado, en el sentido de que no sea impuesta la pena sin que medie —y en la medida en que se halle presente— la culpabilidad.

Pero por otro lado pone de relieve la discusión una profunda crisis del principio de culpabilidad. Esta crisis no se refiere a sus eventuales elementos constitutivos sino al fundamento mismo del principio. La distinción entre elementos constitutivos, propios de un sistema jurídico, y fundamento hace que resurja el contraste entre culpabilidad en sentido formal y en sentido material. Es esto, precisamente, el objeto central de la discusión. La teoría retributiva, como indica Hart, ha experimentado una profunda sacudida en el pensamiento penal de hoy (1). En la literatura alemana ha cedido el paso a la *teoría general de la culpabilidad*, en la que se afirma que la posibilidad de establecer que un hombre, en una situación concreta, *pudo obrar de otro modo* es científicamente indemostrable. Según esta orientación cabe únicamente conceder que otro sujeto, o el hombre medio, hubiera respondido a la expectativa dimanante de la norma jurídica. La culpabilidad deja así de ser una realidad subjetiva, personal o individual, para transformarse en un elemento prioritariamente impersonal del delito. Es controvertible que la llamada teoría general de la culpabilidad respete la función que el principio de culpabilidad trata de desempeñar en el concepto de delito.

Por otra parte, otras orientaciones conciben en sentido preventivo este elemento del delito. Destacan que la pregunta sobre si el sujeto pudo obrar de otro modo o no posee sentido, o es científicamente indemostrable, y señalan que la categoría ha de ser relacionada y reconstruida conforme a la teoría de los fines de la pena. La culpabilidad no trata, pues, de establecer si el autor pudo obrar de forma diversa a como lo hizo, sino que selecciona las hipótesis en que no se encuentra presente la necesidad de pena. En este sentido se orienta en la literatura penal española Gimbernat Ordeig, para quien la culpabilidad nada añade a la acción anti-

(1) HART, H. L. A., *Prolegomenon to the Principles of Punishment*, en *Punishment and Responsibility (Essays in the Philosophy of Law)*, ed. 1970, páginas 1 y sts.

jurídica. Selecciona más bien hipótesis, como la enfermedad mental o el error invencible de prohibición, en que la imposición de la pena no es necesaria por motivos de prevención general o especial (2). La categoría culpabilidad cumple así una función esencialmente negativa. En la culpabilidad se desenvuelven teóricamente los criterios conforme a los cuales la realización de la acción antijurídica no conduce, sin embargo, a la imposición de pena al autor.

La discusión actual evoca los contrastes entre «dirección clásica» y «dirección moderna» en la ciencia penal del pasado siglo. Es nuevo, sin embargo, el punto de vista metódico desde el que la discusión se desenvuelve. Esta se apoya, por una parte, en la moderna filosofía de la ciencia, que considera científicas únicamente las proposiciones teóricas contrastables, susceptibles de someterse a sucesivos intentos de falsación o corroboración. En otro sentido, toma en cuenta el debate, la crisis actual de la metafísica. Engisch indica que no es demostrable científicamente el «poder obrar de otro modo» (*Andershandelnkönnen*), en el cual la concepción clásica, retributiva, veía el núcleo de la culpabilidad (3). Y Hart señala que la anterior confianza en que la responsabilidad se basa en haberse quebrantado el derecho cuando era posible respetarlo se ha debilitado por diversos motivos. Se cuestiona si esta proposición posee significado. Supuesto que no forme parte de las proposiciones carentes de sentido, es controvertido si tal base de la responsabilidad puede comprobarse o acreditarse (4).

La presente exposición reivindica el carácter individualizador del principio de culpabilidad. Una acción sólo puede caracterizarse, en atención a sus propiedades básicas, no accidentales, como jurídica o antijurídica. La antijuricidad se halla animada por el criterio axiológico de que ha de tratarse lo igual como igual. Las propiedades homogéneas de la acción, es decir, su peligrosidad para el bien jurídico (desvalor de acción) y la determinación del resultado (desvalor de resultado) han de conducir unitariamente a su estigmatización como comportamiento discrepante del orden jurídico, sea cualquiera el sujeto que lo realice. Como ha sido indicado la antijuricidad equivale a una caracterización objetiva, impersonal, de ese comportamiento.

La culpabilidad se halla animada por un principio diferente. Consiste en la determinación —y desaprobación— del enlace personal o subjetivo entre el autor y su acción. Este enlace es irrepetible y eminentemente individual. Depende de la personalidad sin-

(2) LUZÓN PEÑA, D. M., *Medición de la pena y sustitutivos penales*, 1979; GIMBERNAC ORDEIG, E., *El Sistema del Derecho penal en la actualidad*, en *Estudios de Derecho penal*, 2.<sup>a</sup> ed., 1981, págs. 146 y sts.; MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2.<sup>a</sup> ed., 1982, págs. 95 y sts.

(3) ENGISCH, K., *Die Lehre von der Willensfreiheit in der Strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, 2. Aufl., 1965, págs. 24 y sts.; HASSEMER, W., *Alternativen zum Schuldprinzip?*, en BAUMGARTNER y ESER, *Schuld und Verantwortung*, 1983, págs. 101 y sts.

(4) HART, H. L. A., *cit.*, pág. 1.

gular, de las relaciones afectivas, psicológicas, espirituales y de los medios alternativos de acción a disposición del autor. La culpabilidad presenta, pues, una especificidad antropológica, psicológica y personal irreductible a cualquier otra pauta. Es el ámbito en que penetra en el concepto de delito el criterio valorativo de que se ha de tratar lo desigual como desigual.

Estos presupuestos sugieren un distanciamiento de la llamada teoría general de la culpabilidad y de la orientación que la asigna carácter meramente preventivo. La primera transforma una dimensión personal en una realidad impersonal y produce un trastorno de principio en la característica. Las concepciones preventivas, si bien pretenden atenerse a criterios científicos objetivables, conducen en realidad a la supresión de la culpabilidad como elemento positivo, constituyente, del concepto de delito. El problema enigmático de la culpabilidad permanece abierto siempre a la investigación. Toda toma de posición tiene que contar con que se enfrentará dialécticamente con sucesivos puntos de vista. En este contexto nadie puede pretender haber dicho la palabra definitiva. Con estas reservas es emprendida la consideración de dichas orientaciones.

## II

La discusión debe comenzar por la determinación del sentido propio de la llamada teoría normativa, a la que suele relacionarse con el pensamiento de que el poder obrar de otro modo es el fundamento material de la culpabilidad.

En las décadas finales del pasado siglo ejerció un amplio dominio la llamada teoría psicológica, que considera la culpabilidad como relación anímica, psíquica, entre el sujeto y la acción. Esta relación presenta dos especies, es decir, el dolo y la culpa.

La teoría normativa destaca críticamente que la culpabilidad no consiste —o no consiste siempre— en una efectiva conexión psíquica entre el sujeto y el hecho. Tal relación psíquica no se encuentra presente en la culpa inconsciente o sin representación, en la que falta el enlace cognitivo real entre sujeto y hecho antijurídico. La culpa inconsciente es desde la perspectiva psicológica una simple nada, algo no positivo, negativo, que se reduce a la desatención o el olvido. La teoría normativa señala también que en el estado de necesidad exculpante, inversamente, realiza el sujeto consciente y voluntariamente la acción para neutralizar un peligro para intereses legítimos —como en la hipótesis de la *tabula unius capax*— y, pese a encontrarse presente el enlace anímico, está ausente la culpabilidad.

La teoría normativa muestra, pues, críticamente que la culpabilidad no puede ser teóricamente concebida como suceso anímico real. La precedente teoría psicológica es atacada así en su núcleo fundamental. Aparece como una orientación teóricamente insatis-

factoria, o como una proposición que no refleja conceptualmente las propiedades del objeto que trata de caracterizar. En sentido positivo, la teoría normativa concibe la culpabilidad como valoración de la conexión personal, no necesariamente psicológica, entre el sujeto y la acción. El contraste lógico entre ambas direcciones radica en concebir la culpabilidad como *juicio de hecho* o, por el contrario, como *juicio de valor*. La teoría normativa entiende que la culpabilidad es una *valoración* negativa de las relaciones personales del sujeto con el hecho, a la que abreviadamente alude con el término *reprochabilidad*. La culpabilidad se identifica con el reproche (*Vorwurf*) jurídico del autor, o más precisamente, de la relación personal entre él y la acción (5).

Esta construcción no puede ser definida como una teoría material de la culpabilidad. Es, por el contrario, una concepción formal de este elemento del delito. En cuanto concepto formal no prejuzga cómo ha de entenderse tal categoría materialmente. Puede, pues, aceptarse la teoría normativa sin prejuzgar si sustancialmente la culpabilidad se concibe como posibilidad de actuar de otro modo, como culpabilidad por el sentimiento, por el carácter, o incluso por la conducta en la vida (6).

Esta visión del sentido de la teoría normativa se encuentra dificultada, sin embargo, por su caracterización lingüística. Tal concepción identifica culpabilidad con *reprochabilidad* (*Vorwerfbarkeit*). El núcleo de la culpabilidad se halla, pues, en el *reproche* (*Vorwurf*) por la ejecución del acto. De esta forma se sugiere que la culpabilidad equivale a una desvaloración de la relación personal entre autor y hecho antijurídico. Este juicio negativo de valoración parece presuponer necesariamente, por otra parte, una decisión libre, es decir, la posibilidad de obrar de otro modo del sujeto. Y el concepto de culpabilidad tendría, en consecuencia, una orientación esencialmente moral (7).

Tal planteamiento o cadena de deducciones es, sin embargo, controvertible. Para Mezger la *culpabilidad penal no es culpabilidad en sentido ético sino jurídico...* Es, por tal causa, independiente del problema de la libertad del querer... La culpabilidad en el sentido del derecho penal significa la afirmación de una referencia, jurídicamente desaprobada, de la acción a la personalidad del agente... Esta personalidad se concibe como personalidad empírica... (8).

(5) Acerca de la evolución histórico dogmática de la teoría normativa, ACHENBACH, H., *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, 1974.

(6) ENGISCH, K., *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, 1930 (rep. de 1964), págs. 38 y sts.; KAUFMANN, A., *Das Schuldprincip*, 2 Aufl., 1976, págs. 140 y sts.

(7) En el sentido de correlacionar teoría normativa y poder obrar de otro modo, vid., CÓRDOBA RODA, J., *Culpabilidad y pena*, 1977, págs. 23 y sts.; GIMBERNAT ORDEIG, E., *Introducción a la parte general del Derecho penal español*, 1979, pág. 69.

(8) MEZGER, E., *Tratado de Derecho penal*, II, 1949 (trad. de la 2.ª ed. alemana, por J. A. Rodríguez Muñoz), págs. 9 y sts.

Es claro que este punto de vista nada tiene que ver con una visión idealista, metafísica, moral, o menos todavía, religiosa de la culpabilidad. Mezger destaca que *la lucha en torno a la llamada libertad del querer —en favor del libre albedrio o del determinismo— no convence la firme existencia del concepto de culpabilidad jurídico penal* (9).

La teoría normativa, precisamente por ser una concepción formal, no prejuzga necesariamente el contraste entre indeterminismo y determinismo. Esto se hace más visible si se procediera a depurarla de sus peculiares implicaciones semánticas, es decir, si se sustituyen determinadas expresiones, éticamente significativas, como «reprochabilidad», «reproche», «censura» o incluso «culpabilidad» por designaciones más neutrales como podrían ser «imputación subjetiva», «atribución personal», etc. El término «culpabilidad», en los diversos idiomas evoca sin duda una decisión reprobable y el deber de responder por una decisión libremente adoptada. No debe desconocerse, sin embargo, que ese término opera en la ciencia del derecho con pérdida de sus connotaciones ético religiosas, es decir, previa una secularización característica. En este sentido no ha dejado de indicarse que el debate sobre la culpabilidad ganaría mucho en claridad teniendo presente que en las contraposiciones teóricas ejerce un peso considerable el lenguaje, Achenbach indica que el concepto «culpabilidad» como los de «delito» o «injusto» tiene una orientación metafórica que posee gran capacidad de sugestión..., y se caracteriza por una gran riqueza de implicaciones asociativas de carácter metafísico o religioso... Señala que se podría coincidir con H. Mayer en que muchos problemas de la nueva teoría de la culpabilidad surgen por la capacidad seductora del simple término «culpabilidad» y propone el término anticuado «imputación» para designar el complejo contenido de la «culpabilidad» (10).

En la literatura no siempre se percibe que cuando la culpabilidad es definida como «reproche» no se pretende más que destacar que la relación entre autor y acción se halla desaprobada jurídicamente, es decir, normativamente. Esto no supone en absoluto una referencia ética, una censura moral al autor por el hecho realizado. Especialmente es esto imposible cuando es patente una neutralidad ética de la infracción. También en el derecho penal administrativo existe la culpabilidad.

Este elemento del delito significa siempre desaprobación —ya que no «reproche»— de la conexión personal entre sujeto y acción. El Derecho estima toda acción permitida y aprobada, o prohibida y desaprobada. De forma paralela cabe referirse a la conexión subjetiva, personal, entre autor y acción. El que mediante una acción discrepante de la objetivamente debida causa un homicidio que

(9) MEZGER, E., *cit.*, pág. 9.

(10) ACHEMBACH, H., *loc. cit.*, pág. 218, en nota y pág. 220. En la doctrina actual GÓMEZ BENÍTEZ, J. M. *Lecciones de teoría jurídica del delito*, T. 2, 1983, pág. 176, alude a la «culpabilidad o imputación subjetiva».

personalmente no pudo prever obra sin culpabilidad. La acción injusta no puede serle atribuida o imputada subjetivamente. Es una acción antijurídica que, sin embargo, no es objeto de desaprobación en atención a su imprevisibilidad. Decir que la acción no es subjetivamente imputable, que la relación entre autor y acción no es reprochable o que no es susceptible de desaprobación frente al autor es referirse con terminología diversa a la misma realidad, es decir, a la falta de culpabilidad jurídica del sujeto.

Objeto de discusión no es hoy, sin embargo, el concepto normativo de culpabilidad. Esta noción sigue siendo dominante en la literatura, precisamente porque supone una superación formal de la concepción precedente psicológica. La teoría normativa señala que la culpabilidad no se agota en el dolo o la culpa y destaca que es un concepto complejo integrado por elementos diversos, como la imputabilidad, conciencia de la antijuricidad, etc. En este sentido formal, entiendo que la concepción general y las teorías preventivas de la culpabilidad no dejan de responder al modelo de la doctrina normativa. Esta tiene en su haber la depuración del concepto de imputabilidad, el reconocimiento de la conciencia de la antijuricidad como presupuesto de la pena y la espiritualización de la noción al incorporar a ella particulares causas de inexigibilidad de una conducta diversa.

El debate versa hoy ante todo acerca del fundamento de la culpabilidad, es decir, sobre si la imputación subjetiva se basa en el poder obrar de otro modo, o en el carácter del autor, etc... No se discuten, pues, los *elementos*, sino la *ratio essendi* de la culpabilidad. Es prácticamente unánime el concepto formal, mientras que desde la lucha de escuelas del pasado siglo nunca han sido tan vivas las contraposiciones sobre la esencia —y a partir de esto también sobre la existencia— de la culpabilidad.

El contraste entre concepto formal y material de culpabilidad es, pues, el núcleo de la discusión. El primero destaca los elementos que en un sistema jurídico se estiman precisos para la afirmación de la culpabilidad, o para la imputación del hecho antijurídico al autor. El concepto material cuestiona, por el contrario, el fundamento de tal atribución. En este sentido han sido proporcionadas respuestas muy diversificadas, compatibles con la pervivencia de la culpabilidad como elemento del delito, a diferencia de aquellas que patrocinan la sustitución de la categoría por la de la peligrosidad criminal (11).

La contraposición entre culpabilidad formal y material refleja los contrastes entre antijuricidad formal y material o concepto formal y material de delito. Especialmente visible es tal contraposición en el contexto de la culpa inconsciente. Esta es indiscutidamente culpabilidad en sentido formal, como modalidad reconocida

(11) MUÑOZ CONDE, F., *Über den materiellen Schuldbegehriff*, en Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 1978, págs. 72 y sts.; el mismo, «Introducción» a ROXIN, C., *Culpabilidad y Prevención en Derecho penal*, 1981; MIR PUIG, S., *Lecciones de Derecho penal*, 1983, pág. 279.

de hecho en los sistemas penales. Es objeto de viva polémica, por el contrario, si en ella cabe también ver una hipótesis de culpabilidad material. Contra esta posibilidad se han manifestado diversos escritores. La cuestión se discute con base en la doctrina de la culpabilidad de la voluntad, sin prejuzgarla desde la perspectiva de la culpabilidad por el carácter (12). Desde la perspectiva de la culpabilidad de la voluntad, Kohlrausch niega también que la culpa inconsciente sea sustancial, no sólo nominalmente, culpabilidad (13).

Advirtiendo que no es posible prescindir de tal forma de culpa en el derecho positivo, Arthur Kaufmann se pronuncia actualmente en la misma dirección (14). La procedencia de tales puntos de vista ha de quedar aquí imprejuzgada. Unicamente cabe insistir, como presupuesto de la reivindicación de la naturaleza individual y dialéctica de la culpabilidad, en la falta de una conexión necesaria entre la teoría normativa y cualquier concepción material posible sobre el fundamento de la culpabilidad.

### III

La crítica considerada ha favorecido la difusión creciente de la concepción general, social, de la culpabilidad, que si bien no es una prestación original de la actual literatura ha obtenido en el presente amplio reconocimiento (15).

Esta concepción toma en cuenta que la posibilidad de determinar que el sujeto pudo obrar de otro modo en la situación concreta se encuentra en principio excluida. Esto no implica, sin embargo, que deba negarse la existencia de una disposición peculiar del hombre que lo sustrae al dominio ilimitado de la ley de la causalidad. La teoría general de la culpabilidad señala que no es imposible un juicio comparativo social, por el cual se determine si un hombre medio o una personalidad media pudo en la concreta situación proceder de modo distinto a como lo hizo el autor. Jescheck afirma que el hombre posee frente al animal o los demás seres vivos una peculiar forma de autodeterminación... El hombre es capaz de controlar los impulsos y dirigir su actuar conforme a normas y valores... Si bien es imposible determinar o establecer si en un momento concreto pudo individualmente el sujeto proceder de modo diverso a como lo hizo, el reproche de culpabilidad

(12) KAUFMANN, A., *cit.*, pág. 163, recuerda la conocida expresión de RADBRUCH, G., en *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrecht*, 1905-1907, Bd. V, pág. 201, de que la culpa es vergonzosa responsabilidad por azar (*Die Fahrlässigkeit ist verschämte Zufallshaftung...*) como probablemente orientada (también) en el sentido del texto. Pero la lectura de la expresión, dentro de su contexto, difícilmente permite entenderla como algo distinto a la crítica de la responsabilidad por el resultado.

(13) Citado por ENGELSCH, K., *Untersuchungen*, *cit.*, pág. 459.

(14) KAUFMANN, A., *cit.*, pág. 164.

(15) KRÜMPPELMANN, J., *Dogmatische und empirische Probleme des zocialen Schuldbeigriffs*, en Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 1983, págs. 337 y sts.

equivale a la afirmación de que otro sujeto en su lugar hubiese actuado de otro modo empleando la fuerza de voluntad que posiblemente le faltó al autor. Ello es suficiente para la legitimación del reproche de culpabilidad (16).

Los reparos que cabe formular a tal concepción son, en principio, lógicos. La culpabilidad pretende ser un juicio individualizador. En tanto la antijuricidad determina que la acción, hecha abstracción del individuo que la realiza, se encuentra impersonalmente en contraste con el orden jurídico, en la culpabilidad trata de enjuiciarse la conexión en que se encuentra la acción con el sujeto que la realiza. Hablar de culpabilidad general o social es, pues, contradictorio. Tal concepción, por otro lado, reproduce en el ámbito denominado culpabilidad momentos correspondientes a la antijuricidad misma. La prohibición de la acción presupone el poder general de omitirla. Este poder impersonal constituye un momento implícito de la antijuricidad del hecho, especialmente observable en el delito culposo, en el que la previsibilidad y evitabilidad general de ese hecho es predeterminante de su prohibición. El resultado no voluntario, es decir, situado más allá de la previsibilidad y evitabilidad del hombre medio, se estima extraño al tipo de prohibición en la literatura dominante. Así no responderá por delito culposo un aumovilista si el resultado lesivo no era previsible ni evitable —por tanto, no susceptible tampoco de ser voluntariamente producido— por un participante medio en este particular sector.

La llamada concepción general de la culpabilidad falsea, lógica y sistemáticamente, esta característica del delito. Es más grave aún, sin embargo, el hecho de que esta orientación equivalga a la supresión de la función que corresponde a la categoría en orden a garantizar que la persona sólo será penada de encontrarse presente y en la medida correspondiente a su culpabilidad.

El enriquecimiento progresivo de este elemento del delito es observable en la evolución moderna de la ciencia y las legislaciones. En un principio pudo estimarse satisfecha la exigencia de la culpabilidad con que estuviesen presentes el dolo o la culpa, es decir, con la repulsa de la responsabilidad objetiva. Después se ha exigido como momento constitutivo no sólo la capacidad personal del autor (imputabilidad), sino también que hubiera conocido —o al menos, pedido conocer— que realizaba algo prohibido. En los sistemas penales avanzados excluye la culpabilidad el error invencible de derecho. Incluso se ha pretendido incorporar a la culpabilidad, como momento negativo que origina su ausencia, la inexigibilidad de otra conducta. Este repertorio de elementos incrementa de forma muy intensiva la realización del principio «no debe haber pena sin culpabilidad», garantizando al autor que únicamente será penado cuando haya realizado la acción de forma culpable.

---

(16) En *Tratado de Derecho penal* (traducción de MIR PUIG, S. y MUÑOZ CONDE, F.), 1981, págs. 562 y sts.

Este proceso cultural no es intensificado, sino empobrecido manifiestamente, por la llamada concepción general de la culpabilidad. El sujeto no es penado por su propia culpabilidad, sino atendiendo al poder impersonal de otro, es decir, de un sujeto hipotético, imaginario, que en esa situación hubiera procedido de modo diverso a como lo hizo el hombre real.

Es cierto que tal concepto general no deja de experimentar *a posteriori* reducciones individualizadoras. Estas son, sin embargo, más aparentes que reales, al menos en lo que concierne a la literatura actual alemana, y poseen marcado acento naturalístico. Establecido que otro sujeto hipotético hubiera procedido de forma diversa, la teoría considerada toma en cuenta «numerosos factores propiamente causales, como la edad, sexo, lugar de procedencia, experiencias vividas, enfermedad, temperamento, estado de ánimo, cansancio, excitación, o pasiones hasta llegar a la mentalidad nacional y el influjo de la geografía y el clima», como datos que pueden restringir el margen de posibilidades del sujeto (17). Esta delimitación evidencia un intento elogiable de concretar en cierta medida las abstracciones inherentes a tal noción general. Es posible observar, sin embargo, que la culpabilidad se orienta en un sentido idealista metafísico o apriorístico, para posteriormente someterla al contraste empírico de datos naturalísticos como los mencionados. Las referencias al «temperamento», «edad», «sexo»..., «geografía» o «clima» destacan con vivo colorido que entre estos factores se desdibujan, por ej., las deficiencias educativas, las carencias y dificultades familiares, las relaciones sociales o la escasez de medios alternativos de la decisión personal de acción.

#### IV

Entre otras direcciones críticas que participan del pensamiento de la imposibilidad de demostrar que el sujeto hubiera podido proceder de otro modo en la situación concreta se halla la representada en la literatura penal española por Gimbernat Ordeig, que caracteriza a la culpabilidad como magnitud fundamentalmente negativa. La culpabilidad es entendida como un elemento del delito que nada nuevo añade a la antijuricidad. En realidad es únicamente un filtro que retiene aquellas acciones antijurídicas en que es innecesario, por motivos de prevención general o especial, imponer la pena criminal (18). En primer lugar, retiene la acción anti-

(17) JESCHECK, H. H., *cit.*, págs. 566 y sts.

(18) GIMBERNAT ORDEIG, E., *El Sistema...*, págs. 146 y sts.; críticamente, CÓRDOBA RODA, J., *Culpabilidad y Pena*, *cit.*, págs. 33 y sts.; CEREZO MIR, J., *Culpabilidad y Pena*, en Problemas fundamentales de Derecho penal., 1982, páginas 179 y sts. Respecto a la literatura de habla hispana, es importante el estudio de BACIGALUPO, E., *Culpabilidad y Prevención en la fundamentación del Derecho penal español y latinoamericano*, en la introducción a STRATENWERTH, G., *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*, 1980.

jurídica cometida por el enfermo mental. Según Gimbernat carece de sentido la pena frente a él porque no constituye *ex ante* un factor inhibitorio que posea seriedad. Desde la óptica de la prevención especial ha de acudirse en este supuesto, pues, no a la pena, sino a las medidas de seguridad. En orden a la prevención general, dice, la impunidad del loco en nada relaja la eficacia de la pena frente a los imputables, dado que éstos no se identifican con aquél, se saben distintos y conocen que a ellos sí les van a castigar si hacen lo mismo que el enajenado delincuente (19). El otro campo en que la culpabilidad opera selectivamente, sustra yendo a la pena la acción típica, antijurídica, es el del error de prohibición. En él, se afirma, no existen tampoco razones de prevención general favorables a la aplicación de la pena, dado que los que conocen la prohibición no van a cometer incesto, o a hurtar las cosas ajenas, porque se deje de imponer la pena a quienes están incursos en error, ya que saben que ese caso de absolución no es el suyo (20). Y por otra parte, aunque el error de prohibición fuese accidental o irrelevante no por ello aumentaría la eficacia inhibitoria de la pena, pues al ignorar la prohibición ignorarían también que la pena iba a serles impuesta (21).

La teoría examinada destaca, por tanto, la función preventiva de la categoría culpabilidad. La culpabilidad se halla ausente donde los motivos preventivo generales o individuales se encuentran también ausentes, como sucede en las hipótesis consideradas. En tanto la antijuricidad es concebida por Gimbernat como factor general para que los ciudadanos se abstengan de realizar determinadas conductas, la culpabilidad se refiere a un factor de impunidad que posee fundamento diverso, es decir, a que, según se admite psicológicamente, determinadas personas son inaccesibles a la motivación de la pena, bien por su inimputabilidad..., bien porque no han tenido ocasión de dejarse influir por ella (22).

La culpabilidad es así concebida de modo esencialmente negativo, pues su *quantum* no tiene peso propio en la evaluación de la medida de la pena ni añade nada nuevo que no estuviera ahí procedente de lo injusto (23), de modo que tal elemento del delito puede ser concebido como un filtro, por el que tiene que pasar, en su camino a la medida de la culpabilidad, la acción típica, injusta (24).

Estas afirmaciones muestran el carácter negativo de esta dirección. La teoría de la culpabilidad se transforma, de no proporcionarse explicaciones ulteriores, en una consideración de las causas de su exclusión. El autor de la acción injusta aparecerá, pues, también como autor culpable de ella, de no acreditarse que apare-

(19) *El Sistema...*, cit., pág. 148.

(20) *El Sistema...*, cit., págs. 149 y sts.

(21) *El Sistema...*, cit., pág. 150.

(22) *El Sistema...*, cit., pág. 151.

(23) *El Sistema...*, cit., págs. 147 (nota 44) y sts.

(24) *El Sistema...*, cit., pág. 148 (nota 44).

ce protegido, dentro de la categoría culpabilidad, por la mediación de un estado de inimputabilidad (enajenación, edad...) o por la presencia del error de prohibición.

## V

La presente exposición pretende reconsiderar la posibilidad de concebir la culpabilidad como juicio personal, individual, es decir, no sólo como magnitud general, impersonal, o en su caso selectiva, negativa, de acciones antijurídicas en que se encuentra ausente la necesidad de pena. Por otra parte, cuanto se indica a continuación pretende tan sólo incidir, cabría decir que dialécticamente, en la discusión actual sobre este elemento del delito. Con esta limitación sería improcedente replantear el problema de si cabe verificar que el hombre, en una situación concreta, pudo proceder de modo diverso a como lo hizo. Por supuesto, debería entenderse científicamente inadecuada la solución del interrogante acudiendo a argumentos apriorísticos o metafísicos (25). Únicamente cabría, a lo sumo, tomar en cuenta datos procedentes de una descripción rigurosa de hechos antropológicos observables. Estos hechos sugieren la existencia de una línea diferencial de demarcación entre acaecer de la naturaleza, conducta de otros seres vivos y comportamiento humano. Respecto a la existencia de tal línea, indicativa de que el hombre no está vinculado inexorablemente al instinto o a un esquema prefijado de acción, no es posible ofrecer prueba en sentido científico natural. El método científico natural, sin embargo, no es el medio único ni exclusivo para el conocimiento de la realidad. En particular no pueden explicarse en términos científicos naturales la innovación artística o cultural o la creación científica. Es difícil conceder que proposiciones teóricas como la teoría preventiva de la culpabilidad o la culpabilidad por el carácter sean puras consecuencias causales explicables en función de factores preexistentes. Más bien hay que comprenderlas como productos críticos, sin duda afinados, que surgen de una acción intelectiva espontánea, aplicada al conocimiento de la realidad (26).

En virtud de la desconexión, al menos relativa, del hombre respecto a la causalidad, suceder humano e historia no pueden explicarse unilateralmente como producto de factores causales. El hombre no responde, al contrario que el animal, a un esquema rígido de acción. Dispone de fluidez para la orientación del comportamiento. En esta base descansa la posibilidad del derecho, es decir, de un sistema de prohibiciones y mandatos cuya infracción no es

(25) WELZEL, H., *Reflexiones sobre el «libre albedrío»*, en ADPCP, 1973, páginas 221 y sts., profundamente sobre las perspectivas filosóficas (gnoseológicas) del problema.

(26) Sobre la indicación, vid. WELZEL, H., *loc. cit.*, págs. 224 y sts.

causalmente calculable con seguridad. La cuestión de la culpabilidad hallaría en descripciones metódicas más detalladas una base que no incurre en apriorismo ni puede ser acusada de elegir una vía no racional para la discusión.

## VI

La admisión de la espontaneidad como dato antropológico general no equivale, sin embargo, a una justificación del carácter personal, individual, de la culpabilidad. Este propósito exige recordar de nuevo que la antijuricidad es un elemento objetivo, impersonal, que considera la incompatibilidad de la acción con el orden jurídico de la sociedad. La culpabilidad, por el contrario, no se nutre de puntos de vista generales, sino de la determinación de las relaciones eminentemente personales entre autor y acción. Este juicio individualizador debe, pues, penetrar cada uno de los elementos que integran, según la doctrina dominante, esta característica del delito, teniendo presentes los factores que posibilitan la individualización.

a) En primer lugar tal individualización ha de ser realizada en el seno de la imputabilidad, es decir de la determinación de la capacidad del autor para comprender y querer el hecho delictivo. Apenas hace falta señalar que el examen de la imputabilidad se desenvuelve de forma generalizadora, afirmándose que esta cualidad la posee toda persona mayor de edad penal y psíquicamente sana. De este modo no son tomadas en cuenta todas las características de la personalidad relevantes para la ponderación jurídica de este elemento del delito. Esta ponderación no puede referirse solamente a factores biológicos, psicopatológicos, o en sentido más amplio, naturalísticos. Por el contrario, para la capacidad de culpabilidad poseen alta significación los factores sociales y culturales. La capacidad para responder al mandato o probación jurídica no le es dada de forma general al hombre. Esta capacidad depende fundamentalmente de sus relaciones sociales. Defectos culturales, analfabetismo o pertenencia a culturas marginales, influyen relevantemente sobre la imputabilidad. Este elemento se estudia hoy ante todo en la línea de una criminología orientada biológicamente, en la que pesan puntos de vista psicopatológicos. No se destaca en la medida procedente que las relaciones sociales del autor son relevantes —por tanto no pueden ser suprimidas— en el ámbito de la imputabilidad.

b) En segundo lugar la individualización ha de jugar un papel primordial en el campo de la conciencia de la antijuricidad, o inversamente, del error de prohibición. En este contexto se opera con criterios generalizadores, cuando no con ficciones. Los primeros son visibles cuando se afirma que el conocimiento del hecho descrito como legalmente punible puede ser suficiente para afir-

mar, en los *delicta iuris criminalis*, el conocimiento de que se hace algo prohibido, o cuando se sostiene, en lo que concierne a los delitos pertenecientes al núcleo del derecho penal, que no es precisa la prueba de la conciencia de la antijuricidad. Se introducen de este modo, en un campo renovado por la moderna teoría del delito, puntos de vista que actúan en contra de la exigencia efectiva, probada, de la conciencia de la antijuricidad, contaminando la culpabilidad con presunciones incompatibles con su exigencia real y efectiva. Esto es observable en la tendencia a elaborar *topoi*, criterios directivos del tratamiento de la evitabilidad del error. Así cuando se advierte que el hecho de haber consultado a un letrado no es por sí mismo decisivo; que la tolerancia oficial de infracciones normativas no excluye por sí sola la culpabilidad; que puede no ser inexcusable el error por razón de la elección de la persona que ha de informar; que en situaciones jurídicas dudosas, no existente sentencia firme, no debe el sujeto confiar en la legitimidad del punto de vista que le favorece... O cuando se indica que al esfuerzo de conciencia se le exige en el campo del error de prohibición tensión mayor que en el ámbito de la culpa (27). La jurisprudencia alemana —y en medida mayor aún la española, antes del nuevo art. 6 bis a), párrafo último, introducido en el código penal mediante L. O. de 25 de junio de 1983— consideran el error como algo excepcional, actitud criticable, ya que como destacan diversos autores, en la pleamar legislativa de la época, el error de prohibición debe operar como válvula jurídica inapreciable (28).

La cuestión de la evitabilidad del error no tiene por qué ser sometida a pautas directivas generales. No hay motivo para que surjan en este campo singular reglas que se distancien del principio de la libertad judicial en la valoración de la prueba. Desde esta perspectiva procesal lo decisivo es si el Tribunal llega a la conclusión de que el sujeto realizó la acción incurriendo en error de derecho. En las hipótesis de duda, ha de acudirse también en este área al criterio *in dubio pro reo*.

c) Especialmente problemática es en la actualidad la posibilidad de una revisión de la doctrina de la inexigibilidad de otra conducta distinta de la realizada. La teoría de la culpabilidad inspirada en la filosofía de los valores concibió la inexigibilidad de otro comportamiento como causa general, supralegal, de exclusión de la culpabilidad. El sentido de la concepción era destacar que cuando el autor no procedió de forma diversa a como lo hubiese hecho la generalidad de los hombres debía estimarse ausente la culpabilidad. Contra la teoría de la inexigibilidad se pronunció abiertamente el derecho penal del nacionalsocialismo, que la consideró reflejo de una visión jurídica liberal o de un humanitarismo desfalleciente.

(27) CRAMER, en SCHÖNKE-SCHÖDER, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 20 Aufl., parágrafo 17, 11 y sts., respecto a las indicaciones jurisprudenciales del texto.

(28) CRAMER, cit., parágrafo 17, núm. 21, advierte sobre el carácter estricto de la jurisprudencia.

En la actualidad está extendida la opinión de que la fórmula de la inexigibilidad no proporciona un criterio normativo, valorativo, sino solamente un principio regulativo, en sí mismo neutro, vacío, para la decisión judicial de hipótesis dudosas. Por otra parte, en la literatura se destaca que la admisión del criterio llevaría a una pérdida de vigencia del orden jurídico, a que se debilitara la prevención general o a una desigualdad en la aplicación del derecho (29).

Estos argumentos son, sin embargo, controvertibles. En el ámbito de la culpabilidad se trata precisamente, de captar los elementos diferenciales presentes en el caso, elementos que exigen que el autor no sea tratado sin considerar sus relaciones efectivas con el acto. El derecho, por otro lado, no pierde vigencia, ni la prevención resulta debilitada porque se declare la ausencia de culpabilidad de quien experimentó la presión de circunstancias concomitantes a las que cualquiera hubiese sucumbido. La realidad es particularmente aciaga en ocasiones para el individuo y la fuerza de resistencia personal insuficiente para cumplir la exigencia de la norma. No encontrar en estos casos un motivo para negar la culpabilidad es sacrificar un criterio axiológico superior a valores de inferior rango, como la seguridad jurídica o la vigencia utilitaria del ordenamiento jurídico. Ha de reconocerse, sin embargo, que el replanteamiento de la función de la inexigibilidad, es decir, del núcleo de verdad propio de esta doctrina, exige una crítica particularmente cuidadosa (30).

## VII

Las indicaciones precedentes reivindican, como ha sido señalado, el carácter eminentemente individualizador, positivo, concreto, del elemento culpabilidad. Esta individualización ha de realizarse atendiendo a las posibilidades y capacidades del autor concreto, tomando en cuenta su formación, profesión, educación, posibilidades económicas, situación familiar, para enjuiciar en tal sentido concreto la conexión personal real existente entre él y el hecho tipificado como delito. En consecuencia, ha de superarse la abstracción característica de la teoría actual de la culpabilidad, que ad-

(29) El criterio sobre la admisibilidad de la inexigibilidad como causa general de exclusión de la culpabilidad es predominantemente negativo. Excepcionalmente categórica la posición de MAURACH, R., *Strafrecht*, Allg. T. Tbd. 1, Aufl. (ed. de ZIFF, H.) de que desde tal punto de vista general la inexigibilidad posee solamente interés histórico.

(30) RODRÍGUEZ DE VESA, J. M., *Derecho penal español*, p. gen., 8 ed., 1981, páginas 610 y sts.; DÍAZ PALOS, F., *Culpabilidad jurídico-penal*, 1954, págs. 66 y sts. Respecto a la evolución histórico dogmática y el desarrollo del principio en la literatura española, sigue constituyendo el estudio de SAINZ CANTERO, J. A., *La exigibilidad de conducta adecuada a la norma en Derecho penal*, 1965, ante todo págs. 109 y sts., la contribución más informada.

mite la posibilidad *general* de obrar de otro modo y sólo posteriormente *resta* de esta magnitud afirmativa notas o hechos de carácter esencialmente natural (enfermedad, sexo, clima o geografía...). La posición aquí mantenida toma en cuenta frente a la doctrina dominante las relaciones sociales del autor. Estas relaciones sociales son significativas para la determinación y valoración en que la culpabilidad consiste. Carencia de medios, paro laboral, emigración, desconocimiento del idioma, falta de integración social, frustración familiar, abandono juvenil, deficiencias educativas, inadaptación, marginación, ausencia de medios alternativos al hecho, contribuyen en medida al menos tan significativa como los factores puramente biológicos o naturales a la deformación de la voluntad. La desigualdad entre los hombres ha de ser atendida por la categoría considerada, si se pretende que se incorpore al delito el pensamiento de que no sólo ha de tratarse lo igual como igual, sino también lo desigual como desigual.

Estas indicaciones han de ser completadas en otro sentido. La concepción general de la culpabilidad concibe ésta de forma dualista, trazando cortes en la realidad. En primer lugar destaca la capacidad general del hombre para el obrar espontáneo. Sólo en segundo término toma en cuenta *ex post* los datos que limitan esta posibilidad general de acción. El reconocimiento de tal capacidad general grava apriorísticamente al sujeto. La espontaneidad, desconectada de los factores sociales que presionan a la acción, constituye un indicio que se transforma en realidad definitiva si no existe prueba de un factor condicionador de la acción. Puede decirse que aquí se pone también de manifiesto el sistema lógico formal de la regla-excepción. Esta forma dualista de abordar las cuestiones informa la práctica jurídica. En ella es visible el dominio de la abstracción o la ausencia de individualización. En el campo de la imputabilidad la ponderación de la capacidad concreta del autor sólo tiene lugar en casos excepcionales, en que están presentes, por ejemplo, datos psiquiátricos ostensibles. El desenvolvimiento práctico del problema de la conciencia de la antijuricidad está también nutrido de ficciones. Puede considerarse un progreso que el nuevo artículo 6 bis a) del C. p. español obligue a tener presentes no sólo las circunstancias del hecho, sino las del autor, para determinar la evitabilidad del error.

El problema se orienta en diverso sentido si se tiene en cuenta que la culpabilidad es una magnitud individual, como ha quedado destacado y dialéctica. No puede, pues, concebirse como el balance de lo positivo sometido al descuento lógico formal de lo negativo, sino como una unidad de elementos antinómicos. Lo que se denomina culpabilidad es constitutivamente una unidad de elementos contrapuestos o antagónicos. Espontaneidad y causalidad se condicionan simultáneamente, de forma recíproca. Debe por ello considerarse como una magnitud dinámica —como un *proceso* previo a la acción— en que los datos sociales y caracterológicos poseen tanta significación como el dato de que la decisión humana no

responde al modelo causal utilizable para la hermenéutica de la naturaleza. *La pregunta sobre la culpabilidad es así, simultáneamente, una interrogación sobre los factores negativos de la culpabilidad.* Cabría decir con Bloch que el concepto tiene dos caras, que encierra una lucha, y desenvolver en este sentido el problema de la culpabilidad.

El empleo de la designación concepción individual, dialéctica, de la culpabilidad es portador de un doble llamamiento. Plantea la necesidad de retornar, frente a la concepción general dominante, al pensamiento de la individualización, de la personalización del problema de la imputación subjetiva. Pero en segundo lugar trata de señalar la necesidad de superar la consideración criminológica convencional, con su matiz naturalista, en beneficio de una criminología que entienda el delito como conflicto y, prioritariamente, como conflicto social.



# De algunas bases del Derecho penal español (\*)

Prof. D. JOAN J. QUERALT

Departamento Derecho Penal  
Universidad Autónoma de Barcelona

**SUMARIO:** I. *Concepto de Derecho penal:* 1) Derecho penal y medidas de seguridad. 2) Incomplitud de la definición. 3) Responsabilidad civil como Derecho penal.—II. *Los límites del «ius puniendi»:* 1) Planteamiento. 2) Fundamento político y funcional: A) Límites derivados del fundamento funcional: a) Intervención mínima. b) La protección de bienes jurídicos. B) Límites derivados del fundamento político: a) Límites derivados del estado de Derecho: el principio de legalidad: a') mandato de determinación; b') la ley orgánica. b) Los límites derivados del Estado democrático.—III. *Función del Derecho penal:* 1) La pena como prevención. 2) Consecuencias para la teoría del delito de la función preventiva de la pena.

## I.—CONCEPTO DE DERECHO PENAL

Es ya un lugar común dar inicio a la exposición de los aspectos fundamentales de la materia ofreciendo una definición de Derecho penal, definición que se toma de la acuñada por von Liszt (1): «Derecho penal es el conjunto de reglas jurídicas que asocian al crimen, como hecho, la pena, como legítima consecuencia» (2). También es un lugar común el afirmar (3) que esta definición es excesivamente estrecha, dado que en ella no tienen cabida las medidas de seguridad; reciente-

(\*) Memoria presentada para la obtención de la plaza de Profesor titular de Derecho Penal (julio 1984); dado el estilo del escrito, que se ha mantenido inalterado, no se han incorporado recientes aportaciones bibliográficas como el *Derecho penal. Parte General*, de S. MIR PUIG, mi maestro; *Manual de Derecho penal español. Parte General*, de J. BUSTOS RAMÍREZ. Agradezco la ayuda financiera facilitada por el CSIC al concederm-me una beca de la Deutsche Forschungsgemeinschaft, a disfrutar en Bonn.

(1) Así, por ejemplo, MIR, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 1976, p. 17; COBO/VIVES, *Derecho penal*, I-II, 1981, p. 29; OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto de Derecho penal*, 1981, p. 21; este autor atribuye a QUINTANO (*Compendio de Derecho penal*, I, 1958, p. 5) la habitualidad de la definición. Descripciones similares se hallan en RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal. Parte General*, I, 1977, p. 11 y RODRÍGUEZ DE VESPA, *Derecho penal español. Parte General*, 1981, p. 10.

(2) *Tratado*, I, 1971 (?), p. 5.

(3) Vid. los autores citados supra n. 2 en primer lugar.

mente, además, se acusa a esta concepción de incompleta en cuanto que sólo acoge el concepto objetivo del Derecho penal y no el subjetivo (4); por otra parte, está abierta la polémica sobre si los preceptos reguladores de la responsabilidad civil ex delicto integran el concepto de Derecho penal o no. A estas cuestiones, pues, se intenta dar respuesta en las líneas siguientes (5).

### 1) *Derecho penal y medidas de seguridad*

La estrechez de la formulación conceptual de nuestra materia, sin entrar a si ya lo era cuando se llevó a cabo la acuñación en cuestión (6), resulta hoy día a todas luces evidente; y tanto desde una perspectiva legal como de un cierto movimiento político-criminales (7). En efecto, desde el punto de vista estrictamente positivo, se ha superado la fase embrionaria de formulación en el Código penal de unas pocas y aisladas medidas de seguridad, para pasar a la elaboración de un cuerpo legal en el que, independientemente ahora de su consideración, se incluye una profusa panoplia de medidas tanto postdelictuales como predelictuales. Este hecho debe ser tenido en cuenta y, en efecto, ha sido tenido en cuenta por la doctrina.

Por lo que respecta a las medidas postdelictuales, y al margen de lo que se considere oportuno respecto a su sistema de formulación y aplicación (8), existe acuerdo absolutamente dominante en la literatura jurídico-penal española de que se trata de disposiciones de naturaleza criminal y que, como tales, han de incluirse en nuestro campo (9). Dos razones, a mi juicio, avalan la afirmación precedente, a saber: i) de no atribuirles carácter penal a las medidas de seguridad postdelictuales y sí, en cambio, naturaleza administrativa, quedaría sin explicar el porqué sí tienen el carácter propuesto las que se hallan reguladas en el Código penal; no podría aducirse en contra de esta posición el que la naturaleza jurídica de las instituciones viene dada

(4) COBO/VIVES, PG-I, 1981, p. 29.

(5) Se deja aquí de lado la cuestión atinente a la denominación de la materia; es en gran parte baladí y en ningún supuesto supone cambio de contenido; cfr., a este respecto, MIR, *Introducción*, 1976, pp. 18 ss.; OCTAVIO DE TOLEDO, *Concepto*, pp. 36 ss.

(6) El que v. LISZT no tuviera en cuenta en su definición las medidas de seguridad es llamativo, dado que Stoos formuló su anteproyecto de CP suizo en 1893. Además, nuestros sucesivos CP contenían, aunque embrionarioamente, medidas de seguridad curativas para los inimputables.

(7) Singulamente la (Nueva) Defensa Social en todas sus vertientes; cfr. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, 1981, pp. 1047 ss.

(8) Cfr. la exposición y crítica de los sistemas en QUINTERO, *Reflexiones sobre el monismo y el dualismo ante el Proyecto de Código penal*, en *La Reforma Penal y Penitenciaria*, 1980, pp. 573 ss. y, también, *Introducción al Derecho penal*, 1981, pp. 18 ss.

(9) Cfr. MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho penal*, 1975, p. 38; el mismo, *Adiciones al Tratado de JESCHECK*, 1981, p. 21; MIR, *Introducción*, 1976, pp. 17 y ss.; COBO/VIVES, PG-I, 1981, p. 30; OCTAVIO DE TOLEDO, *Concepto*, 1981, p. 47; QUINTERO, *Introducción*, 1981, pp. 16 s.; RODRÍGUEZ DE VESA, PG, 1981, p. 10.

por la clase de norma en que se contienen (10), dado que esta concepción revela un formalismo pedreste y sumamente peligroso para la seguridad jurídica (11); por ello ii) ha de atenderse al *carácter material* de la medida y se ve que queda equiparada al de la pena: *aflicción* (12), restricción significativa de la libertad; este es el criterio que mantiene el legislador penal en lo referente incluso, entre otras, a las sanciones que puede imponer la autoridad gubernativa: son penas, aunque, a efectos penales, no tengan tal consideración (art. 26, 3.º CP).

Mucho más problemáticas se revelan, en cuanto a su inclusión en el concepto de Derecho penal, las denominadas medidas de seguridad predelictuales. Un significativo sector de la doctrina española considera que dichas medidas son de carácter administrativo y que, por lo tanto, deben quedar fuera de la órbita de la materia (13). Esta cuestión no se la plantea la doctrina alemana dado que requiere para la imposición de una medida de «aseguramiento y/o mejora», cuando menos, un *tipo de injusto* (14). Dado que todavía las medidas predelictuales son de derecho vigente (15), es de rigor pronunciarse sobre su naturaleza. Estimo por mi parte, que las medidas predelictuales, aunque incompatibles con un sistema penal civilizado (16), forman parte del Derecho penal. La cuestión estriba en anudar la imposición de una medida de esa clase a la demostrada (17) *peligrosidad criminal* que el sujeto en cuestión manifieste; es decir, que también estas medidas requieren, como presupuesto de aplicación, la peligrosidad referida a *delitos futuros* y no sólo a males indefinidos para la sociedad (18); de esta suerte, la me-

(10) Como, en general para las medidas administrativas, pretende MONTORO, *La infracción administrativa*, 1965, pp. 269, 272.

(11) Que tiene un indudable asidero constitucional en el artículo 9.3 CE; pero, además, otro precepto, el artículo 25.3 CE establece la prohibición a la Administración *civil* de imponer sanciones que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad; y la medida es una sanción, desde el punto de vista material, e implica, en no pocas ocasiones, privación de libertad.

(12) Así, COBO/VIVES, PG-I, 1981, p. 31.

(13) Así, ANTÓN, *Derecho penal. Parte General*, 1949, pp. 548 s.; MUÑOZ CONDE, *Introducción*, 1975, pp. 42 s.; el mismo, *Adiciones*, 1981, p. 21; CEREZO, *Curso de Derecho penal español. Parte General*, 1982, p. 37 (aunque OCTAVIO DE TOLEDO, *Concepto*, 1981, p. 46, n. 86, parezca incluirlo en el sector contrario); JORGE BARREIRO, *Las medidas de seguridad en Derecho español*, 1976, pp. 113 ss., 148 s. TERRADILLOS, *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, 1981, pp. 113 s.; vid., también RODRÍGUEZ DE VESA, PG, 1981, pp. 10, n. 2, 126; poco definidos, por ulterior remisión, COBO/VIVES, PG-I, 1981, p. 30.

(14) Vid., por todos, JESCHECK, *Tratado*, 1981, pp. 18/19. Lo que no es seguro es que tales medidas, como medidas administrativas (policiales, municipales o bajo la rúbrica de beneficencia) no tenga una amplia o incontrolada vigencia.

(15) Así, RODRÍGUEZ MOURULLO, PG, 1977, p. 17; MIR, *Introducción*, 1976, pp. 23 ss.; OCTAVIO DE TOLEDO, *Concepto*, 1981, pp. 52/53; su admisibilidad no implica conformidad sino que son ampliamente atacadas. Tanto en el Proyecto de 1980 como en la Propuesta de 1983 desaparecen del arsenal punitivo.

(16) RODRÍGUEZ DE VESA, PG, 1981, p. 10, n. 2, cree que las medidas predelictuales no quedan incluidas en la terminología del art. 25.2 CE; MUÑOZ CONDE, por su parte, *Adiciones*, 1981, p. 21, considera que contravienen el mandato de seguridad jurídica.

(17) De que los estados «resulten probadamente» habla el art. 2 A) LPRS.

(18) Cfr. MIR, *Introducción*, 1976, p. 26; OCTAVIO DE TOLEDO, *Concepto*, 1981, p. 49.

dida predelictual se conforma como un adelanto de la pena (19), ilegítimo de todo punto de vista (20), que no es sino una forma grosera de «trampa de las etiquetas» (21), pero, precisamente por ello, manifiesta claramente su naturaleza penal. Además, y esto, al igual que los aspectos garantísticos en general, reviste la mayor importancia, no hay que olvidar que, de acuerdo a la legislación vigente (art. 8 LPRS), la imposición de una medida de seguridad es competencia exclusiva del Poder Judicial (garantía jurisdiccional); el hecho, pues, de la *juridicalización* del proceso de peligrosidad criminal pone bien a las claras la naturaleza penal y no gubernativa de las medidas de referencia (22). Es más, dado que en nuestro ordenamiento vigente no se contempla entre las obligaciones de la policía la imposición de medidas restrictivas de ningún tipo (23), con la salvedad de exigir fianza bastante al presunto reo de una falta que careciera de domicilio conocido (art. 495 LECr. (24), no cabe, desde luego, a *nivel legal*, plantearse la cuestión de las medidas predelictuales de carácter administrativo. A la vista de lo expuesto, creo acertada la inclusión de las medidas predelictuales en la descripción conceptual del Derecho penal; ello, además, supondrá dotarlas, a ellas también, de las mismas garantías que al resto de consecuencias jurídicas derivadas de la comisión, o probable comisión, de un hecho punible.

## 2) *Incomplitud de la definición*

Recientemente se ha objetado a la definición de von Liszt y, por ende, a quienes la comparten, con las modificaciones y/o actualizaciones a que se ha hecho acreedora, el que no se incluye en aquélla alusión alguna al *Derecho subjetivo* de castigar, sino que sólo abarca el denominado concepto objetivo de Derecho penal (25), lo cual ha venido ocurriendo tradicionalmente (26). Esta objeción entiendo que es

(19) Cfr. VIVES/CBO, PG-I, 1981, p. 31.

(20) Puesto que se castiga un carácter, no una conducta que haya infringido un mandato o una prohibición penales.

(21) Calificación que prefiero a la usual de «estafa»; proviene de KOHLRAUSCH, *ZStW*, 1924, p. 33.

(22) En sentido similar, aunque menos rotundo, pero extrayendo significativas consecuencias, OCTAVIO DE TOLEDO, *Concepto*, 1981, p. 52.

(23) Con la salvedad quizás, siempre a *nivel legal*, del art. 101. 2 g) LRL, por lo que hace referencia a la prevención y represión de la mendicidad; en ningún caso es legítima la expulsión de extranjeros del territorio nacional por resoluciones de los Gobernadores civiles: carecen de habilitación legal (ellos y el Ministro del Interior) y se practica sin procedimiento alguno que permita la defensa; cfr. a este respecto el severo varapalo del TC en S. de 8-6-1981 (BJC (3), 1981); además, la fundamental de 3-10-1983 (BJC (31), 1981).

(24) Pero, en cualquier caso, ha de procederse a la puesta a disposición de la autoridad judicial. Por otro lado, de hecho, una medida privativa de libertad la constituye la posibilidad de detención por actos contrarios al orden público: art. 12 LOP, máxime si se produce la puesta en libertad sin cargo alguno.

(25) Cfr. CBO/VIVES, PG-I, 1981, p. 29; antes ya ANTÓN, PG, 1949, p. 3, ofrece una definición subjetiva de Derecho penal.

(26) Cfr. CBO/VIVES, *loc. cit.*

aparente y no afecta al fondo del asunto; y éste, en verdad, es la delimitación del objeto, la delimitación de un sector del ordenamiento jurídico (de un subsistema dentro del sistema jurídico); y a este objetivo responde perfectamente la definición del Derecho penal en sentido objetivo. Cuáles hayan de ser los límites o el marco dentro de los que haya aquél de acontecer —el Derecho penal en sentido subjetivo— no es algo inherente al concepto de Derecho penal, por más que sea algo en extremo básico, si queremos conformar una teoría del Derecho penal que permita realizar los postulados del Estado social y democrático de Derecho en el sistema penal. En el orden conceptual, que es en el que se dilucida aquí la cuestión, sería mucho más relevante aludir al Derecho penal en sentido final, es decir, para qué sirve, cuál es la meta que se propone dicho sector del ordenamiento. Así las cosas, esta objeción ha de ser rechazada y, por lo tanto, me inclino por seguir definiendo en este punto el Derecho penal en sentido objetivo.

### 3) *Responsabilidad civil como Derecho penal*

Cuestión de mayor enjundia es la que interesa a la inclusión o no de la responsabilidad civil derivada de la comisión de una infracción penal. Pie para ello la da la, a todas luces dilatadísima, prescripción contenida en el artículo 19 CP: «Toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente» (27); a mayor abundamiento, el artículo 1.089 CC establece que «las obligaciones nacen ... de los actos y omisiones ilícitos», es decir, de los delitos y faltas (28); ahora bien, el artículo 117 CP estipula que la responsabilidad civil —la obligación que nace del ilícito penal— se extinguirá como las demás obligaciones, de acuerdo a las prescripciones del Derecho civil; por si fuera poco, el artículo 1.092 CC afirma: «las obligaciones *civiles* que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código penal» (s. a.); dado, por otro lado, la regulación fragmentaria que dicho cuerpo legal efectúa de la institución de referencia (29), habrá que aplicar subsidiariamente el CC, ya que a ello obliga su artículo 4.3. El entrecruzamiento y remisión de normas llena de perplejidad al intérprete (30), máxime cuando la acción penal y la civil derivada de delito pueden ejercitarse, como es sabido, conjuntamente (art. 100 LECr.). Parece existir unánime acuerdo, empero, en que la naturaleza de la responsabilidad civil es civil (31). De hecho su

(27) Cfr. CÓRDOBA en CÓRDOBA y otros, *Comentarios al Código penal*, I, 1976, pp. 488/9.

(28) Cfr. DÍEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, I, 1970, p. 381.

(29) Así, MIR, *Introducción*, 1976, p. 26; OCTAVIO DE TOLEDO, *Concepto*, 1981, p. 58; RODRÍGUEZ DE VESA, *PG*, 1981, p. 965.

(30) Cfr. la exposición de posiciones que efectúa OCTAVIO DE TOLEDO, *Concepto*, 1981, pp. 59 s.

(31) Tanto entre los civilistas (DÍEZ PICAZO, *Fundamentos*, 1970, pp. 381, 382, 394 s.; ALBALADEJO, *Instituciones de Derecho civil. Parte General y Derecho de obligaciones*, 1960, p. 990) como los penalistas: vid., sólo, OCTAVIO DE TOLEDO, *Concepto*, 1981, pp. 61 ss.

incompleta, aunque directiva, regulación en la ley penal parece abonar esta tesis; no obstante, llama la atención un hecho significativo, la inusitada extensión de su regulación, tanto a nivel general como especial, de ciertas instituciones, si se tiene en cuenta su «civildad». Antón (32) y Mir (33) han señalado una serie de efectos que tiene el daño o mal causado (34), como la mayor cuota de responsabilidad civil que los tribunales suelen imponer a los autores en relación con los otros responsables criminales (35), el inicio de haber ofrecido satisfacción a la víctima como una de las manifestaciones del arrepentimiento espontáneo o la necesidad de haber satisfecho en la medida de lo posible las responsabilidades civiles a fin y efecto de obtener la rehabilitación el condenado.

Estos *indicios* y algunos otros (36) demuestran que estamos ante una institución de carácter *civil*, aunque, en lo esencial, sean respecto al derecho privado derecho especial (37). Ello, empero, no es óbice, a mi juicio, para que en la definición objetiva de Derecho penal se haga mención expresa de la responsabilidad civil *como consecuencia que el ordenamiento jurídico-penal determina*, anudándola a la comisión de un tipo de injusto (38). Desde esta perspectiva, más que un instrumento de política criminal (39), se trataría de un instrumento de política jurídica, respaldada por la normativa procesal, en el sentido de tener presente junto al interés público lesionado el daño privado causado, cuya representación, incluso, puede llegar a ser asumida por un Órgano público sin necesidad de una especial excitación por parte del afectado (art. 108 LECr.). De las múltiples consecuencias jurídicas que una infracción penal pueda comportar (nulidades matrimoniales, determinación de la paternidad y correspondiente pensión de alimentos, inscripciones registrales...), la que, junto a la pena (o medida de seguridad), mayor incidencia cualitativa y cuantitativamente juega es, sin duda, la de la responsabilidad civil que, además, es generosamente recogida por el CP (40) y, en muchísima menor medida, por la jurispru-

(32) Vid., PG, 1949, pp. 607 ss.

(33) Vid. *Introducción*, 1976, pp. 27 s.

(34) Aunque sea brevemente, hay que señalar que el término daño no es unívoco en los ejemplos aducidos tomados del articulado legal; por ejemplo, no es el mismo «daño» el que se alude en el art. 2.2 CP que el «daño moral» del art. 104 CP; por otra parte, daño, como sinónimo de mal, tiene un sentido, al igual que este otro término (MIR, *Lecciones de Derecho penal*, 1982, p. 211), eminentemente valorativos; piénsese, por ejemplo, en una rebelión militar y en el *daño* que puede producir, aun sin conseguir los delincuentes sus propósitos, en los sentimientos de los conciudadanos y en el crédito internacional del Estado.

(35) Que responde al planteamiento del art. 107 CP.

(36) El que la responsabilidad civil no se vea afectada ni por la remisión condicional ni por el indulto.

(37) Así, ALBALADEJO, *Instituciones*, 1960, p. 990, n. 4.

(38) Aunque no deba satisfacer la responsabilidad civil el causante del daño; piénsese en el auxilio necesario o en la obediencia debida; cfr. a este último respecto, mi *Obediencia debida. Análisis de una causa de justificación*, en prensa, § 14 VI.

(39) Como pretende MIR, *Introducción*, 1976, pp. 28, 29.

dencia. Esta incidencia casi constante, especialmente en los delitos contra personas físicas y jurídicas (no contra delitos de lesiones de bienes de titular difuso), y el que la responsabilidad civil exigida y recogida por el juzgador pueda llegar a revestir mayor importancia que la pena en sí misma considerada, son, a mi entender, los hechos que motivan que pese a su naturaleza civil se incluya la responsabilidad civil derivada de delito en la definición de Derecho penal en sentido objetivo. Así, cabrá definir este subsistema jurídico como el *conjunto de normas jurídicas que asocian al delito, cometido o de probable comisión, penas, medidas de seguridad y sanciones* (41) *reparatorias de carácter civil* (42).

## II. LOS LIMITES DEL «IUS PUNIENDI»

### 1) *Planteamiento*

Dada la naturaleza del presente escrito han de pasarse prácticamente por alto algunos de los temas que tradicionalmente se analizan en estas ocasiones; así, la titularidad y razón de la misma del «ius puniendi», extremos que corresponden al Estado en la etapa histórica que vivimos. La causa de esta asignación hay que buscarla en la evolución que ha llevado a concentrar en manos del poder político público el ejercicio legítimo de la violencia (43).

Me interesa, en cambio, resaltar ahora el marco que limita el ejercicio de dicho *poder de castigar* que, contrariamente a lo que viene siendo costumbre, no lo tengo para mí como un derecho, sino como una *obligación* (44), si se ve el fundamento del «ius puniendi» en la protección de la sociedad y de los individuos que la forman evitando los ataques o puestas en peligro de bienes jurídicos, previniendo la comisión de delitos o faltas mediante el sistema de penas y/o medidas de seguridad. En efecto, si se toma el Estado tanto desde una perspectiva de filosofía política como estrictamente jurídica, nos hallamos ante un ente artificial, es decir, ante un ente creado —el grado de participación en su creación es aquí irrelevante— para solventar una serie de cuestiones; el Estado no es, pues, natural en el sentido de consustancial al ser humano como pueden serlo otras formas de agrupación social (45). Partiendo de esta concepción y llegados al momento

(40) Al incluir también los daños morales; otra cosa es la restringidísima actitud de los tribunales en cuanto a la fijación de los montos correspondientes.

(41) *Sanción reparatoria* ha de entenderse en el sentido que propone, entre otros, ZIPPELIUS, *Eniführung in das Recht*, 1976, p. 22 como garantía de efectividad del orden jurídico.

(42) Así, suscribo plenamente la propuesta final de MIR, *Introducción*, 1976, p. 29.

(43) Lo cual encuentra alguna excepción, por ejemplo, en el caso de la legítima defensa, al darle el doble fundamento público y privado; cfr., a este respecto, LUZÓN, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 1978, pp. 58 ss. (79 ss.).

(44) En sentido similar, MIR, *Introducción*, 1976, p. 120.

(45) Cfr. PÉREZ ROYO, Javier, *Introducción a la teoría del Estado*, 1980, pp. 139 ss., 165, haciendo especial hincapié en la emergencia del Estado de determinadas relaciones de producción.

actual en el que por hallarnos en un Estado social al Estado se le plantean exigencias, a la creación de sistemas de satisfacción de las mismas y a su instrumentalización no cabe calificar, sin hacer uso de una peligrosísima metáfora, de derechos subjetivos públicos del Estado: lo que por tal suele entenderse no son más, a mi juicio, que una serie de técnicas instrumentales al servicio de las necesidades comunes a cuya satisfacción responde la propia esencia y existencia del Estado.

Esta es, además, la concepción que respira el ordenamiento positivo español, cuando se ordena la imposición de una pena, de una medida de seguridad o se decreta la inocencia bajo, a su vez, pena por prevaricación caso de realizar dichas previsiones de modo ilegítimo. Si, hablando en términos típico-ideales (46), ésta no fuera la programación del Derecho positivo, no se explicaría el por qué del castigo del favorecimiento de los delincuentes (art. 359 CP), ya que, si se tratara de un derecho típicamente subjetivo del Estado, éste podría lícitamente dejar de perseguir a los delincuentes (47). El derecho al castigo, como tal derecho, es la manifestación de una necesidad del hombre socialmente relacionado y sólo él y la sociedad en la que se integra son sus titulares y cuyo ejercicio por parte del Estado adopta la *técnica instrumental* de Derecho subjetivo. De esta suerte, además, el ser el titular real del derecho a castigar un sujeto diferente al que lo ejerce, pueden hallar la razón de ser las *limitaciones políticas* y no meramente técnicas al ejercicio de dicho «ius puniendi»; sería ilusorio, y de ello la historia ofrece buenas y abundantes lecciones, pretender que el ejercicio mismo de un poder se limite por sí mismo; sólo los frenos «sociales», que en gran y decisiva medida son doctrinales, es decir, los límites extrapoder, pueden llegar a ser capaces de contener la tendencia expansiva cuantitativa y cualitativa del Estado que, a toda costa, pretende ser un ser en sí y para sí.

## 2. *Fundamento político y funcional*

También con la mayor brevedad ha de pasarse por este habitual apartado en el sentido formulado en su día por Mir (48). Y ha de efectuarse como requisito previo del que puedan desprenderse los límites reales al *ius puniendi*.

El fundamento del Derecho penal subjetivo es doble, como queda expuesto: funcional y político. Con el primero se quiere plasmar la

(46) Que, incluso a ese nivel, debe ser matizado por el *principio de oportunidad* que, sobre todo a nivel policial y de ministerio fiscal, es innegable.

(47) Al ser esto «derecho» irrenunciable, sucede algo parecido a lo que sucede con los derechos públicos subjetivos de los particulares: salvo expresa mención legal (entrada con consentimiento en el domicilio) el titular no puede disponer de ellos; lo cual demuestra que la forma de crear ciertas instituciones jurídicas es darle la apariencia de «derechos subjetivos», pero su indisponibilidad se encarga de poner de manifiesto su realidad. Cfr., en este sentido, SALAS, *Los decretos-ley en La Constitución y las fuentes del Derecho*, 1980, p. 1822 y STS 14-7-1981 (BJC (4), p. 274).

(48) Vid. *Introducción*, 1976, pp. 124 ss.

concepción del Derecho penal como *función* de la pena; si la misión de ésta es el mantenimiento de la indemidad de los bienes jurídicos (*rectior*, la contención de la delincuencia dentro de un nivel aceptable), el *ius puniendi* encontrará su razón en esa protección, es decir, en la prevención de los delitos y faltas, ya sea acudiendo a la sanción criminal o a la imposición de una medida cuando la peligrosidad criminal del sujeto se haya puesto de manifiesto. Esta función es hoy *communis opinio*, incluso entre sectores confesados retribucionistas (49); sobre este particular habrá que volver con más detenimiento.

Aquí se ha de centrar la cuestión en el *fundamento político* del *ius puniendi*. En su formulación se ha pasado de concebir al Derecho penal como la *Charta Magna* del ciudadano ante la ingerencia del Estado (concepción liberal) hasta la actual de intentar combinar adecuadamente la salvaguarda de la personalidad individual con las necesidades de defensa de la sociedad, del resto de los conciudadanos (concepción democrática), tras haber pasado un período de aguda crisis —no sólo en el Derecho penal—, por haber puesto excesivo énfasis incompensado en la lucha contra la criminalidad (concepción social) (50); el fundamento político, pues, ha corrido suerte similar a la del Estado mismo y es por ello que, sin negar la ventaja del Derecho penal social («intervencionista»), la lucha contra el delito, incluso adelantándose a su comisión (51), ha de ser llevada a cabo respetando tanto las garantías individuales como ser dirigida contra las conductas realmente nocivas y así tenidas por amplios consensos sociales. A este programa de política jurídica —y la dogmática que con él casa— se ha de llegar también, en nuestro ordenamiento, por la vía de la fundamentación constitucional, dado que en el frontispicio de nuestra norma básica y fundamental se ha consagrado la concepción de España como un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1) (52).

De esta suerte puede ofrecerse la siguiente propuesta (53):

A) *Límites derivados del fundamento funcional*

a) *Intervención mínima*

Surge en primer lugar la cuestión atinente a la *intensidad* de la protección que el ordenamiento ofrece, vía Derecho penal, a ciertos objetos jurídicamente relevantes; así, un exceso de utilización del Derecho penal le hace perder su razón de ser; se habla de que se ha acu-

(49) Cfr. últimamente, KAUFMANN, Armin, *La misión del Derecho penal*, en *La reforma del Derecho penal-2*, S. MIR, ed., 1981, p. 9. De otra opinión, Bustos, *Bases críticas de un nuevo Derecho penal*, 1982, p. 183: «La pena es sólo auto-constatación ideológica del Estado, de su sistema de valores».

(50) Así, por ejemplo, MIR, *Introducción*, 1976 p. 122.

(51) Pero, desde luego, desde mi perspectiva, no con medidas predelictuales, cuya única base, por muy anudada que esté al delito por *cometer*, es la prognosis no es forzosamente cierta; si el *in dubio pro reo* funciona en el Derecho penal, mucho más tiene que ser eficaz en el derecho de *medidas*.

(52) Intento ampliamente logrado en la obra de MIR, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 1982, *passim*.

(53) Así, MIR, *Introducción*, 1976, pp. 124 ss.

dido demasiado pronto al Derecho penal, que se le ha hecho perder su carácter de *ultima ratio*. En efecto, las relaciones intersubjetivas, las instituciones que ellas crean o de la que necesitan servirse o los objetos materiales en las que se incorporan o manifiestan pueden ser protegidos, en muchísimas ocasiones, sin acudir al sistema penal: si la satisfacción en la necesidad de protección que se obtiene por otras vías es bastante, no tiene sentido, pues, el recurso al Derecho penal: en fin, éste tendrá sentido si las demás instancias de política y control social han sido desbordadas; rige, en el fondo, un principio de *economía social*. Por ello el Derecho penal es de *naturaleza subsidiaria* (54). Además, esta concepción casa perfectamente con el Estado social: las intervenciones positivas pueden ser mucho más eficaces, y por ello preferibles, a la intervención negativa que la pena supone (55).

Intimamente ligado con lo anterior surge el denominado *carácter fragmentario* del Derecho penal (56), es decir, que la protección penal de los bienes jurídicos no lo es en toda su amplitud sino sólo en aquellos sectores de mayor relevancia social; lo que en su día se consideró un defecto el Derecho penal, hoy es alabado como una virtud (57). La combinación de ambos principios, el de subsidiariedad y de carácter fragmentario integran lo que se ha dado en denominar principio de *intervención mínima*. Pese, empero, a una tendencia a la desriminalización a nivel mundial (58), que ya ha llegado también a España (59), no deja de ser frecuente lo que se ha dado en denominar «la fuga hacia el Derecho penal» (60), a la que no son ajenas razones coyuntu-

(54) Vid., por todos, ROXIN, *Sentido y límite de la pena estatal*, en *Problemas fundamentales del Derecho penal*, 1976, p. 21; pero como atinadamente matiza MUÑOZ CONDE, *Introducción*, 1975, p. 60, la subsidiariedad no implica subordinación.

(55) Así, MIR, *Introducción*, 1976, p. 126; discutible resulta, empero, la afirmación de JESCHECK, *Tratado*, 1981, p. 73, n. 6, de que va más allá del carácter fragmentario el subsidiario, y que éste es más propio del Estado social; si bien el principio de subsidiariedad (con carácter general) corre paralelo al del Estado social, es, en todo caso, un límite al intervencionismo que esa forma de Estado representa.

(56) Calificación recriminatoria que efectuó BINDING, *Lehrbuch des gemeinsamen deutsches Strafrechts, Besonderer Teil*, I, 1902, pp. 20 s. Ha desarrollado ampliamente este tema, MAIWALD, *Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts*, en *Maurach-Fest.*, 1972, pp. 9 ss.

(57) Vid., por todos, MUÑOZ CONDE, *Introducción*, 1975, pp. 72 s.

(58) Cfr. JESCHECK, *Rasgos fundamentales del movimiento internacional de reforma del Derecho penal*, en *La Reforma del Derecho penal*, S. MIR ed., 1980, pp. 15 s.

(59) Sobre todo durante los primeros años de la transición; ello hace que ya no sea cierto —o no lo sea tanto— el panorama, cabalmente tétrico pero perfectamente en su día ajustado a la realidad, dibujado por GIMBERNAT, *Reformversuche in Spanien?*, en *Strafrecht und Strafrechtsreform* MADLENER/PAPENFUSS/SCHÖNE ed., 1974, p. 66, a quien sigue MIR, *Introducción*, 1976, p. 127, n. 249. De todos modos, el mantenimiento, por ejemplo, de las faltas en el CP, o que, pese a lo dilatado de la regulación, más de 50 artículos, la no protección total de la fe pública (delitos de falsedades), sean defectos, a mi entender, que se piensan mantener a la vista de los proyectos y propuestas, es preocupante.

(60) Cfr. ROXIN, *Franz von Liszt y la concepción político-criminal del proyecto alternativo*, en *Problemas* 1976, p. 45.

tales o electorales (61). El momento de reforma que se vive en España desde el inicio de la transición ofrece una oportunidad única, que aún habrá de madurar, para abordar un programa penal que se ajuste a estas y otras directrices que se plantearán más abajo (62).

b) *La protección de bienes jurídicos*

La prevención de la indemnidad de los bienes jurídicos ha sido hasta aquí largamente reiterada y es hoy en día cuestión pacífica en la doctrina y en los propósitos de los legisladores. Sobre lo que no reina un acuerdo suficiente es sobre lo que hay que entender por bien jurídico, salvo en la evidente función de guía sistemática (63). Fagocitada, tras ser combatida, la teoría liberal, en origen, del bien jurídico por el nacionalsocialismo (64), se ha puesto de manifiesto la necesidad de establecer un contenido a dicho concepto que sea capaz de limitar el poder punitivo del Estado. Lamentablemente no puede aquí entrarse a exponer el grado de espléndido desarrollo en que se halla actualmente esta polémica, relanzada a partir del Proyecto Alternativo. En todo caso tiene razón Hassemer cuando afirma que la teoría del bien jurídico, al quererla globalizar, pierde en contenido y que, cuando se la quiere configurar en grupos de casos, pierde la noción general que debiera engarzar las subpropuestas obtenidas (65). Buscando su naturaleza en lo social, siguiendo a Liszt (66), las teorías inspiradas en el funcionalismo parecen haber encontrado amplia difusión, pero también se han convertido en blanco de no pocas críticas (67).

Lo que sí parece cierto es que ni las meras concepciones materiales (68), ni las ideales (69) ni las puramente funcionales al estilo de la dañosidad social (70) pueden, primero explicar qué es un bien ju-

(61) Vid., el mismo, *El desarrollo de la política criminal desde el Proyecto Alternativo*, en *La Reforma*, 1980, p. 88.

(62) En cualquier caso, la reforma penal española será un páramo frustrante, para la sociedad y para los delincuentes, si no se afronta una reforma radical y frontal de la Administración de Justicia y se dota de contenido —que evite recientes bochornos— a la Ley General penitenciaria, en lugar de rebajar sus problemáticos contenidos, vía su reglamento; cfr. a este respecto la crítica de ARROYO, *REDC*, 1983 (8), p. 35.

(63) Aspecto que ha de superarse: vid. ROXIN, Franz von Liszt, 1976, p. 47.

(64) Cfr. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, pp. 255 s. (259).

(65) Cfr. HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, 1973, pp. 58 ss.

(66) Así, como propone MIR, *Introducción*, 1976, pp. 132, 144.

(67) Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO, *Concepto*, 1981, pp. 341 ss.; TERRADILLOS, *La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal*, *RFDUC*, 1981 (63), pp. 134 s.

(68) El interés de vida de von Liszt; cfr. SINA, *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs «Rechtsgut»*, 1962, p. 53.

(69) Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, *PG-1*, 1977, p. 276: «El bien jurídico no existe como tal en la realidad naturalística. El bien jurídico, en cuanto algo que vale, es decir, en cuanto a valor, es, como todos los valores, *irreal*» (s. a.); JESCHKE, *Tratado*, 1981, p. 251; «valor ideal del orden social jurídicamente protegido» (s. o.).

(70) Así, AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, 1972, pp. 350 ss.

rídico y, menos, por supuesto, intentar que esta institución sirva de límite al *ius puniendi*. Abundando en el terreno de lo social, creo que es necesario abandonar el idealismo de la filosofía de los valores, máxime si intentamos hallar formulaciones válidas a un Derecho penal que case con la pretensión del Estado social y democrático de Derecho. Así, no parece coherente con esta constelación político-jurídica el que el Derecho penal tenga como misión la protección de bienes ideales; no protege, a mi juicio, la vida en abstracto, sino cada una de nuestras vidas que son las únicas existentes. Sin embargo, esta concepción podría ser tachada de empíricoide, dado que otros bienes indudables en la doctrina mayoritaria como son la libertad, el honor, las instituciones políticas y su funcionamiento carecen de esa sensibilidad, con lo cual se vuelve a la vieja dicotomía entre bienes materiales y bienes inmateriales; de este modo podrán ser objetos jurídicos meros sentimientos morales, altamente respetables, pero a cuya protección no parece que el Derecho penal esté llamado, dado que no creo que le corresponda a tal ordenamiento la satisfacción de las conciencias. Así las cosas, veo como línea de trabajo e investigación, aquí modestamente indicada, el concebir la institución del bien jurídico como aquella *realidad empírica de la vida* (por lo tanto material y/o inmaterial) y su *valor funcional* para el Derecho (71) (la vida jurídica de la comunidad). Ello puede permitir la combinación de los ideales liberales garantistas más arraigados con una pluridimensionalidad de la interpretación jurídica no siempre en beneficio de los detentadores fácticos del sistema, obligando al compromiso constante, dadas las cambiantes correlaciones, especialmente en las materias más opinables y más viscerales (religión, moral sexual, sistema económico general...). De este modo, temas tales como las injurias, la blasfemia o el escándalo público podrían verse relegados hasta su casi desaparición de la escena penal, pero no de la civil (honor) o de la buena educación (religión, sexo) y otros, en cambio, podrían emerger, si además se diera la circunstancia de la voluntad política de salir del estado —siempre confortable— del papel mojado (orden socio-económico, terrorismo, delitos «del Estado» contra las libertades públicas, patrimonialización de los servicios públicos, etc....).

#### B) *Límites derivados del fundamento político*

Como queda ya expuesto, los límites políticos a la intervención del Estado en materia de sanciones y medidas de seguridad sólo pueden encontrar sede dentro de los márgenes del Estado de derecho y del Estado democrático, puesto que el social, empero, centra sus preocupaciones en la intervención. En el estadio actual de la Ciencia política se puede decir que con el Estado democrático se trata de encontrar unos límites materiales que, sin impedir la acción positiva del Estado, no suponga enajenarle la personalidad de los ciudadanos a los que se *debe y debe* su razón de ser.

(71) Así, MIR, *Adiciones al Tratado de JESCHECK*, 1981, p. 370.

a) *Límites derivados del Estado de Derecho: el principio de legalidad*

Evidentemente no va a descubrirse a estas alturas la importancia capital y la indeclinabilidad (72) del postulado acuñado, al mismo tiempo que nacía el Derecho penal moderno, por Feuerbach. *Nullum crimen, nulla poena sine lege* (73) me atrevería a decir que es algo que está en la mente de la inmensa mayoría de los habitantes del mundo occidental sin restricción alguna; otra cosa será que se entienda por crimen y por pena. Pero es precisamente en evitación de dislates (74) para lo que nace este principio limitador y el de protección de bienes jurídicos, única realidad que puede ser objeto de protección y, por ende, de constituir, dados el resto de elementos dogmáticos, un delito. De esta suerte, el principio de legalidad se liga al de *seguridad jurídica*.

En efecto, y tal como recoge nuestro CP, este principio de legalidad se manifiesta en una cuádruple garantía: garantía criminal (art. 1.1), garantía penal (art. 23), garantía judicial (art. 80) y garantía de ejecución (art. 81 y 1.º LOGP). Todo ello reforzado por el artículo 2 Código penal y coronado por los artículos 9.3 y 25.1 CE.

Ahora bien, dicho principio se articula aún más garantísticamente exigiendo que la ley sea previa, estricta y estricta (*nullum crimen, nulla poena sine lege prævia, scripta et stricta*). Ello supone la interdicción de la retroactividad, el reconocimiento de la ley positiva como única fuente del Derecho penal y el establecimiento del mandato de determinación y exclusión de la analogía como forma de aplicar la Ley si ello perjudica al reo (*analogia in malam partem*) (75). Siendo todos estos aspectos sumamente importantes para la conformación de un Derecho penal eficaz y respetuoso con la personalidad de los ciudadanos, delincuentes o no delincuentes, creo que una somera exposición —la aquí requerida— ha de centrarse en dos cuestiones: el mandato de determinación y la reserva de ley orgánica para la regulación del sistema penal.

a') *Mandato de determinación*

Si bien el principio de legalidad (76) no tiene sólo la vertiente técnico-legislativa, sino que posee una irreductible fuerza política en

(72) Cfr. JESCHECK, *Tratado*, 1981, 178, donde muestra el principio de legalidad en el ámbito nazi: «no hay delito sin pena», pero el fundamento de la sanción penal era «el sano sentimiento popular» (*op. cit.*, p. 175).

(73) De «Palladium de la libertad ciudadana» lo calificó MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, I, 2<sup>1</sup>946, p. 140.

(74) Vid. algunos ejemplos en JESCHECK, *Tratado*, 1981, p. 175; recuérdese que entre nosotros abundan algunas perlas de trágico recuerdo; rememórense las condenas por rebelión militar a los militares leales al gobierno constitucional o la aún vigente redacción del art. 163 CP: «El que ejecutare actos directamente encaminados a sustituir por otro el Gobierno de la Nación»; cfr. la crítica que este precepto merece en MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 5<sup>1</sup>983, p. 547.

(75) Vid., por todos, MUÑOZ CONDE, *Adiciones*, 1981, p. 191, con abundante referencia del estado de la cuestión en la doctrina española.

(76) Que está garantizado para todo el ordenamiento jurídico por el art. 9.3 CE; vid., infra b).

cuanto bastión garantista contra los abusos penales del Estado, de modo que sólo podrán constituir ingerencias legítimas si están formuladas en una ley —acto normativo del Parlamento como representante de la soberanía popular— y que sólo tiene efectos a partir de su promulgación (77), si bien pues, es ello correcto, no lo es menos que supone sólo una limitación *formal*. Poco se dice, por contra, del contenido *material* de la ley penal; y lo que es más grave: quedaría burlado el edificio garantista sin dar entrada a una vinculación material del mismo. Esta concretización viene de la mano del principio de la *lex stricta*; en efecto, sin que en las configuraciones positivas se hallen contenidos con precisión y sencillez los criterios mínimos necesarios que el legislador considera imprescindible para hacer a un sujeto merecedor de una pena o de una medida de seguridad, de poco valdrá que la disposición sea previa y escrita; se habrá burlado una vez más la dignidad del ser humano.

El mandato de determinación topa con una serie de obstáculos sobre los que conviene efectuar alguna precisión. Así, nos encontramos que pueden plantear conflicto ciertos conceptos normativos, las cláusulas generalizadoras y la problemática de las medidas de seguridad. Por lo que se refiere a los *elementos normativos del tipo* (78), singularmente los referidos a valor (79), tales como la compensación racional de atenuantes y agravantes (art. 61.3.<sup>º</sup> CP), la nota de gravedad o levedad a que se hace referencia en multitud de delitos y faltas (80), paz pública (art. 246 CP), orden público (art. 248 CP), respeto debido a la memoria de los muertos (art. 340 CP), violentamente (art. 412 CP), pudor, buenas costumbres y escándalo (art. 431 CP), ha de señalarse que aquí se está en manos de las consideraciones que temen a bien efectuar el juzgador; la única forma de intentar paliar esta grave quiebra de la seguridad jurídica es requerir incluso por vía

(77) El atribuir efectos anteriores a su promulgación a una ley es algo que contradice la lógica; sin embargo, al ser favorable la nueva regulación, en virtud del principio de *humanidad*, se aplica, incluso, de oficio por los Tribunales.

(78) Téngase en cuenta, por otro lado, que no es ni mucho menos decisiva la distinción entre elementos descriptivos y elementos normativos, puesto que, a fin de cuentas, los primeros remiten a un horizonte valorativo o de sentido; así, OTTO, *Grundkurs. Allgemeine Strafrechtslehre*, 1976, p. 85.; cfr. también, ENGISCH, *Introducción al pensamiento jurídico*, 1967, pp. 139 ss., 142, donde considera los conceptos normativos una variante de los indeterminados; GÓMEZ BENÍTEZ, *El ejercicio legítimo del cargo*, 1980, pp. 70 ss. (76 ss.) donde efectúa una detallada exposición de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y su aplicación, entre otras cosas, al concepto jurídico indeterminado de «orden público» (*op. cit.*, pp. 118 ss.).

(79) Cfr. JECHECK, *Tratado*, 1981, p. 365, que sintetiza el planteamiento de ENGISCH, *Die normative Tatbestandslemente im Strafrecht*, en MEGGER-FEST., 1954, pp. 144 ss.

(80) En algunos de ellos se llega a la perplejidad; por ejemplo, el art. 237 contiene la «resistencia leve» y la «desobediencia grave»; calificativos distintos para acciones distintas con sujetos pasivos distintos, dado que a los meros funcionarios no se les puede desobedecer porque no pueden mandar; en contra de la opinión dominante (vid., por todos, MUÑOZ CONDE, *PE*, <sup>5</sup>1983, pp. 531/2) RODRÍGUEZ DEVESAS, *PE*, <sup>8</sup>1980, p. 843.

del recurso de casación (81), al Tribunal que exponga el razonamiento que le ha llevado a considerar si, y cómo concurre, el elemento de que se trate. Las cláusulas *generalizadoras* pueden ser objeto también de crítica si quedan desprovistas de contenido; así, por ejemplo, es censurable la expresión «de cualquier modo» que utiliza el tipo de escándalo público; no lo es, en cambio, por ser controlable, la expresión «u otro medio de difusión» contenida en el artículo 268 CP, puesto que, además, está precedido de otros términos que dan idea de lo que el legislador entiende por «medio de difusión»; no lo sería, por ejemplo, la divulgación oral, ya que se refiere a medios de difusión que utilizan un soporte físico (82).

La problemática en cuanto a las *medidas de seguridad* es aún mucho más inquietante. En primer lugar, es difícil establecer un concepto de peligrosidad criminal en tanto que prognosis de que el sujeto va a delinquir; aún así, queda por dilucidar a qué grado de peligrosidad se está refiriendo la ley: no es lo mismo el ratero, condenado más de cuatro veces (art. 4 LPRS), que el manipulador a gran escala de sustancias alimenticias en mal estado a sabiendas de tal extremo; es algo inaudito privar a alguien de libertad, sin haberle probado un delito, por algo que ni es un delito ni está necesariamente unido a su comisión: vagancia, mendicidad, cinismo [(art. 2 B), 1.º; 6.º, 9.º LPRS] (83). La posibilidad teórica de admitir las medidas predelictuales [(supra I) 1], concibiendo la peligrosidad como criminal y anudándola a la prognosis de comisión de un delito futuro, queda en estos casos, si se es consecuente, reducida a la nada. La razón de que no hayan sido derrogadas estas y otras medidas predelictuales con ocasión de las varias reformas parciales del sistema penal tras 1975 no demuestra sino una conformidad del legislador —del titular fáctico del poder legislativo— con este estado de cosas.

Estado de cosas que se agrava abundando en la vulneración de las garantías del principio de legalidad al establecerse medidas curativas de *duración indeterminada* (arts. 5, 5.º y 6.º LPRS, 65 CP) y que no se ven aminoradas (84) por el hecho de que el juez las pueda revisar

(81) Al igual que la violación del derecho a la no indefensión ha encontrado acogida en la jurisprudencia del TC —por ejemplo, STC 26-7-82 (RA-66, BJC 1982/18)— y va siendo asumido por el propio TS —cfr. DÍAZ PALOS, *Constitución y casación penal*, en *La Ley* 1983/2, p. 1238—, sería de desear que fuera controlable en casación la argumentación —que siempre debería existir— en cuya virtud el tribunal considera que se da el elemento indeterminado.

(82) Pero sí lo sería la expresión relativa a la apología de delito, tal como demuestra MUÑOZ CONDE, *PE*, 51983, p. 533.

(83) La cuestión se complica mucho más si cabe en relación con los menores de dieciséis años: se les puede privar de libertad, por un órgano no jurisdiccional (contrariamente a lo que creen QUINTERO/MUÑOZ CONDE, *La reforma penal de 1983*, 1983, p. 86), sin asistencia letrada ni comparecencia del ministro público por hechos que, o no son delito en ningún caso (fugas del domicilio familiar, p. ej.,) o que de ser mayores de edad penal podría estar justificadas o ser impunes (excusas absolutorias, p. ej.,); cfr. a este respecto, JIMÉNEZ, *El menor delincuente ante la Constitución*, CPC, 1983 (20), pp. 577 ss. (583 ss.).

(84) Pese a la garantía judicial que MIR, *Introducción*, 1976, p. 150/1, señala.

(revisión que no llega a la citada del CP para los menores), puesto que la peligrosidad puede no cesar nunca.

b') *La ley orgánica*

La promulgación de la Constitución Española de 1978 ha venido a dar carta de naturaleza constitucional al *principio de legalidad* (artículos 9.3, 25.1, 53.1, 81.1, y 86.1 CE): la ley penal ha de ser, como mínimo, una disposición emanada del poder legislativo, no se admite el decreto-ley ni el reglamento (85). Fuera de este mínimo consenso las opiniones son dispares, dividiéndose entre quienes consideran que el Código penal —y el resto de leyes del sistema penal— ha de tener rango de Ley orgánica (86) y quienes creen que ello no es necesario o no totalmente necesario y basta con que el CP tenga rango de ley ordinaria (87). Cuestión distinta es saber si el principio de legalidad penal se encuentra recogido o no en el artículo 25.1 CE; la respuesta tendencialmente mayoritaria es que dicho precepto es insuficiente para amparar por sí sólo la garantía en cuestión (88) y se nota, por otro lado, una cierta decepción ante la relativamente poca constitucionalización directa de aspectos penales ligados al principio de legalidad penal (89).

En la, hasta ahora, más exhaustiva investigación sobre el tema de la reserva de ley penal que la Constitución contiene, Arroyo mani-

(85) Claramente, cfr. ARROYO, *REDC*, 1983 (8), p. 29, n. 57; vid. también BUSTOS, *Las fuentes del Derecho y el principio de legalidad sancionatoria*, en *Las Fuentes del Derecho*, 1983, p. 112; menos tajantemente, BOIX, *El principio de legalidad*, en *La Constitución en el Derecho penal*, 1983, p. 70. Es partidario, en caso de urgencia del decreto-ley y en todo momento del decreto legislativo, RODRÍGUEZ DEVESÁ, *Una versión aberrante de las fuentes del Derecho penal*, en *Homenaje Pérez Vitoria*, 1983, pp. 839, 840, respectivamente.

(86) Cfr. COBO/VIVES, *PG-I-II*, 1981, pp. 89 ss.; MUÑOZ CONDE, *Adiciones*, 1981, p. 159; el mismo, *PE*, 5<sup>1983</sup>, pp. 532/3; OCTAVIO DE TOLEDO, *Concepto*, 1981, p. 318, n. 917; MIR, *Función*, 2<sup>1982</sup>, p. 33, n. 35; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho a la vida y a la integridad personal*, en COBO y otros, *Comentarios a la legislación penal*, I, 1982, p. 94; RODRÍGUEZ RAMOS, *Reserva de ley orgánica para las normas penales*, en *Comentarios*, I, 1982, pp. 299 ss.; ARROYO, *REDC*, 1983-(8), pp. 28 ss.; BOIX, *El principio*, 1983, pp. 64/5. Por su parte, RODRÍGUEZ DEVESÁ, *Versión aberrante*, 1983, califica de «tortuosa e inexacta la interpretación del art. 81, apart. 1, de la Constitución» (p. 836); además, «el argumento en que se basa la llamada 'reserva de ley orgánica' es por demás deleznable» (*ibidem*); «falacia» (p. 838) y «grotescas anomalías» (p. 839) vuelven a ser calificativos de la modalidad de reserva de ley que aquí se mantiene y de los efectos de esa concepción.

(87) Cfr. CASABO, *La capacidad sancionadora de la administración en el Proyecto de Código penal*, en *La Reforma penal y penitenciaria*, 1980, pp. 288 ss.; CEREZO, *Curso*, PG-I, 2<sup>1982</sup>, p. 121.

(88) Vid. COBO/VIVES, *loc. cit.*; OCTAVIO DE TOLEDO, *loc. cit.*; MIR, *loc. cit.*; RODRÍGUEZ DEVESÁ, *Visión aberrante*, 1983, p. 837.

(89) Así, BUSTOS, *Las fuentes del Derecho penal*, 1983, pp. 109 ss.; ahora bien, el que los enunciados constitucionales no agoten, aparente o realmente, el tema de las garantías que afecta a una materia, no debe ser interpretado como necesariamente un descuido, sino como una *asunción* de los planteamientos anteriores en nuestra disciplina bastante elaborados y más progresivos que en otras áreas.

fiesta una serie de opiniones que, a mi juicio, son plenamente acertadas; y en un doble orden de cuestiones: rango legal y creación de un derecho público fundamental. En efecto, el tema de la sanción penal, *lato sensu*, es de la suficiente gravedad para que ocupe un lugar destacado dentro de la regulación constitucional en atención a los derechos que afecta: derechos fundamentales (libertad, honor (90), participación en asuntos públicos) y derechos no fundamentales (propiedad (91), profesión) (92) del que haya de ser condenado o sometido a una medida de seguridad, todo ello sin omitir el efecto estigmatizador, socialmente verificable de cualquier pena (93). Surge ahora la cuestión de si, pese a estar en el objetivo de la ley penal algunos de tales derechos, pueden entenderse que los códigos sustantivos, procesales y penitenciarios, son «desarrollo» de derechos y libertades públicas fundamentales en el sentido del artículo 81.1 CE. Cierta sector administrativista (94) quiere diferenciar entre las expresiones «desarrollo»-«regulación»-«afectación» de/a dichos derechos básicos. Sólo la normativa de «desarrollo» debería ostentar el rango de ley orgánica; cuando, en cambio, una disposición legal regulara o afectara dicho ámbito, bastaría una ley ordinaria: éste sería el rango que merecería el sistema penal. Y ello porque «desarrollo», en este contexto, es entendido como formulación de un estatuto genérico y global de un derecho o libertad (95), lo cual es prácticamente imposible y desde luego no es el caso del CP (96).

Ante esta sorprendente solución, y a la vista del indudable *alcance político* que tiene el que a una determinada materia se reserve su legislatividad a la ley orgánica, un importante sector doctrinal se inclina por considerar la trilogía terminológica expuesta como un mero juego de palabras (97); puesto que, además, no debe olvidarse que no existe en un ordenamiento jurídico un límite más severo a la libertad que la privación de la libertad en sí (98). Y el Derecho penal, *lato sensu*, está en ello. Si esta es la más grave merma, deberá establecerse para ella la norma más importante tras la Constitución misma: la ley orgánica (99). Se plantea en inmediata conexión con esta cuestión de qué

(90) ARROYO, *REDC*, 1983-(8), p. 26, alude aún a la interdicción civil, que ha sido derogada en la última reforma penal.

(91) ARROYO, *op. cit.*, *loc. cit.*, no menciona que uno de los Derechos afectados —aunque no una libertad pública fundamental— es la propiedad: la multa y el comiso.

(92) ARROYO, *ibidem*.

(93) Vid. ARROYO, *REDC*, 1983-(8), p. 27.

(94) Vid. la exposición en el mismo, *op. cit.*, pp. 27 ss.; BOIX, *El principio*, 1983, pp. 64 ss.

(95) Cfr. ARROYO, *REDC*, 1983-(8), p. 28.

(96) *Ibidem*.

(97) *Ibidem*.

(98) Cfr. ARROYO, *REDC*, 1983-(8), p. 29; BOIX, *El principio*, 1983, p. 65.

(99) Con todo, ha de reconocerse que la política legislativa en materia penal no ha sido lo suficientemente coherente consigo misma ni con las tesis aquí expuestas; cfr. ARROYO, *REDC*, 1983 (8), por su parte, el TC en reciente sentencia (CC-333/83 de 23-2-84; vid. BJC-35 CI-18) sobre el carácter de ley orgánica

grado de reserva goza la ley orgánica, absoluta o relativa (100); si la reserva es absoluta no se admite en *ningún supuesto* legislabilidad vía legislación delegada o legislación (gubernamental) de urgencia. Sucece, empero, que por unas u otras razones, se presentan las denominadas *leyes penales en blanco*, cuyo principal obstáculo de admisibilidad en esta esfera es su *remisión a disposiciones de carácter reglamentario*: si no se admite que se pueda legislar con disposiciones con fuerza de ley (art. 161.1 a) CE), mucho menos podrá hacerse legítimamente vía reglamentos. Unicamente resulta admisible la remisión, manteniendo el grado de certeza propio de la garantía del principio de legalidad, cuando se trata de una necesidad de la técnica legislativa (101) y no de una mera conveniencia (102).

Consecuencia de todo ello, y de gran alcance jurídico político, que innova radicalmente el panorama normativo hasta ahora vigente, es la consideración que la reserva de ley (orgánica) tiene de *derecho público fundamental*, si, como se ha expuesto someramente, el art. 25.1 CE contiene la reserva de ley penal (103); en tal caso dicho precepto contiene un derecho fundamental que puede ser alegado en amparo por los particulares, amén de las otras vías de excitación del Tribunal Constitucional. Ello significa un *refuerzo estimable del principio de legalidad* y de la posición de los ciudadanos ante el más formidable medio de ablación y/o restricción de derechos fundamentales: la sanción penal (pena y/o medida de seguridad).

### b) *Límites derivados del Estado democrático*

Estos límites se consideran reflejados en los principios de protección de bienes jurídicos, de proporcionalidad y de culpabilidad (104). El

---

de la Ley de control de cambios, que ahora lo tiene, pero cuando se originó el procedimiento penal motivador del recurso no, deja la cuestión abierta incomprensiblemente; menos claramente aún STC de 8-3-1984 (BJC (36), 1981, p. 558).

(100) Cfr. la exposición de esta concepción doctrinal, y las consecuencias que de ello se deriva, en ARROYO, *REDC*, 1983 (8), pp. 31 ss.; aunque el que el «reglamento» de una Ley orgánica tenga que ser una ley ordinaria, no es compatible. En efecto, ello supone que la Ley orgánica es de mayor rango jerárquico que la ley ordinaria; soy más bien de la opinión contraria (cfr. exposición de las posturas en BUSTOS, *Las Fuentes*, 1983, p. 101 y, muy fundamentalmente, la contribución que FERNÁNDEZ, en GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, I, 1981, pp. 134 ss., aporta al tema): la diferencia entre ambos tipos de disposiciones está en la *materia* que les asigna la Constitución y en un *refuerzo del procedimiento*; por lo tanto, salvo previsión en contrario, las leyes orgánicas pueden ser desarrolladas por un reglamento; ahora bien, el problema, como siempre que se habla de reglamentos, está en la sujeción del ejecutivo al margen a que la Ley le obliga; pero no se olvide que los reglamentos son recurribles ante los tribunales ordinarios.

(101) Cfr. ARROYO, *REDC*, 1983 (8), p. 34.

(102) *Ibidem*.

(103) Que es doble: penal y administrativa; así, ARROYO, *REDC*, 1983-(8), pp. 25 s.; entiendo que, dentro de la administrativa, se incluye la disciplinaria; en contra, BUSTOS, *Las Fuentes*, 1983, p. 107.

(104) Así, MIR, *Introducción* 1976, p. 151; en sentido similar, OCTAVIO DE TOLEDO, *Concepto*, 1981, p. 335.

primero de ellos ya ha sido examinado en el apartado anterior y aquí hay que volver a insistir en que el Derecho penal democrático debe conminar con una pena la eventual lesión o puesta en peligro de bienes cuyo ataque implica un ataque real y serio contra la subsistencia de la sociedad (105); más allá de este extremo, habrá de calificar de ilegítimo el poder punitivo del Estado.

En los parámetros de la democracia, entendida como garantía efectiva de participación y tutela de los ciudadanos, es donde encuentra su asiento el principio de *proporcionalidad* (106), que aunque nació con objeto de limitar las medidas de seguridad (107), es de aplicación a todo el ordenamiento jurídico, especialmente en las relaciones entre el Estado y los particulares en materia de ablación o restricción de derechos (108). La sede de su aplicación reside en el *injusto*: a mayor gravedad del hecho, mayor pena; pena que, sólo en atención al nivel concreto de motivabilidad del sujeto activo en relación con la que se atribuye al hombre medio, podrá ser atenuada en el momento de determinar la culpabilidad. Esta idea preside nuestro ordenamiento positivo cuando, para la primera gran discriminación entre infracciones, delitos y faltas, el artículo 6 CP califica a los primeros como aquellos que tienen asignada pena grave y a las segundas como aquellas otras a las que se responde con pena leve (109); así, también salvo alguna político-criminalmente justificada excepción (art. 360 CP), el delito doloso siempre está más penado que el imprudente, aunque afecten a idéntico bien jurídico (art. 565, *in fine* CP) (110). Este principio de proporcionalidad quiebra a mi modo de ver cuando a delitos, que a no negar son graves, tienen penas igualmente importantes como son, por ejemplo, el homicidio, la violación, la castración y la falsificación de moneda (111); tengo para mí que, por desagradable que sea, no es lo mismo matar a un hombre que castrarlo o violentar a una mujer que matarla; su relación con la falsificación de moneda sólo cabe verla en un desmedido sentido de la soberanía emisora que equipara esta infracción a la de lesa patria.

(105) Es evidente que no constituye un límite nítido, pero sí flexible, cuya fijación dependerá de las concepciones imperantes en una determinada sociedad y de las que los juristas en ella insertos establezcan.

(106) Principio que, por demás, fuera del Derecho penal también se considera propio del Estado democrático; así, MERTEN, en *Aktuelle Probleme des Polizeirechts* (Merten ed.), 1977, pp. 92 s.

(107) Cfr. JESCHECK, *Tratado*, 1981, pp. 34/5.

(108) Así, ROXIN, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, 1972, p. 58; MUÑOZ CONDE, *Introducción*, 1975, p. 70. Cfr., además, mi *Obediencia debida*, en prensa, § II D), en donde se afirma que la proporcionalidad preside las respuestas y estímulos entre el Estado y los particulares (y viceversa) en los supuestos normales, es decir, no punibles, aunque sean lesivos.

(109) Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al CP*, I, 21976, pp. 194, 199.

(110) Castigar ambas manifestaciones de injusto con la misma pena sería sumamente perturbador; cfr. GIMBERNAT, *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal?*, en *Estudios de Derecho penal* (citado aquí por la 1.<sup>a</sup> ed. inalterada, en este aspecto, respecto a la segunda), 1976, pp. 75 s.; MIR, *Función*, 21982, pp. 74 ss. (75/76).

(111) Equiparación que desaparece en la Propuesta de Anteproyecto de 1983.

Si, como queda expuesto, la proporcionalidad se entabla entre el injusto y la reacción estatal, quiere ello decir que el volumen de respuesta (la pena) ha de venir condicionado, cuando menos en su límite superior, por la lesión que en el injusto se acota: *el injusto contiene todas las notas relevantes y necesarias para la adjudicación de la pena*, adjudicación que se aplicará si se puede atribuir el hecho al autor, establecida su normal motivabilidad; o lo que es lo mismo, *la culpabilidad no puede suponer un posible incremento de la pena típica* (112). Por lo tanto, superar el marco típico de la pena como ha sucedido hasta la reciente reforma de 25-6-1983 era largo, criticable en grado sumo (113), por no casar con los parámetros que cabe deducir del concepto de Estado democrático. Pero, dado que al delincuente puede imponérsele una medida de seguridad postdelictual por haber sido reiteradamente condenado (art. 4 LPRS), es posible resulte burlada la proporcionalidad en la reacción estatal dado el eventual recargo de hasta cinco años que la medida de seguridad puede suponer; aquí surge de nuevo la «trampa de las etiquetas»: mediante una artimaña semántica se incrementa el tiempo de privación de libertad de un sujeto.

De este hecho hay que extraer una serie de importantes *conclusiones*, a saber: i) el juez que aplica el Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho tiene que tener presente en todo momento que también la proporcionalidad tiene su fase procesal (114) y, por ello, no se ha de tratar desmesuradamente ningún supuesto; la peligrosidad, por otro lado, no se constata por el hábito criminal sino por la gravedad de las infracciones y, si éstas no lo son, no debe procederse a la imposición de medida alguna; la pena debe cumplir su función (re)socializadora por sí misma (115); ii) sólo cuando la pena no pueda imponerse por falta de culpabilidad, en el sentido de normal motivabilidad, será lícito acudir a la imposición de una medida de seguridad (*principio de subsidiariedad*), dado que tal medida está requerida para la protección de bienes jurídicos y ha de ser impuesta acudiendo también a los parámetros de la proporcionalidad (116); en los casos de los semiimputables ha de seguirse el sistema vicarial, tal como ha sido introducido no de modo muy claro y satisfactorio en la reciente reforma del CP (117). Pero como propuesta de *lege ferenda* hay

(112) Igualmente, MIR, *Función*, 2<sup>1982</sup>, p. 91.

(113) Cfr. MIR, *La reincidencia en el Código penal*, 1974, pp. 537 ss.

(114) Cfr. MIR, *Introducción*, 1976, pp. 160 s.

(115) Sobre las precauciones con que ha de ser abordada la problemática de la (re) socialización, cfr. LUZÓN, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, 1979, pp. 52 ss.; MUÑOZ CONDE, *La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito*, en *La Reforma*, 1980, *passim*.

(116) Si se está a la busca de la «pena justa» es lógico que la medida que, si bien presupone un delito, no está anudada a criterio de culpabilidad alguno, se adecúe al mandato de proporcionalidad; vid. LUZÓN, *Medición*, 1979, pp. 43 s.

(117) Como reconocen QUINTERO/MUÑOZ CONDE, *La Reforma penal*, p. 81: «B) La duración del internamiento de los plenamente inimputables. Es este un punto que no ha quedado claro tras la Reforma». La limitación temporal de la medida de curación para el inimputable ha de ser el que ofrece el marco de la pena *imponible* (p. 82, s. a.).

que dar un paso más: ha de irse hacia la *supresión de la imposición conjunto de pena y medida de seguridad*, incluso vicarialmente, salvo para los semiinimputables; en efecto, tomadas seriamente ambas respuestas penales ante el delito, ambas responden, en fase de ejecución, la pena y por su propia naturaleza la medida, a criterios de prevención especial, entendida ésta como se quiera; si ello es así, la imposición conjunta de ambas es absurda, y sólo sustentable teóricamente por un retribucionista puro (la pena es la realización de la justicia = el saldo de la culpabilidad) (118), que fuere, además, algo cínico: «realizo la justicia con la pena y prevengo especialmente con la medida, puesto que al ser el hombre portador de dignidad ello impide que sea instrumentalizado por la pena», si en cambio, se parte de planteamientos preventivos, salvo la excepción aludida, carece de sentido someter al delincuente al doble tratamiento en teoría (re) socializador: si la pena ha fracasado es por sus propias insuficiencias; si la medida fuera a tener éxito —dentro de los parámetros político-limitativos en que se efectúan estas propuestas— debería ser impuesta sin esperar a la ejecución de la pena y sustituyéndola plenamente; pero éste no es el caso. Sólo con una reforma seria y con un replanteamiento en profundidad de las respuestas penales y las previas de política social cabría abrigar esperanzas de éxito en la *lucha eficaz y digna* contra ciertas modalidades delictivas y contra ciertas tipologías criminales. Entre tanto, la acumulación reiterada de respuestas, igualmente ineficaces las nuevas y las viejas, no produce sino el descrédito del sistema y, por tanto, la respuesta visceral (a nivel de calle, de legislador y de juzgador), que será injusta por desproporcionada.

### III. FUNCION DEL DERECHO PENAL

#### 1) *La pena como prevención*

Establecido el concepto y los límites del Derecho penal se entra en un aspecto nuclear de la materia cual es el fin del sistema penal; y éste no es otro que el de la función de la pena (119). Ello se debe a que el punto central de toda la construcción del Derecho penal gira en torno al concepto de pena y/o medida de seguridad; y, muy fundamentalmente, la *teoría dogmática del delito*, que no es sino la construcción de los *mínimos* que una conducta humana ha de reunir para lesionar o poner en peligro un bien *jurídico* y, por ende, suscitar la intervención punitiva estatal.

Nadie niega hoy que la misión del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos (120), incluso desde perspectivas claramente retribucionistas (121). Pero para proteger bienes jurídicos ha de podérsele

(118) Tal como he propuesto traducir la expresión «*chuldausgleich*»; vid. ROXIN, *El desarrollo*, 1980, p. 84.

(119) Así, MIR, *Introducción*, 1976, pp. 61, 90.

(120) Por todos, ROXIN, *El desarrollo*, 1980, pp. 84, 85 s.

(121) Vid. KAUFMANN, Armin, *La misión del Derecho penal*, 1981, p. 9.

atribuir al Derecho penal una *función preventiva*, extremo este que no acaba de ser adoptado hasta sus últimas consecuencias, pese a haber sido reconocida la mayestática futilidad de la concepción retributiva de la pena (122); sin embargo, ello no supone ni la plena realización del principio de prevención y ni siquiera se le considera mínimamente positivo (123). Se le echa en cara a la prevención que puede degenerar en terror penal (124), que no tiene límites sino el de su propia satisfacción (125) y que puede vulnerar el principio de culpabilidad (126); en fin, que atenta contra la dignidad del hombre, pues lo instrumentaliza (127). En cambio, se objeta que ello no es así y que la prevención, general y especial, es la aplicación racional del sistema penal, que en ella encuentra su plena funcionalidad (128).

En primer lugar, ha de señalarse que el temor a la prevención general, bien mirado, no es el temor a su desmedidamiento, sino hacia el propio sistema penal. Hay que volver a reiterar que la pena y/o la medida de seguridad es una reacción de poder inusitadamente formidable; ello lo demuestra la ya aludida huida hacia el Derecho penal que es mucho más patente en los sistemas dictatoriales y totalitarios tan cercanos a nosotros en el tiempo y en el espacio; en tales sistemas de derecho —donde el ordenamiento jurídico es una mera técnica operativa que puede suplirse por la razón de la violencia en cualquier instante— poco interés tiene argumentar teórica y/o empíricamente si la pena (y la medida de seguridad) cumplen una función retributiva o preventiva; en estos órdenes basta con cargar la mano, lo cual supone sólo un problema práctico al que al jurista no le es dado entrar, puesto que no se resuelve ni en la Facultades ni en los Palacios de Justicia; ante el sótano, el Derecho queda desplazado; desconocida la *dignidad del hombre* (129) poco sentido tiene hablar del adiós a Kant y Hegel, dado que es sumamente dudoso no ya que los titulares del sótano los hayan leído, sino simplemente que sepan leer.

Presupuesto, pues, la dignidad del hombre tiene sentido hablar precisamente de la pena como prevención y no como retribución. En efecto, la retribución sólo es empíricamente aceptable *si se acepta también empíricamente el libre albedrío*; esto, hasta la fecha, está indemos-

(122) Vid. MAURACH, *Deutsches Strafrecht. Allgemeine Teil*, 4<sup>1971</sup>, p. 77, y la evolución que, a este respecto, señala ROXIN, *El Desarrollo*, 1980, p. 89.

(123) «La prevención general por sí sola produce más perjuicio que beneficio» sentencia JESCHKECK, *Tratado*, 1981, p. 103.

(124) Vid. GÓMEZ BENÍTEZ, *Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena*, REDUC, monográfico 3, 1980, pp. 143 s.

(125) Cfr. CEREZO, *Culpabilidad y pena*, en *Problemas fundamentales de Derecho penal*, 1982, pp. 180/1.

(126) Así, con toda claridad, STRATENWERTH, *El futuro del principio de culpabilidad*, 1980, p. 121.

(127) La crítica más intensa en este sentido, vid. BADURA, *JZ*, 1964, pp. 339, 342/3.

(128) Así, JAKOBS, *Schuld und Prävention*, 1976, p. 32.

(129) Cfr. GIMBERNAT, *Tiene un futuro*, 1976, p. 64, quien centra certeramente la discusión: el respeto por el ser humano y no un sacrosanto principio de culpabilidad es lo que permite sostener un Derecho penal civilizado.

trado. Es más, indeterministas puros casi ya no quedan: la inmensa mayoría de la doctrina adscrita en este ámbito acepta la enorme condicionabilidad en que el ser humano se halla inmerso, aunque, por pequeño que sea, mantienen un resquicio de libertad de voluntad (130). Tengo para mí que la superioridad del hombre sobre el resto de los entes de la naturaleza reside en que todavía no sabemos, y quizás nunca lleguemos a saberlo, cuál es su proceso de determinación; pero de ahí a considerarlo desvinculado de las leyes de la causalidad sin ningún argumento empírico —metafísicos hay muchos y muchas vejaciones cometidas en su nombre— media un abismo que en un discurso que pretende tener cierto grado de controlabilidad intersubjetiva no creo que sea coherente salvar. Los partidarios del injusto culpable como manifestación del libre albedrío albergan la sospecha de que a quienes sustentan la tesis contraria (la sujeción del hombre también a las leyes de la causalidad) les es imposible una fundamentación razonable de sus asertos. Sin embargo, sólo un determinismo mecanicista y simplista hasta lo pintoresco es lo que los partidarios del libre albedrío pueden encontrar que case con esa sospecha. No creo que nadie en su sano juicio sostenga que el comportamiento del hombre sea susceptible de ser determinado con carácter general y de modo constante por una voluntad también humana y a su vez, por contra, no susceptible de determinación alguna. Dos son los obstáculos que a esa pretendida libertad del determinador se oponen y que parecen desconocerse constantemente (131): la teoría de la cibernetica de la comunicación y la inteligencia del hombre.

En verdad, las modernas formulaciones del fenómeno social de la comunicación al que se aplican para su estudio y desarrollo técnicas ciberneticas implican el análisis cuantificado y cuantificable de los mensajes (aquí las normas, las exigencias sociales), de los canales en que ellos acontecen y de los estímulos de respuesta y recepción de la emisión y de la respuesta bi y/o multisubjetivos; ello tiene como consecuencia que ante la demanda social de seguridad y la necesidad de autoafirmación (132) del Estado como sujeto jurídico autónomo (la superestructura) se creen (sin saber si fue primero el hueyo —la norma— o la gallina —la necesidad de protección—) una cadena de estímulos y contra-estímulos interimplicantes en la que tiene lugar la formulación de los conceptos normativos (sociales y jurídicos) formulados por los sujetos socialmente relevantes, tanto en dirección jerárquica de supra y subordinación, como horizontal de coordinación, creándose canales privilegiados o deprimidos, permanente o transitoriamente, a modo de malla de intercomunicación intersubjetiva e intergrupal e interinstitucional (133); la cantidad e intensidad de los vec-

(130) Así, por ejemplo, KAUFMANN, Armin, *La misión del Derecho penal*, 1981, pp. 15 s.

(131) Obstáculos que parece desconocer con su panegírico a la libertad, el mismo *op. cit.*, pp. 16 s.

(132) Esta necesidad de autoafirmación la ven BUSTOS/HORMAZÁBAL, *Peña y Estado*, en BUSTOS, *Bases Críticas para un nuevo Derecho penal*, 1982, pp. 143 s.

(133) Con el entramado que se propone queda de manifiesto que la inter-

tores de los mensajes, así como de los sujetos (re) emisores, hace, al menos con la teoría del conocimiento de que hoy se dispone, que sólo los muy optimistas pueden desentrañar todos y cada uno de los múltiples *cofactores* que inciden en la adopción de una *decisión personal*, y en su puesta (o *no*) en práctica; únicamente puede aventurarse, sin temor a ser tachado de delirante, una serie de tendencias o constantes en un determinado tiempo y lugar, pero con el valor que cabe atribuir a este tipo de estadísticas, que se refieren a un conjunto de seres, pero que son inoperativas a nivel individual; podremos saber aproximadamente el número y clase de delitos que van a cometerse en un período de tiempo —como sabemos el número de víctimas que cada año va a cobrarse la circulación vial—, pero no sabemos *quien* va a delinquir o a ser torero; en *conclusión*: sólo conocemos muy fragmentariamente y de modo especulativo ciertos procesos psicológicos individuales y sociales; pero ese desconocimiento no nos da pie para afirmar el libre albedrío y menos aún para, en base a su hasta ahora indemostrada existencia, *fundamentar nada menos que el castigo penal*. Esto sí que contradice la dignidad humana.

Aludía más arriba a otro aspecto que suele ser olvidado: la inteligencia del ser humano; de esta cualidad el conocimiento es un factor fundamental. Pues bien, a medida que el hombre en concreto más conocimientos tiene, más se verá obligado, a fuer de racional, a obrar conforme a esos conocimientos, con lo que se reduce el ámbito de indeterminación; de este modo, en frase de Engels, *libertad* se concierte en *necesidad*. Con ello se puede llegar a una conclusión extraña: sólo los locos y los niños serían seres plenamente libres al gozar de muchos menos condicionantes intelectuales (y emotivos). Pero no es a éstos a quienes se les impone pena alguna, sino, por el contrario, al resto de sus conciudadanos; ello me induce a pensar que el libre albedrío no es más que, en el mejor de los casos, una metáfora para poder castigar sin mala conciencia, pues castigar a quien sólo obró como podía obrar es algo muy cruel. Sea como fuere, la inteligencia es el otro factor determinante en la selección de procesos que interesan tanto al legislador como al particular y, en la medida en que se pretende actuar razonablemente, la inteligencia discrimina los estímulos desfavorables a los intereses de los sujetos. Y esto rige para todos los sujetos, incluido el legislador, que no puede sustraerse ni a la (re) emisión de estímulos ni a su análisis ni consecuente formulación bajo el manto de ley en una sociedad concreta en un tiempo concreto.

Si, como aquí, se rechaza la retribución por inútil a conciencia, por

---

acción social es en gran medida jerárquica, pero también, y más en una «sociedad abierta», esa interacción tiene una gran difusión horizontal; ello da pie a considerar como más democrática la fundamentación de la pena como función de prevención que como retribución de la culpabilidad, puesto que la mera realización de la justicia es algo que por ser abstracto —y, por tanto, pues, por definición— no es susceptible de participación. Con la prevención castigamos todos un poco —lo que nos obliga, también, a «resocializar» todos un poco—; con la retribución castiga alguien, quizás muy justo, pero muy lejano y al que no se tiene acceso.

suponer el indemostrable libre albedrío y por no cumplir el fin de protección, no queda más que decantarse por la *prevención*. Ello ha de ser así dado que de este modo se pone en práctica la misión del Estado democrático y social de derecho en materia penal; en efecto, el Estado social obliga a los poderes públicos a garantizar condiciones de vida suficientes para el desarrollo satisfactorio de las necesidades y personalidad humanas; una sociedad en la que el delito se enseñoreara haría imposible de raíz la necesaria paz que es el sustrato de aquellas exigencias; por ello, el Derecho penal ha de intervenir y prevenir la comisión de delitos mediante la *cominación penal*, la *imposición de la pena amenazada y su ejecución* (134). El Estado democrático garantiza que ello tendrá lugar y dentro de los parámetros culturalmente aceptados, fundamentalmente la *igualdad* de trato (que supone, además, tratar desigualmente los casos desiguales) y la *proporcionalidad*. Pero, se objetará (135), la necesidad de pena lleva a la desproporción entre el injusto y la culpabilidad, por exceso o por defecto y a desconocer el principio de culpabilidad, único capaz de evitar el terror penal (136).

A la primera de las objeciones, la desmesuración de la prevención general, ha de responderse que tal vez no van dirigidas a una prevención general consciente de los límites dentro de los que se mueve; ello es así debido a que se parte de una *premisa que es discutible*, a saber, que *lo que es más reiterado es lo más peligroso con independencia de su gravedad*. Este prejuicio, consciente o subliminal, no es ajustado a la realidad que tiene presente el CP; en efecto, si antes aludía a la proporcionalidad entre injustos y penalidades y que esta relación está recogida en líneas generales en nuestro principal texto punitivo, los delitos más frecuentes, los delitos contra la propiedad (137), son los que salvo períodos históricos caracterizados por desconocer qué es la dignidad de la persona, pese a considerarla portadora de valores eternos —olvidando, quizás, los terrenales y pasajeros—, son los que reciben una punición media baja, incluso baja; en cambio, los delitos contra ciertos aspectos de la libertad, tanto de obrar como de voluntad, están proporcionalmente menos penados. Esto no significa que se desconozca la prevención general, sino que ésta no recibe sus límites

(134) Se sigue la metódica de la teoría dialéctica de la unión (ROXIN, *Sentido*, 1976, p. 20), pero no se da a cada fase los contenidos que le asigna este autor, pese al gran éxito obtenido (cfr., en este sentido, el diagrama que ofrece HAFT, *Strafrecht. Allgemeine Teil*, 1980, pp. 90 y 91). Igual que aquí, un amplio sector doctrinal, también es España, MUÑOZ CONDE, *Introducción*, 1975, pp. 36 ss.; MIR, *Introducción*, 1976, pp. 76 ss; LUZÓN, *Medición*, 1979, pp. 56 ss., con referencias bibliográficas relativas a la situación alemana.

(135) Vid., portados, CÓRDOBA, *Culpabilidad y pena*, 1977, pp. 44 s.

(136) Pero lo decisivo no es ese principio de culpabilidad, sino la constante demostración de que la pena es necesaria; así, LUZÓN, *Medición*, 1979, p. 39; el que los peligros no vienen de la prevención, sino de quien la utiliza, lo recuerda MUÑOZ CONDE, *Culpabilidad y prevención general*, en *Derecho penal y ciencias sociales*, S. MIR ed., 1982, p. 168.

(137) Delitos no violentos contra la propiedad (!).

de ella misma, *ex machina*, sino que son los *planteamientos culturales* de una determinada sociedad de la que cabe extraerlos.

Ni el principio de prevención ni el de culpabilidad se limitan por sí mismos; la prueba la tenemos en que históricamente han sido declarados culpables los menores, los enajenados e, incluso, los animales. El denominado principio de culpabilidad (138), ni aun basado en la doctrina, indemostrada, del libre albedrío, es capaz de establecer los límites a que tal o cual sujeto, titular de un injusto, sea castigado plena o parcialmente o quede sin pena; más bien, es a la inversa: *la conquista de que una serie de sujetos queden sin pena, o se les imponga atenuada, debido a causas que perturban su normal motivabilidad por el Derecho, es lo que constituye el principio de culpabilidad*. Así, pues, este principio no es más —ni menos— que un criterio limitativo normativo a la prevención general, que nada tiene porqué ver con la retribución o las teorías mixtas (139).

También podía ser cierto que el principio de *prevención* desembocara en un *terror penal*; no sólo es posible sino que en no pocas ocasiones así ha sido (140). Pero ha de tenerse en cuenta un aspecto que se acaba de señalar: los principios son limitadores del poder punitivo del Estado en la medida que la sociedad quiere y es capaz de ello; esta voluntad y esta capacidad están directamente ligadas al sistema político vigente en una comunidad. Achacar, por ejemplo, los males a la prevención que indudablemente pretendían los decretos de bandidaje y terrorismo en España, o que el hurto —hasta 25-6-1983— pudiera ser castigado con reclusión menor, es notoriamente improcedente. La prevención no puede autolimitarse; esa limitación vendrá de la mano de la proporcionalidad, del principio de culpabilidad o de otros semejantes enumerados o aún por formular; las características de un objeto no puede limitar al propio objeto, sino que las limitaciones tendrán que venir de fuera del mismo. Sin embargo, el Derecho penal de un Estado de Derecho, social y democrático de Derecho, *debe* tener la función de prevención, función de prevención que es consustancial al Derecho penal, pero que al serlo de un tal Estado se verificará exclusivamente dentro de los márgenes y con las condiciones que hasta ahora se han venido señalando. En suma, *si existe terror penal es porque existe terror político*; el terror penal es un instrumento y en quien lo maneja está el culpable de la dilatación ilegítima de la prevención tanto general como especial.

Suelen, por último, añadir los críticos antiprevencionistas (141), un postre argumento que parece ser definitivo: con la prevención se

(138) Vid. la excelente exposición de STRATENWERTH, *El futuro del principio de culpabilidad*, 1980, pp. 99 ss., 109 ss., intentando demostrar la indeclinabilidad y superioridad de éste respecto de la prevención.

(139) Cfr. Mir, *Lecciones*, 1982, p. 280; de opinión inversa, ahora, también, LUZÓN, *Medición*, 1979, p. 46.

(140) Así, WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, II1969, p. 242; GÓMEZ BENÍTEZ, *Racionalidad*, RFDUC, 1980, p. 149.

(141) Vid. BADURA, JZ, 1964, pp. 339 s.

utiliza al hombre, cuando el hombre es un fin en sí mismo; con la prevención se confunde al hombre con un objeto de los derechos reales (142). Este es un argumento que proviene directamente de Kant y, por ser de quien procede, tiene un gran predicamento y es tomado al pie de la letra. Pero, para sortear este importante escollo, habrá que saber qué entiende la prevención por instrumentalización. Si esta instrumentalización se compara con otras podríamos llegar a conclusiones sorprendentes; así, por ejemplo, en una cultura que está sustentada sobre el lucro y la producción incesante de bienes y servicios (para los economistas crecer menos que el año anterior es estancamiento) y donde unos hombres, la inmensa mayoría, vende su fuerza de trabajo para ponerla al servicio de otros (el patrón, el Estado, el bien común...), tanto da) la instrumentalización, aunque sea para salir de la crisis, me parece evidente; a los héroes, a los sabios, a los triunfadores, se les pone como modelos y se les empuja a que ellos mismos insten a los demás a seguir su ejemplo: esto también es instrumentalización; los bomberos, los policías, los médicos, los catedráticos..., también son instrumentalizados: se les exige algo para que sirvan a los demás. Podrá objetarse entonces que existen instrumentalizaciones e instrumentalizaciones; ello es cierto y con esta posibilidad es suficiente. Me temo que Kant acudiera a una metáfora para repudiar algunos de los usos de la Prusia Oriental de sus días. Es cierto que existen instrumentalizaciones que, tras la Ilustración, nos parecen incasables con la dignidad humana, prácticas que despersonalizan al ser humano y lo codifican; así, el uso de capirotes, la picota, la pena de muerte, ciertos «tratamientos» de prevención especial. Pero, que el legislador convine una conducta peligrosa para la indemnidad de un bien jurídico con una pena, que se juzgue al transgresor del mandato o prohibición, que la pena se cumpla con arreglo a Derecho y que de todo ello tenga noticia el público, no me parece una instrumentalización degradante del delincuente; sujeto que, por otra parte, para la inmensa mayoría de la sociedad, pese a la influencia en ciertos casos de los medios de comunicación, no es más que una cara anónima que nada nos dice; lo único que puede llegar al público con cierta nitidez es la seriedad del sistema penal (143); con lo cual su instrumentalización a nivel personal es mucho menor que la que sufren otros seres. Problema diferente será el de la estigmatización que sufrirá el condenado cuando quiera

(142) Vid. el texto completo de KANT en BADURA, *JZ*, 1964, p. 339.

(143) De ahí que si ello es así, la prevención general se convierte en *positiva* (HASSEMER, *Fines de la pena en el Derecho penal de orientación científico-social*, en *Derecho penal y ciencias sociales*, 1982, pp. 132 ss.), compensadora o *integradora* (ROXIN, *La determinación de la pena a la luz de los fines de la pena*, en *Culpabilidad, prevención y Derecho penal*, 1981, pp. 101, 103, respectivamente). Esto es criticado por LUZÓN, *Medición*, 1979, pp. 35, 38 ss. Le asiste la razón al entreveter en las posturas de ROXIN ciertos aspectos moralizantes e, incluso, retributivos (*op. cit.*, pp. 36, 98 s.); pero creo que está en lo cierto MIR, *Función*, 1982, p. 32, si en sus matizaciones se ve la necesidad de que la prevención que corresponde al tipo de estado diseñado en la Constitución se basa en una amplia dosis de consenso.

(re) integrarse a la sociedad; pero el mismo problema lo tendríamos si se considera la pena como retribución de la culpabilidad; la estigmatización, como queda dicho, permanece en el exterior del marco del sistema penal, pero en tanto que consecuencia social ha de ser tenida en cuenta por dicho sistema.

2) *Consecuencias para la teoría del delito de la función preventiva de la pena*

Las construcciones de carácter general, y muchas veces (aparentemente) especulativas, suelen sucumbir a su inoperancia, propia o debida a sus formuladores. Si algo, además de lo expuesto, tiene de positivo concebir la función del Derecho penal como función de prevención de la indemnidad de los bienes jurídicos es su trascendencia en la teoría del delito. Como *primera consecuencia* puede establecerse la *corrección sistemática* del finalísimo —la de sus presupuestos no es, en cambio, aquí compartida—. En efecto, la inclusión del dolo y la imprudencia en el tipo (subjetivo) de injusto está plenamente acertada, dado que si el fin de la norma es la prevención, su interés radicará en motivar a los sujetos a que no lesionen o pongan en peligro intencionadamente un bien jurídico de forma voluntaria y consciente (dolo) o a que de forma voluntaria se emprendan acciones peligrosas contra dichos bienes sin las debidas precauciones (imprudencia) (144).

En segundo lugar, ha de señalarse que desde una óptica preventiva el punto de mira de la norma protectora de la sociedad lo constituyen la evitación de lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos por parte de *conductas externas finalmente dirigidas* por sujetos que han sido motivados por dicha norma: no se trata, pues, de evitar resultados, sino de evitar el *peligro de lesión*. En efecto, los estados de cosas por lamentables y perjudiciales que sean no pueden ser evitados salvo que provengan de un sujeto motivable mediante normas; así las cosas, en donde la norma ha de incidir es en el proceso de motivación a fin de evitar el tipo de conducta potencialmente peligrosa (145). Lo que sucede es que, para ciertos delitos, así los de la imprudencia o de peligro concreto, el resultado es la *prueba*, dados los demás requisitos, nunca por sí solo, de que la conducta era peligrosa. En otros delitos, como los tipos de imperfecta ejecución (146), la no verificación del resultado, cuando el delito es de resultado, claro está, podrá poner de manifiesto, aunque no siempre (147), una menor peligrosidad de la acción y, en consecuencia, podrá proceder a la atenuación, facultativa o no, en relación a la pena que correspondería de haberse consumado el delito.

Por último, ha de señalarse el aspecto quizás más importante me-

(144) Así MIR, *op. cit.*, pp. 74 ss.

(145) Cfr. el mismo, *op. cit.*, p. 47/8, 62 s., 76 s.

(146) Lo cual puede comportar, *de lege ferenda*, la inclusión de la construcción de la tentativa inacabada.

(147) Cfr., el mismo, *op. cit.*, p. 66.

todológico y sistemáticamente hablando. Se trata de que la prevención que se deriva como función del Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho implica que se tome en consideración a la hora de delimitar el alcance del injusto el momento en que el sujeto se dispone a realizar su acción u omisión lesivas para la indemnidad de un bien jurídico; se trata, en suma, de abordar el tema de la antijuridicidad desde una *perspectiva ex ante*, una perspectiva que es ajena a la concepción retributiva de la pena y causalista de la teoría del delito (148). Así, el momento de incidencia del mandato y prohibición penal habrá de ser aquel en el que el sujeto se dispone a realizar la conducta que el Derecho desea evitar y prevenir, y eso únicamente puede ser llevado a cabo eficazmente *ex ante* (149).

Otros institutos como el del error de prohibición, que, según esta construcción, debe operar como exclusión de la antijuridicidad y no de la culpabilidad (150), y la tentativa inidónea pueden ser optimizados bajo la perspectiva *ex ante* (151).

---

(148) Cfr. el mismo, *La perspectiva «ex ante» en Derecho penal*, ADPCP, 1983, pp. 7, 8, 10.

(149) Cfr. el mismo, *Función*, 21982, p. 64; antes ya, GIMBERNAT, *El sistema del Derecho penal en la actualidad*, en *Estudios penales*, 1976, p. 97.

(150) Cfr. MIR, *Función*, 21982, pp. 83 s.

(151) Cfr. el mismo, *Lecciones*, 1982, p. 142.



# Función y contenido del error en el tipo de estafa

JOSE MANUEL GOMEZ BENITEZ

Profesor Titular de Derecho penal de la Universidad Complutense

## 1. *Los elementos generales de la estafa. Cuestiones de política criminal.*

Pocas veces una deducción dogmática de los elementos generales de un delito ha conseguido tan rápida y generalizada aceptación doctrinal y jurisprudencial como la propuesta por Antón Oneca en 1958 sobre la estafa (1).

Su armonía interna se pone de manifiesto, sobre todo, en esa explicitada exigencia de interrelación de causalidad entre los distintos elementos objetivos y generales que componen el concepto dogmático: conducta engañosa, error, acto de disposición y perjuicio. Además, el delito de estafa se caracterizó desde un principio por una doble supra-determinación en el ánimo del sujeto activo: junto al dolo, necesario en estos delitos, ha de concurrir también el ánimo de lucro o enriquecimiento injusto, propio o ajeno, que tradicionalmente viene caracterizándose como elemento subjetivo complementario del dolo, por lo que se concluye en la imposibilidad de comisión imprudente de la estafa.

Y, si bien antes de la aparición de ese estudio de Antón Oneca, el Tribunal Supremo venía construyendo el delito de estafa sólo apoyado sobre los elementos del «engaño» y el «perjuicio», a los que se unían —a veces explícitamente— la relación de causalidad entre uno y otro y —aunque con menor frecuencia— el ánimo de lucro, actualmente, sin embargo, aunque el tenor de las Sentencias sigue refiriéndose fundamentalmente al «engaño» y al «perjuicio», pueden considerarse jurisprudencialmente consolidados también los elementos del «error» y el «acto de disposición», como elementos generales autónomos de la tipicidad de estafa.

---

Es preciso observar que durante mucho tiempo ha ido teniendo lugar una auténtica complementación del texto legal, ya que hasta

---

(1) En *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo IX, voz «estafa».

la reforma de 25 junio 1983 el Código penal no aludía más que a «defraudar» y «perjudicar», además de al «engaño». En esta peculiar interpretación de los tipos penales coexistieron pretensiones político criminales diversas. Así, por ejemplo, la inclusión del «error» entre los elementos típicos, o la exigencia de mutua concatenación causal entre ellos parecen responder a preocupaciones político criminales de *restricción* de los tipos penales. Por el contrario, la individualización del «acto de disposición» —como elemento mediador entre el error y el perjuicio—, además de para diferenciar la estafa de otros delitos de enriquecimiento parece responder a una preocupación político criminal *extensiva*, al posibilitar, por ejemplo, la tipicidad en casos de no coincidencia entre el engañado y el perjudicado, como sucede en la estafa procesal (2).

De hecho, las valoraciones político-criminales se han introducido de tal manera en el sistema del Derecho penal —parafraseando a Roxin— (3) que las propuestas dogmáticas pueden explicarse como claro reflejo de las valoraciones político criminales subyacentes. El delito de estafa constituye un buen terreno para esta confrontación metodológica, por la inmediatez con que las distintas propuestas dogmáticas encuentran reflejo práctico, dada la especial indeterminación de los tipos penales de estafa. Un buen ejemplo de esa inmediatez práctica puede encontrarse en el estudio de Torío sobre la estafa procesal (4), en el que la concreta aplicación del instituto dogmático de la imputación objetiva comporta no pocas consecuencias de naturaleza restrictiva para la tipicidad de la estafa procesal.

---

En este contexto de interrelación entre dogmática y política criminal en el delito de estafa, es significativo reparar en la aproximación de nuestro artículo 528 al tipo genérico de estafa del actual parágrafo 263 StGB alemán (5); aproximación ya implícita en la definición de la estafa propuesta por Antón Oneca, y pronto do-

(2) Un buen resumen de la doctrina jurisprudencial sobre estafa procesal, antes de la reforma de 25 junio 1983, se puede encontrar en la STS 25 de octubre 1978 (Aranzadi 3312). En la doctrina científica, cfr., especialmente: CEREZO MIR, *La estafa procesal*, en ADP 1966, págs. 179 sigs.; OLIVA GARCÍA, *La estafa procesal*, 2.<sup>a</sup> edición 1974; TORÍO LÓPEZ, *Acción y resultado típico en la estafa procesal*, en Homenaje a Antón Oneca, 1982, págs. 877 y sigs.

(3) *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, traducción de Muñoz Conde, 1972.

(4) En el citado Homenaje a Antón Oneca.

(5) 1) «El que con la intención de procurarse a sí mismo o a un tercero un beneficio patrimonial ilícito, perjudique el patrimonio de otro mediante la generación o no evitación de un error, bien por simulación de hechos falsos o bien por desfiguración u ocultación de hechos verdaderos, será penado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con pena de multa».

2) La tentativa es punible.

3) En los casos especialmente graves la pena será de uno a diez años de privación de libertad.

minante en nuestra doctrina y jurisprudencia. La proximidad no sólo se pone de manifiesto en el peso específico que se le concede a un concepto general —es decir, superpuesto a los distintos tipos penales concretos de estafa— sino también en los concretos elementos generales que conforman el aludido concepto de estafa.

No puede ignorarse, al respecto, la importancia que tiene, por ejemplo, la existencia del *estado* de error del engañado, explicitada en el parágrafo 263 StGB, pero ausente en nuestro Código penal —incluso tras la reforma de 25 de junio 1983, como se verá— aunque deducida doctrinal y jurisprudencialmente por vía interpretativa. La exigencia de error del engañado no es, sin embargo, ni inevitable ni intrascendente. El Proyecto 1962 StGB, por ejemplo, prescindió del «error» en el tipo de estafa, con el fin de dotar al «engaño idóneo» de una mayor flexibilidad interpretativa. La propuesta no prosperó, tal vez por situarse frente a la tesis exageradamente restrictiva que ha caracterizado tradicionalmente a la doctrina alemana, y uno de cuyos paradigmas lo constituye la fundamental monografía de Naucke en 1964 (6).

Lo cierto es, sin embargo, que —como se verá ulteriormente— la restricción del tipo de estafa no depende tanto de la inclusión específica en él del «error» del engañado, como del contenido del mismo y de la *función* que cumpla el error en el tipo. A través de una correcta comprensión de ambos aspectos del error es posible elaborar una dogmática coherente del delito de estafa, capaz de reflejar la pretensión político criminal restrictiva de remitir un buen número de conductas ilícitas relativas a las relaciones patrimoniales al terreno resolutorio de la coacción civil, pero también, por otro lado, capaz de incluir en él supuestos en que no se consigue generar error —en sentido estricto— en nadie, pero el engaño es, sin embargo, idóneo, y se consigue así producir un acto de disposición patrimonial perjudicial. Es decir, que en sistemas jurídicos como el nuestro, en el que los tipos penales ni aludían ni aluden al *estado* de error del engañado (7), su exigencia como elemento autónomo del tipo no puede plantearse como «no problemática» desde el punto de vista del principio de legalidad, ni mucho menos como intrascendente político-criminalmente. El ejemplo del Proyecto 1962 StGB (que no exigía el error) y —comparativamente— del vigente 263 StGB (que sí lo exige), es bien significativo al respecto, porque de la mera exigencia de engaño idóneo no tiene por qué deducirse necesariamente la de «error» del sometido a maniobras engañosas. Lo que quiere decir que entre nosotros es preciso todavía responder a una doble cuestión, en lo que se refiere al elemento «error»: 1) si su exigencia como elemento autó-

(6) *Zur Lehre vom Strafbaren Betrug*, 1964.

(7) Téngase en cuenta que el vigente artículo 528 C.P. sólo se refiere —tras la reforma de 25 junio 1983— a los que «utilizan engaño bastante para producir error», y no a la efectiva consecución de dicho estado de error, tal y como exigía, por el contrario, la definición de Antón Oneca, y tal y como exige el vigente parágrafo 263 StGB.

nomo del tipo es convincente político-criminalmente; y 2) si su exigencia como elemento autónomo del tipo fue y es compatible con el principio de legalidad.

*2. El engaño idóneo y su relación con el acto de disposición. Función en el tipo y contenido del «error».*

Tal vez el casuismo en la descripción típica de distintas conductas engañosas de que hacían gala los artículos 528 y 529 Código penal y, aunque en mucha menor medida, también el vigente artículo 529 Código penal, responda a la pretensión de «circunscribir con precisión, en el sentido de la seguridad jurídica lo injusto de las conductas de estafa». Sin embargo, la relación de engaños típicos resulta inevitablemente incompleta, por lo que antes de la reforma se hizo imprescindible la cláusula extensiva (8) del artículo 529.1 Código penal, y tras la reforma de 25 junio de 1983 la del tipo básico del artículo 528. Su mera presencia indica que en la regulación de la estafa en nuestro Código penal coexisten modelos legislativos distintos, lo que nos sitúa lejos del sistema italiano, cuyo Código penal sólo alude a «artifici e raggieri» (idóneos), pero también lejos de los sistemas de muy relativa concreción de los engaños, como el francés —que sólo alude al «uso de falsos nombres o cualidades o al empleo de maniobras fraudulentas» con determinados fines, o del todavía más indeterminado del StGB, que alude simplemente a la «simulación de hechos falsos, o a la deformación u ocultación de hechos verdaderos». Existe, sin embargo, también en nuestro Código penal un inevitable nivel de indeterminación. Y, precisamente, en este forzoso grado de indeterminación del primer elemento del desvalor de la acción —el engaño— reside una de las más notables especificidades del delito de estafa: la relativización del principio de legalidad que le es inmanente. La aspiración no va más allá de que la descripción típica ofrezca un punto de partida suficientemente concreto para la interpretación de la ley. Lo que quiere decir que la exhaustiva descripción de engaños típicos no se considera político-criminalmente deseable, por lo que se prefiere la relativización correspondiente de las exigencias impuestas por el principio de legalidad. Ahora bien, esta indeterminación sólo es soportable desde el punto de vista de la legalidad formal si al engaño —pretendidamente indeterminado— se le suman otros elementos capaces de dotar de un nivel suficiente de concreción típica al desvalor de la acción.

O, dicho de otra manera: para conciliar las valoraciones político-criminales y el principio de legalidad se hace imprescindible añadir al «engaño» el requisito de su «idoneidad» para la consecución del resultado defraudatorio.

---

(8) No lo estimó, ni siquiera como cláusula extensiva (cuanto menos, como analogía *in malam partem*), CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español*, 1981, pág. 206.

Sería deseable que el tipo o los tipos de estafa aludiesen explícitamente a ello —bien directamente, como en el Código penal italiano— o bien indirectamente, como en el Código penal francés. Incluso, podría ser deseable que el texto legal llegase a alcanzar el máximo nivel de concreción al respecto, incluyendo en el tipo la exigencia de «engaño bastante para producir error en otro», tal y como hizo el Proyecto 1980 C. p. (art. 255), y tal y como hacen también nuestro vigente C. p. y el Anteproyecto 1983. Pero debe tenerse en cuenta que en estas formulaciones el error no es más que el punto de referencia del nivel de idoneidad del engaño típico, y no un estado psíquico efectivo producido por el engaño, tal y como, sin embargo, está regulado en el parágrafo 263 StGB.

---

Coincidiendo con la doctrina italiana de la primera mitad del siglo, que —como señala Antón Oneca— (9) llegó pronto a la conclusión de que el mero desenvolvimiento de la teoría general del delito hacia innecesaria una limitación expresa a las conductas engañosas, nuestro Tribunal Supremo ha buscado la concreción y contención necesaria en la exigencia general de la relación de causalidad entre engaño y acto de disposición, o, directamente entre engaño y perjuicio. Así se pronuncian innumerables sentencias, de entre las que pueden destacarse las de 20 enero 1978 y 5 octubre 1978: «...sin requerir que la conducta engañosa venga revestida de una calificada entidad, ni ser necesario que consista en hechos o actos más o menos cualificados, siendo suficiente que contenga la suficiente eficacia o idoneidad para la concreta finalidad pretendida...». O, también, la sentencia de 16 de enero 1978, cuando alude a la peculiar idoneidad y eficacia causal del engaño, y la de 13 de mayo 1980 (en el mismo sentido, las de 2 octubre 1979 y 12 noviembre 1979) que compendia la doctrina jurisprudencial en los siguientes términos: «... o cualquier otro engaño semejante... siendo de destacar que ese engaño ha de ser eficiente, o necesariamente idóneo para provocar el desplazamiento patrimonial...». Como con razón señala Quintano, la jurisprudencia atiende, pues, más a criterios de idoneidad, que a la fijación de módulos cuantitativos abstractos en la entidad del engaño.

Estas recientes Sentencias —y otras muchas en el mismo sentido— corroboran —a mi entender— la tesis, ya defendida por Antón Oneca de que el Tribunal Supremo aplica dominante e indistintamente como teorías causales las de la relevancia y de la adecuación, con la pretensión de definir, así, el concepto de engaño en los tipos de estafa.

---

La vía escogida resulta, sin embargo, insatisfactoria. Pero la insatisfacción no se debe a la incapacidad del juicio de adecuación

(9) Op. cit., pág. 62.

frente al de la equivalencia para determinar la relación de causalidad entre engaño y error —como piensa Torío (10), frente a la opinión, entre otros, de Naucke (11)—, sino a que no es en el ámbito de la causalidad donde pueden resolverse los problemas relativos a la delimitación del engaño típico (12). El marco dogmático correcto es el de la imputación objetiva, como propone Torío, pero ha de tenerse en cuenta, a la vez, que la teoría de la adecuación no es, en realidad, una teoría causal, sino de la imputación objetiva (13).

Ahora bien, una vez escogido el terreno de la imputación objetiva conviene hacer las siguientes precisiones:

1) La idoneidad del engaño o relación de imputación objetiva con el resultado defraudatorio no viene a establecer la relación existente entre engaño y error, sino entre engaño y acto de disposición perjudicial, y ello por la sencilla razón de que el error no es un elemento autónomo genérico en nuestros tipos de estafa: no siempre nuestros tipos exigen, en efecto, que el engaño haya conseguido producir error en otra persona, ni esto puede deducirse —a mi entender— por vía interpretativa. El error no puede ser, pues, en todo caso un resultado «intermedio» del engaño que *imputar* al sujeto y a su acción, como ocurre en el tipo alemán.

2) El error es, por el contrario, más una capacidad de la acción, una *posibilidad* que un *estado* efectivo. Como tal posibilidad es, precisamente, el punto de referencia que permite afirmar la imputación objetiva del perjuicio patrimonial a la acción engañosa: sólo se le imputa el resultado típico a aquel engaño bastante para producir error en otra persona. Esta posibilidad de error —que como se verá se define como posibilidad objetiva, según el caso concreto— cumple la función, pues, de establecer el nivel normativo de idoneidad del engaño.

3) En consecuencia, de la función del error en el tipo y de su contenido depende el juicio de imputación objetiva o idoneidad normativa del engaño para que se le impute el resultado típico.

#### *Función y contenido del error en los tipos de estafa*

A los efectos de la tipicidad de la estafa, engaño es, pues, toda aquella conducta tendente a generar error en otra personal, realizada con fines defraudatorios, e idónea para conseguirlo. Sólo a este engaño le es imputable el perjuicio patrimonial acontecido.

(10) Op. cit., pág. 883.

(11) *Der Kausalzusammenhang zwischen Täuschung und Irrtum beim Betrug*, en *Festschrift für Peters*, 1974, pág. 118.

(12) En este sentido, cfr. CRAMER, *Kausalität und Funktionalität der Täuschungshandlung in Rahmen des Betrugstatbestandes*, en *JZ* 1971, páginas 415 sigs.

(13) Como ya reconoce la doctrina dominante; por todos, JESCHECK, *Tratado*, I, pág. 387, y GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría Jurídica del Delito*, 1984, pág. 186.

Para la definición del engaño idóneo se ha abandonado, pues, el terreno naturalístico de la causalidad, y se ha puesto la atención en el marco normativo de la imputación objetiva. Consecuentemente el error debe dejar de ser un elemento autónomo de la tipicidad de la estafa —una especie de «resultado intermedio» del engaño— y debe tratarse, por el contrario, como punto de referencia para la delimitación de la tipicidad del «engaño» (es decir, de la acción).

En efecto, la función del «error» en el tipo es restringir las conductas típicas de estafa, es decir, delimitar restrictivamente las acciones prohibidas como atentatorias contra el bien jurídico protegido. Su función es —como señala Amelung (14)— colaborar con el principio de subsidiariedad, es decir, delimitar concretamente cuándo existe «necesidad de protección» penal del bien jurídico. Es un punto de partida similar al que utiliza Giehring (15), aunque el desarrollo y las conclusiones son divergentes entre ambos autores.

Ahora bien, la determinación de esa «necesidad de protección» del bien jurídico debe determinarse en el tipo de estafa a través de la «necesidad de protección de la víctima». Para ello es preciso recurrir al criterio referencial del error: sólo existe dicha necesidad de protección cuando el engaño es capaz de inducir error en la víctima. Resulta obvio, por lo demás, que —como apunta también Amelung— este nivel ha de establecerse teniendo en cuenta las «posibilidades de autoprotección del sometido a engaño» (16).

De esta «función» del error en el tipo de estafa se deduce, a su vez, su contenido, ya que éste dependerá del nivel que se considere necesario establecer para proteger a la víctima y al patrimonio ajeno, desde el punto de vista del principio de subsidiariedad. Y así, resulta que el contenido del error en la estafa no tiene por qué identificarse con el «estado psíquico de desconocimiento del perjuicio patrimonial injusto» (17). Por el contrario, la protección del bien jurídico y de la víctima exige que el Derecho penal actúe también en determinadas situaciones de *duda* del engañado, siempre y cuando las posibilidades naturales o jurídicas de autoprotección de la víctima respecto al engaño idóneo sean insuficientes para asegurar el bien jurídico. Me refiero, por tanto, al delito consumado, y no a la tentativa o frustración.

Fijar el contenido del error en el efectivo desconocimiento del perjuicio patrimonial injusto propio o ajeno por parte del sometido a engaño, o en su total certeza o confianza sobre la conveniencia

(14) *Irrtum und Zweifel des Getauschten beim Betrug*, en *GA*, 1977, páginas 1 y sigs.

(15) *Prozessbetrug im Versaumnis und Mahnverfahren, zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Irrtumsbegriffs in Paragraf 263 StGB*, en *GA*, 1973, páginas 1 sigs.

(16) Op. cit., pág. 6.

(17) Op. cit., pág. 7; cfr. también, BOCKELMANN, *Betrug trotz ausreichender Gläubigersicherung*, en *NJW*, 1961, págs. 145 sigs.

patrimonial del acto de disposición, implica intentar acceder al contenido del error a través de un paralelismo con la teoría de la autoría mediata: según esta tesis el error erige a la víctima en «instrumento» en manos del que realiza la acción. Pero esta tesis restringe en demasía las constelaciones de casos típicos, hasta reducirlos prácticamente a los de inexistencia de libertad de actuar u optar.

Pero tampoco resulta convincente —a mi entender— la tesis de Herzberg (18), de que la función del error y su consecuente contenido en el tipo de estafa es «excluir del tipo los casos de consentimiento no viciado». El efecto político criminal de esta formulación es exactamente el contrario al restrictivo que se producía con la tesis anterior, ya que, por contraposición, la tipicidad de la estafa se afirmaría siempre que el consentimiento estuviese viciado, lo que desdibuja de forma nada deseable los límites respecto al ilícito civil.

El camino dogmático elegido de la imputación objetiva conduce a mejores conclusiones político-criminales, se adapta perfectamente a la tesis de que el error cumple una función de colaboración con el principio de subsidiariedad en el tipo de estafa, y se acomoda, además, a nuestro texto legal vigente.

En efecto, este planteamiento permite afirmar que sólo son engaños típicos las conductas tendentes a generar error en alguien, e idóneas para conseguirlo, porque sólo esas conductas crean o incrementan el riesgo de que se produzca el resultado típico, o, en su caso, y subsidiariamente, se corresponden con el fin de protección de la norma.

Se introducen así en el engaño típico las posibilidades de auto-protección del sometido a engaño, con lo que se atiende, además, a lo que Torío denomina «conexiones causales extravagantes»: el sujeto activo escoge cuidadosamente a la víctima débil mentalmente para percatarse del ardid; o bien, el resultado se consigue debido a conocimientos extraordinarios individuales, que permiten un dominio especial del hecho (19). Sometidos estos y otros supuestos a la «prueba» de si las conductas engañosas crean o incrementan el riesgo de producción del resultado típico se accede, sin duda, a soluciones afirmativas satisfactorias.

Evidentemente este proceso implica la utilización de juicios de experiencia. Es, en efecto, suficientemente conocida la tesis de Armin Kaufmann de que con la idea del riesgo se vuelve a la del juicio de adecuación (20). En este sentido hay que entender la afirmación de que la teoría de la adecuación no es realmente una teoría causal, o de que, como demuestra Roxin (21), «hace tiempo que el criterio en el que se basa el juicio de adecuación ha des-

(18) *Bewusste Selbstschädigung beim Betrug*, en MDR 1972, págs. 93 sigs.

(19) TORÍO LÓPEZ, op. cit., pág. 884.

(20) *Das fahrlässige Delikt*, en ZRVgl, 1964, pág. 50.

(21) *Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho Penal*, en *Problemas básicos del derecho penal*, pág. 132.

cartado como regla de imputación a la teoría de la equivalencia, aparentemente vigente en derecho penal».

Estas precisiones vienen al caso porque en la estafa, y en general, conviene reservar el criterio de imputación objetiva del «fin de protección de la norma» a la solución de aquellos casos en los que no sean suficientes los de «riesgo-adecuación»; es decir, para resolver situaciones en las que —como propone Roxin (22)— «el resultado se produce como consecuencia de una creación de riesgo no permitida en parte alguna, y, sin embargo, no es imputado porque el legislador no quiere hacer responsable de ello a la persona que actúa». Su eficacia autónoma es, pues, subsidiaria, extremada y excepcional, y no básica e inicial, como se deduce de Gimbernat (23) y Torío. La imputación objetiva se resuelve, fundamentalmente, a través de la idea del riesgo, también en el ámbito de la estafa —incluso de la estafa procesal—, aunque algunos supuestos deban ser remitidos directamente a la idea del fin de protección de la norma (24).

En relación a la estafa, pues, hay que retener que el juicio de adecuación —entendido como base de la imputación objetiva— es capaz de incluir en dicha imputación objetiva juicios de experiencia individualizados. Como, con razón, señala Naucke en relación a la estafa: «la constatación de la idoneidad general es un proceso normativo; este proceso valora tanto la intensidad del engaño, como las causas, a la hora de establecer la *vencibilidad* del engaño por parte de la víctima» (25).

Se trata de una idea sumamente interesante que, además, aplica Naucke a supuestos de estafa similares a los que llamaron la atención de Torío. Pero su validez general se deduce, sobre todo, de que las posibilidades de autoprotección de la «victima» cuentan en la investigación de la imputación objetiva del resultado típico defraudatorio.

Esto conduce a dotar al error de un significado sistemático-dogmático y de un contenido en los tipos de estafa distintos a los que se acostumbra en nuestra doctrina y Jurisprudencia: porque, tal y como un amplio sector doctrinal alemán mantiene, también la «duda» del sometido a engaño —duda que objetiva o subjetivamente no puede resolver el sujeto— e inducida por un engaño o conducta capaz de generar error y que, no obstante, mueve a alguien a realizar el acto de disposición injustamente perjudicial para él mismo o para otro, debe ser suficiente para afirmar la imputación objetiva, porque el engaño creó o incrementó el riesgo de que se produjese el resultado típico.

Téngase en cuenta, al respecto, que el tipo de estafa prohíbe acciones (engaños idóneos) de las que se derivan resultados (per-

(22) Ibíd., pág. 136.

(23) *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 1966, págs. 136 y 156.

(24) Como hace, no obstante, TORÍO LÓPEZ, op. cit., pág. 885.

(25) *Der Kausalzusammenhang...*, cit., pág. 118.

juicios patrimoniales). Es decir, que la conminación penal se dirige contra el que realiza el desvalor de la acción del que se deduce el resultado típico; y este desvalor no puede depender de que la víctima aporte a la conducta del sujeto activo su efectivo estado psíquico de «error» (26).

Parece, pues, correcto no incluir en el concepto general de estafa, la efectiva constatación de dicho estado psíquico, sino sólo el engaño idóneo. Pero incluso si se incluyese explícitamente en el Código penal, o si se dedujese por vía interpretativa, el contenido del error —deducido de su función y de su significado dogmático— no tendría por qué coincidir con la exigencia de que el engañado desconociese la situación de efectivo riesgo para el patrimonio propio o ajeno, sino que para la imputación objetiva del resultado típico debe ser suficiente haber generado o alimentado la duda sobre la situación de efectivo riesgo para el patrimonio; riesgo creado o incrementado por un engaño del que en concreto no puede protegerse la víctima.

Frente a lo que opina Amelung —que, por cierto, no utiliza la vía de la imputación objetiva— este planteamiento es también aplicable a la estafa procesal. Piénsese, por ejemplo, en todos aquellos procedimientos con medios de prueba tasados muy específicos, en los que el juez actúa constreñido por la propia rigidez del procedimiento. Exigir aquí el efectivo *error* del juez para la tipicidad de estafa supone una injustificada dejación de funciones —en favor de la coacción civil— para la sustanciación de todos los casos de negación de validez de firma o de existencia de deuda, o de haber recibido la contraprestación, por ejemplo, aunque tales negaciones hayan ido precedidas de auténticas maquinaciones idóneas realizadas con conciencia de su absoluta falsedad. Estas conductas realizadas a través de dichos procesos y con fines defraudatorios pueden conducir a que el juez resuelva la improcedencia de la ejecución, en juicio ejecutivo, o acuerde hacer una provisión de fondos no debida, en realidad, si se trata de un procedimiento de jura de cuentas, por ejemplo, o el deshaucio, a pesar de haber sido satisfechas las rentas, pero sin que conste en recibos. En este tipo de procesos el juez actúa constreñido por la propia rigidez del procedimiento, y dicta su sentencia porque ha mediado una conducta engañosa idónea en el caso concreto, dados los medios de prueba tasados, aunque puede albergar dudas sobre la veracidad de las afirmaciones y sobre la existencia de maquinaciones de una de las partes. Estas sentencias o actos dispositivos del juez se producen debido a sus limitadas posibilidades jurídicas de auto-

(26) El desvalor de la acción engañosa está constituido, por tanto, por esa finalidad que tiene «capacidad y poder del resultado», como se demuestra no sólo por su peligrosidad «*ex ante*», sino también por haberse producido efectivamente el resultado perjudicial «*ex post*». Sobre los criterios de la «capacidad y el poder del resultado de la finalidad» y su incidencia en la conformación del injusto penal, me remito a mi obra «El ejercicio legítimo del cargo, 1980, págs. 148 sigs. y 157 sigs.

protección frente al engaño idóneo, pero no debido a que el sujeto activo haya conseguido, necesariamente, producir un estado psíquico de «error» en el juez. En general, puede parecer correcto que la mera negación de firma o deuda en juicio ejecutivo, por ejemplo, no impliquen estafa procesal; pero también parece correcto que no siempre tenga que negarse forzosamente en esos casos la estafa procesal, como, con razón, puso de manifiesto Oliva García (27), cuando se constaten maquinaciones idóneas para ocultar la realidad de la deuda. Lo que en todo caso parece incorrecto es que la general atipicidad de esas conductas pueda apoyarse en la no concurrencia de relación de causalidad o de error en el juez. Hay en estos casos relación de imputación objetiva, porque el *engaño* ha sido *idóneo* en el caso concreto, no para generar error (lo que, insisto, no constituye el resultado a imputar), sino para producir el acto de disposición perjudicial.

Otros problemas igualmente debatidos en la doctrina pueden encontrar una buena vía resolutoria a través de la tesis en cuestión. Me refiero, por ejemplo, a los debatidos problemas de la tipicidad o atipicidad de los juicios de valor y de las conductas omisivas.

El Tribunal Supremo no ha construido una doctrina suficientemente clara sobre la idoneidad típica de los juicios de valor para constituir engaño. La negación doctrinal suele reconducirse a la incapacidad de dichos juicios para actuar como «fuerza decisoria de la voluntad». Pero de nuevo nos encontramos ante una tesis que encuentra poco apoyo en el derecho positivo. Por eso, partiendo de la base de que —como afirmara Antón Oneca (28)— nuestro derecho positivo no da pretexto para excluir absolutamente de los tipos los juicios de valor, el Tribunal Supremo ha venido repitiendo que el engaño suficiente puede consistir —según las circunstancias— en «hábiles y sugestivas palabras o promesas» (STS 5 octubre 1978), o que «no tiene por qué consistir en hechos ni actos materiales» (STS 20 enero 1978), con lo que indirectamente parece avalar la tesis de la posible idoneidad típica de los juicios de valor, en determinadas circunstancias. A esta conclusión puede llegar igualmente desde la perspectiva de la creación o incremento del riesgo. No es que la simple mentira pueda constituir ya un engaño idóneo, pero sí parece correcto que el juicio de valor falso, emitido por un abogado o notario, por ejemplo, ante una persona de poca o nula formación, con el fin de que acceda a un acto de disposición patrimonial, ocultando en ese juicio de valor una auténtica asechanza «ab initio» sobre el patrimonio ajeno, puede y debe constituir engaño típico.

Lo mismo cabe decir respecto a las conductas omisivas, admitidas generalmente sin dificultad en el ámbito típico, siempre que se acomoden a las exigencias típicas impuestas por la propia na-

(27) Op. cit., pág. 248.

(28) Op. cit., pág. 64.

turaleza del engaño y de la creación o incremento del riesgo (29). En cualquier caso conviene tener en cuenta que —como también significó Antón Oneca— la mayoría de los supuestos de omisión son sólo aparentes omisiones en las que el engaño radica en previas acciones.

De lo dicho respecto a los juicios de valor y a las conductas omisivas no debe deducirse que se desatiendan los esfuerzos restrictivos de Naucke (30), referidos también a las exteriorizaciones usuales en el tráfico jurídico y económico; pero esas preocupaciones restrictivas debenordinarse o compatibilizarse con las exigencias de la imputación objetiva. No se comprende bien por qué debe constituir, en general, analogía prohibida la inclusión de determinados juicios de valor emitidos en determinados contextos, o de determinadas omisiones, entre los engaños idóneos a los que imputar el resultado típico defraudatorio.

*En resumen*, pues: la inclusión del estado de error entre los elementos típicos de la estafa, como estado psíquico determinante del acto de disposición, no encuentra apoyo en el texto legal, ni es políticocriminalmente acertada. Antón Oneca pretendió deducirlo del término «engaño», que, a su entender, es comprensivo tanto de la conducta determinante a error, como del error mismo; según esto, propuso desdoblart el engaño en dos: acción engañosa y error causado por la misma. Ignora esta tesis —generalmente admitida— que existe una notable diferencia dogmática y político criminal entre incluir sólo el engaño idóneo, o también el error en los tipos de estafa. Esta diferencia se constató en el largo proceso de discusión sobre la reforma penal en la R. F. A. Pero también es palpable esta diferencia en la actual doctrina alemana, que, forzada por la explícita exigencia típica de que el engaño haya conseguido generar o mantener el error, ha debido aplicarse al estudio diferenciado de la función y contenido de ambos elementos —engaño idóneo y error—. Para evitar indeseadas restricciones exageradas del tipo de estafa se ha visto obligada la doctrina alemana a relativizar notablemente el contenido del error, hasta el punto que se entienden comprendidos en él los siguientes «estados psíquicos»: «tener por posible» que no se produzca el perjuicio patrimonial, tal y como mantiene Lenckner (31); «creer en la alta probabilidad» —en el sentido del dolo eventual— de que no se produzca perjuicio patrimonial, en la línea de Giehring (32) o de Krey (33) (que sólo alude a la «probabilidad»); la «duda genérica», es decir que no tiene puntos concretos de referencia a los que poder acudir, según

(29) Cfr. TRIFFTERER, *Abgrenzungsprobleme beim Betrug durch Schweigen*, en *JUS*, 1971, págs. 181 sigs.

(30) *Zur Lehre vom strafbaren Betrug*, cit., pág. 163 sigs.

(31) *Vertragswert und Vermögensschaden beim Betrug des Verkäufers*, en *MDR*, 1961, págs. 652 sigs.

(32) *Prozessbetrug...*, cit. págs. 11 y 25.

(33) *Strafrecht*, BT, 5.ª edición, Tomo II, págs. 117-118.

tesis mantenida por Amelung (34). Se trata, como puede observarse, de incluir diversos estadios de la «duda» dentro del «conjunto de estados psíquicos de la víctima que caben en el término "error"» (35).

A la vista de nuestro derecho positivo no es preciso recurrir a esa vía de forzar el contenido del error, porque el desvalor de la acción en el injusto de estafa está constituido —junto con los elementos subjetivos— simplemente por el engaño típico, es decir, idóneo para producir un acto de disposición que comporte un perjuicio patrimonial. Esto es, por lo demás, lo que ya se intuye en la STS de 29 mayo 78 —que define el engaño típico por su «potencia bastante para engendrar error», o la de 17 marzo 1981, cuando afirma que «el engaño debe revestir la necesaria importancia para ser capaz potencialmente de mover la voluntad del defraudado». Son sentencias que manejan el «error» más como posibilidad objetiva que como verdadero «estado» de la víctima, aunque todo ello lo aplica el TS (indefidamente, a mi entender) a la investigación de la relación de causalidad. En la línea apuntada en esas sentencias habría que colocar también al vigente artículo 528 Código penal, que alude a que «cometen estafas los que con ánimo de lucro utilizan *engaño bastante para producir error en otro*, induciéndole a realizar un acto de disposición...».

---

(34) *Irrtum und Zweifel...*, cit. p. 7.

(35) SCHÖNKE-SCHÖDER, Cramer, *StGB Kommentar*, parágrafo 263, 36.



## CRONICAS EXTRANJERAS

### Genética humana desde la perspectiva del Derecho alemán (\*)

Profesor Dr. ALBIN ESER, M. C. J.

Director del Instituto Max Planck para el Derecho  
penal extranjero e internacional  
Friburgo de Brisgovia

Con las técnicas de genética humana fruto de la moderna Biotecnología se abren en la lejanía nuevos horizontes, no sólo científicos sino también jurídicos. Esta incertidumbre comienza ya con la cuestión de su definición. Si se quiere comprender dentro de «genética humana» todo lo relativo a la herencia humana en sentido biotecnológico, pertenecerá también —en conexión con una terminología de uso corriente en inglés— tanto la «genetic counselling» y «genetic screening» como la «genetic engineering»; se abre con ello, sin embargo, un vasto campo, esto es, empezando por el diagnóstico prenatal y el análisis de genomas, pasando por la fertilización «in vitro» y la transferencia de embriones, hasta llegar a la manipulación genética mediante la clonación o la recombinación de genes.

De la misma forma con que, por una parte, se celebran eufóricamente los progresos de esta Biotecnología son inquietantes, por otra, los peligros que pueden derivarse de la genética humana moderna y que puede reclamar, dado el caso, las medidas oportunas de aseguramiento. Que no se trata de irreales fantasías sino de una preocupación mundial que hay que tomar en serio, apenas si podría probarse más contundentemente que acudiendo a los primeros esfuerzos internacionales de regulación: así, en primer lugar, las Recomendaciones del Consejo de Europa de 26 de enero de 1982 para que se incluya en el catálogo de derechos del hombre «la intangibilidad de la herencia genética frente a intervenciones artificiales» y se asegure su protección mediante los preceptos correspondientes (1). De la misma forma, los gobiernos de los países dirigentes de la industria occidental, agrupados en la llamada «Cum-

\* Traducción al español de Carlos María Romeo Casabona, profesor titular de Derecho penal de la Universidad de Zaragoza.

(1) Cfr. la Recomendación del Consejo de Europa de 26 de enero de 1982, núm. 934, publicada en *Bundestags-Drucksache*, 9/1373, págs. 11 y ss.

bre de la Economía Mundial», han reconocido entre tanto, que los posibles frutos terapéuticos o, incluso, económicos de las modernas ciencias biológicas no pueden justificar ya desde el principio cualquier sacrificio; pues aun cuando se han reunido ante todo en interés de mejorar su economía, han convocado, en el transcurso de su Conferencia cumbre de 1983, celebrada en Williamsburg (EE. UU.), una conferencia internacional de científicos que ha tenido lugar por primera vez en marzo de 1984, en Tokio/Hakone, y que debe informar de los posibles efectos de las «Ciencias de la vida», sobre la humanidad, y elaborar, en caso necesario, las recomendaciones oportunas (2). Actividades semejantes se han producido también a nivel nacional, sobre lo cual sólo mencionaré aquí dos relativas a la República Federal Alemania: así, por parte del Gobierno, el «Grupo de trabajo sobre fecundación *in vitro*, análisis de genomas y terapia genética», constituido conjuntamente por los Ministros Federales de Justicia y de Investigación, que entre tanto ya ha iniciado su trabajo (3), así como una «Comisión de información para la cuestión de Tecnología genética», solicitada por el Grupo parlamentario del Partido Social-Demócrata en el Bundestag.

¿Cuáles habrían de ser, sin embargo, las posibles necesidades de protección que pudieran requerir determinadas regulaciones en el campo de la genética humana? No es posible una respuesta global al respecto; pues según sean la modalidad y objetivos de una técnica de genética humana, así como las consecuencias posiblemente derivadas de los mismos, se presentará también una valoración jurídica diferente. Antes de acometer estas reflexiones en particular surgen, no obstante, en primer lugar algunas consideraciones generales previas.

## I. ASPECTOS GENERALES PARA UNA REGULACION JURIDICA

### 1. *Líneas básicas de la responsabilidad del investigador*

El punto de partida de estas reflexiones es el convencimiento de la necesidad de llevar la problemática de la genética humana a un nivel de discusión en el que —más allá de los científicos dedicados directamente a ello— sea también garantizada la responsabilidad de la totalidad de la comunidad jurídica, al menos de una forma representativa. Pues —y con el fin de aclarar desde el primer momento estas cuestiones de principio—, en cuanto que

(2) Las actas de las sesiones de esta Conferencia han sido publicadas por *The Japan Foundation* (ed.), «Conference on Life Sciences and Mankind», 19-22 de marzo de 1984, Hakone (Japón), Tokio, 1984.

(3) La convocatoria de este grupo de trabajo, a la que pertenece también el autor, tuvo como antecedente una encuesta por parte del Ministerio Federal de Investigación y Tecnología de septiembre de 1983. Está prevista al respecto la publicación de las opiniones presentadas al igual que las actas de sesión.

la aplicación de estos nuevos métodos lleva consigo riesgos para personas concretas o para la humanidad en su totalidad, su admisión no puede quedar a la discrecionalidad subjetiva de cada investigador individual, sino que por el contrario debe ser legitimada y responsabilizada la comunidad jurídica en su conjunto (4). Naturalmente, esto no quiere decir que el investigador haya de estar oprimido por un rígido corsé de leyes o sometido a la tutela de disposiciones burocráticas concretas: más bien significa que donde quiera que se vean afectados los intereses de otros como consecuencia de actividades de investigación la admisión de tales riesgos no puede ser un asunto puramente privado del investigador, sino que éste debe asegurarse a tal fin la conformidad del interesado o, en cuanto estén en juego intereses supraindividuales, la aprobación jurídica o, al menos, su tolerancia. Por tanto, la inclusión —y únicamente a ellos se refieren estas consideraciones previas— de profanos en ciencias experimentales para participar en esta discusión a modo de representantes de la generalidad no es sólo una cuestión de táctica de política informativa, sino también una exigencia de legitimación.

## 2. *La ausencia de regulación especial sobre la genética humana*

Si prescindimos de ciertas prescripciones para ensayos de medicamentos conforme a los párrafos 40 a 42 de la Ley de Medicamentos (*Arzneimittelgesetz*), así como de los preceptos de protección de la Ley Federal sobre Epidemias (*Bundesseuchengesetz*), del Reglamento de protección contra las radiaciones (*Strahlenschutzverordnung*) y de las Instrucciones de protección frente a los peligros derivados de los ácidos nucleicos recombinados *in vitro* (*Richtlinien zum Schutz vor Gefahren durch in-vitro neu kombinierte Nukleinsäuren*), falta todavía en el Derecho alemán actual una regulación expresa para las diversas formas de aparición de la genética humana (5). Ello tiene como consecuencia que deben ser introducidos tipos generales de protección o de permisión, tanto, por un lado, para la protección de los bienes jurídicos que pudieran verse implicados como también, por otro, para una eventual justificación del biólogo o del médico. Puesto que aquéllas se crearon, sin embargo, en su mayoría con una finalidad completamente distinta, no pueden satisfacer sino insuficientemente las necesidades o riesgos de las técnicas modernas de la genética humana.

(4) Cfr. A. ESER, *Risiken und Privilegien des Forschers*, en: A. ESER/K. F. SCHUMANN (editores), «Forschung im Konflikt mit Recht und Ethik», 1975, págs. 7-39, espec. 17 y ss.

(5) W. WEISSAUER, *Juristische Aspekte der Genmanipulation*, en «Münchener Medizinische Wochenschrift», núm. 121, 1979, págs. 1461-1464. Esto es aplicable también en relación con la Ley de Medicamentos, la Ley de protección contra las radiaciones y la Ley Federal sobre Epidemias, en las cuales se regulan respectivamente determinados aspectos parciales de la cuestión aquí planteada. Cfr. A. ESER, *Kontrollierte Arzneimittelprüfung in rechtlicher Sicht*, en «Der Internist», núm. 23, 1982, págs. 218-226.

En consecuencia, se plantea la cuestión de principios de si tal ausencia de regulación debería subsanarse mediante una «Ley de Investigación» general o si sería preferible el camino de regulaciones especiales concretas. Si bien este último puede dar fácilmente la impresión de discriminación, y que por vía —al igual que con la «cláusula médica» prevista para el registro de enfermedades— sean privilegiados determinados sectores de la investigación o que otros —como con la Ley sobre Tecnología Genética, sometida a estudio temporalmente— se vean sujetos a condiciones estrictas (6), yo preferiría de todos modos, y como un primer paso —en el caso de que hubiera que decidirse en último extremo por regulaciones nuevas— la vía de regulaciones especiales. Pues de este modo no sólo se prevendría una evolución posiblemente peligrosa hacia una «regulación total», sino que mediante las regulaciones especiales y con la base de las particularidades que se fueran presentando, se podrían recoger también las experiencias que permitieran extraer generalizaciones quizá mucho más fácil y satisfactoriamente que los imprevisibles «impactos» que se provocarían en las actividades de investigación mediante una especie de «Ley de perdigonada». Un mayor avance en esta técnica de legislación especial y puntual no lo considero tampoco ventajoso, porque precisamente se presentan también completamente diferentes las necesidades de regulación en el ámbito de la investigación que está aquí en cuestión: pues mientras que en esencia sólo se plantean en sentido estricto nuevos problemas de protección en relación con la transferencia de genes en células en proceso embrionario, parecen, sin embargo, todavía solubles en lo fundamental los problemas relacionados con el análisis genético y con la transferencia de genes en células somáticas, utilizando para ello los instrumentos jurídicos convencionales. Por supuesto, esto último presupone además que la problemática relativa a su relevancia jurídica sea analizada con una intensidad mucho mayor de lo que se hubiera podido hacer hasta el momento.

### 3. *La libertad de investigación y sus límites generales*

Fundamento y punto de partida para la valoración jurídica de la genética humana debe ser también la Constitución. A este respecto, la alemana se encuentra en una buena posición inicial, al estar garantizada expresamente la libertad de ciencia e investigación como un *Derecho fundamental* en la Ley Fundamental de la

---

(6) El texto de estos Proyectos de «Ley sobre tecnología genética» puede encontrarse en el Cuaderno de Problemas fundamentales sobre *Rechtspolitische Probleme durch Fortschritt der Medizin* (a cargo de A. ESER), de la Revista «Medizin-Mensch-Gesellschaft» (MMG), núm. 7, 1982, pág. 96, en relación con el artículo de E. DEUTSCH, *Rechtspolitische Probleme der Gentechnologie*, en donde se procede a una valoración de los Proyectos.

República Federal Alemana (artículo 5, párrafo 3). Por consiguiente, es también legítima en principio la investigación con y en personas (7).

Por otro lado, legitimidad *no* quiere decir, sin embargo, *sin límites*. Pues la libertad de investigación encuentra en todo caso una barrera cuando por la utilización de una técnica de genética humana se realiza un tipo penal o civil destinado a la protección de un bien elevado a derecho fundamental. Este es en especial el caso de los tipos de protección para la salvaguarda de la dignidad humana (artículo 1.º de la Ley Fundamental y parágrafo 823 del Código civil), así como de la vida y de la integridad corporal (artículo 2, párrafo 2.º de la Ley Fundamental y parágrafos 211 y ss., 218 y ss., 223 y ss. del Código penal). Con todo, no puede decirse de forma global cuál sea el alcance concreto de lo anterior, sino que dependerá decisivamente de los objetivos y consecuencias de las diferentes clases de técnicas de genética humana.

## II. SOBRE LAS DIVERSAS TECNICAS DE GENETICA HUMANA EN PARTICULAR

### 1. Diagnóstico prenatal

En tanto que tales intervenciones sean realizadas con finalidad *terapéutica* están justificadas como «tratamiento curativo», de acuerdo con las reglas desarrolladas por la Jurisprudencia, o —en el caso de encontrarse todavía en fase de prueba— como «experimentación terapéutica» (8). Esto significa que la intervención requerida debe realizarse con la conformidad del individuo afectado y que los posibles riesgos de la experimentación no suponen ponerse a merced de daños secundarios desproporcionados y, en casos extremos, ya incontrolables (9). Por consiguiente, no existen especiales reparos frente a una amniocentesis, en tanto permita diagnosticar taras genéticas a fin de poder contrarrestar a tiempo y en lo posible sus efectos.

Habrá que rechazar, no obstante, el carácter curativo de la amniocentesis —puesto que no revela en forma alguna un objetivo

(7) Cfr. al respecto y en lo que sigue A. ESER, *Heilversuch und Humanexperiment*, en «Der Chirurg», núm. 50, 1979, págs. 215-221, especialmente, páginas 218 y s. En general, sobre la libertad de investigación como derecho irrenunciable (aunque tampoco absoluto), cfr. M. P. HARMEL, y M. M. MELCHIOR, en *Council of Europe: La recherche scientifique et le droit*, «Actes du 10º Colloque de Droit Européen».

(8) Más detalladamente sobre ello, A. ESER, *Humangenetik und Recht*, en P. KOSLOWSKI/Ph. KREUSER/R. Löw (editores), «Die Verführung durch das Machbare», 1983, págs. 49-69 (53 y s.).

(9) En general, sobre esta cuestión (hasta ahora todavía no aclarada completamente) de hasta qué punto en una experimentación terapéutica todavía no estandarizada es necesaria una *ponderación de ventajas y riesgos*, más allá incluso del *consentimiento del interesado*, cfr. A. ESER (nota 7), páginas 217 y 219.

terapéutico—, en la medida en que se utiliza primordialmente, cuando no de modo exclusivo, para la *determinación del sexo* a fin de poder interrumpir entonces el embarazo en el supuesto de no ser aquél el sexo deseado (10). Consecuencia de lo cual es que a pesar del consentimiento de la embarazada la intervención supone una lesión corporal antijurídica, siempre que se considere la misma contraria a las «buenas costumbres» (parágrafo 226 a del Código penal). Tal oposición hay que entenderla existente en cuanto la amniocentesis haya de servir para interrumpir el embarazo como medio de selección del sexo, pues indudablemente semejante discriminación es desaprobada por nuestra Constitución (artículo 3.º, párrafo 3.º de la Ley Fundamental) (11).

## 2. *Inseminación artificial* (12)

— Si se trata de la que se conoce como *inseminación homóloga*, en la que una mujer es fecundada con el semen de su marido, hay que calificarla como «tratamiento curativo», en el caso de que se considere que nos encontramos ante la eliminación de una enfermedad o de una situación semejante, como un remedio contra trastornos en la fertilidad (13).

— Por el contrario, la *inseminación heteróloga* gracias a la donación de semen de un tercero es, realmente, conforme a su modalidad y finalidad, una medida médica (14), pero que lleva consigo problemas con importantes repercusiones sociales, particularmente del Derecho de familia. ¿Quién debe ser considerado el padre de ese niño? ¿De quién debe depender el consentimiento? ¿Puede el marido a pesar de su consentimiento en la inseminación heteróloga impugnar la legitimidad del niño? (15). ¿Qué sucede

(10) Cfr. J. C. FLETCHER, *Ethics and Amniocentesis for Fetal Sex Identification*, Hastings Center Report 10, 1980, núm. 1, págs. 15-17. En los Estados Unidos esto es desde luego posible, pues en dicho país se puede interrumpir en la práctica hasta el sexto mes, a requerimiento de la embarazada, incluso aunque no exista una indicación determinada: Cfr. A. ESER, *Schwangerschaftsabbruch im Ausland*, en H. MÜLLER/H. OLBING, «Ethische Probleme in der Pädiatrie», 1982, p. 66 a 73, especialmente 71 y s.

(11) Por lo demás, semejante interrupción del embarazo no sería lícita en la República Federal Alemana, porque no se cumpliría ninguna de las indicaciones legales del parágrafo 218 a del Código penal por el único motivo del sexo «erróneo» del feto.

(12) Cfr. en general al respecto la sinopsis de U. JUDES, *Eingriffe in die Fortpflanzung*, en U. JUDES (ed.), «In-vitro-Fertilisation und Embryotransfer (Retortenbaby)», 1983, p. 13 a 23 (18 y s.).

(13) Así, G. P. GOLDSTEIN, *Artificial Insemination by Donor -Status and Problems*, en: A. MILUNSKY/G. ANNALS (editores), «Genetics and the Law», 1976, págs. 197 a 202, especialmente, pág. 197.

(14) Cfr. H. W. VASTERLING, *Die Heterologe Insemination als Therapie*, en E. T. RIPPBMANN (ed.), «Die ehefremde künstliche Befruchtung der Frau», 1974, págs. 27 a 33.

(15) Así, muy recientemente, el Tribunal Supremo Federal, en «Juristenzeitung», núm. 38, 1983, págs. 549 a 552, con anotaciones de D. GEISEN, «Juristenzeitung», núm. 38, 1983, págs. 552 a 554, y D. COESTER-WALTJEN, en «Neue Juristische Wochenschrift», núm. 36, 1983, págs. 2059 y 2060.

con el anonimato del donante, por una parte, y con el derecho del niño a conocer su origen, por otra? (16). ¿Quién tendrá que sufragar la manutención en caso de litigio? (17). ¿Debe estar permitida la utilización de esperma congelado? (18). Estas son sólo algunas de las muchas cuestiones todavía no resueltas jurídicamente. Aún así, tales problemas apenas tendrán suficiente entidad como para prohibir bajo pena —según se ha estudiado en algún momento— cualquier modalidad de inseminación heteróloga (19). Pues en tanto que el ordenamiento jurídico —y únicamente de éste nos estamos ocupando aquí, y no de su perspectiva moral— no considera, por otra parte, punible tampoco que se engendren niños fruto del adulterio, de la prostitución o de cualquier otro procedimiento difícilmente digno para la persona o que nazcan «de padre desconocido», apenas merecería credibilidad que ese mismo ordenamiento jurídico quisiera prohibir precisamente una procreación deseada aun cuando conseguida por procedimientos técnicos (20). Por consiguiente, desde un punto de vista político-jurídico debe tratarse ante todo de regular la paternidad y la filiación con claridad y, desde luego, tanto en el interés individual del niño afectado como también en el de la sociedad, en lo que se refiere a la integridad institucional del matrimonio y de la familia.

### 3. Fertilización «*in vitro*» y transferencia de embriones (21)

Los problemas acabados de mencionar alcanzan una dimensión más amplia cuando la manipulación de la fecundación no se limita

(16) Cfr. W. KLEINEKE, *Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung* (tesis doctoral), Göttingen, 1976.

(17) Cfr. E. DEUTSCH, *Arztrecht und Arzneimittelrecht*, 1983; GOLDSTEIN (más arriba, nota 13)), p. 197 y ss.

(18) Sobre inseminación artificial con esperma ultracongelado, cfr. A. FÜRTMAYR-SCHUH, *Wenn Kinder aus der Kälte kommen*, en: «Die Zeit», número 2, del 6 de enero de 1984.

(19) Cfr. las justificaciones en D. GEISEN, *Heterologe Insemination-ein neues legislatorisches Problem?*, en «Zeitschrift für das gesamte Familienrecht», núm. 28, 1981, págs. 413 a 418, y M. RALZ, *Heterologe künstliche Samenübertragung beim Menschen*, en «Recht und Staat», 1980.

(20) Cfr. J. BAUMANN y otros (eds.), *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches (AE), Besonderer Teil: Sexualdelikte*, 1968, p. 73 y ss. Cfr. en contra además los efectos sociales a largo plazo como espectacularmente son descritos por la Catholic Social Welfare Commission, *Human Fertilisation -Choices for the Future* (publicado por los Catholic Information Services, Abbots Langley, 1983, págs. 24 y ss.

(21) Sobre los avances en la fertilización *in vitro* y transferencia de embriones, cfr., en JÜDES (más arriba, nota 12), especialmente las colaboraciones de K. DIETRICH/D. KREBS, *Extrakorporale Befruchtung und Embryotransfer in der gynäkologische Klinik*, págs. 25 a 43; L. METTLER, *Medizinisch-gynäkologische Aspekte der In-Vitro-Fertilisation und des Embryotransfers beim Menschen*, págs. 45 a 68, así como sobre el concepto y desarrollo de la transferencia de embriones; J. HAHN, *Biologische Grundlagen der In-Vitro-Fertilisation und des Embryotransfers*, págs. 113 a 152, especialmente, págs. 133 y ss. Sobre los aspectos jurídicos, cfr. H. OSTENDORF, *Juristische Aspekte der extrakorporalen Befruchtung und des Embryotransfers beim Menschen*, en JÜDES (más arriba, nota 12), págs. 177 a 198.

a una inseminación (homóloga o heteróloga) del óvulo que se mantendrá en el cuerpo de la mujer, sino que el óvulo fecundado se implanta en el útero de otra mujer utilizando el procedimiento de «transferencia de embriones» (22): en efecto, o bien se extrae el óvulo fecundado de forma natural (por medio de su marido o de un tercero) en el cuerpo de la donante y se implanta a continuación en una «madre alquilada» para que lleve a término la gestación, o bien se fecunda el óvulo previamente extraído de la mujer procediendo a una «fertilización *in vitro*» en un tubo de ensayo con el semen de un hombre (el marido o un tercero) y se reimplanta a ella misma (o a otra mujer). Ante la multitud de combinaciones alternativas que parecen biotécnicamente posibles gracias a la variable unión de diferentes donantes de óvulos y semen, por un lado, y gracias también a los diferentes procedimientos de fertilización y transferencia, por otro, resulta imposible una valoración global (23). Por el contrario, hay que diferenciar desde un punto de vista jurídico entre los problemas que se refieren, de una parte, a las parejas que son fertilizadas y los que tienen que ver, de otra, con el procedimiento de fertilización y transferencia.

— En los supuestos en que *donantes de óvulo y de semen están casados entre sí* no se presentan problemas jurídicos de ningún género, relativos a familia y estado de las personas. Con todo, podría ser en cualquier caso problemático —como habrá todavía que dilucidar más abajo— el procedimiento de fertilización extra-corporal. Por el contrario, si una pareja quiere tener un hijo, pero la mujer no está dispuesta a hacerse cargo de llevar adelante la gestación de su propio óvulo fecundado y consigue para tal fin una «madre de alquiler» se plantea el problema —aparte del de una «doble paternidad» en el caso de inseminación heteróloga— de una «doble maternidad»: la «genética» de la donante del óvulo y la «biológica» de la mujer gestante. No existe todavía a la vista una solución aceptable bajo todos los conceptos de cómo habría que regular los diferentes intereses en caso tan conflictivo como éste (24).

(22) Que no se trata de una pura utopía, sino que suscita ya problemas jurídicos concretos, lo demuestra un caso que ocupó (por el momento) a los tribunales de Pasadena, California: la «madre subrogada» rechazó la entrega del niño a los padres genéticos: «Los Angeles Times», del 21 de marzo de 1981. Cfr. También «Stuttgarter Zeitung» del 11 de septiembre de 1981: «Madres sustitutas cobran por nacimientos».

(23) En consecuencia, existen hasta el momento regulaciones parciales, como las de Gran Bretaña, cfr. «Frankfurter Allgemeiner Zeitung» del 30 de septiembre de 1982, «Badische Zeitung» del 20-21 de noviembre de 1982. Sobre la situación jurídica de la fecundación *in vitro*, cfr. H. OSTENDORF (más arriba, nota 21); W. SPAAN, «Mückner Medizinische Wochenschrift», núm. 125, 1983, págs. 357 a 360. De la valoración ética de la fecundación *in vitro* se ocupa U. EIBACH, *Experimente mit menschlichen Embryonen*, en *Arzt und Christ*, núm. 26, 1980, págs. 14 a 39, espec. 30 y ss.

(24) Cfr. D. COESTER-WALTJEN, *Rechtliche Probleme für andere übernommene Mutterschaft*, en «Neue Juristische Wochenschrift», núm. 35, 1982, páginas 2528 a 2535. Véanse las propuestas de regulación legal de Ph. REILLY, *In-*

— En lo que a los *procedimientos de fertilización y transferencia* se refiere, las relaciones matrimoniales entre la donante del óvulo y el del esmerma tienen jurídicamente una importancia secundaria; en lugar de éstas es dicho método el que suscita, no obstante, auténticos problemas. Y, la verdad, no porque la fertilización «*in vitro*» sea ya *per se* una técnica contraria a la dignidad humana; pues bien es cierto que puede ser moralmente discutible el que el «niño probeta» deba su origen a una unión extracorpóral de óvulo y semen, a causa de la separación del acto sexual, que es personal, y del acto de reproducción, que es extracorpóral (25); difícilmente podría ya vislumbrarse en la artificialidad de tal procedimiento una lesión de la dignidad humana en sentido jurídico (26). Por consiguiente, puede tratarse también no tanto de una prohibición general como de protección frente a los peligros ligados al mismo. Pues incluso cuando se lleva a cabo una fecundación extracorpóral con finalidad terapéutica para superar trastornos en la fertilidad (27) se encuentra dicho método en fase todavía demasiado experimental como para que pueda ser considerado ya como «tratamiento curativo» fiable (28). Por esa razón, este método de fertilización podrá ser calificado en el mejor de los casos como «experimentación terapéutica» (29), para lo cual es necesario —aparte del consentimiento de los padres— una ponderación de ventajas y riesgos especialmente escrupulosa (30). Pero junto a esto hay que tener en cuenta además, y no en último lugar, los intereses del niño que ha de venir: tarea casi insoluble, al no ser previsibles, y mucho menos excluibles con la suficiente seguridad posibles anomalías de tal «niño probeta».

— Todavía mucho mayores son los problemas que se plantean

---

*Vitro-Fertilisation. A Legal Perspective*, en MILUNSKY-ANNAS (más arriba, nota 13), págs. 359 a 375, espec. 372. En general sobre la necesidad de una regulación jurídica: M. A. OAKLEY, *Testtube Babies: Proposal of Legal Regulations of New Methods of Human Conception and Prenatal Development*, en «Family Law Quarterly», núm. 8, 1974, págs. 385 a 400, espec. 390 a 393.

(25) Cfr. J. GRÜNDEN, *Zeugung in der Retorte - unsittlich?*, en «Stimmen der Zeit», vol. 196, 1978, págs. 675 a 682.

(26) Cfr. al respecto, además, críticamente la toma de postura de la Catholic Social Welfare Commission (más arriba, nota 20), págs. 17 y ss.

(27) Así, por ejemplo, F. H. MARSH, D. J. SELF, *Moving from Theory to Therapy*, en «Hastings Center Report», núm. 10, 1980, págs. 5 y 6, en donde la fertilización «*in vitro*» se resuelve basándose en que el método ha encontrado en la actualidad amplia difusión, que es conceptualizado como terapéutico.

(28) Cfr. sobre el estado de desarrollo E. SCHWINGER, *Humangenetische Aspekte der In-Vitro-Fertilisation und des Embryotransfer beim Menschen*, en «Jüdes» (más arriba, nota 12), págs. 67 a 80, espec. 77.

(29) En este sentido también R. G. EDWARDS, *Fertilisation of Human Eggs in Vitro: Moral, Ethics and the Law*, en «Quar. Rev. Biol.», núm. 49, 1974, páginas 3 a 20, espec. 8 y ss.; M. O'BRIAN STEINFELS, *In-Vitro-Fertilisation: «Ethically Acceptable Research?»*, en «Hastings Center Report», núm. 9, 1979, págs. 5 a 8.

(30) Así, en cualquier caso, según la interpretación dominante: cfr. A. ESER (más arriba, nota 7), págs. 219 y s., así como F. FISCHER, *Medizinische Versuche am Menschen*, 1979, espec. págs. 42 a 67.

en relación con un óvulo fecundado, pero luego no reimplantado. Pues éste se encuentra prácticamente desprotegido en el Derecho alemán vigente: así, los tipos que protegen la integridad corporal (parág. 223 y ss. del Código penal) actúan en todo caso en favor de la persona ya nacida. Igual de mal pueden encajar los tipos de protección de la vida del por nacer (parág. 218 y ss. del Código penal), dado que según el parágrafo 219d del Código penal no se consideran aborto las acciones antes de la culminación de la nidación del óvulo fecundado en el útero y por tal motivo queda a criterio discrecional el que pueda procederse penalmente antes de la producción de dicha nidación —en todo caso, en estos momentos— aun tratándose de un óvulo humano fecundado (31), a no ser que se recurriera a los tipos penales de daños (parág. 303 del C. p.) o de los delitos contra la propiedad, bien como hurto o como apropiación indebida parágrafos 242 y 246 del C. p.) —lo que realmente sería un «apaño» muy poco adecuado— (31 a). De forma semejante se queda uno estancado en el Derecho civil, el cual atiende ciertamente, en principio, la protección de la vida del por nacer contra lesiones, ya que las pretensiones de indemnización de acuerdo con el derecho de las acciones no permitidas presuponen que hubiera sido implantado el óvulo fecundado artificialmente y que la persona nacida después padezca lesiones permanentes (32): en este caso la tecnología genética se vería enfrentada incluso con problemas de responsabilidad, cuya dimensión —como muestran discusiones sobre amniocentesis no llegadas a realizarse (33) y esterilizaciones fracasadas (34)— no puede preverse todavía. Por tanto, habría que plantearse en este terreno cuando menos la cuestión del esclarecimiento jurídico del fundamento y límites de la responsabilidad. No existe en la actualidad protección contra la destrucción o lesión del óvulo fecundado todavía no implantado: esto es, que conforme al Derecho alemán vigente el investigador puede proceder a su voluntad con un óvulo fecundado sin implantar y, en consecuencia, «tirarlo» o incluso emplearlo en objetivos de investigación. Esta total desprotección de los óvulos humanos que se encuentran en

(31) Cfr. A. ESER, en A. SCHÖNKE/H. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, 21.<sup>a</sup> ed., 1982, anotaciones preliminares 6 y 26 y s. al parág. 218, así como parágrafo 219, anot. 1 y ss.

(31 a) Cfr. al respecto H.-G. KOCH, *Juristische Aspekte bei extrakorporal Befruchtung und Embryo-Transfer*, en «Arzt und Christ» (en prensa).

(32) Cfr. A. ESER en SCHÖNKE/SCHRÖDER (más arriba, nota 31), parág. 223, anot. 1; A. ELDRICH, *Der Deliktschutz des Ungeborenen*, en «Juristenzeitung», núm. 20, 1965, págs. 593 a 599. Sobre los derechos de indemnización civil, véase también H. THOMAS, en O. PALANDT, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 43 ed., 1984, parág. 823, anot. 4b.

(33) Cfr. el Tribunal Supremo Federal en «Neue Juristische Wochenschrift», núm. 37, 1984, págs. 658 a 660.

(34) Cfr. al respecto fundamentalmente el Tribunal Supremo Federal, en «Neue Juristische Wochenschrift», núm. 33, 1980, págs. 1450 a 1452; el mismo, lug. cit., págs. 1452 a 1456, así como sumariamente A. ESER/H.-G. KOCH, *Aktuelle Rechtsprobleme der Sterilisation*, en «Medizinrecht», núm. 2, 1984, páginas 6 a 13, espec. 10 y ss.

las condiciones indicadas, es de lo más grave desde el punto de vista político-jurídico. Incluso quien llegue a estimar que es rechazable la existencia de un derecho autónomo a la vida cuando se trata de la vida humana dependiente, es decir, cuando todavía no se ha producido el nacimiento, tendrá que admitir que hay una forma peculiar de vida humana (y no poco más que puramente vegetativa) en el óvulo de una mujer que ha sido fecundado con semen de un hombre. Y si esto es así, ¿deberá entonces permitirse, mirándolo bien, que se manipule o utilice a capricho? (35). Quien, aun así, considere que la respuesta es afirmativa, basándose en que dicha vida no cuenta con un portador del bien jurídico, debería pensar que en otros casos el ordenamiento jurídico protege algunos bienes materiales incluso contra su propietario, en el supuesto de que parezcan suficientemente valiosos, como sucede, por ejemplo, con los objetos culturales integrantes de una colección (parágrafo 304 del Código penal). Una buena explicación parcial de por qué por el contrario, tenga que quedar en la práctica «fuera de la ley» el embrión humano fecundado artificialmente y que de esta forma pueda ser objeto igualmente de cualquier experimentación estaría en la creencia de que lo que se ha creado se puede también destruir libremente. Que el investigador se sienta como creador, señor y juez; a largo plazo es quizá ésta la actitud más peligrosa que puede originarse de una genética humana sin ningún tipo de freno: la manipulabilidad y disponibilidad de todo lo humano (36). Para prevenir ya tal peligro habría que pensar, evidentemente, en una regulación —o, incluso, en la prohibición— del tratamiento relativo a estas formas específicas de vida humana (37).

Tales reflexiones se presentan en grado todavía mucho mayor frente a la *combinación entre óvulos y semen humanos y animales*, tal y como se está practicando ya abiertamente en algunos países. Mientras que en las técnicas mencionadas hasta ahora se trataba simplemente de intervenciones entre seres humanos, con estas interacciones en especies distintas, dado que por medio de las

(35) Decididamente en contra, Catholic Social Welfare Commission (más arriba, nota 20), págs. 19 y s.; H.-B. WUERMELING, *Verbrauchende Experimente mit menschlichen Embryonen*, en «Münchner Medizinische Wochenschrift», número 125, 1983, págs. 1189 a 1191. Cfr. también P. RANSEY, *Shall we «Reproduce»?*, en «Am. Med. Assoc.», núm. 220, 1972, págs. 1346 a 1350 y 1480 a 1485, espec. 1347.

(36) Cfr. también W. WEISSAUER (más arriba, nota 5), p. 1464; además, F. BÖCKLE/O. v. EIFF, *Wissenschaft und Ethos*, en «Christlicher Glaube in moderner Gesellschaft», vol. 20, «Enzyklopädische Bibliothek», 1982, p. 131; U. EIBACH, *Experimentierfeld werdendes Leben*, 1983, pág. 152.

(37) Sobre las primeras líneas directrices para la limitación de la investigación en fetos en Gran Bretaña, cfr. *Peel-Report*, 1972; en general al respecto, J. M. FRIEDMANN, en «Minn. L. Rev.», núm. 61, 1977, págs. 961 a 1105; reflexiones penales de *lege ferenda* en una entrevista con C. ROXIN, en «Herrder-Korrespondenz», núm. 32, 1978, págs. 463 a 466. Cfr., además, muy reciente, el conocido «Warnock-Report»: Department of Health and Social Security (ed.), *Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology*, London, 1984 (Her Majesty's Stationery Office).

mismas se ven también afectados embriones humanos, se ha rebasado una frontera fundamental, cuya trascendencia apenas se ha percibido hasta el momento con completa claridad, y lo cierto es que ni desde el punto de vista biológico ni ético-jurídico. Tal observación es aplicable a las «Recommendations on Human in Vitro Fertilisation and Embryo Transfer», que fueron presentadas por un Advisory Subgroup on Human Production de los European Medical Research Councils (38). Sin duda tales interacciones sólo deben estar permitidas para objetivos diagnósticos, a saber, para obtener información sobre la capacidad de penetración y el complemento cromosómico del esperma, y además no debe permitirse el desarrollo del producto resultante de la fusión más allá de los primeros estadios de división celular. Con todo, esto no altera para nada la situación de que, por de pronto, se ha obtenido una unidad de vida que contiene también genes humanos. Ello plantea, sin embargo, la cuestión de si el producto debe ser tratado como vida humana o animal. Sería precipitado pretender dar ya una respuesta definitiva al respecto por no hablar de las consecuencias que habría que extraer de todo ello. Desde luego si en alguna ocasión pudiera ser tocada la dignidad humana no importa en qué manera, seguro que sí lo sería con el cultivo de forma abusiva de híbridos de hombre y animal (39).

#### 4. Transferencia de genes en células en proceso embrionario (40)

A diferencia de la fecundación artificial y la transferencia de embriones, en los que son fusionados entre sí óvulo y semen sin haber sido modificados genéticamente, es decir, frente a la transferencia de genes en células somáticas en las que el nuevo gen queda limitado a un número determinado de células ya diferenciadas, en la cuestión que se plantea aquí de la transferencia de genes en un óvulo fecundado todavía totipotente, todas las células del organismo así formado se convierten en portadoras del nuevo gen, con la consecuencia de que todas las sucesivas son portadoras de una información hereditaria manipulada idéntica (41).

(38) Cfr. European Medical Research Council's Advisory Subgroup on Human Reproduction: *Recommendations in Human In-Vitro Fertilisation and Embryo Transfer* de 16/17 de junio de 1983, en «The Lancet», de 19 de noviembre de 1983, pág. 1187.

(39) También resueltamente en contra la Catholic Welfare Commission (nota 20), pág. 23. Cfr., además, British Medical Research Council: *Research related to human fertilisation and embryology (Guidelines)*, 1982, letra (vi), en «British Medical Journal», 1982, vol. 285, p. 1480.

(40) Sobre los fundamentos de las ciencias naturales, cfr. W. TRAUT, *Möglichkeiten der genetischen Manipulation von Säugetieren*, en «Jüdes» (nota 12), págs. 153 a 176, espec. 169 y ss.; sobre ratones gigantes construidos genéticamente, v. P. NEWMARK/G. HAAF, *Schöne neue Riesen*, en «Die Zeit», número 1, de 31 de diciembre de 1982.

(41) Sobre los métodos y aplicaciones actuales de la tecnología genética v. también H.-P. VOSBERG, *Die Gentechnologie in der Medizin*, en «Deutsche Medizinische Wochenschrift», núm. 107, 1982, p. 5 a 9.

Mientras tanto, indudablemente habría todavía que aclarar minuciosamente y antes que nada, si con la correspondiente investigación en sí misma se ha alcanzado ya o incluso rebasado el umbral crítico de tolerancia decisivo para determinar la necesidad de su regulación jurídica, o si habría que aceptar un rebasamiento semejante, en lo que se refiere a su aplicación tecnológica en un marco más amplio y rutinario.

En relación con la cuestión de si es necesaria una protección jurídica adicional respecto a la transferencia de genes o células en proceso embrionario, o si en suma existe hasta el presente tal protección, son dos las diferenciaciones que hay que realizar, las cuales a su vez requieren respectivamente una valoración distinta: por un lado, hay que distinguir, según esto, que la transferencia de genes se realice a dichos óvulos fecundados que más tarde llegarán a madurar completamente en un ser humano, o que fracase por completo su implantación en el útero, y por otro lado, hay que distinguir también entre la llamada clonación y la recombinación de genes.

— La realización de *transferencia de genes a óvulos fecundados no implantados*, coloca al embrión en idéntica situación de ausencia de protección y necesidad de la misma que la expuesta más arriba relativa a la problemática de la fertilización «*in vitro*». En primer lugar, tras la implantación o «*anidación*» del óvulo fecundado en el útero se origina una efectiva protección de la vida humana (por nacer). Además, esta protección actúa no obstante sólo frente a «daños» (en la salud), pues en caso contrario no existe hasta el momento una protección de la «*integridad genética*». Por consiguiente, siempre que la transferencia de genes a células en proceso embrionario no lleve a resultados patológicos, las manipulaciones son por ahora lícitas sin traba alguna.

— Si la manipulación genética se produce por *clonación*, esto es, efectuando la transferencia de la información hereditaria completa mediante el trasplante de núcleos procedentes de células totipotentes en óvulos fecundados y a continuación desnucleadas (42), la situación permanece invariable. No obstante, podría verse afectada la dignidad de la persona en el caso de manipulaciones de semejante índole en la herencia humana. Pues en cuanto que la intangibilidad de dicha dignidad comporta también de forma especial la garantía de la peculiaridad individual y la autenticidad de la persona (43), éstas podrían ponerse en peligro precisamente con la clonación (44): y cierto que no sólo por la imposición forzada de una identidad completamente distinta al óvulo desnucleado, sino también porque de esta forma sería posible producir a volun-

(42) Cfr. sobre tales procedimientos, U. JÜDES, *Experimentelle Manipulation von Keimzellen und Embryonen bei Säugetieren*, en «Jüdes» (nota 12), páginas 81 a 111, espec. 96 y ss.

(43) Cfr. STC (= sentencias del Tribunal Federal Constitucional), tomo 30, 1971, págs. 1 a 47, espec. págs. 39 y ss.

(44) Cfr. BÖCKLE/v. EIFF (nota 36), p. 125.

tad un gran número de individuos con idéntico patrón genético (45).

— De igual modo, cuando se lleva a cabo una modificación únicamente parcial de la información hereditaria acudiendo a una *recombinación de genes* se altera y se falsea así la identidad de la persona (46). Añádase a ello, además, como agravante, que conforme al estado actual de desarrollo resulta todavía de todo punto imposible pronosticar cómo influye el proceso de diferenciación en la configuración del nuevo gen, lo que significa que no son previsibles ni de forma aproximada los efectos secundarios y riesgos para el ser afectado. Bajo circunstancias semejantes no encontraría justificación jurídica la aplicación de dicha transferencia de genes en el hombre. Ni siquiera el eventual consentimiento de los «padres» permitiría resolver todos los problemas; puesto que en pureza el «interesado» es el ser manipulado, y el consentimiento de éste, necesario en sí mismo, en cuanto se refiere a un bien jurídico personalísimo, tampoco puede ser otorgado por un tercero mediante representación (47). En este sentido, se plantean aquí con mucha mayor intensidad los problemas ya abordados sobre el consentimiento relativo al «niño probeta».

##### 5. *Transferencia de genes en células somáticas*

En tanto que cabe la posibilidad de curar en el futuro taras hereditarias, mediante la neutralización o hasta sustitución de un gen defectuoso implantando para ello otro intacto en células corporales ya diferenciadas (48), son válidos aquí también, a la vista de su objetivo terapéutico, los mismos principios que en cualquier otro trasplante de órganos: es decir, que en principio son necesarios, pero también suficientes, la correspondiente información y consentimiento del interesado. De todas formas, dado que dichas técnicas se encuentran todavía en fase experimental y pueden ser calificadas por consiguiente como «experimentación terapéutica», hay que imponer unas exigencias especialmente estrictas, más allá

(45) Cfr. U. EIBACH, *Experimentierfeld werdendes Leben*, 1983, págs. 181 y siguientes.

(46) Así, D. v. BÜLOW, *Forschungsfreiheit und Gefahrenschutz*, en W. BÖHME, *Biologische Tabus? Über Gentechnologie*, «Herrenalber Texte», vol. 22, 1980, páginas 69 a 78, espec. pág. 70. Cfr. también la Recomendación del Consejo de Europa de 26 de enero de 1982, núm. 934 Zitt. 4i, publicado en «Documentos del Bundestag 9/1373, págs. 11 y ss.

(47) Cfr. sobre esta problemática en relación con la extracción para trasplante de órganos y la esterilización A. LAUFS, *Arztrecht*, 2.<sup>a</sup> ed., 1978, págs. 49 y 61, así como E. DEUTSCH (nota 17), p. 200; sobre la limitación a la facultad de consentimiento de los padres con base en el «cuidado paterno» en el sentido de los párrafos 1.626 y 1.627 del Código Civil, en especial en relación con experimentación en personas incapaces de consentir, cfr. H. EBERBACH, *Familienrechtliche Aspekte der Humanforschung an Minderjährigen*, en «Zeitschrift für das gesamte Familienrecht», núm. 29, 1982, página 450, espec. 454 y ss.

(48) Cfr. TRAUT (nota 40), p. 169.

del consentimiento informado, relativas a la ponderación de riesgos y ventajas (49).

Por lo demás habrá que examinar críticamente el *concepto de «enfermedad» y de «lesión hereditaria»*, tanto desde el punto de vista ético como médico —y, desde luego, así mismo desde qué base jurídica—, concepto que es también relevante en lo tocante al análisis de genomas y que comentaremos más abajo. Pues algunas formulaciones en escritos especializados podrían fácilmente dar lugar a interpretaciones erróneas y tratar como enfermedad hereditaria meras desviaciones de la normalidad genética. Esta cuestión en último extremo tampoco tiene importancia en relación con el consentimiento antes aludido ni con la información requerida para el mismo.

## 6. *Análisis de genomas*

También se pueden adoptar tomas de postura concretas sobre la necesidad o inutilidad de medidas jurídicas suplementarias relativas a tales procedimientos biotecnológicos y diagnósticos, dado que contamos con informaciones más precisas sobre las posibilidades existentes o que se pueden esperar en un tiempo razonable del análisis de genomas.

— Siempre que dicho análisis se limite a la comprobación o exclusión de *cuadros clínicos puntuales* (enfermedades hereditarias), es lícito desde el punto de vista jurídico del mismo modo que cualquier otra intervención terapéutica o diagnóstica. También podría ser suficiente en principio para la salvaguarda de la confidencialidad la protección del secreto y datos médicos existente hasta el momento (50), tanto más cuanto que los datos biológicos sobre el individuo implican en sí frecuentemente menos peligros de abusos que los datos sicológicos. En este sentido, una «carta genética puntual» no implicaría en ningún caso problemas cualitativamente nuevos. De todos modos, habría que tener en cuenta, sin embargo, al respecto, que alcanza posiblemente dimensiones nuevas el miedo general al «ciudadano transparente» a que daría lugar una disponibilidad total de los datos genéticos, a la vista de lo cual requiere una mayor atención el problema de la protección de datos.

Si, no obstante, más allá de dichos cuadros clínicos puntuales, fuera posible la *provisión de cartas genéticas individuales*, podría verse afectada la dignidad humana protegida constitucionalmente (art. 1.º de la Ley Fundamental), así como los derechos generales de la personalidad (art. 2.º, párra. 1.º de la L. F.). Al respecto, la protección jurídica según el derecho alemán es todavía defectuosa e insegura, aunque en todo caso realizable civilmente a partir del derecho de las acciones no permitidas (parág. 823, Cód. civil) y

(49) Cfr. más arriba, nota 30.

(50) Cfr. DEUTSCH (nota 17), págs. 128 y s.

penalmente sólo para el caso en que la provisión de cartas genéticas comporte métodos invasivos y falte para su realización el correspondiente consentimiento informado del interesado (parágrafo 223, Cód. penal). Si, por el contrario, consideramos las consecuencias sociales posibles que con análisis completos de genomas pueden producirse para los grupos de personas afectados debido a una «discriminación eugenésica», como, por ejemplo, en relación a su puesto de trabajo o a recargos legales en el seguro por el riesgo, no habrá que descartar entonces la necesidad de una regulación que proteja frente a posibles abusos —respecto a lo cual sería una cuestión secundaria el que dicha protección se efectúe mediante la correspondiente ley especial o ampliando las leyes de protección de datos ya existentes. En este sentido, también el Consejo de Europa ha reclamado ya la reglamentación del registro, almacenamiento, protección y utilización de información genética relativos a personas individuales (51). Esto vendría exigido con mayor razón si en virtud de intereses generales —de forma semejante a los «registros de enfermedad» proyectados— hubiera que pensar en crear un registro obligatorio de factores hereditarios individuales por prescripción del Estado.

### III. PERSPECTIVAS

#### 1. *Problemática político-demográfica de la eugenésia*

Sobre los problemas individuales que suscitan las intervenciones por motivaciones eugenésicas en cada afectado en particular, habrá que adoptar también medidas de prevención frente a posibles evoluciones político-sociales erróneas: así, ante todo, frente a la tentación abierta de la mano de la tecnología genética de la *selección eugenésica* y de la unificación del «pool» genético humano (52). En tanto que la transferencia de genes sea empleada únicamente para eliminar un patrimonio hereditario enfermo, parece evidente su utilidad tanto individual como social, aunque desde luego sea necesaria cierta cautela al respecto, a fin de que no sean tratadas por este camino como «enfermedades hereditarias» simples divergencias de la normalidad genética. No obstante, cuando se trate de ir más lejos aún, esto es, de una selección que favorezca determinadas aptitudes de un valor extremo o ciertas cualidades deseadas y, por consiguiente, se pretenda una selección genética (53), surgirá inmediatamente la cuestión de los criterios de

(51) Cfr. más arriba, nota 46.

(52) Con profundidad sobre tales efectos a largo plazo, Catholic Social Welfare Commission (nota 20), págs. 10 y ss.

(53) En relación con lo cual se discute todavía hasta qué punto será esto posible: escéptico al respecto, B. DAVIS, *Prospects for Genetic Intervention in Man*, en T. L. BEUACHAMPS/L. WALTERS, *Contemporary Issues in Bioethics*,

selección aplicables, y de a quién le incumbirá tal responsabilidad. A decir verdad, no debería haber la menor duda de que no corresponde al investigador por sí solo sometido a su subjetiva discrecionalidad. Pues en la medida en que la selección genética humana está orientada por criterios socialmente relevantes de mayor o menor valor, dicha selección encierra valoraciones sobre la vida humana que no se han obtenido de forma puramente empírico-descriptiva, sino que han sido establecidas normativamente, aunque sólo sea de modo inconsciente (54). Pero en cuanto valores socialmente relevantes, deben estar legitimados y responsabilizarse frente a la totalidad de la comunidad jurídica.

## 2. *Mecanismos escalonables de regulación*

Aunque a lo largo de las reflexiones precedentes, que en modo alguno debe entenderse que agoten la problemática, se ha puesto de manifiesto una y otra vez la necesidad de llevar a cabo diversas regulaciones sobre la cuestión, sería sin embargo erróneo pensar que tales regulaciones tengan que plasmarse necesariamente en leyes o, incluso, en la medida de lo posible, en prohibiciones penales. Pues en función de los objetivos de protección y del tipo de amenaza, son imaginables caminos de regulación intensiva y extensiva completamente diferentes (55): empezando por el autocontrol deontológico de la comunidad investigadora, pasando por garantías administrativas de carácter procedural (56), hasta llegar a la introducción de tipos civiles de protección (57) o, incluso, en caso

---

1978, págs. 592 a 598; F. CRAMER, *Fortschritt durch Verzicht?*, 1978, págs. 141 a 149. Sobre propuestas concretas para una eugenesia positiva, cfr. EIBACH (nota 45), págs. 171 y ss.

(54) Cfr. R. LÖW, *Der Mensch als Schöpfer*, en W. BÖHME (ed.), *Biologische Tabus?*, 1980, págs. 49 a 68, espec. 64; el mismo, «*Brave new World oder heilt der Zweck die Mittel?*», en «*Süddeutsche Zeitung*», núm. 250, de 29/30 de octubre de 1983.

(55) Más detalladamente al respecto ESER (más arriba, nota 8), págs. 58 y siguientes.

(56) Cfr. la discusión sobre un «Grupo de dirección para una valoración de las consecuencias de la tecnología», en «*Frankfurter Allgemeine Zeitung*» de 18 de enero de 1982.

(57) Sobre la responsabilidad civil del investigador, así como otros interesados (comisiones de ética, promotores), cfr. Chr. v. BAR/G. FISCHER, *Haftung bei der Planung und Flöderung medizinischer Forschungsvorhaben*, en «*Neue Juristische Wochenschrift*», núm. 33, 1980, págs. 2734 a 2740; G. BORCHERT, *Verpflichtung und Haftung von Forschern*, en M. KAASE y otros (eds.), *Datenzugang und Datenschut*, 1980, págs. 230 a 234; reflexiones sobre una responsabilidad por el riesgo, en L. KORNPROBST, *Les Droits de l'homme malade devant les nouveaux programmes thérapeutiques (Rapport juridique)*, en «*Revue des droits de l'homme*», 1974, págs. 528 a 540, espec. 537; sobre el ADN cfr. J. M. FRIEDMAN, *Health Hazards associated with DNA technology: Should Congress impose liability without fault?*, en «*Southern California Law Review*», núm. 51, 1978, págs. 1355 a 1378.

necesario, de prohibiciones penales (58). No se puede decir todavía cuál haya de ser al respecto el camino en concreto a seguir, dado el estado actual del problema y de la discusión. Así las cosas, más importante es conducir la discusión lo más abiertamente posible, a fin de captar las necesidades reales y no provocar reacciones desorbitadas, fruto del pavor por falta de información.

---

(58) Sobre la prohibición penal de investigación en fetos en dos Estados Federales de los Estados Unidos, cfr. M. D. DAVIDSON, *First Amendment Protection for Biomedical Research*, en «Arizona Law Review», núm. 19, 1977, páginas 893 a 918.

## SECCION LEGISLATIVA

**SUMARIO (\*):** 1. *Leyes Orgánicas*: L.O. 2/1985, de 29 de abril, de reforma del Código penal en materia de delitos contra la Hacienda Pública. L.O. 3/1985, de 29 de mayo, sobre modificación de la Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección del derecho al honor a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. L.O. 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General. 2. *Leyes ordinarias*: L.O. 9/1985 de 5 de julio de reforma del artículo 417 bis del Código penal. 3. *Otras disposiciones*: Orden de 31 de julio de 1985 sobre la práctica del aborto en centros o establecimientos sanitarios (\*\*).

*LEY ORGANICA 2/1985, de 29 de abril, de reforma del Código Penal en materia de delitos contra la Hacienda Pública* («Boletín Oficial del Estado», núm. 103, de 30 de abril de 1985).

JUAN CARLOS I

REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieran 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.

\*\* A continuación se mencionan otros textos de interés, cuyo contenido no se incluye en esta sección por motivos de espacio: a) *Disposiciones*: RD 511/1985, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado («BOE», núm. 94, de 19 de abril de 1985); RD 551/1985, de 24 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Consejo Nacional de Objeción de Conciencia y del procedimiento para el reconocimiento de la condición de objeto de conciencia («BOE», núm. 101, de 27 de abril de 1985); O. de 13 de mayo de 1985, sobre medicamentos sometidos a especial control médico en su prescripción y utilización («BOE», núm. 121, de 21 de mayo de 1985); O. de 24 de mayo de 1985 sobre franquicias dinerarias para viajes al extranjero («BOE», núm. 132, de 3 de junio de 1985), Ley 17/1985, de 1 de julio, sobre objetos fabricados con metales preciosos («BOE», núm. 158, de 3 de julio de 1985). b) *Proyectos*: Proposición de Ley, presentada por el Grupo Parlamentario Mixto, sobre interrupción voluntaria del embarazo («BOC» de 3 de mayo de 1985, Serie B, núm. 100-I); Proposición de Ley, presentada por el Grupo Parlamentario Popular, sobre reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia de los médicos y personal sanitario, en relación con los supuestos de despenalización del aborto («BOC» de 22 de mayo de 1985, Serie B, núm. 101-I); Proposición de Ley, presentada por el Grupo Parlamentario Popular, sobre protección de la vida concebida («BOC» de 22 de mayo de 1985, Serie B, núm. 103-I); Proposición de Ley, presentada por el Grupo

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 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 sus más graves manifestaciones, una respuesta penal. De ello fue ya consciente el legislador cuando en la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, en sustitución del delito de ocultación fraudulenta de bienes o de industria introdujo, en el artículo 319 del Código Penal, el tipo del 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, esta Ley incluye 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 I del libro I de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La Ley no se limita a eliminar 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, aspira a mejorar los textos sustantivos con otras dos modificaciones.

La primera, que es la del artículo 349 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 tanto, su pago.

Para ello, no sólo se ha modificado la redacción de dicho precepto, sino que también se ha introducido un nuevo artículo, el 350 bis, que sanciona el incumplimiento de obligaciones formales como infracción autónoma, dada

---

Parlamentario Popular, sobre regulación de la potestad sancionadora de la Administración («BOC» de 22 de mayo de 1985, Serie B, núm. 102-I); De Ley de Patentes («BOC» de 3 de junio de 1985, Serie A, núm. 154-I); De Ley sobre supresión de la jurisdicción penal aeronáutica y actualización de las multas previstas para las infracciones aeronáuticas («BOC» de 13 de mayo de 1985, Serie A, núm. 148-I); Proposición de Ley, presentada por el Grupo Parlamentario Mixto, sobre reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal («BOC» de 23 de abril de 1985, Serie B, núm. 98-I); De Convención sobre medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícita de bienes culturales («BOC» de 24 de abril de 1985, Serie C, núm. 213-I).

la trascendencia que la colaboración activa de los sujetos pasivos de los tributos tiene en nuestro sistema.

La segunda modificación, artículo 350, 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

***Artículo único.***

El título VI del libro II del Código Penal con la rúbrica «Delitos contra la Hacienda Pública» comprenderá, en capítulo único, los artículos 349, 350 y 350 bis con la siguiente redacción:

**«Artículo 349,**

El que defraudare a la Hacienda estatal, autonómica o local, eludiendo el pago de tributos o disfrutando indebidamente de beneficios fiscales, siempre que la cuota defraudada o el beneficio fiscal obtenido exceda de 5.000.000 de pesetas, será castigado con la pena de prisión menor y multa del tanto al sextuplo de la citada cuantía.

A los efectos de determinar la cuantía mencionada en el párrafo anterior, si se tratare de tributos periódicos o de declaración periódica, 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 demás tributos, la cuantía se entenderá referida a cada uno de los distintos conceertos por los que un hecho imponible sea susceptible de liquidación.

Además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones públicas o crédito oficial y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales durante un período de tres a seis años.

**Artículo 350,**

El que obtuviere una subvención o desgravación pública en más de 2.500.000 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 sextuplo de la misma.

El que en el desarrollo de una actividad subvencionada con fondos públicos, cuyo importe supere los 2.500.000 pesetas, incumpliere las condiciones establecidas alterando sus tancialmente los fines para los que la subvención fue concedida, será castigado con la pena de prisión menor y con multa del tanto al sextuplo de la misma.

Además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones públicas o crédito oficial y del de-

recho a gozar de beneficios o incentivos fiscales durante un período de tres a seis años.

Artículo 350 bis,

Será castigado con la pena de arresto mayor y multa de 500.000 a 1.000.000 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 distintas 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 en menos de los cargos a abonos omitidos o falseados, exceda, sin compensación aritmética entre ellos, de 10.000.000 de pesetas por cada ejercicio económico.»

#### DISPOSICION DEROGATORIA

Queda derogado el artículo 37 de la Ley 50/1977, de 14 de noviembre.

Queda derogado el artículo 319 del Código penal y sin contenido el capítulo VI del título III del libro II del mismo texto legal.

Por tanto,

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

Palacio de la Zarzuela, Madrid, a 29 de abril de 1985.

El Presidente del Gobierno,

FELIPE GONZÁLEZ MÁRQUEZ

JUAN CARLOS R.

*LEY ORGANICA 3/1985, de 29 de mayo, sobre modificación de la Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. («B. O. del Estado», núm. 129, de 30 de mayo de 1985.)*

JUAN CARLOS I

REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieran y entendieren,  
Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar  
la siguiente Ley orgánica:

El artículo 71 de la Constitución, en sus números 1 y 2, garantiza la inviolabilidad e inmunidad de los Diputados y Senadores por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones y actividades realizadas durante el período de su mandato, garantías que recogen también los Reglamentos vigentes del Congreso de los Diputados (artículos 10 y 11), y del Senado (artículos 21 y 22). Tales garantías pueden resultar afectadas por lo dispuesto en la Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, cuando los Diputados o Senadores expresen opiniones que están estrechamente conectadas con sus funciones parlamentarias, pero no se producen dentro de las sedes de las Cámaras, y a las que no alcanzaría el principio de inviolabilidad ya referido. Al amparo de esta Ley, los parlamentarios podrían verse constantemente amenazados por la iniciación de procesos civiles que menoscabasen su necesaria libertad para el ejercicio de sus funciones. Es preciso, pues, solucionar este problema mediante una Ley que, por un lado, respete el principio de igualdad entre todos los ciudadanos, garantizado por la Constitución, así como su derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, pero, al mismo tiempo, evite que una aplicación excesiva de la Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo, limite la libertad de expresión política de Diputados y Senadores.

Para ello, se adiciona un inciso final al artículo 2.º, párrafo 2.º, de la Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo.

#### *Artículo único*

El artículo 2.º, párrafo 2.º, de la Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo, queda redactado en los siguientes términos:

2. No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por Ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso, o, por imperativo del artículo 71 de la Constitución, cuando se trate de opiniones manifestadas por Diputados o Senadores en el ejercicio de sus funciones. Iniciado un proceso civil en aplicación de la presente Ley, no podrá seguirse contra un Diputado o Senador sin la previa autorización del Congreso de los Diputados o del Senado.

La previa autorización será tramitada por el procedimiento previsto para los suplicatorios.

Por tanto,

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

Palacio de la Zarzuela, Madrid, a 29 de mayo de 1985.

El Presidente del Gobierno,

FELIPE GONZÁLEZ MÁRQUEZ

JUAN CARLOS R.

*LEY ORGANICA 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial («Boletín Oficial del Estado» núm. 157, de 2 de julio de 1985.)*

JUAN CARLOS I

REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieran y entendieren,

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

#### EXPOSICION DE MOTIVOS

##### I

El artículo 1.º de la Constitución afirma que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

El Estado de Derecho, al implicar, fundamentalmente, separación de los poderes del Estado, imperio de la Ley como expresión de la soberanía popular, sujeción de todos los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico y garantía procesal efectiva de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, requiere la existencia de unos órganos que, institucionalmente caracterizados por su independencia, tengan un emplazamiento constitucional que les permita ejecutar y aplicar imparcialmente las normas que expresan la voluntad popular, someter a todos los poderes públicos al cumplimiento de la ley, controlar la legalidad de la actuación administrativa y ofrecer a todas las personas tutela efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos.

El conjunto de órganos que desarrollan esa función constituye el Poder Judicial del que se ocupa el título VI de nuestra Constitución, configurándolo como uno de los tres poderes del Estado y encomendándole, con exclusividad, el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, según las normas de competencia y procedimiento que las leyes establezcan.

El artículo 122 de la Constitución española dispone que la Ley Orgánica del Poder Judicial determinará la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales, el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados de carrera, que formarán un cuerpo único y del personal al servicio de la Administración de Justicia, así como el estatuto y el régimen de incompatibilidades de los miembros del Consejo General del Poder Judicial y sus funciones, en particular en materia de nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario.

Las exigencias del desarrollo constitucional demandaron la aprobación de una Ley Orgánica que regulara la elección, composición y funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial, aun antes de que se procediese a la organización integral del Poder Judicial. Tal Ley Orgánica tiene, en no pocos aspectos, un carácter provisional que se reconoce explícitamente en sus disposiciones transitorias, las cuales remiten a la futura Ley Orgánica del Poder Judicial.

La presente Ley Orgánica satisface, por tanto, un doble objetivo: Pone fin a la situación de provisionalidad hasta ahora existente en la organización y funcionamiento del Poder Judicial y cumple el mandato constitucional.

## II

En la actualidad, el Poder Judicial está regulado por la Ley Provisional sobre organización del Poder Judicial de 18 de septiembre de 1870, por la Ley Adicional a la Orgánica del Poder Judicial de 14 de octubre de 1882, por la Ley de Bases para la reforma de la Justicia Municipal de 19 de julio de 1944 y por numerosas disposiciones legales y reglamentarias que, con posterioridad, se dictaron de forma dispersa en relación con la misma materia.

Estas normas no se ajustan a las demandas de la sociedad española de hoy. Desde el régimen liberal de separación de poderes, entonces recién conquistado, que promulgó aquellas leyes, se ha transitado, un siglo después, a un Estado Social y Democrático de Derecho, que es la organización política de una Nación que desea establecer una sociedad democrática avanzada y en la que los poderes públicos están obligados a promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos sean reales y efectivas, a remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y a facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica y social. El cumplimiento de estos objetivos constitucionales precisa de un Poder Judicial adaptado a una sociedad predominantemente industrial y urbana y diseñado en atención a los cambios producidos en la distribución territorial de su población, en la división social del trabajo y en las concepciones éticas de los ciudadanos.

A todo ello hay que añadir la notable transformación que se ha producido, por obra de la Constitución, en la distribución territorial del poder. La existencia de Comunidades Autónomas que tienen asignadas por la Constitución y los Estatutos competencias en relación con la Administración de Justicia obliga a modificar la legislación vigente a ese respecto. Tanto la Constitución como los Estatutos de Autonomía prevén la existencia de los Tribunales Su-

periores de Justicia que, según nuestra Carta Magna, culminarán la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma. La ineludible e inaplazable necesidad de acomodar la organización del Poder Judicial a estas previsiones constitucionales y estatutarias es, pues, un imperativo más que justifica la aprobación de la presente Ley Orgánica.

Por último, hay que señalar que ésta es solamente una de las normas que, en unión de otras muchas, tiene que actualizar el cuerpo legislativo —tanto sustantivo como procesal— español y adecuarlo a la realidad jurídica, económica y social. Será preciso para ello una ardua labor de reforma de la legislación española, parte de la cual ha sido ya acometida al objeto de lograr un todo armónico caracterizado por su uniformidad.

### III

Las grandes líneas de la Ley están expresadas en su título preliminar. Se recogen en él los principios que se consagran en la Constitución. El primero de ellos es la independencia que constituye la característica esencial del Poder Judicial en cuanto tal. Sus exigencias se desenvuelven a través de mandatos concretos que delimitan con el rigor preciso su exacto contenido. Así, se precisa que la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional se extiende frente a todos, incluso frente a los propios órganos jurisdiccionales, lo que implica la imposibilidad de que ni los propios Jueces o Tribunales corrijan, a no ser con ocasión del recurso que legalmente proceda, la actuación de sus inferiores, quedando igualmente excluida la posibilidad de circulares o instrucciones con carácter general y relativas a la aplicación o interpretación de la Ley.

De la forma en que la Ley Orgánica regula la independencia del Poder Judicial se puede afirmar que posee una característica: Su plenitud. Plenitud que se deriva de la obligación que se impone a los poderes públicos y a los particulares de respetar la independencia del Poder Judicial y de la absoluta sustracción del estatuto jurídico de Jueces y Magistrados a toda posible interferencia que parte de los otros poderes del Estado, de tal suerte que a la clásica garantía —constitucionalmente reconocida— de inamovilidad se añade una regulación, en virtud de la cual se excluye toda competencia del Poder Ejecutivo sobre la aplicación del estatuto orgánico de aquéllos. En lo sucesivo, pues, la carrera profesional de Jueces y Magistrados estará plena y regladamente gobernada por la norma o dependerá, con exclusividad absoluta, de las relaciones que en el ámbito discrecional estatutariamente delimitado adopte el Consejo General del Poder Judicial.

La importancia que la plenitud de la independencia judicial tendrá en nuestro ordenamiento debe ser valorada completándola con el carácter de totalidad con que la Ley dota a la potestad jurisdiccional. Los Tribunales, en efecto, controlan sin excepciones la potestad reglamentaria y la actividad administrativa, con lo que ninguna actuación del Poder Ejecutivo quedará sustraída a la fiscalización de un Poder independiente y sometido exclusivamente al imperio de la Ley. Habrá que convenir que el Estado de Derecho proclamado en la Constitución alcanza, como organización regida por la ley

que expresa la voluntad popular y como sistema en el que el gobierno de los hombres es sustituido por el imperio de la ley, la máxima potencialidad posible.

Corolarios de la independencia judicial son otros preceptos del título preliminar que concretan sus distintas perspectivas. Así, la unidad de la jurisdicción, que, en consecuencia con el mandato constitucional, es absoluta, con la única salvedad de la competencia de la jurisdicción militar, que queda limitada al ámbito estrictamente castrense regulado por la ley y a los supuestos de estado de sitio; la facultad que se reconoce a Jueces y Tribunales de requerir la colaboración de particulares y poderes públicos; y, en fin, la regulación del procedimiento y de las garantías en él previstas, para los supuestos de expropiación de los derechos reconocidos frente a la Administración Pública en una sentencia firme.

#### IV

Una de las características de la Constitución española es la superación del carácter meramente programático que antaño se asignó a las normas constitucionales, la asunción de una eficacia jurídica directa e inmediata y, como resumen, la posición de indiscutible supremacía de que goza en el ordenamiento jurídico. Todo ello hace de nuestra Constitución una norma directamente aplicable, con preferencia a cualquier otra.

Todos estos caracteres derivan del propio tenor del texto constitucional. En primer lugar, del artículo 9.1, que prescribe que «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento». Otras disposiciones constitucionales, como la que deroga cuantas normas se opongan al texto constitucional o la que regula los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad, completan el efecto del citado párrafo 1 del artículo 9.º y cierran el sistema que hace de la Carta Magna la norma suprema de nuestro ordenamiento con todos los efectos jurídicos a ello inherentes.

El Título preliminar de la presente Ley Orgánica singulariza en el Poder Judicial la vinculación genérica del artículo 9.1 de la Constitución, disponiendo que las leyes y reglamentos habrán de aplicarse según los preceptos y principios constitucionales y conforme a la interpretación de los mismos que realice el Tribunal Constitucional. Se ratifica así la importancia de los valores propugnados por la Constitución como superiores, y de todos los demás principios generales del Derecho que de ellos derivan, como fuente del Derecho, lo que dota plenamente al ordenamiento de las características de plenitud y coherencia que le son exigibles y garantiza la eficacia de los preceptos constitucionales y la uniformidad en la interpretación de los mismos.

Además, se dispone que sólo procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando no sea posible acomodar, por la vía interpretativa, la norma controvertida al mandato constitucional. Se refuerza, con ello, la vinculación del juzgador para con la norma fundamental, y se introduce en esa sujeción un elemento dinámico de protección activa, que trasciende del mero respeto pasivo por la Ley suprema.

El valor de la Constitución como norma suprema del ordenamiento, se

manifiesta, también, en otros preceptos complementarios. Así, se configura la infracción de precepto constitucional como motivo suficiente del recurso de casación y se menciona expresamente la directa aplicabilidad de los derechos fundamentales, haciéndose explícita protección del contenido esencial que salvaguarda la Constitución.

## V

El Estado se organiza territorialmente, a efectos judiciales, en municipios, partidos, provincias y Comunidades Autónomas, sobre las que ejercen potestad jurisdiccional Juzgados de Paz, Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, de lo Contencioso-Administrativo, de lo Social, de Vigilancia Penitenciaria y de menores, Audiencias Provinciales y Tribunales Superiores de Justicia. Sobre todo el territorio nacional ejercen potestad jurisdiccional la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo.

La Ley contiene en este punto innovaciones importantes. Así, se democratiza el procedimiento de designación de los Jueces de Paz; se suprime los Juzgados de Distrito, que se transforman en Juzgados de Primera Instancia o de Instrucción; se crean Juzgados unipersonales de lo Contencioso-Administrativo, así como de lo Social, sustitutivos estos últimos de las Magistraturas de Trabajo; se atribuyen competencias en materia civil a las Audiencias Provinciales y, en fin, se modifica la esfera de la Audiencia Nacional, creando en la misma una Sala de lo Social, y manteniendo las Salas de lo Penal y de lo Contencioso-administrativo.

Sin embargo, las modificaciones más relevantes son las derivadas de la configuración territorial del Estado en Comunidades Autónomas que realiza la Constitución y que, lógicamente, se proyecta sobre la organización territorial del Poder Judicial.

La Ley Orgánica cumple en este punto las exigencias constitucionales y estatutarias. Por ello, y como decisiones más relevantes, se crean los Tribunales Superiores de Justicia, que culminarán la organización judicial en la Comunidad Autónoma, lo que implica la desaparición de las Audiencias Territoriales hasta ahora existentes como órganos jurisdiccionales supraprovinciales de ámbito no nacional.

A ello hay que añadir la regulación de la participación reconocida a las Comunidades Autónomas en la delimitación de las demarcaciones territoriales, así como las competencias que se les asignan en referencia a la gestión de los medios materiales.

Con esta nueva organización judicial, necesitada del desarrollo que llevará a cabo la futura Ley de Planta y Demarcación Judicial —que el gobierno se compromete a remitir a las Cortes Generales en el plazo de un año—, se pretende poner a disposición del pueblo español una red de órganos judiciales que, junto a la mayor inmediación posible, garantice sobre todo la realización efectiva de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución española, entre ellos, destacadamente, el derecho a un juicio público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías.

## VI

Para garantizar la independencia del Poder Judicial, la Constitución crea el Consejo General del Poder Judicial, al que encomienda el gobierno del mismo, y remite a la Ley Orgánica el desarrollo de las normas contenidas en su artículo 122.2 y 3.

En cumplimiento de tales mandatos, la presente Ley Orgánica reconoce al Consejo General todas las atribuciones necesarias para la aplicación del estatuto orgánico de los Jueces y Magistrados, en particular en materia de nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario. La Ley concibe las facultades de inspección de Juzgados y Tribunales, no como una mera actividad represiva, sino, más bien, como una potestad que incorpora elementos de perfeccionamiento de la organización que se inspecciona.

Para la elección de los doce miembros del Consejo General del Poder Judicial que, de acuerdo con el artículo 122.2 de la Constitución Española, deben ser elegidos «entre Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales», informada por un principio democrático, partiendo de la base de que se trata del órgano de gobierno de un Poder del Estado, recordando que todos los poderes del Estado emanen del pueblo y en atención al carácter de representantes del pueblo soberano que ostentan las Cortes Generales, atribuye a éstas la elección de dichos miembros de procedencia judicial del Consejo General. La exigencia de una muy cualificada mayoría de tres quintos —pareja a la que la Constitución requiere para la elección de los otros miembros— garantiza, a la par que la absoluta coherencia con el carácter general del sistema democrático, la convergencia de fuerzas diversas y evita la conformación de un Consejo General que responda a una mayoría parlamentaria concreta y coyuntural. La Ley regula también el estatuto de los miembros del Consejo y la composición y atribuciones de los órganos en que se articula. Igualmente, se refuerza la mayoría necesaria para la propuesta de nombramientos del Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial y otros cargos institucionales. Por último, se atribuye a la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo la competencia para conocer de los recursos que se interpongan contra los actos y disposiciones emanados del pleno o de la comisión disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial no susceptible de alzada.

Resta añadir que la entrada en vigor de esta Ley Orgánica significará la derogación de la Ley del mismo carácter 1/1980, de 10 de enero, cuya provisionalidad ya ha sido puesta de manifiesto.

La Ley Orgánica modifica el sistema de designación de las Salas de Gobierno, introduciendo parcialmente los métodos electivos. Ello está aconsejado por las funciones gubernativas y no jurisdiccionales que vienen llamadas a cumplir, así como por las nuevas competencias que esta misma Ley Orgánica les atribuye. En estas condiciones, habida cuenta de que la actividad de las Salas de Gobierno afecta fundamentalmente a Jueces y Magistrados y no incide directamente sobre los particulares, se adopta un sistema parcial de elección abierto y mayoritario, en el que desempeña un papel notable el conocimiento personal de electores y elegidos.

La materialización de los principios de pluralismo y participación de que

se quiere impregnar el gobierno del Poder Judicial impone una profunda modificación de la actual regulación del derecho de asociación profesional que el artículo 127.1 de la Constitución reconoce a Jueces, Magistrados y Fiscales. El régimen transitorio de libertad asociativa hasta ahora existente contiene restricciones injustificadas a las que se pone fin. De ahí que esta Ley Orgánica reconozca el derecho de libre asociación profesional con la única limitación de no poder llevar a cabo actuaciones políticas ni tener vinculaciones con partidos políticos o sindicatos. 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.

## VII

La realización práctica del derecho, constitucionalmente reconocido a la tutela judicial efectiva, requiere como presupuesto indispensable que todos los órganos jurisdiccionales estén provistos de sus correspondientes titulares, Jueces o Magistrados. Muy graves perjuicios se producen en la seguridad jurídica, en el derecho a un juicio sin dilaciones, cuando los Juzgados y Tribunales se encuentran vacantes durante prolongados lapsos de tiempo, con la correspondiente acumulación de asuntos pendientes y retraso en la administración de Justicia. Ello ha obligado a recurrir a fórmulas de sustituciones o prórrogas de jurisdicción especialmente inconvenientes en aquellos territorios en los que tiene lugar un progresivo y creciente incremento del trabajo. Resulta por todo ello indemorable afrontar y resolver tal problema.

Los hechos demuestran que los clásicos mecanismos de selección de personal judicial no permiten que la sociedad española se dote de Jueces y Magistrados en número suficiente. Es obligado, pues, recurrir a mecanismos complementarios. A tal fin, la Ley Orgánica prevé un sistema de acceso a la carrera judicial de juristas de reconocido prestigio. Ello permitirá, en primer lugar, hacer frente a las necesidades y cubrir las vacantes que de otra forma no podrían serlo; en segundo término, incorporar a función tan relevante como la judicial a quienes, en otros campos jurídicos, han demostrado estar en condiciones de ofrecer capacidad y competencia acreditadas; por último, lograr entre la carrera judicial y el resto del universo jurídico la ósmosis que, a buen seguro, se dará cuando se integren en la judicatura quienes, por haber ejercido el Derecho en otros sectores, aportarán perspectivas diferentes e incorporarán distintas sensibilidades a un ejercicio que se caracteriza por la riqueza conceptual y la diversidad de enfoques. Los requisitos exigidos, y el hecho de que operarán aquí las mismas garantías de selección objetiva y rigurosa que rigen el clásico camino de la oposición libre, aseguran simultáneamente la imparcialidad del elector y la capacidad del elegido. No se hace con ello, en definitiva, otra cosa que incorporar a nuestro sistema de selección mecanismos experimentados con éxito de antiguo no sólo en varios países, sino, incluso, entre nosotros mismos, y precisamente en el Tribunal Supremo.

Sin embargo, el sistema básico de ingreso en la carrera judicial sigue siendo el de oposición libre entre licenciados en Derecho, completada por la

aprobación de un curso en el Centro de Estudios Judiciales y con las prácticas en un órgano jurisdiccional.

El acceso a la categoría de Magistrado se verifica en las proporciones siguientes: De cada cuatro vacantes, dos se proveerán con los Jueces que ocupen el primer lugar en el escalafón dentro de la categoría; la tercera, por medio de pruebas selectivas y de especialización en los órdenes contencioso-administrativo y social entre los Jueces, y la cuarta, por concurso entre juristas de reconocida competencia y con más de diez años de ejercicio.

Por lo que se refiere al régimen de provisión de destinos, se sigue manteniendo como criterio básico, en lo que respecta a Juzgados, Audiencias y Tribunales Superiores de Justicia, el de la antigüedad. Ello no obsta, sin embargo, para que se introduzca también, como sistema de promoción en la carrera judicial, la especialización que es, por un lado, necesaria a la vista de la magnitud y complejidad de la legislación de nuestros días y, por otra parte, conveniente en cuanto introduce elementos de estímulo en orden a la permanente formación de Jueces y Magistrados.

Por lo demás, la regulación de la carrera judicial se realiza bajo el criterio básico de su homologación con las normas comunes que rigen el resto de los funcionarios públicos, manteniendo tan sólo aquellas peculiaridades que se derivan de su específica función.

## VIII

Los cuatro primeros Libros de la Ley regulan cuanto se refiere a la organización, gobierno y régimen de los órganos que integran el Poder Judicial y de su órgano de gobierno. Los Libros V y VI establecen el marco básico regulador de aquellos otros órganos, cuerpos de funcionarios y profesionales que sin integrar el Poder Judicial, colaboran de diversas formas con él, haciendo posible la efectividad de su tutela en los términos establecidos por la Constitución.

La Ley se refiere así, en primer lugar, al Ministerio Fiscal, que tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y el interés público, y la de velar por la independencia de los Tribunales y la satisfacción del interés social conforme a lo previsto por el artículo 124 de la Constitución.

Consagra también la Ley la función de los Abogados y Procuradores, a los que reserva la dirección y defensa y la representación de las partes, pues a ellos corresponde garantizar la asistencia jurídica al ciudadano en el proceso, de forma obligatoria cuando así lo exija y, en todo caso, como derecho a la defensa y asistencia letrada expresamente reconocido por la Constitución.

La Policía Judicial, como institución que coopera y auxilia a la Administración de Justicia, se ve potenciada por el establecimiento de unidades funcionalmente dependientes de las autoridades judiciales y del Ministerio Fiscal.

Regula también la Ley el personal que sirve a la Administración de Justicia, comprendiendo en él a los Secretarios, así como a los Médicos Forenses, Oficiales, Auxiliares y Agentes, cuerpos todos ellos de funcionarios que en

sus respectivas competencias auxilian y colaboran con los Jueces y Tribunales.

Las funciones de los Secretarios merecen especial regulación en el Título IV del Libro III, pues a ellos corresponde la fe pública judicial al mismo tiempo que la ordenación e impulso del procedimiento, viéndose reforzadas sus funciones de dirección procesal.

Junto a las previsiones básicas sobre la estructura y funciones de los cuerpos de Oficiales, Auxiliares y Agentes, así como de los Médicos Forenses, la Ley establece la previsión de que otros técnicos puedan servir a la Administración de Justicia, constituyendo al efecto cuerpos y escalas, o bajo contrato laboral. Con ello se trata de garantizar y potenciar la estructura del personal al servicio de los órganos judiciales y a su vez más necesaria especialización.

## IX

El ciudadano es el destinatario de la Administración de Justicia. La Constitución exige y esta Ley Orgánica consagra los principios de oralidad y publicidad, para lo que se acentúa la necesaria inmediación que ha de desarrollarse en las leyes procesales y, junto a ello, se regula por primera vez la responsabilidad patrimonial del Estado que pueda derivarse del error judicial o del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, sin perjuicio de la responsabilidad individual de Jueces y Magistrados de carácter civil, penal y disciplinaria, complementándose de esta forma un Poder Judicial plenamente responsable.

## X

Las disposiciones adicionales, transitorias y final de la Ley regulan los problemas de su aplicación económica, haciendo posible la adecuación de la organización judicial vigente a la que esta Ley establece y previendo expresamente las leyes de desarrollo que han de implantar en su totalidad la nueva organización del Poder Judicial.

## TITULO PRELIMINAR

### *Del Poder Judicial y del ejercicio de la potestad jurisdiccional*

Artículo primero. La Justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente a la Constitución y al imperio de la ley

Art. segundo. 1. 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.

2. Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el párrafo anterior, las de Registro Civil y las demás que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho.

Art. tercero. 1. La jurisdicción es única y se ejerce por los Juzgados y Tribunales previstos en esta Ley, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución a otros órganos.

2. La competencia de la jurisdicción militar quedará limitada al ámbito estrictamente castrense respecto de los hechos tipificados como delitos militares por el Código Penal Militar y a los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con la declaración de dicho estado y la Ley Orgánica que lo regula, sin perjuicio de lo que se establece en el artículo 9, apartado 2, de esta Ley.

Art. cuarto. 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.

Art. quinto. 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, conforme a la interpretación de los mismos 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.

3. Procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional.

4. 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.

Art. sexto. 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.

Art. séptimo. 1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución vinculan, en su integridad, a todos los Jueces y Tribunales y están garantizados bajo la tutela efectiva de los mismos.

2. En especial, los derechos enunciados en el artículo 53.2 de la Constitución se reconocerán, en todo caso, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado, sin que las resoluciones judiciales puedan restringir, menoscabar o inaplicar dicho contenido.

3. Los Juzgados y Tribunales protegerán los derechos legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Para la defensa de estos últimos se reconocerán la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción.

Art. octavo. Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.

Art. noveno. 1. Los Juzgados y Tribunales ejercerán su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por ésta u otra Ley.

2. Los Tribunales y Juzgados del orden civil conocerán, además de las materias que les son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional.

En este orden civil, corresponderá a la jurisdicción militar la prevención de los juicios de testamentaría y de abintestato de los miembros de las Fuerzas Armadas que, en tiempo de guerra, fallecieren en campaña o navegación, limitándose a la práctica de la asistencia imprescindible para disponer el sepelio del difunto y la formación del inventario y aseguramiento provisorio de sus bienes, dando siempre cuenta a la Autoridad judicial civil competente.

3. Los del orden jurisdiccional penal tendrán atribuido el conocimiento de las causas y juicios criminales, con excepción de los que correspondan a la jurisdicción militar.

4. Los del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho administrativo y con las disposiciones reglamentarias.

5. Los del orden jurisdiccional social conocerán de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho, tanto en conflictos individuales como colectivos, así como las reclamaciones en materia de Seguridad social o contra el Estado cuando le atribuya responsabilidad la legislación laboral.

6. La jurisdicción es improrrogable. Los órganos judiciales apreciarán de oficio la falta de jurisdicción y resolverán sobre la misma con audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal. En todo caso, esta resolución será fundada y se efectuará indicando siempre el orden jurisdiccional que se estime competente.

Art. diez. 1. A los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente.

2. No obstante, 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.

Art. once. 1. En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de

la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.

2. 2. Los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal.

3. Los Juzgados y Tribunales, de conformidad con el principio de tutela efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen, y sólo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido en las leyes.

Art. doce. 1. 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.

2. No podrán los Jueces y Tribunales corregir la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico hecha por sus inferiores en el orden jerárquico judicial sino cuando administren justicia en virtud de los recursos que las leyes establezcan.

3. Tampoco podrán los Jueces y Tribunales, órganos de gobierno de los mismos o el Consejo General del Poder Judicial dictar instrucciones, de carácter general o particular, dirigidas a sus inferiores, sobre la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico que lleven a cabo en el ejercicio de su función jurisdiccional.

Art. trece. Todos están obligados a respetar la independencia de los Jueces y Magistrados.

Art. catorce. 1. Los Jueces y Magistrados que se consideren inquietados o perturbados en su independencia lo pondrán en conocimiento del Consejo General del Poder Judicial, dando cuenta de los hechos al Juez o Tribunal competente para seguir el procedimiento adecuado, sin perjuicio de practicar por sí mismos las diligencias estrictamente indispensables para asegurar la acción de la justicia y restaurar el orden jurídico.

2. El Ministerio Fiscal, por sí o a petición de aquéllos, promoverá las acciones pertinentes en defensa de la independencia judicial.

Art. quince. Los Jueces y Magistrados no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en esta Ley.

Art. dieciséis. 1. Los Jueces y Magistrados responderán penal y civilmente en los casos y en la forma determinada en las Leyes, y disciplinariamente de conformidad con lo establecido en esta Ley.

2. Se prohíben los Tribunales de Honor en la Administración de Justicia.

Art. diecisiete. 1. Todas las personas y entidades públicas y privadas están obligadas a prestar, en la forma que la Ley establezca, la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales en el curso del proceso y en la ejecu-

ción 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.

2. 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.

Art. dieciocho. 1. Las resoluciones judiciales sólo podrán dejarse sin efecto en virtud de los recursos previstos en las leyes.

2. Las sentencias se ejecutarán en sus propios términos. Si la ejecución resultare 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, declarada 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 por vía incidental la correspondiente indemnización.

3. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio del derecho de gracia, cuyo ejercicio, de acuerdo con la Constitución y las leyes, corresponde al Rey.

Art. diecinueve. 1. Los ciudadanos de nacionalidad española podrán ejercer la acción popular, en los casos y formas establecidos en la ley.

2. Asimismo, 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 previstos en esta Ley.

3. Tiene el carácter de Tribunal consuetudinario y tradicional el Tribunal de las Aguas de la Vega Valenciana.

Art. veinte. 1. La Justicia será gratuita en los supuestos que establezca la ley.

2. Se regulará por ley un sistema de justicia gratuita que dé efectividad al derecho declarado en los artículos 24 y 119 de la Constitución, en los casos de insuficiencia de recursos para litigar.

3. No podrán exigirse fianzas que por su inadecuación impidan el ejercicio de la acción popular, que será siempre gratuita

## LIBRO I

DE LA EXTENSION Y LIMITES DE LA JURISDICCION Y DE  
LA PLANTA Y ORGANIZACION DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES

## TÍTULO I

*De la extensión y límites de la jurisdicción*

Art. veintiuno. 1. 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.

2. Se exceptúan los supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución establecidos por las normas del Derecho Internacional Público.

Art. veintidós. En el orden civil, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes:

1.º Con carácter exclusivo, en materia de derechos reales y arrendamientos de inmuebles que se hallen en España; en materia de constitución, validez, nulidad o disolución de sociedades o personas jurídicas que tengan su domicilio en territorio español, así como respecto de los acuerdos y decisiones de sus órganos; en materia de validez o nulidad de las inscripciones practicadas en un Registro español; en materia de inscripciones o de validez de patente y otros derechos sometidos a depósito o registro cuando se hubiere solicitado o efectuado en España el depósito o registro; en materia de reconocimiento y ejecución en territorio español de resoluciones judiciales y decisiones arbitrales dictadas en el extranjero.

2.º Con carácter general, cuando las partes se hayan sometido expresa o tácitamente a los Juzgados o Tribunales españoles, así como cuando el demandante tenga su domicilio en España.

3.º En defecto de los criterios precedentes y en materia de declaración de ausencia o fallecimiento, cuando el desaparecido hubiere tenido su último domicilio en territorio español; en materia de incapacidad y de medidas de protección de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados, cuando éstos tuviesen su residencia habitual en España; en materia de relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, nulidad matrimonial, separación y divorcio, cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la demanda o el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España, así como cuando ambos cónyuges tengan la nacionalidad española, cualquiera que sea su lugar de residencia, siempre que promuevan su petición de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro; en materia de filiación y de relaciones paternofiliales, cuando el hijo tenga su residencia habitual en España al tiempo de la

demando o el demandante sea español o resida habitualmente en España; para la constitución de la adopción, cuando el adoptante o el adoptado sea español o resida habitualmente en España; 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, cuando el hecho del que deriven haya ocurrido en territorio español o el autor del daño y la víctima tengan su residencia habitual común en España; en las acciones relativas a bienes muebles, si éstos se encuentran en territorio español al tiempo de la demanda; en materia de sucesiones, cuando el causante haya tenido su último domicilio en territorio español o posea bienes inmuebles en España.

4.º Asimismo, en materia de contratos de consumidores, cuando el comprador tenga su domicilio en España si se trata de una venta a plazos de objetos muebles corporales o de préstamos destinados a financiar su adquisición; y en el caso de cualquier otro contrato de prestación de servicio o relativo a bienes muebles, cuando la celebración del contrato hubiere sido precedida por oferta personal o de publicidad realizada en España o el consumidor hubiera llevado a cabo en territorio español los actos necesarios para la celebración del contrato; en materia de seguros, cuando el asegurado y asegurador tengan su domicilio en España; y en los litigios relativos a la explotación de una sucursal, agencia o establecimiento mercantil, cuando éste se encuentre en territorio español. En materia concursal se estará a lo dispuesto en su Ley reguladora.

5.º Cuando se trate de adoptar medidas provisionales o de aseguramiento respecto de personas o bienes que se hallen en territorio español y deban cumplirse en España.

Art. veintitrés. 1. En el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españolas, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte.

2. Asimismo conocerá de los hechos previstos en las leyes penales españolas como delitos, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurrieren los siguientes requisitos:

- a) Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución.
- b) Que el agraviado o el Ministerio Fiscal denuncien o interpongan querella ante los Tribunales españoles.
- c) Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si sólo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda.

3. Conocerá la jurisdicción española de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando sean susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:

- a) De traición y contra la paz o la independencia del Estado.
- b) Contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor o el Regente.
- c) Rebelión y sedición.
- d) Falsificación de la firma o estampilla reales, del sello del Estado, de las firmas de los Ministros y de los sellos públicos u oficiales.
- e) Falsificación de moneda española y su expedición.
- f) Cualquier otra falsificación que perjudique directamente al crédito o intereses del Estado, e introducción o expedición de lo falsificado.
- g) Atentado contra autoridades o funcionarios públicos españoles.
- h) Los perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración Pública española.
- i) Los relativos al control de cambios.

4. Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:

- a) Genocidio.
- b) Terrorismo.
- c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.
- d) Falsificación de moneda extranjera.
- e) Los relativos a la prostitución.
- j) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.
- g) Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España.

5. En los supuestos de los apartados 3 y 4 será de aplicación lo dispuesto en la letra c) del apartado 2 de este artículo.

Art. veinticuatro. En el orden contencioso-administrativo será competente, en todo caso, la jurisdicción española cuando la pretensión que se deduzca se refiera a disposiciones de carácter general o a actos 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.

Art. veinticinco. En el orden social, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes:

1.º En materia de derechos y obligaciones derivados de contrato de trabajo, cuando los servicios se hayan prestado en España o el contrato se haya celebrado en territorio español; cuando el demandado tenga su domicilio en territorio español o una agencia, sucursal, delegación o cualquier otra representación en España; cuando el trabajador y el empresario tengan nacionalidad española, cualquiera que sea el lugar de prestación de los servicios o de celebración del contrato; y además, en el caso de contrato de embarque, si el contrato fue precedido de oferta recibida en España por trabajador español.

2.º En materia de control de legalidad de los convenios colectivos de trabajo y de pretensiones derivadas de conflictos colectivos de trabajo promovidos en territorio español.

3.º En materia de pretensiones de Seguridad Social frente a entidades Españolas o que tengan domicilio, agencia, delegación o cualquier otra representación en España.

## TITULO II

### *De la planta y organización territorial*

#### CAPITULO I

##### De los Juzgados y Tribunales

Art. veintiséis. El ejercicio de la potestad jurisdiccional se atribuye a los siguientes Juzgados y Tribunales:

- Juzgados de Paz.
- Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, de lo Contencioso-administrativo, de lo Social, de Menores y de Vigilancia Penitenciaria.
- Audiencias Provinciales.
- Tribunales Superiores de Justicia.
- Audiencia Nacional.
- Tribunal Supremo.

Art. veintisiete. 1. En las Salas de los Tribunales en las que existan dos o más Secciones, se designarán por numeración ordinal.

2. En las poblaciones en que existan dos o más juzgados del mismo orden jurisdiccional y de la misma clase, se designarán por numeración cardinal.

Art. veintiocho. En cada Sala o Sección de los Tribunales habrá una o más Secretarías y una sola en cada Juzgado.

Art. veintinueve. La planta de los Juzgados y Tribunales se establecerá por ley. Será revisada, al menos, 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

Art. treinta. El Estado se organiza territorialmente, a efectos judiciales, en municipio, partidos, provincias y Comunidades Autónomas.

Art. treinta y uno. El municipio se corresponde con la demarcación administrativa del mismo nombre.

Art. treinta y dos. 1. El partido es la unidad territorial integrada por uno o más municipios limítrofes, pertenecientes a una misma provincia.

2. 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.

3. El partido podrá coincidir con la demarcación provincial.

Art. treinta y tres. La provincia se ajustará a los límites territoriales de la demarcación administrativa del mismo nombre.

Art. treinta y cuatro. La Comunidad Autónoma será el ámbito territorial de los Tribunales Superiores de Justicia.

Art. treinta y cinco. 1. La demarcación judicial, que determinará la circunscripción territorial de los órganos judiciales, se establecerá por ley.

2. A tal fin, las Comunidades Autónomas participarán en la organización de la demarcación judicial de sus territorios respectivos, remitiendo al Gobierno, a solicitud de éste, una propuesta de la misma en la que figurarán los partidos judiciales.

3. El Ministerio de Justicia, 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.

4. 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.

5. La demarcación judicial será revisada cada cinco años o antes si las circunstancias lo aconsejan, mediante ley elaborada conforme al procedimiento anteriormente establecido.

6. Las Comunidades Autónomas determinarán, por ley, la capitalidad de los partidos judiciales.

Art. treinta y seis. La creación de Secciones y Juzgados corresponderá al Gobierno cuando no suponga alteración de la demarcación judicial, oídos preceptivamente la Comunidad Autónoma afectada y el Consejo General del Poder Judicial.

Art. treinta y siete. 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.

2. 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.

3. 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 apartado 1 de este artículo, cuando los respectivos Estatutos de Autonomía les faculten en esta materia.

4. 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.

### TITULO III

#### *De los conflictos de jurisdicción y de los conflictos y cuestiones de competencia*

##### CAPITULO I

###### *De los conflictos de jurisdicción*

Art. treinta y ocho. 1. Los conflictos de jurisdicción entre los Juzgados o Tribunales y la Administración serán resueltos por un órgano colegiado constituido por el Presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá, y por cinco vocales, de los que dos serán Magistrados de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo designados por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, y los otros tres serán Consejeros Permanentes de Estado, actuando como Secretario el de Gobierno del Tribunal Supremo.

2. El presidente tendrá siempre voto de calidad en caso de empate.

Art. treinta y nueve. 1. Los conflictos de jurisdicción entre los Juzgados o Tribunales y la jurisdicción militar serán resueltos por una Sala compuesta por el presidente del Tribunal Supremo, que la presidirá, dos Magistrados de la Sala de lo Penal de dicho Alto Tribunal, designados por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, y dos Consejeros Togados del Consejo

Supremo de Justicia Militar designados por dicho Consejo. Actuará como Secretario de esta Sala el de Gobierno del Tribunal Supremo.

2. El Presidente tendrá siempre voto de calidad en caso de empate.

Art. cuarenta. Anualmente se renovarán los componentes de los órganos colegiados decisarios previstos en los dos artículos anteriores.

Art. cuarenta y uno. El planteamiento, tramitación y decisión de los conflictos de jurisdicción se ajustará a lo dispuesto en la ley.

## CAPITULO II

### De los conflictos de competencia

Art. cuarenta y dos. Los conflictos de competencia que puedan producirse entre Juzgados o 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. Actuará como Secretario de esta Sala especial el de Gobierno del Tribunal Supremo.

Art. cuarenta y tres. Los conflictos de competencia, tanto positivos como negativos, podrán ser promovidos 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.

Art. cuarenta y cuatro. El orden jurisprudencial penal es siempre preferente. Ningún Juez o Tribunal podrá plantear conflicto de competencia a los órganos de dicho orden jurisprudencial.

Art. cuarenta y cinco. Suscitado el conflicto de competencia en escrito razonado, en el que se expresarán 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.

Art. cuarenta y seis. 1. 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.

2. El requerido, con audiencia del Ministerio Fiscal y de las partes por plazo común de diez días, dictará auto resolviendo sobre su competencia.

Art. cuarenta y siete. 1. Si no se accediere al requerimiento, se comunicará así al requirente y se elevarán por ambos las actuaciones a la Sala

de Conflictos, conservando ambos órganos, en su caso, los testimonios necesarios para cumplir lo previsto en el apartado 2 del artículo 48.

2. 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.

Art. cuarenta y ocho. 1. 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.

2. No obstante, la suspensión no alcanzará a las actuaciones preventivas o preparatorias ni a las cautelares, cualesquiera que sean los órdenes jurisdiccionales en eventual conflicto, que tengan 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.

Art. cuarenta y nueve. Las resoluciones recaídas en la tramitación de los conflictos de competencia no serán susceptibles de recurso alguno, ordinario o extraordinario.

Art. cincuenta. 1. Contra la resolución firme en que el órgano del orden jurisdiccional indicado en la resolución a que se refiere el apartado 6 del artículo 9 declare su falta de jurisdicción en un proceso cuyos sujetos y pretensiones fuesen los mismos, podrá interponerse en el plazo de diez días recurso por defecto de jurisdicción.

2. El recurso se interpondrá ante el órgano que dictó la resolución, quien, tras oír a las partes personadas, si las hubiere, remitirá las actuaciones a la Sala de Conflictos.

3. La Sala reclamará del Juzgado o Tribunal que declaró en primer lugar su falta de jurisdicción que le remita las actuaciones y, oído el Ministerio Fiscal por plazo no superior a diez días, dictará auto dentro de los diez siguientes.

### CAPITULO III

#### De las cuestiones de competencia

Art. cincuenta y uno. 1. Las cuestiones de competencia entre Juzgados y Tribunales de un mismo orden jurisdiccional se resolverán por el órgano inmediato superior común, conforme a las normas establecidas en las leyes procesales.

2. En la resolución en que se declare la falta de competencia se expresará el órgano que se considere competente.

Artículo cincuenta y dos. 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 remitirán las que se hallare conociendo.

## TITULO IV

### *De la composición y atribuciones de los órganos jurisdiccionales*

#### CAPITULO I

##### Del Tribunal Supremo

Art. cincuenta y tres. 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.

Art. cincuenta y cuatro. El Tribunal Supremo se compondrá de su Presidente, los Presidentes de Sala y los Magistrados que determine la ley para cada una de las Salas y, en su caso, Secciones en que las mismas puedan articularse.

Art. cincuenta y cinco. El Tribunal Supremo estará integrado por las siguientes Salas:

- Primera, de lo Civil.
- Segunda, de lo Penal.
- Tercera, de lo Contencioso-administrativo.
- Cuarta, de lo Social.

Art. cincuenta y seis. La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo conocerá:

1.º De los recursos de casación, revisión y otros extraordinarios en materia civil que establezca la Ley.

2.º 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, Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, Presidente del Tribunal Constitucional, miembros del Gobierno, Diputados y Senadores, Vocales del Consejo General del Poder Judicial, Magistrados del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, Presidentes de la Audiencia Nacional y de cualquiera de sus Salas y de los Tribunales Superiores de Justicia, 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.º De las demandas de responsabilidad civil dirigidas contra Magistrados de las Audiencia Nacional o de los Tribunales Superiores de Justicia por hechos realizados en el ejercicio de su cargos.

4.º 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 Juzgado o Tribunal.

Art. cincuenta y siete. La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo conocerá:

1.º De los recursos de casación, revisión y otros extraordinarios en materia penal que establezca la ley.

2.º De la instrucción y enjuiciamiento de las causas contra el Presidente del Gobierno, Presidentes del Congreso y del Senado, Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, Presidente del Tribunal Constitucional, miembros del Gobierno, Diputados y Senadores, Vocales del Consejo General del Poder Judicial, Magistrados del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, Presidente de la Audiencia Nacional y de cualquiera de sus Salas y de los Tribunales Superiores de Justicia, 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.º De la instrucción y enjuiciamiento de las causas contra magistrados de la Audiencia Nacional o de un Tribunal Superior de Justicia.

Art. cincuenta y ocho. La Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo conocerá:

1.º En única instancia, de los recursos contencioso-administrativos que se promuevan contra actos y disposiciones emanadas del Consejo de Ministros o de sus Comisiones Delegadas, de los recursos contra los actos y disposiciones procedentes del Consejo General del Poder Judicial y contra los actos y disposiciones de los órganos de gobierno del Congreso de los Diputados y del Senado, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas y del Defensor del Pueblo en materia de personal y actos de administración.

2.º De los recursos de casación que se interpongan contra las sentencias dictadas por la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional.

3.º De los recursos de casación que establezca la ley contra las sentencias dictadas en única instancia por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia en recursos contra actos y disposiciones procedentes de órganos de la Administración del Estado.

4.º De los recursos de casación que establezca la ley contra las sentencias dictadas en única instancia por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, en relación con actos y disposiciones de las Comunidades Autónomas y siempre que dicho recurso se funde en infracción de normas no emanadas de los órganos de aquéllas.

5.º De los recursos que establezca la ley contra las resoluciones del Tribunal de Cuentas.

6.º De los recursos de revisión que establezca la ley y que no estén atribuidos a las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia.

Art. cincuenta y nueve. La Sala de lo Social del Tribunal Supremo conocerá de los recursos de casación y revisión y otros extraordinarios que establezca la ley en materias propias de este orden jurisdiccional.

Art. sesenta. 1. Conocerá además cada una de las Salas del Tribunal Supremo de las recusaciones que se interpusieren contra los Magistrados que las compongan, y de las cuestiones de competencia entre Juzgados o Tribunales del propio orden jurisdiccional que no tengan otro superior común.

2. A estos efectos, los Magistrados recusados no formarán parte de la Sala

Art. sesenta y uno. Una Sala formada por el Presidente del Tribunal Supremo, los Presidente de Sala y el Magistrado más antiguo y el más moderno de cada una de ellas conocerá:

1.º De los recursos de revisión contra las sentencias dictadas en única instancia por la Sala de lo Contencioso-administrativo de dicho Tribunal.

2.º 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.º De las demandas de responsabilidad civil que se dirijan contra los Presidentes de Sala o 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.º De la instrucción y enjuiciamiento de las causas contra los Presidentes de Sala o contra los Magistrados de una Sala, cuando sean juzgados todos o la mayor parte de los que la constituyen.

5.º Del conocimiento de las pretensiones de declaración de error judicial cuando éste se impute a una Sala del Tribunal Supremo.

## CAPITULO II

### De la Audiencia Nacional

Art. sesenta y dos. La Audiencia Nacional, con sede en la villa de Madrid, tiene jurisdicción en toda España.

Art. sesenta y tres. 1. La Audiencia Nacional se compondrá de su Presidente, los Presidentes de Sala y los Magistrados que determine la ley para cada una de sus Salas y Secciones.

2. El Presidente de la Audiencia Nacional tendrá la consideración de Presidente de Sala del Tribunal Supremo, y los Presidente de Sala, la categoría de Magistrado del Tribunal Supremo.

Art. sesenta y cuatro. 1. La Audiencia Nacional estará integrada por las siguientes Salas:

- De lo Penal.
- De lo Contencioso-administrativo.
- De lo Social.

2. En el caso de que el número de asuntos lo aconseje, podrán crearse dos o más Secciones dentro de una Sala.

Art. sesenta y cinco. La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional conocerá:

1.º En única instancia, del enjuiciamiento de las causas por los siguientes delitos:

a) Delitos contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor, Altos Organismos de la Nación y forma de Gobierno.

b) Falsificación de moneda, delitos monetarios y relativos al control de cambios.

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.

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 efectos en lugares pertenecientes a distintas Audiencias.

e) 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 todos los anteriormente reseñados.

2.º De los procedimientos penales iniciados en el extranjero, de la ejecución de sentencias dictadas por Tribunales extranjeros o del cumplimiento de pena de prisión impuesta 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.º De las cuestiones de cesión de jurisdicción en materia penal derivadas del cumplimiento de tratados internacionales en los que España sea parte.

4.º 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.

5.º De los recursos que se interpongan contra las sentencias y demás resoluciones de los Juzgados Centrales de Instrucción.

6.º De cualquier otro asunto que le atribuyan las leyes.

Art. sesenta y seis. La Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional 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 distintos, cualquiera que sea su ámbito territorial.

Art. sesenta y siete. La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional conocerá en única instancia:

1.º De los procesos especiales de impugnación de convenios colectivos cuyo ámbito territorial de aplicación sea superior al territorio de una Comunidad Autónoma.

2.º De los procesos sobre conflictos colectivos cuya resolución haya de surtir efectos en un ámbito territorial superior al de una Comunidad Autónoma.

Art. sesenta y ocho. 1. Conocerá además cada una de las Salas de la Audiencia Nacional de las recusaciones que se interpusieren contra los Magistrados que las compongan.

2. A estos efectos, los Magistrados recusados no formarán parte de la Sala.

Art. sesenta y nueve. Una Sala formada por el Presidente de la Audiencia Nacional, los Presidente de las Salas y el Magistrado más antiguo y el más moderno de cada una, o aquel que, respectivamente, le sustituya, conocerá de 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

Art. setenta. 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.

Art. setenta y uno. El Tribunal Superior de Justicia tomará el nombre de la Comunidad Autónoma y extenderá su jurisdicción al ámbito territorial de ésta.

Art. setenta y dos. 1. El Tribunal Superior de Justicia estará integrado

por las siguientes Salas: de lo Civil y Penal, de lo Contencioso-administrativo y de lo Social.

2. Se compondrá de un Presidente, que lo será también de su Sala de lo Civil y Penal, y tendrá la consideración de Magistrado del Tribunal Supremo mientras desempeñe el cargo; de los Presidentes de Sala y de los Magistrados que determine la ley para cada una de las Salas y, en su caso, de las Secciones que puedan dentro de ellas crearse.

Art. setenta y tres. 1. La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia conocerá, como Sala de lo Civil:

a) Del recurso de casación que establezca la ley contra resoluciones de órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde en infracción de normas del Derecho Civil, Foral o Especial propio de la Comunidad, y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución.

b) Del recurso extraordinario de revisión que establezca la ley contra sentencias dictadas por órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en la Comunidad Autónoma, en materia de Derecho Civil, Foral o Especial propio de la Comunidad Autónoma, si el correspondiente Estatuto de Autonomía ha previsto esta atribución.

2. Esta Sala conocerá igualmente:

a) En única instancia, de las demandas de responsabilidad civil, por hechos cometidos en el ejercicio de sus respectivos cargos, dirigidas contra el Presidente y miembros del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma y contra los miembros de la Asamblea legislativa, cuando tal atribución no corresponda, según los Estatutos de Autonomía, al Tribunal Supremo.

b) En única instancia, de las demandas de responsabilidad civil, por hechos cometidos en el ejercicio de su cargo, contra todos o la mayor parte de los Magistrados de una Audiencia Provincial o de cualquiera de sus secciones.

c) De las cuestiones de competencia entre órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en la Comunidad Autónoma que no tengan otro superior común.

3. Como Sala de lo Penal, corresponde a esta Sala:

a) El conocimiento de las causas penales que los Estatutos de Autonomía reservan al conocimiento de los Tribunales Superiores de Justicia.

b) La instrucción y el fallo de las causas penales contra Jueces, Magistrados y miembros del Ministerio Fiscal por delitos o faltas cometidos en el ejercicio de su cargo en la Comunidad Autónoma, siempre que esta atribución no corresponda al Tribunal Supremo.

c) La decisión de las cuestiones de competencia entre órganos jurisdiccionales del orden penal con sede en la Comunidad Autónoma que no tengan otro superior común.

4. Le corresponde, igualmente, la decisión de las cuestiones de competencia entre Juzgados de Menores de distintas provincias de la Comunidad Autónoma.

Art. setenta y cuatro. 1. La Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia conocerá en única instancia:

a) De los recursos contencioso-administrativos contra los actos y disposiciones de los órganos de la Administración del Estado que no estén atribuidos o se atribuyan por ley a otros órganos de este orden jurisdiccional.

b) De los recursos contencioso-administrativos que se formulen contra los actos y disposiciones administrativas del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma, de su Presidente y de los Consejeros, salvo que confirmen en vía administrativa de recurso o en procedimiento de fiscalización o tutela los dictados por órganos o entidades distintos.

c) De los recursos contra las disposiciones y actos procedentes de los órganos de gobierno de la Asamblea legislativa de la Comunidad Autónoma y de sus Comisionados, en materia de personal y actos de administración.

d) Del recurso contencioso-electoral contra los acuerdos de las Juntas electorales sobre proclamación de electos, así como sobre la elección y proclamación de los Presidentes de las Corporaciones Locales.

2. En segunda instancia conocerá de los recursos que establezca la ley y que se promuevan contra las resoluciones de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo con sede en la Comunidad Autónoma.

3. La Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia conocerá igualmente de las cuestiones de competencia entre los Juzgados de lo Contencioso-administrativo con sede en la Comunidad Autónoma.

Art. setenta y cinco. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia conocerá:

1.º En única instancia, de los procesos que la ley establezca sobre controversias que afecten a intereses de los trabajadores y empresarios en ámbito superior al de un Juzgado de lo Social y no superior al de la Comunidad Autónoma.

2.º De los recursos que establezca la ley contra las resoluciones dictadas por los Juzgados de lo Social de la Comunidad Autónoma.

3.º De las cuestiones de competencia que se susciten entre los Juzgados de lo Social de la Comunidad Autónoma.

Art. setenta y seis. Cada una de las Salas del Tribunal Superior de Justicia conocerá de las recusaciones que se formulen contra sus Magistrados cuando la competencia no corresponda a la Sala a que se refiere el artículo siguiente.

Art. setenta y siete. 1. Una Sala constituida por el Presidente del Tribunal Superior de Justicia, los Presidentes de Sala y el Magistrado más mo-

derno de cada una de ellas conocerá de las recusaciones formuladas contra el Presidente, los Presidentes de Sala o de Audiencias Provinciales con sede en la Comunidad Autónoma o de dos o más Magistrados de una Sala o Sección o de una Audiencia Provincial.

2. El recusado no podrá formar parte de la Sala, produciéndose, en su caso, su sustitución con arreglo a lo previsto en esta Ley.

Art. setenta y ocho. Cuando el número de asuntos procedentes de determinadas provincias u otras circunstancias lo requieran podrán crearse, con carácter excepcional, Salas de lo Contencioso-administrativo o de lo Social con jurisdicción limitada a una o varias provincias de la misma Comunidad Autónoma, en cuya capital tendrán su sede. Dichas Salas estarán formadas, como mínimo, por su Presidente, y se completarán, en su caso, con Magistrados de la Audiencia Provincial de su sede.

Art. setenta y nueve. La Ley de planta podrá en aquellos Tribunales Superiores de Justicia en que el número de asuntos lo justifique, reducir el de Magistrados, quedando compuestas las Salas por su respectivo Presidente y por los Presidentes y Magistrados, en su caso, que aquélla determine.

## CAPITULO IV

### De las Audiencias Provinciales

Art. ochenta. 1. 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.

2. Podrán crearse Secciones de la Audiencia Provincial fuera de la capital de la provincia, a las que quedarán adscritos uno o varios partidos judiciales.

Art. ochenta y uno. 1. 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.

2. Cuando el escaso número de asuntos 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, y cuando la naturaleza de la resolución a dictar lo exija, con el número de Magistrados que se precisen del Tribunal Superior de Justicia. A estos efectos, la Sala de Gobierno establecerá un turno para cada año judicial.

Art. ochenta y dos. Las Audiencias Provinciales conocerán:

1.º 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.º De los recursos que establezca la ley contra las resoluciones dictadas en materia penal por los Juzgados de Instrucción de la provincia.

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.º De los recursos que establezca la ley contra resoluciones dictadas en primera instancia en materia civil, por los Juzgados de Primera Instancia de la provincia.

4.º 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.º De las recusaciones de sus Magistrados cuando la competencia no esté atribuida a la Sala Especial existente a estos efectos en el seno de los Tribunales Superiores de Justicia.

6.º De los recursos que establezca la ley contra las resoluciones de los Juzgados de Vigilancia penitenciaria en materia de ejecución de penas.

7.º De los recursos contra las resoluciones de los Juzgados de Menores con sede en la provincia y de las cuestiones de competencia entre los mismos.

Art. ochenta y tres. 1. El juicio del Jurado se celebrará en el ámbito de la Audiencia Provincial u otros Tribunales y en la forma que establezca la ley.

2. La Ley de Jurado deberá regular su composición y competencias, teniendo en cuenta los siguientes principios:

a) La función de jurado será obligatoria y deberá estar remunerada durante su desempeño. La ley regulará los supuestos de incompatibilidad, recusación y abstención.

b) La intervención del ciudadano en el Jurado deberá satisfacer plenamente su derecho a participar en la administración de Justicia reconocido en el artículo 125 de la Constitución.

c) La jurisdicción del Jurado vendrá determinada respecto a aquellos delitos que la ley establezca.

d) La competencia para el conocimiento de los asuntos penales sujetos a su jurisdicción se establecerá en función de la naturaleza de los delitos y la cuantía de las penas señaladas a los mismos.

## CAPITULO V

De los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, de lo Contencioso-administrativo, de lo Social, de los de Vigilancia penitenciaria y de Menores

Art. ochenta y cuatro. 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 territorial. Tomarán su designación del municipio de su sede.

Art. ochenta y cinco. Los Juzgados de Primera Instancia conocerán en el orden civil:

1.º En primera instancia de los juicios que no vengan atribuidos por esta Ley a otros Juzgados o Tribunales.

2.º De los actos de jurisdicción voluntaria previstos en la ley.

3.º De los recursos que establezca la ley contra las resoluciones de los Juzgados de Paz del partido.

Art. ochenta y seis. 1. 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, sin perjuicio de lo que se disponga en ella para los demás Registros Civiles, en su caso.

2. La Ley de planta determinará las poblaciones en las que uno o varios Jueces desempeñarán con exclusividad funciones de Registro Civil y en las ciudades en que hubiere más de un Juzgado de Primera Instancia, cuál o cuáles de entre ellos se encargarán del Registro Civil.

Art. ochenta y siete. 1. Los Juzgados de Instrucción conocerán, en el orden penal:

a) De las instrucciones de las causas cuyo enjuiciamiento corresponda a las Audiencias.

b) De la instrucción y fallo de las causas por delito o falta en que así se establezca por la ley.

c) De los recursos que establezca la Ley contra las resoluciones dictadas en juicios de faltas por los Juzgados de Paz del partido.

d) De los procedimientos de «habeas corpus».

e) De las cuestiones de competencia en materia penal entre los Juzgados de Paz del partido.

2. Corresponde también a los Juzgados 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.

Art. ochenta y ocho. En la villa de Madrid podrá haber uno o más Juzgados Centrales de Instrucción, con jurisdicción en toda España, que instruirán las causas cuyo enjuiciamiento corresponda a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y que las fallarán cuando la ley lo disponga.

Artículo ochenta y nueve. La Ley de planta y demarcación puede establecer, como órganos distintos, en aquellos partidos en que fuere conveniente, los Juzgados de Primera Instancia y los Juzgados de Instrucción.

Art. noventa. 1. En cada provincia, con jurisdicción en toda ella y sede en su capital, habrá uno o más Juzgados de lo Contencioso-administrativo.

2. Cuando el volumen de asuntos lo requiera, se podrán establecer uno o más Juzgados de lo Contencioso-administrativo en las poblaciones que por ley se determine. Tomarán la denominación del municipio de su sede, y extenderán su jurisdicción al partido correspondiente.

3. También podrán crearse excepcionalmente Juzgados de lo Contencioso-administrativo que extiendan su jurisdicción a más de una provincia dentro de la misma Comunidad Autónoma.

Art. noventa y uno. Los Juzgados de lo Contencioso-administrativo conocerán en primera o única instancia, de los recursos contencioso-administrativos no atribuidos a otros órganos de este orden jurisdiccional.

Art. noventa y dos. 1. 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, delimitándose, en tal caso, el ámbito de su jurisdicción.

2. Los Juzgados de lo Social podrán excepcionalmente extender su jurisdicción a dos o más provincias dentro de la misma Comunidad Autónoma.

Art. noventa y tres. Los Juzgados de lo Social conocerán, en primera o única instancia, de los procesos sobre materias propias de este orden jurisdiccional que no estén atribuidos a otros órganos del mismo.

Art. noventa y cuatro. 1. En cada provincia y dentro del orden jurisdiccional penal, habrá uno o varios Juzgados 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 seguridad, 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.

2. Podrán establecerse Juzgados de Vigilancia penitenciaria que extiendan su jurisdicción a dos o más provincias de la misma Comunidad Autónoma.

3. También podrán crearse Juzgados de Vigilancia penitenciaria cuya jurisdicción no se extienda a toda la provincia.

4. El cargo de Juez de Vigilancia penitenciaria será compatible con el desempeño de un órgano del orden jurisdiccional penal.

Art. noventa y cinco. 1. El número de Juzgados de Vigilancia penitenciaria se determinará en la Ley de planta, atendiendo principalmente a los establecimientos penitenciarios existentes y a la clase de éstos.

2. El Gobierno establecerá la sede de estos Juzgados, previa audiencia de la Comunidad Autónoma afectada y del Consejo General del Poder Judicial.

Art. noventa y seis. En cada provincia, con jurisdicción en toda ella y sede en su capital, habrá uno o más Juzgados de Menores. No obstante, cuando el volumen de trabajo lo aconseje, podrán establecerse Juzgados de Menores cuya jurisdicción se extienda o bien a un partido determinado o agrupación de partidos, o bien a dos o más provincias de la misma Comunidad Autónoma. Tomarán su nombre de la población donde radique su sede.

Artículo noventa y siete. Corresponde a los Jueces de Menores el ejercicio de las funciones que establezcan las leyes para con los menores que hubieren incurrido en conductas tipificadas por la Ley como delito o falta y aquellas otras que, en relación con los menores de edad, les atribuyan las leyes.

Art. noventa y ocho. 1. El Consejo General del Poder Judicial podrá acordar, previo informe de la Sala de Gobierno, a propuesta, en su caso, de la Junta de Jueces, que en aquellas circunscripciones en que exista más de un Juzgado de la misma clase, uno o varios de ellos asuman con carácter exclusivo el conocimiento de determinadas clases de asuntos propios del orden jurisdiccional de que se trate.

2. Este acuerdo se publicará en el «Boletín Oficial del Estado» y producirá efectos desde el inicio del año siguiente a aquel en que se adopte.

3. Los Juzgados afectados continuarán conociendo de todos los procesos pendientes ante los mismos hasta su conclusión.

## CAPITULO VI

### De los Juzgados de Paz

Art. noventa y nueve. 1. En cada municipio donde no exista Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, y con jurisdicción en el término correspondiente, habrá un Juzgado de Paz.

2. Podrá existir una sola Secretaría para varios Juzgados.

Art. cien. 1. Los Juzgados de Paz conocerán, en el orden civil, de la sustanciación en primera instancia, fallo y ejecución de los procesos que la ley determine. Cumplirán también funciones de Registro Civil y las demás que la ley les atribuya.

2. En el orden penal, conocerán en primera instancia, de la sustanciación, fallo y ejecución de los procesos por faltas que les atribuya la ley. Podrán intervenir, igualmente, en actuaciones penales de prevención, o por delegación, y en aquellas otras que señalen las leyes.

Art. ciento uno. 1. Los Jueces de Paz y sus sustitutos serán nombrados para un período de cuatro años por la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia correspondiente. El nombramiento recaerá en las personas elegidas por el respectivo Ayuntamiento.

2. 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.

3. Aprobado el acuerdo correspondiente, será remitido al Juez de Primera Instancia e Instrucción, quien lo elevará a la Sala de Gobierno.

4. Si en el plazo de tres meses, a contar desde que se produjera la vacante en un Juzgado de Paz, el Ayuntamiento correspondiente no efectuase la propuesta prevenida en los apartados anteriores, la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia procederá a designar al Juez de Paz. Se actuará de igual modo cuando la persona propuesta por el Ayuntamiento no reuniera, a juicio de la misma Sala de Gobierno y oído el Ministerio Fiscal, las condiciones exigidas por esta Ley.

5. Los Jueces de Paz prestarán juramento ante el Juez de Primera Instancia e Instrucción y tomarán posesión ante quien se hallara ejerciendo la jurisdicción.

Art. ciento dos. Podrán ser nombrados Jueces de Paz, tanto titular como sustitutos, quienes, aun no siendo licenciados en Derecho, reúnan los requisitos establecidos en esta Ley para el ingreso en la Carrera Judicial, y no estén incursos 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.

Art. ciento tres. 1. 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 procedencia que se reconozcan en la suya a los Jueces de Primera Instancia e Instrucción.

2. 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 cuanto les sean de aplicación.

## LIBRO II

### DEL GOBIERNO DEL PODER JUDICIAL

#### TITULO I

##### *De los órganos de gobierno del Poder Judicial*

#### CAPITULO UNICO

##### Disposiciones generales

Art. ciento cuatro. 1. El Poder Judicial se organiza y ejerce sus funciones con arreglo a los principios de unidad e independencia.

2. 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 y de los Tribunales Superiores de Justicia 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.

Art. ciento cinco. 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 órgano de gobierno del mismo. Su categoría y honores serán los correspondientes al titular de uno de los tres poderes del Estado.

Art. ciento seis. 1. Las Salas de Gobierno del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional ejercerán sus atribuciones en dichos Tribunales. La de la Audiencia Nacional las ejerce, además, sobre los Juzgados Centrales de Instrucción.

2. Las Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia ejercen sus competencias en el propio Tribunal con respecto a los Juzgados y Tribunales radicados en la respectiva Comunidad Autónoma.

3. El resto de los órganos jurisdiccionales ejercen sus atribuciones gubernativas con respecto a su propio ámbito orgánico.

## TITULO II

### *Del Consejo General del Poder Judicial*

#### CAPITULO I

##### De las atribuciones del Consejo General del Poder Judicial

Art. ciento siete. El Consejo General del Poder Judicial tendrá competencias 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. Formación y perfeccionamiento, provisión de destinos, ascensos, situaciones administrativas y régimen disciplinario de Jueces y Magistrados.
5. Nombramiento mediante Orden de los Jueces y presentación a Real Decreto, refrendado por el Ministro de Justicia, de los nombramientos de Magistrados del Tribunal Supremo, Presidentes y Magistrados.

6. Nombramiento de Secretario general y miembros de los Gabinetes o Servicios dependientes del mismo.
7. Ejercicio de las competencias relativas al Centro de Estudios Judiciales que la ley le atribuye.
8. Elaboración y aprobación del anteproyecto de presupuesto del Consejo.
9. Potestad reglamentaria en los términos previstos en el artículo 110 de esta Ley.
10. Publicación oficial de la colección de jurisprudencia del Tribunal Supremo.
11. Aquellas otras que le atribuyan las leyes.

Artículo ciento ocho. 1. El Consejo General del Poder Judicial deberá informar los anteproyectos de leyes y disposiciones generales en relación con las siguientes materias:

- a) Determinación y modificación de demarcaciones judiciales en los términos del artículo 35 de esta Ley.
  - b) Fijación y modificación de la plantilla orgánica de Jueces, Magistrados, Secretarios y personal que preste servicios en la Administración de Justicia.
  - c) Estatuto orgánico de Jueces y Magistrados.
  - d) Estatuto orgánico de los Secretarios y del resto del personal al servicio de la Administración de Justicia.
  - e) Normas procesales y cualesquiera otras que afecten a la constitución, organización, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales.
  - f) Régimen penitenciario.
  - g) Aquellas otras que le atribuyan las leyes.
2. El Consejo General del Poder Judicial emitirá el informe en el plazo de treinta días. Cuando en la orden de remisión se haga constar la urgencia del informe, el plazo será de quince días.
  3. El Gobierno remitirá dicho informe a las Cortes Generales en el caso de tratarse de anteproyectos de leyes.
  4. El Consejo General será oído con carácter previo al nombramiento del Fiscal General del Estado.

Art. ciento nueve. 1. El Consejo General del Poder Judicial elevará anualmente a las Cortes Generales una Memoria sobre el estado, funcionamiento y actividades del propio Consejo y de los Juzgados y Tribunales 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.

2. 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.

Art. ciento diez. El Consejo General del Poder Judicial podrá dictar Reglamentos sobre su personal, organización y funcionamiento en el marco de la legislación sobre la Función Pública. 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.

## CAPITULO II

### De la composición del Consejo General del Poder Judicial y de la designación y sustitución de sus miembros

Art. ciento once. 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.

Art. ciento doce. 1. Los Vocales del Consejo General del Poder Judicial serán propuestos por el Congreso de los Diputados y por el Senado.

2. Cada Cámara elegirá, por mayoría de tres quintos de sus miembros, cuatro Vocales entre Abogados y otros Juristas de reconocida competencia con más de quince años en el ejercicio de su profesión, procediendo para ello según lo previsto en su respectivo Reglamento

3. Además, cada una de las Cámaras propondrá, igualmente por mayoría de tres quintos de sus miembros, otros seis Vocales elegidos entre Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales que se hallen en servicio activo.

4. En ningún caso podrán ser elegidos:

- a) Quienes hubieran sido miembros del Consejo saliente.
- b) Quienes presten servicios en los órganos técnicos del Consejo General del Poder Judicial.

Art. ciento trece. Los Vocales elegidos según lo previsto en los artículos anteriores serán nombrados por el Rey mediante Real Decreto refrendado por el Ministro de Justicia.

Artículo ciento catorce. La sesión constitutiva del Consejo General del Poder Judicial será presidida por el Vocal de mayor edad, y se celebrará una vez nombrados los veinte Vocales del mismo, que tomarán posesión de su cargo prestando juramento o promesa ante el Rey.

Artículo ciento quince. 1. El Consejo General del Poder Judicial se renovará en su totalidad cada cinco años, computados desde la fecha de su constitución. A tal efecto, y con seis meses de antelación a la expiración del mandato del Consejo, su Presidente se dirigirá a los de las Cámaras, interesando que por éstas se proceda a la elección de los nuevos Vocales.

2. El Consejo saliente continuará en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Consejo.

Art. ciento dieciséis. 1. El cese anticipado de un Vocal del Consejo General del Poder Judicial dará lugar a su sustitución. A tal efecto, el Presidente del Consejo pondrá esta circunstancia en conocimiento de la Cámara que hubiera elegido al Vocal cesante, al objeto de que proceda a efectuar nueva propuesta por idéntica mayoría que la requerida en el artículo 112.

### CAPITULO III

#### Del Estatuto de los miembros del Consejo General del Poder Judicial

Art. ciento diecisiete. 1. 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 389, apartado 2º, de la presente Ley Orgánica.

2. La situación administrativa para los que sean funcionarios públicos, tanto judiciales como no judiciales, será la de servicios especiales

Art. ciento dieciocho. 1. 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.

2. 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 del Tribunal Superior de Justicia correspondiente y sin merma de las retribuciones que vinieren percibiendo. Mientras permanezcan en esta situación prestarán sus servicios en los puestos que determinen las respectivas Salas de Gobierno, devengando las indemnizaciones correspondientes por razón del servicio cuando éstos se prestaren en lugar distinto del de su residencia, que permanecerá en el de la plaza reservada que hubiere ocupado.

3. Mientras desempeñen la plaza reservada, una vez transcurrido un año desde que accedieran a la misma, o en cualquier momento cuando se encuen-

tren 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 vade 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.

Art. ciento diecinueve. 1. La responsabilidad civil y penal de los miembros del Consejo General del Poder Judicial se exigirá por los trámites establecidos para la de los Magistrados del Tribunal Supremo.

2. Los Vocales del Consejo General del Poder Judicial no estarán ligados por mandato 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.

3. Los Vocales elegidos de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 112 cesarán cuando, por jubilación u otras razones, dejen de pertenecer a la Carrera Judicial. En tal caso se procederá según lo dispuesto en el artículo 116.

Art. ciento veinte. Los Vocales del Consejo General 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

Art. ciento veintiuno. 1. Los miembros del Consejo General del Poder Judicial percibirán por toda la duración de su mandato, la retribución que se fije como única y exclusiva en atención a la importancia de su función. Será igual para todos e incompatible con cualquier otra retribución.

2. Los Vocales que al tiempo de su elección no perteneciesen a Cuerpos del Estado o de las Administraciones Públicas o, aun perteneciendo, no se hallasen en situación de servicio activo y al cesar no se reintegrasen al mismo, siempre 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. Esta remuneración de transición estará sujeta al mismo régimen de concurrencia o incompatibilidad, en su caso, que se prevea para los haberes pasivos del Estado.

3. Cuando el Vocal del Consejo General del Poder Judicial tenga derecho a la percepción de haberes pasivos, por pertenecer a cualquier Cuerpo o Escala de funcionarios públicos, o a pensión del sistema de Seguridad Social, se le computará, a los efectos de determinación del haber correspondiente, el tiempo de desempeño de aquellas funciones.

## CAPITULO IV

### De los órganos del Consejo General del Poder Judicial

#### SECCION PRIMERA

##### *Disposición general*

Art. ciento veintidós. 1. El Consejo General del Poder Judicial se articula en los siguientes órganos:

- Presidente.
- Vicepresidente.
- Pleno.
- Comisión Permanente.
- Comisión Disciplinaria.
- Comisión de Calificación.

2. Reglamentariamente se podrán establecer las Comisiones y Delegaciones que se estimen oportunas.

#### SECCIÓN SEGUNDA

##### *Del Presidente*

Art. ciento veintitrés. 1. El Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial será nombrado por el Rey 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.

2. La propuesta del Consejo General del Poder Judicial se adoptará por mayoría de tres quintos de sus miembros en la propia sesión constitutiva del mismo.

3. El nombramiento del Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial se llevará a cabo en Real Decreto refrendado por el Presidente del Gobierno.

4. El Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial 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.

5. El Presidente del Consejo General del Poder Judicial será sustituido por el Vicepresidente en los supuestos de vacante, ausencia, enfermedad u otro motivo legítimo.

Art. ciento veinticuatro. 1. El Vicepresidente del Consejo General del Poder Judicial será propuesto por el Pleno de éste entre sus Vocales, por mayoría de tres quintos de sus componentes y nombrado por el Rey.

2. El Vicepresidente sustituye al Presidente en los supuestos previstos en el apartado 5 del artículo anterior y desempeñará las demás funciones que le atribuyen las leyes.

Art. ciento veinticinco. 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, decidendo 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 materia 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.

Art. ciento veintiséis. 1. El Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del poder Judicial cesará:

- a) 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.
  - b) Por renuncia.
  - c) 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.
2. Los casos a que se refieren las letras b) y c) de este artículo se comunicarán al Gobierno por mediación del Ministerio de Justicia. En tales casos se procederá al nuevo nombramiento de Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial

### SECCION TERCERA

#### *Del Pleno*

Art. ciento veintisiete. 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 y del Vicepresidente de este último.
2. La propuesta de nombramiento de miembros del Tribunal Constitucional, que habrá de ser adoptada por mayoría de tres quintos de sus miembros.
3. La propuesta de nombramiento de Presidentes de Sala y Magistrados 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 de los órganos de gobierno de los Tribunales y Juzgados.
7. Resolver los expedientes de rehabilitación instruidos por la Comisión Disciplinaria
8. Evacuar los informes preceptivos y ejercer la potestad reglamentaria atribuida por la Ley al Consejo General del Poder Judicial
9. Acordar, en los casos legalmente establecidos, la separación y jubilación de los Jueces y Magistrados en los supuestos no previstos en el artículo 131,3.
10. Elegir y nombrar los Vocales componentes de las Comisiones y Delaciones.
11. Aprobar la memoria anual que con motivo de la apertura del año judicial leerá su Presidente sobre el estado de la Administración de Justicia.
12. Aprobar y remitir al Gobierno el Anteproyecto de Presupuesto del Consejo General.
13. Cualesquiera otras funciones que correspondan al Consejo General del Poder Judicial y no se hallen expresamente atribuidas a otros órganos del mismo.

Art. ciento veintiocho. El Pleno se reunirá, previa convocatoria del Presidente, o en su caso, del Vicepresidente, 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.

Art. ciento veintinueve. 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*

Art. ciento treinta. 1. Anualmente el Pleno del Consejo General del Poder Judicial procederá a designar la Comisión Permanente, que 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 pertenecientes a la Carrera Judicial y otros dos que no formen parte de la misma.

2. 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.

3. El Presidente podrá delegar en el Vicepresidente, o en quien legalmente le sustituya, la presidencia de la Comisión Permanente para la resolución de los asuntos de su competencia.

Art. ciento treinta y uno. 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 y Magistrados 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 y Magistrados, en los casos previstos por la ley

5. Autorizar el escalafón de la carrera Judicial.

6. Ejercer cuantas competencias le sean delegadas por el Pleno o atribuidas por la ley.

## SECCION QUINTA

*De la Comisión Disciplinaria*

Art. ciento treinta y dos. 1. El Pleno del Consejo elegirá, anualmente, por mayoría de tres quintos, de entre sus Vocales, a los componentes de la Comisión Disciplinaria, que estará integrada por cinco miembros. Tres de ellos elegidos entre los Vocales que pertenezcan a la Carrera Judicial, y los dos restantes a ésta.

2. 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.

Art. ciento treinta y tres. A la Comisión Disciplinaria corresponde la competencia para la instrucción de expedientes e imposición de sanciones a jueces y Magistrados.

#### SECCION SEXTA

##### *De la Comisión de Calificación*

Art. ciento treinta y cuatro. 1. 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 Disciplinaria.

2. Será presidida y quedará válidamente constituida en los mismos términos previstos para la referida Comisión.

Art. ciento treinta y cinco. Corresponderá a la Comisión de Calificación informar, en todo caso, sobre los nombramientos de la competencia del Pleno.

Art. ciento treinta y seis. Para la adecuada formación de los criterios de calificaciones de los Jueces y Magistrados, la Comisión podrá 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.

#### CAPITULO V

##### *Del régimen de los actos del Consejo*

#### SECCION PRIMERA

##### *De la forma de adoptar acuerdos*

Art. ciento treinta y siete. 1. 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 en caso de empate.

2. Las deliberaciones de los órganos del Consejo tendrán carácter reservado, debiendo sus componentes guardar secreto de las mismas.

3. 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.

4. Cuando el Pleno haga uso de sus facultades de 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 formulación de los acuerdos*

Art. ciento treinta y ocho. 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*

Art. ciento treinta y nueve. 1. Adoptarán la forma de Real Decreto, 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 Orden. Todos ellos se publicarán en el «Boletín Oficial del Estado».

2. Los restantes acuerdos, debidamente documentados e incorporados los votos particulares, si los hubiere, serán comunicados a las personas y órganos que deban cumplirlos o conocerlos. Estos acuerdos se publicarán en los casos y con las modalidades establecidas por las normas generales que les sean aplicables

#### SECCION CUARTA

##### *De la ejecución de los actos*

Art. ciento cuarenta. 1. Los actos de los distintos órganos del Consejo General del Poder Judicial serán inmediatamente ejecutivos, sin perjuicio del régimen de impugnación previsto en esta Ley.

2. No obstante, cuando se interponga recurso contra los mismos, la Autoridad competente para resolverlo podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, la suspensión de la ejecución, cuando la misma pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación, o cuando esté así establecido por la Ley.

Art. ciento cuarenta y uno. Correspondrá al Consejo General la 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 QU.NTA

*Del procedimiento y recursos*

Art. ciento cuarenta y dos. 1. En todo cuanto no se hallare previsto en esta Ley, 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.

2. Tratándose de actos declarativos de derechos, la revisión de oficio, y en su caso, la previa declaración de lesividad se adoptarán por el Pleno del Consejo por mayoría absoluta de sus miembros.

Art. ciento cuarenta y tres. 1 Los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión y las resoluciones definitivas de la Comisión Permanente y de la Comisión Disciplinaria, serán impugnables en alzada ante el Pleno del Consejo General.

2. Los actos, resoluciones y disposiciones emanados del Pleno serán recurribles en vía contencioso-administrativa ante la Sala correspondiente del Tribunal Supremo.

## CAPITULO VI

## De los órganos técnicos al servicio del Consejo General

## SECCION PRIMERA

*Disposiciones generales*

Art. ciento cuarenta y cuatro. El Reglamento de organización y funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial determinará la estructura, funciones y competencias de sus órganos técnicos.

Art. ciento cuarenta y cinco. En los órganos técnicos del Consejo General del Poder Judicial únicamente prestarán servicio miembros de las Carreras Judicial o Fiscal y de los Cuerpos de Secretarios Judiciales, Letrados del Estado, demás funcionarios de las Administraciones públicas, Oficiales, Auxiliares y Agentes de la Administración de Justicia, en el número que fijen las correspondientes plantillas orgánicas.

Art. ciento cuarenta y seis. 1. Los Jueces, Magistrados, Secretarios y miembros de la Carrera Fiscal, del Cuerpo de Letrados del Estado y funcionarios de las Administraciones Públicas 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 del Consejo.

#### SECCION SEGUNDA

##### *De los órganos técnicos en particular*

Art. ciento cuarenta y siete. 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.

Art. ciento cuarenta y ocho. 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.

#### TITULO III

##### *Del gobierno interno de los Tribunales y Juzgados*

#### CAPITULO I

De las Salas de gobierno del Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia

#### SECCION PRIMERA

Art. ciento cuarenta y nueve. 1. Las Salas de gobierno del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional estarán constituidas por el Presidente de dichos órganos, que las presidirán, por los Presidentes de las Salas en ellos existentes y por un número de Magistrados igual al de éstos.

2. Las Salas de gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia estarán constituidas por el Presidente de éstos, que las presidirán, por los Presidentes de las Salas en ellos existentes y por un número de Magistrados o Jueces igual al de éstos, elegidos por todos los Jueces y Magistrados de la Carrera Judicial en servicio activo que estuvieran destinados en los órganos jurisdiccionales radicados en la correspondiente Comunidad Autónoma. Uno, al menos, de los componentes de la Sala será de la categoría de Juez, salvo que no hubiere candidatos de dicha categoría.

Art. ciento cincuenta. Los miembros electivos de las Salas de gobierno se renovarán en su totalidad cada cinco años, computados desde la fecha de constitución de aquélla. Transcurrido dicho plazo, la Sala de Gobierno continuará en el ejercicio de sus funciones hasta la fecha de constitución de la nueva.

Art. ciento cincuenta y uno. 1. La elección de miembros de las Salas de gobierno se llevará a cabo conforme a las siguientes reglas:

1.<sup>a</sup> La elección se llevará a cabo mediante voto personal, libre, 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.

2.<sup>a</sup> 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 legalmente constituida. Las candidaturas serán abiertas, y los electores podrán votar a tantos candidatos y a otros tantos suplentes como plazas a cubrir.

3.<sup>a</sup> 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 ningún Juez, el Magistrado que hubiere resultado elegido con menor número de votos cederá su puesto en la misma al Juez que hubiere obtenido mayor número de votos entre los que fueren candidatos, salvo que no hubieran presentado a elección candidatos de dicha categoría.

2. A los efectos de lo dispuesto en este artículo, existirá en cada Tribunal 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 Tribunal Superior de Justicia Correspondiente.

3. 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.

4. 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 electoral.

5. En los supuestos de cese anticipado, por cualquier causa, de alguno de los miembros elegidos de la Sala de Gobierno, su puesto será cubierto por el correspondiente sustituto.

6. Si se tratase de un miembro electo y el sustituto también cesare, el puesto será cubierto por el candidato no elegido que hubiera obtenido mayor número de votos. Si no restaren candidatos electos, se convocarán elecciones parciales para cubrir el puesto o puestos vacantes.

#### SECCION SEGUNDA

##### *De las atribuciones de las Salas de gobierno*

Art. ciento cincuenta y dos. 1. Las Salas de gobierno desempeñan la función de gobierno de sus respectivos Tribunales y, en particular, les compete:

1.º Aprobar las normas de reparto de asuntos entre las distintas Secciones de cada Sala.

2.º Establecer anualmente con criterios objetivos los turnos precisos para la composición y el funcionamiento de las Salas y Secciones del Tribunal y fijar de modo vinculante las normas de asignación de las Ponencias que deban turnar los Magistrados.

3.º Adoptar, con respecto a la inamovilidad judicial, las medidas necesarias en los casos de disidencia entre Magistrados que puedan influir en el buen orden de los Tribunales o en la administración de Justicia.

4.º 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 de cada Sala.

5.º Ejercer las facultades disciplinarias sobre Magistrados en los términos establecidos en esta Ley.

6.º Proponer al Presidente la realización de las visitas de inspección e información que considere procedentes.

7.º Promover los expedientes de jubilación por causa de incapacidad de los Magistrados, e informarlos.

8.º Elaborar los informes que le solicite el Consejo General del Poder Judicial y la Memoria anual expositiva sobre el funcionamiento del Tribunal, con expresión detallada del número y clase de asuntos iniciados y terminados por cada Sala, 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.

9.º 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.

10. Recibir el juramento o promesa legalmente prevenidos de los Magistrados que integran los respectivos Tribunales y darles posesión.

11. Impulsar y colaborar en la gestión económica en el Tribunal y, en general, cumplir las demás funciones que las leyes atribuyan a los órganos de gobierno interno de los Tribunales y que no estén atribuidas expresamente a los Presidentes.

2. A las Salas de gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia compete, además:

1.º Aprobar las normas de reparto de asuntos entre las Secciones de las Audiencias Provinciales y Juzgados del mismo orden jurisdiccional con sede en la Comunidad Autónoma correspondiente.

2.º Ejercer las facultades de los números quinto al undécimo del apartado anterior, pero referidas también a los órganos jurisdiccionales con sede en la Comunidad Autónoma correspondiente y a los Jueces y Magistrados en ellos destinados.

3.º Proponer motivadamente al Consejo General del Poder Judicial los Magistrados suplentes, con expresión de las circunstancias personales y profesionales que en ellos concurran.

4.º Expedir los nombramientos de los Jueces de Paz.

5.º Seleccionar y nombrar a los Jueces de provisión temporal.

#### SECCION TERCERA

##### *Del funcionamiento de las Salas de gobierno y del régimen de sus actos*

Art. ciento cincuenta y tres. 1. Las Salas de gobierno se reunirán, al menos, dos veces por mes, a no ser que no hubiere asuntos pendientes, y cuantas veces, además, tengan que tratar de asuntos urgentes de interés para la administración de Justicia, o cuando lo solicite la tercera parte de sus miembros, mediante propuesta razonada y con expresión de lo que deba ser objeto de deliberación y decisión. La convocatoria se hará por el Presidente, con expresión de los asuntos a tratar.

2. La Sala podrá constituirse por el Presidente y dos miembros para las actuaciones no decisorias de carácter formal, tales como la recepción de juramento o promesa o la toma de posesión de Jueces y Magistrados u otras de carácter análogo.

3. En los demás casos, para su válida constitución, se requerirá la presencia, al menos, de la mayoría de sus miembros, que deberán ser citados personalmente con veinticuatro horas de anticipación como mínimo.

Art. ciento cincuenta y cuatro. No podrán estar presentes en las discusiones y votaciones los que tuvieran 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.

Art. ciento cincuenta y cinco. El Presidente designará un ponente para cada asunto a tratar, que informará a la Sala y presentará, en su caso, la propuesta de acuerdo o resolución, salvo que, por razones de urgencia, no sea posible, o por la escasa importancia del asunto, a juicio del Presidente, no lo requiera.

Art. ciento cincuenta y seis. El Presidente, por propia iniciativa, a petición del ponente o por acuerdo de la Sala, pasará a dictamen del Ministerio Fiscal aquellos asuntos en los que deba intervenir o en los que la índole del los mismos lo haga conveniente. El Ponente, a la vista del dictamen del Fiscal, del que dará cuenta a la Sala, formulará la correspondiente propuesta.

Art. ciento cincuenta y siete. 1. 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.

2. 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, si la Sala lo estimare procedente por razón de su naturaleza o de las circunstancias concurrentes, siempre que lo presente dentro del plazo que fije la Sala, que no será superior a tres días.

3. El Presidente tendrá voto de calidad en caso de empate.

Art. ciento cincuenta y ocho. 1. El Secretario de Gobierno dará cuenta de los asuntos 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.

Art. ciento cincuenta y nueve. 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, legítimo y personal.

2. No obstante, a los acuerdos sobre normas de reparto entre Secciones y entre Juzgados de un orden jurisprudencial se les dará publicidad suficiente

**CAPITULO II****De los Presidentes de los Tribunales y Audiencias**

Art. ciento sesenta. Los Presidentes tendrán las siguientes funciones:

1. Convocar, presidir y dirigir las deliberaciones de la Sala de Gobierno.
2. Fijar el orden del día de las sesiones de la Sala de Gobierno, en el que deberán incluirse los asuntos que propongan al menos dos de sus componentes.
3. Someter cuantas propuestas considere oportunas en materia de competencia de la Sala de Gobierno.
4. Autorizar con su firma los acuerdos de la Sala de Gobierno y velar por su cumplimiento.
5. Cuidar del cumplimiento de las medidas adoptadas por la Sala de Gobierno 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 considere conveniente.
6. Despachar los informes que le pida el Consejo General del Poder Judicial.
7. Adoptar las medidas necesarias, cuando surjan situaciones que por su urgencia lo requieran, dando cuenta en la primera reunión de la Sala de Gobierno.
8. Dirigir la inspección de los Juzgados y Tribunales en los términos establecidos en esta Ley.
9. Determinar el reparto de asuntos entre las Secciones del Tribunal, de acuerdo con las normas aprobadas por la Sala de Gobierno.
10. Presidir diariamente la reunión de los Presidentes de Salas y Magistrados y cuidar de la composición de las Salas y Secciones conforme al artículo 19 de esta Ley.
11. Ejercer todos los poderes dirigidos al buen orden del Tribunal o Audiencia respectivo, así como al cumplimiento de sus deberes por el personal de los mismos.
12. Comunicar al Consejo General las plazas vacantes de personal auxiliar del respectivo Tribunal o Audiencia.
13. Oír las quejas que les hagan los interesados en causas o pleitos, adoptando las prevenciones necesarias.
14. Las demás previstas en la Ley.

Artículo ciento sesenta y uno. 1. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia ostenta la representación del Poder Judicial en la Comunidad Autónoma correspondiente, siempre que no concurra el Presidente del Tribunal Supremo.

2. El Presidente de Sala a que se refiere el artículo setenta y ocho de esta Ley representa al Poder Judicial en las provincias a que se extiende la jurisdicción de aquélla, salvo cuando concurra el del Tribunal Superior de Justicia o el del Tribunal Supremo. En el caso de que existan, conforme a dicho artículo, Salas de lo Contencioso-administrativo y de lo Social, tal representación corresponde al Presidente de Sala que designe el Consejo General del Poder Judicial.

3. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia podrá delegar en el de Sala a que se refiere el artículo anterior las funciones gubernativas que tenga por conveniente, referidas a la Sala o Salas correspondientes y a los órganos jurisdiccionales con sede en las provincias a los que aquélla extiendan su jurisdicción.

Art. ciento sesenta y dos. Podrán los Presidentes del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional, Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias y, en su caso, las Salas de gobierno, por conducto de aquellos, 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.

Art. ciento sesenta y tres. En el Tribunal Supremo, y bajo la dependencia directa de su Presidente, funcionará un Gabinete Técnico de Documentación e Información. La Ley determinará su composición y plantilla.

Art. ciento sesenta y cuatro. Los Presidentes de las Audiencias Provinciales presiden las mismas, adoptan las medidas precisas para su funcionamiento y ejercen los poderes de gobierno del Tribunal Superior de Justicia

### CAPITULO III

#### De los Presidentes de las Salas y de los Jueces

Art. ciento sesenta y cinco. 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**

Art. ciento sesenta y seis. 1. En las poblaciones donde haya diez o más Juzgados, sus titulares elegirán por mayoría de tres quintos a uno de ellos como Decano. De no obtenerse dicha mayoría en la primera votación, bastará la mayoría simple en la segunda, resolviéndose los empates en favor del que ocupe el mejor puesto en el escalafón. La elección deberá renovarse cada cuatro años o cuando el elegido cesare por cualquier causa.

2. Donde haya menos de diez Juzgados, ejercerá las funciones de Decano el Juez o Magistrado con mejor puesto en el escalafón.

3. Excepcionalmente, y cuando las circunstancias del Decano 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.

Art. ciento sesenta y siete. 1. 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, a propuesta de la Junta de Jueces del respectivo orden jurisdiccional. A solicitud del interesado, la Junta de Jueces podrá proponer que se libere, total o parcialmente, a un Juez del reparto de asuntos, por tiempo limitado, cuando la buena administración de Justicia lo haga necesario. El acuerdo se trasladará a la Sala de Gobierno para que ésta, si lo entiende pertinente, proceda a su aprobación.

2. 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.

Art. ciento sesenta y ocho. 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; oirán las quejas que les hagan los interesados en causas o pleitos, adoptando las prevenciones necesarias, y ejercerán las restantes funciones que les atribuya la ley.

Art. ciento sesenta y nueve. El Decano 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 solicite la cuarta parte de los Jueces de la población.

Art. ciento setenta. 1. 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 del Tribunal Superior de Justicia o aquél les solicite informe.

2. El Decano convocará la Junta cuando lo estime necesario o cuando lo solicite, al menos, la cuarta parte de los miembros de derecho de la misma.

3. También podrán reunirse los Jueces de una misma provincia o Comunidad Autónoma, presididos por el más antiguo en el destino, para tratar aquellos problemas que les sean comunes.

4. La Junta se considerará válidamente constituida para tomar acuerdos cuando asistan la mitad más uno de sus miembros, adoptándose los acuerdos por mayoría simple.

5. La Junta elegirá como Secretario a uno de sus miembros, que será el encargado de redactar las actas de los acuerdos de las Juntas, así como de conservarlas y de expedir las certificaciones de las mismas.

## CAPITULO V

### De la inspección de los Juzgados y Tribunales

Art. ciento setenta y uno. 1. El Consejo General del Poder Judicial ejerce la superior inspección y vigilancia sobre todos los Juzgados y Tribunales para la comprobación y control del funcionamiento de la Administración de Justicia.

2. El Presidente del Consejo y los Vocales del mismo por acuerdo del Pleno, podrán realizar visitas de información a dichos órganos.

3. 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 inspecciones a Juzgados o Tribunales o recaben información sobre el funcionamiento y el cumplimiento de los deberes del personal judicial.

4. El Ministerio de Justicia, cuando lo considere necesario, podrá instar del Consejo que ordene la inspección de cualquier juzgado o Tribunal. En este caso, el Consejo notificará al Ministerio de Justicia la resolución que adopte y, en caso, las medidas adoptadas. Todo ello sin perjuicio de las facultades que la presente Ley concede al Ministerio Fiscal.

Art. ciento setenta y dos. 1. El Presidente del Tribunal Supremo dirige la inspección ordinaria y vigila el funcionamiento de las Salas y Secciones de este Tribunal.

2. Los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia ejercen las mismas funciones en sus respectivos ámbitos territoriales.

3. El Presidente de la Audiencia Nacional tiene las facultades de los apartados anteriores, respecto a las Salas de la mismas y los Juzgados Centrales.

Art. ciento setenta y tres. Se encomendará la inspección a Juez o Magistrado de igual o superior categoría a la del titular del órgano inspeccionado.

Art. ciento setenta y cuatro. 1. Los Jueces y Presidentes de Secciones y Salas ejercerán su inspección en los asuntos de que conozcan.

2. 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 del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional o del Tribunal Superior de Justicia, para que éste decida lo que corresponda.

Art. ciento setenta y cinco. 1. Los Jueces y Magistrados y el personal al servicio de la Administración de Justicia deben prestar la colaboración necesaria para el buen fin de la inspección.

2. Las facultades inspectoras se ejercerán sin merma de la autoridad del Juez, Magistrado o Presidente.

3. El expediente de inspección se completará con los informes sobre el órgano inspeccionado, que podrán presentar los respectivos Colegios de Abogados y Procuradores, en todo aquello que les afecte. A tal fin, serán notificados, con la suficiente antelación respecto a las circunstancias en que se lleve a cabo la actividad inspectora

Art. ciento setenta y seis. 1. 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.

2. La interpretación y aplicación de las leyes hechas por los Jueces o Tribunales, cuando administran justicia, no podrá ser objeto de aprobación, censura o corrección, con ocasión o a consecuencia de actos de inspección.

Art. ciento setenta y siete. 1. El Juez o Magistrado que realice la inspección redactará un informe que elevará a quien la hubiere decretado.

2. De las visitas de inspección se levantará acta, en que se detallará el resultado de aquella, y de la que se entregará copia al Juez o Presidente del órgano jurisdiccional inspeccionado. Estos, con respecto a dicha acta, podrán formular las correspondientes observaciones o precisiones y remitirlas a la Autoridad que hubiere ordenado la práctica de la inspección, dentro de los diez días siguientes.

3. 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

estime convenientes dentro de su atribuciones, y, cuando no tuviere competencia para resolver, propondrá al Consejo General del Poder Judicial lo que considere procedente. La comunicación al Consejo General se hará 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

Art. ciento y setenta y ocho. 1. En el Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia existirá una Secretaría de Gobierno, desempeñada por un Secretario, que estará auxiliado por los Oficiales, Auxiliares y Agentes que fije la plantilla.

2. 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*

Art. ciento setenta y nueve. El año judicial, período ordinario de actividad de los Tribunales, se extenderá desde el 1 de septiembre, o el siguiente día hábil, hasta el 31 de julio de cada año natural.

Art. ciento ochenta. 1. Durante el período en que los Tribunales interrumpan su actividad ordinaria, se formará en los mismos una Sala compuesta por su Presidente y el número de Magistrados que determine el Consejo General del Poder Judicial, la cual asumirá las atribuciones de las Salas de Gobierno y de Justicia, procurando que haya Magistrados de las diversas Salas.

2. 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.

Art. ciento ochenta y uno. 1. Al inicio del año judicial se celebrará un acto solemne en el Tribunal Supremo.

2. El Presidente del Consejo General del Poder Judicial y del Tribunal Supremo presentará en dicho acto la Memoria anual sobre el estado, funcionamiento y actividades de los Juzgados y Tribunales de Justicia.

3. 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*

Art. ciento ochenta y dos. 1. Son inhábiles los domingos, los días de fiesta nacional y los festivos a efectos laborales en la respectiva Comunidad Autónoma o localidad.

2. Son horas hábiles desde las ocho de la mañana a las ocho de la tarde, salvo que la ley disponga lo contrario.

Art. ciento ochenta y tres. También serán inhábiles los días del mes de agosto para todas las actuaciones judiciales, excepto las que se declaren urgentes por las leyes procesales.

Art. ciento ochenta y cuatro. 1. 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

2. Los días y horas inhábiles podrán habilitarse por el Juez o Tribunal, con sujeción a lo dispuesto en las leyes procesales.

Art. ciento ochenta y cinco. 1. Los plazos procesales se computarán con arreglo a lo dispuesto en el Código civil. En los señalados por días quedarán excluidos los inhábiles.

2. Si el último día de plazo fuere 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*

Art. ciento ochenta y seis. Los Juzgados y Tribunales celebrarán audiencia pública todos los días hábiles 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.

Art. ciento ochenta y siete. 1. En audiencia pública, reuniones del Tribunal y actos solemnes judiciales, los Jueces, Magistrados, Fiscales, Secretarios, Abogados y Procuradores usarán toga y, en su caso, placa y medalla de acuerdo con su rango.

2. Asimismo, todos ellos, en estrados, se sentarán a la misma altura.

Art. ciento ochenta y ocho. 1. 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 produzca sin indebidas dilaciones. Se darán a conocer a través de un edicto fijado ostensiblemente en la parte exterior de las Salas de los Juzgados y Tribunales.

2. Los Jueces y Magistrados que formen Sala asistirán a la audiencia de no mediar causa justificada.

Art. ciento ochenta y nueve. 1. El horario de trabajo de los Juzgados y Tribunales, sus Secretarías y oficinas judiciales será fijado por el Consejo General del Poder Judicial, sin que pueda ser inferior al establecido para la Administración Pública.

2. Los Jueces y Magistrados, Presidentes, Secretarios, Oficiales, Auxiliares y Agentes de la Administración de Justicia, así como los Médicos Forenses, deberán ejercer su actividad respectiva en los términos que exijan las necesidades del servicio, sin perjuicio de respetar el horario establecido.

Art. ciento noventa. 1. Corresponde al Presidente del Tribunal o al Juez mantener el orden en la Sala, a cuyo efecto acordará lo que proceda.

2. Asimismo ampararán en sus derechos a los presentes.

Art. ciento noventa y uno. A los efectos de lo dispuesto en el artículo anterior, los que perturbaren 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, Abogados, Procuradores y Secretarios judiciales, serán amonestados en el acto por el Juez o Presidente y expulsados de la Sala, si no obedecieren a la primera advertencia, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que incurran.

Art. ciento noventa y dos. Los que se resistieren a cumplir la orden de expulsión serán, además, sancionados, con multa, cuyo máximo será la cuantía de la multa más elevada prevista en el Código Penal como pena correspondiente a las faltas.

Art. ciento noventa y tres. 1. Con la misma multa serán sancionados los testigos, peritos o cualesquiera 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.

2. 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.

Art. ciento noventa y cuatro. 1. 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.

2. Contra el acuerdo de imposición de sanción podrá 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. Contra el acuerdo resolviendo la audiencia en justicia o contra el de imposición de la sanción, si no se hubiese utilizado aquel recurso, cabrá recurso de alzada en el plazo de cinco días, ante la Sala de Gobierno, que lo resolverá, previo informe del Juez o Presidente que impuso la sanción, en la primera reunión que se celebre.

Art. ciento noventa y cinco. Cuando los hechos de que 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

Art. ciento noventa y seis. En los casos en que la ley no disponga otra cosa bastarán tres Magistrados para formar Sala.

Art. ciento noventa y siete. Ello no obstante, podrán ser llamados, para formar Sala, todos los Magistrados 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.

Art. ciento noventa y ocho. 1. La composición de las Secciones se determinará por el Presidente según los criterios aprobados anualmente por la Sala de Gobierno, a propuesta de aquél.

2. 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.

Art. ciento noventa y nueve. Cuando 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 libre de señalamiento y entre éstos los más modernos.

Art. doscientos. 1. Podrá haber en las Audiencias Provinciales y Tribunales Superiores de Justicia una relación de Magistrados suplentes que serán llamados, por su orden, a formar las Salas en los casos en que por circunstancias imprevistas y excepcionales no puedan constituirse aquéllas. Nunca podrá concurrir a formar Sala más de un Magistrado suplente.

2. Cada año, el Consejo General del Poder Judicial confeccionará la relación a que se refiere el apartado anterior, a propuesta de la Sala de

Gobierno correspondiente y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 152.2, 3º. Los Magistrados suplentes estarán sujetos a las mismas causas de remoción de los Jueces y Magistrados en cuanto les fueran aplicables.

Art. doscientos uno. 1. El cargo de Magistrado suplente será honorífico, sin perjuicio del derecho a ser remunerado en la forma que reglamentariamente se determine, dentro de las previsiones presupuestarias.

2. Sólo podrá recaer en quienes reúnan las condiciones necesarias para el ingreso en la Carrera Judicial.

3. Tendrán preferencia los que hayan desempeñado funciones judiciales o ejercido profesiones jurídicas o docentes en estas materias. En ningún caso recaerá el nombramiento en quienes ejerzan las profesiones de abogado o procurador.

Art. doscientos dos. 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

Art. doscientos tres. 1. En cada pleito o causa que se tramite ante un Tribunal o Audiencia habrá un Magistrado Ponente, designado según el turno establecido para la Sala o Sección al principio del año judicial, exclusivamente sobre la base de criterios objetivos.

2. La designación se hará en la primera resolución 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, con expresión de las causas que motiven la sustitución

Art. doscientos cuatro. En la designación de ponente turnarán todos los Magistrados de la Sala o Sección, incluidos los Presidentes.

Art. doscientos cinco. Correspondrá al ponente, en los pleitos o causas que le hayan sido turnadas:

1. El despacho ordinario y el cuidado de su tramitación.
2. Examinar los interrogatorios, pliegos de posiciones y proposición de pruebas presentadas por las partes e informar sobre su pertinencia.
3. Presidir la práctica de las pruebas declaradas pertinentes, siempre que no deban practicarse ante el Tribunal.
4. Informar los recursos interpuestos contra las decisiones 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 redactarlo definitivamente, si se conformase con lo acordado.
6. Pronunciar en Audiencia Pública las sentencias.

Art. doscientos seis. 1. Cuando el Ponente no se conformase con el voto de la mayoría, declinará la redacción de la resolución, debiendo formular motivadamente su voto particular.

2. 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

Art. doscientos siete. Procederá la sustitución de los Jueces y Magistrados en los casos de vacante, licencia, servicios especiales 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.

Art. doscientos ocho. 1. El Presidente del Tribunal Supremo, el Presidente de la Audiencia Nacional y los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia serán sustituidos por el Presidente de la Sala más antiguo en el cargo.

2. 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.

3. 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.

Art. doscientos nueve. 1. Los Presidentes de las Salas y de las Secciones serán sustituidos por el Magistrado con mejor puesto en el escalafón de la Sala o Sección de que se trate.

2. En caso de vacante, asumirá la Presidencia de la Sala el Presidente de la Audiencia o Tribunal, si lo estimare procedente.

Art. doscientos diez. 1. Los Jueces de Primera Instancia y de Instrucción, de lo Contencioso-administrativo, de Menores 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 del Tribunal Superior de Justicia, a propuesta de la Junta de Jueces.

2. 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 en el cargo.

Art. doscientos once. 1. Cuando en una población sólo existiere un Juez de un determinado orden jurisdiccional, será sustituido por el titular de cualquiera de los restantes.

2. También sustituirán los de distinto orden jurisdiccional, aun existiendo varios Jueces pertenecientes al mismo, cuando se agotaren las posibilidades de sustitución entre ellos.

3. Correspondrá 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.

Art. doscientos doce 1. Los Jueces de Primera Instancia y de Instrucción, de lo Contencioso-administrativo, de Menores y de lo Social desempeñarán las funciones inherentes a su Juzgado y al cargo que sustituyan.

2. En los casos en que no sea posible la aplicación de lo dispuesto en los artículos precedentes, ejercerá la jurisdicción el Juez sustituto, que será nombrado en la misma forma que los Magistrados suplentes y sometido a su mismo régimen jurídico. Reglamentariamente se determinará su remuneración, dentro de las previsiones presupuestarias.

Art. doscientos trece. Los Jueces de Paz serán sustituidos por los respectivos Jueces sustitutos.

Art. doscientos catorce. Cuando no pudiese aplicarse lo establecido en los artículos anteriores, o resultare aconsejable para un mejor despacho 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 ambos cargos.

Art. doscientos quince. 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.

Art. doscientos dieciséis. 1. No podrán conferirse comisiones de servicios para Juzgados o Tribunales si no es por tiempo determinado, conciriendo circunstancias de especial necesidad y previa conformidad del interesado.

2. Las comisiones se otorgarán por el Consejo General del Poder Judicial, oídas las Salas de Gobierno correspondientes.

3. No se conferirán comisiones para los cargos de Presidente y Presidentes de Sala de la Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia, ni para el Presidente de Audiencia Provincial.

## CAPITULO V

### De la abstención y recusación

Art. doscientos diecisiete. Los Jueces y Magistrados deberán abstenerse y, en su defecto, podrán ser recusados cuando concurra causa legal.

Art. doscientos dieciocho. Únicamente podrán recusar:

1.º En los asuntos civiles, sociales y contencioso-administrativos, las partes y el Ministerio Fiscal.

2.º 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.

Art. doscientos diecinueve. Son causas de abstención y, en su caso, de recusación:

1.º El vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco por consanguinidad o afinidad dentro del cuarto grado con cualquiera de los expresados en el artículo anterior.

2.º El vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable 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.º 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.º Estar o haber sido denunciado o acusado por alguna de las partes como responsable de algún delito o falta.

5.º 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.º Ser o haber sido denunciante o acusador de cualquiera de las partes.

7.º Tener pleito pendiente con alguna de éstas.

8.º Amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de los expresados en el artículo anterior.

9.º 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.

11. Ser una de las partes subordinado del Juez que deba resolver la contienda litigiosa.

Art. doscientos veinte. Será también causa de abstención y, en su caso, de recusación en los procesos en que sea parte 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 alguna de las circunstancias mencionadas en los números 1 al 8 y 11 del artículo anterior.

Art. doscientos veintiuno. 1. El Juez o Magistrado en quien concurra alguna de las causas expresadas en los artículos anteriores se abstendrá del conocimiento del asunto sin esperar a que se le recuse.

2. La abstención será motivada y se comunicará a la Sala de Gobierno del Tribunal respectivo. Cuando el que se abstenga forme parte de un órgano colegiado, la comunicación tendrá lugar por conducto del Presidente de la Sala o Sección.

3. 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 o Magistrado, 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.

**Art. doscientos veintidós.** 1. 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 éste y remitirá, en su caso, las actuaciones al que deba sustituirle.

2. La abstención será comunicada a las partes.

**Art. doscientos veintirés.** 1. La recusación deberá proponerse tan luego como se tenga conocimiento de la causa en que se funde. Si dicho conocimiento fuere anterior al pleito, habrá de proponerse al inicio del mismo, pues en otro caso no se admitirá a trámite.

2. La recusación se propondrá por escrito firmado por el recusante, quien deberá ratificarse a presencia judicial. 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.

**Art. doscientos veinticuatro.** 1. Instruirán los incidentes de recusación:

a) Cuando el recusado sea el Presidente de un Tribunal Superior de Justicia, de la Audiencia Nacional, o del Tribunal Supremo o el Presidente de alguna de sus Salas, el Presidente de Sala más antiguo, y si el recusado fuere el más antiguo, el que le siga en antigüedad.

b) Cuando el recusado sea un Presidente de Audiencia Provincial, el Magistrado más antiguo de dicha Audiencia.

c) Cuando 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.

d) Cuando el recusado sea un Juez, el que legalmente le sustituya, si perteneciere a la Carrera Judicial.

2. Si no fuere posible lo establecido en los apartados anteriores, la Sala de Gobierno correspondiente designará el instructor del incidente de entre los Magistrados o Jueces de la provincia o, en su defecto, de la Comunidad Autónoma, y, en su caso, si no los hubiere, solicitará del Consejo General del Poder Judicial el nombramiento correspondiente.

Art. doscientos veinticinco. 1. 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 aquel a quien corresponda instruir el incidente.

2. Este entregará copia del escrito y documentos al recusado, requiriéndole para que en el plazo de tres días informe sobre la recusación.

3. Si el recusado aceptare como cierta la causa de recusación, se resolverá el incidente sin más trámites.

4. En otro caso, ordenará el Instructor la práctica de la prueba, si se hubiere propuesto en forma y fuere pertinente, en el plazo 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.

Art. doscientos veintiséis. 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, pasará las actuaciones al que corresponda instruir el incidente, quedando entretanto en suspenso el asunto principal. El instructor acordará que comparezcan las partes a su presencia en el día y 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.

Art. doscientos veintisiete. 1. 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, salvo que concurrieren circunstancias excepcionales que justifiquen otro pronunciamiento. Cuando la resolución que decida el incidente declare expresamente la existencia de mala fe en el recusante, se podrá imponer a éste una multa de cinco mil a cien mil pesetas.

2. 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, aquel a quien corresponda su sustitución.

Art. doscientos veintiocho. 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.

### TITULO III

#### *De las actuaciones judiciales*

### CAPITULO I

#### De la oralidad, publicidad y lengua oficial

Art. doscientos veintinueve. 1. Las actuaciones judiciales serán predominantemente orales, sobre todo en materia criminal, sin perjuicio de su documentación.

2. Las declaraciones, confesiones en juicio, testimonios, careos, exploraciones informes, ratificación de los periciales y vistas, se llevarán a efecto ante Juez o Tribunal con presencia o intervención, en su caso, de las partes y en audiencia pública, salvo lo dispuesto en la ley.

**Art. doscientos treinta.** Podrán utilizarse en el proceso cualesquiera medios técnicos de garantías de autenticidad. La ley regulará los requisitos y forma de su utilización.

**Art. doscientos treinta y uno.** 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. Los Jueces, Magistrados, Fiscales, Secretarios y demás funcionarios de Juzgados y Tribunales podrán usar también la lengua oficial propia de la Comunidad Autónoma, si ninguna de las partes se opusiere, alegando desconocimiento de ella, que pudiere producir indefensión.

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 escritas.

4. Las actuaciones judiciales realizadas y los documentos presentados 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, salvo, en este último caso, si se trata de Comunidades Autónomas con lengua oficial propia coincidente, o por mandato del Juez o a instancia de parte que alegue indefensión.

5. En las actuaciones orales, el Juez o Tribunal podrá habilitar como intérprete a cualquier persona conocedora de la lengua empleada, previo juramento o promesa de aquélla.

**Art. doscientos treinta y dos.** 1. Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento.

2. 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.

**Art. doscientos treinta y tres.** 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.

**Art. doscientos treinta y cuatro.** Los Secretarios y personal competente de los Juzgados y Tribunales facilitarán a los interesados cuanta información soliciten sobre el estado de las actuaciones judiciales, que podrán examinar y conocer, salvo que sean o 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.

Art. doscientos treinta y cinco. 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.

Art. doscientos treinta y seis. 1. La publicidad de los edictos se entenderá cumplida mediante la inserción, según proceda, en los «Boletines Oficiales» que señalen las leyes procesales.

2. La publicación en cualquier otro medio se podrá acordar a petición y a costa de la parte que lo solicite.

## CAPITULO II

### Del impulso procesal

Art. doscientos treinta y siete. Salvo que la ley disponga otra cosa, el órgano jurisdiccional dará de oficio al proceso el curso que corresponda, dictando al efecto los proveídos necesarios.

## CAPITULO III

### De la nulidad de los actos judiciales

Art. doscientos treinta y ocho. Los actos judiciales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

1.º Cuando se produzcan con manifiesta falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional.

2.º Cuando se realicen bajo violencia o bajo intimidación racional y fundada de un mal inminente y grave.

3.º Cuando se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales de procedimiento establecidas por la ley o con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que efectivamente se haya producido indefensión.

Art. doscientos treinta y nueve. Los Jueces o Tribunales cuya actuación se hubiese producido con intimidación o violencia, tan luego como se vean libres de ella, declararán nulo todo lo practicado y promoverán la formación de causa contra los culpables.

Art. doscientos cuarenta. 1. 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.

2. 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.

Art. doscientos cuarenta y uno. Las actuaciones judiciales realizadas fuera del tiempo establecido sólo podrán anularse si lo impusiere la naturaleza del término o plazo.

Art. doscientos cuarenta y dos. 1. La nulidad de un acto no implicará la de los sucesivos que fueren independientes de aquel ni la de aquéllos cuyo contenido hubiese permanecido invariable aun sin haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad.

2. La nulidad de parte de un acto no implicará la de las demás del mismo que sean independientes de aquéllo.

Art. doscientos cuarenta y tres. 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 IV

### De las resoluciones judiciales

Art. doscientos cuarenta y cuatro. 1. 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 tuvieran carácter gubernativo, se llamarán acuerdos.

2. 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.

Art. doscientos cuarenta y cinco. 1. Las resoluciones de los Jueces y Tribunales que tengan carácter jurisdiccional se denominarán:

a) Providencias, cuando tengan por objeto la ordenación material del proceso.

b) Autos, cuando decidan recursos contra providencias, cuestiones incidentales, presupuestos procesales, nulidad del procedimiento o cuando, a tenor de las leyes de enjuiciamiento, deban revestir esta forma.

c) Sentencias, cuando decidan definitivamente el pleito o causa en cualquier instancia o recurso, o cuando, según las Leyes procesales, deban revestir esta forma.

2. Las sentencias podrán dictarse de viva voz cuando lo autorice la ley.

3. Son sentencias firmes aquellas contra las que no quepa recurso alguno, salvo el de revisión u otros extraordinarios que establezca la ley.

4. Llámase ejecutoria el documento público y solemne en que se consigna una sentencia firme. Las ejecutorias se encabezará en nombre del Rey.

Art. doscientos cuarenta y seis. En los casos en que la ley ordene al Secretario formular propuesta de resolución, el Juez podrá adoptar la modalidad de «conforme» o dictar la resolución que proceda.

Art. doscientos cuarenta y siete. Las resoluciones 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 la fundamentación que proceda.

Art. doscientos cuarenta y ocho. 1. La fórmula de las providencias se limitará a la determinación de lo mandado y del Juez o Tribunal que las disponga, sin más fundamento ni adiciones que la fecha en que se acuerden, la firma o rúbrica del Juez o Presidente y la firma del Secretario. No obstante, podrán ser suavemente motivadas sin sujeción a requisito alguno cuando se estime conveniente.

2. Los autos serán siempre fundados y contendrán en párrafos separados y numerados los hechos y los razonamientos jurídicos y, por último, la parte dispositiva. Serán firmados por el Juez, Magistrado o Magistrados que los dicten.

3. Las sentencias se formularán expresando, tras un encabezamiento, en párrafos separados y numerados, los antecedentes de hecho, hechos probados, en su caso, los fundamentos de derecho y, por último, el fallo. Serán firmadas por el Juez, Magistrado o Magistrados que las dicten.

4. Al notificarse la resolución a las partes se indicará si la misma es o no firme y, en su caso, los recursos que procedan, órgano ante el que deben interponerse y plazo para ello.

## CAPITULO V

### De la vista, votación y fallo

Art. doscientos cuarenta y nueve. Las vistas de los asuntos se señalarán por el orden de su conclusión, salvo que en la Ley se disponga otra cosa.

Art. doscientos cincuenta. Correspondrá 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.

Art. doscientos cincuenta y uno. 1. El Juez o el ponente tendrán a su disposición los autos para dictar sentencia o resolución decisoria de incidentes o de recursos.

2. El Presidente y los Magistrados podrán examinar los autos en cualquier tiempo.

Art. doscientos cincuenta y dos. 1. Concluida la vista de los autos, pleitos o causas o desde el día señalado para la vitación y fallo, podrá cualquiera de los Magistrados pedirlos para su estudio.

2. 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.

Art. doscientos cincuenta y tres. 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.

Art. doscientos cincuenta y cuatro. 1. 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.

2. Votará primero el ponente y después los demás Magistrados por orden inverso al de su antigüedad. El que presida votará el último.

3. Empezada la votación, no podrá interrumpirse sino en caso de fuerza mayor.

Art. doscientos cincuenta y cinco. 1. Los autos y sentencias se dictarán por mayoría absoluta de votos, salvo que expresamente la Ley señale una mayor proporción.

2. En ningún caso podrá exigirse un número determinado de votos conformes que altere la regla de la mayoría.

Art. doscientos cincuenta y seis. Cuando fuere trasladado o jubilado algún Magistrado, votará los pleitos a cuya vista hubiere asistido y que aún no se hubieren fallado.

Art. doscientos cincuenta y siete. 1. 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.

2. Si no pudiere escribir ni firmar, lo extenderá ante un Secretario de la Sala.

3. El voto así emitido se unirá a los demás y se conservará, rubricado por el que presida, con el libro de sentencias.

4. Cuando 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.

Art. doscientos cincuenta y ocho. Cuando no hubiere votos bastantes para constituir la mayoría que exige el artículo 255, se verá de nuevo el asunto,

sustituyéndose el impedido, separado o suspenso en la forma establecida en esta Ley.

Art. doscientos cincuenta y nueve. Las sentencias se firmarán por el Juez o por todos los Magistrados no impedidos dentro del plazo establecido para dictarlas.

Art doscientos sesenta. 1. Todo el que tome parte en la votación de una sentencia o auto definitivo 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 estuviere conforme.

2. 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.

3. También podrá formularse voto particular, con sujeción a lo dispuesto en el párrafo anterior, en lo que resulte aplicable, respecto de los autos decisarios de incidentes.

Art. doscientos sesenta y uno. Cuando, después de fallado un pleito por un Tribunal, se imposibilite 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».

Art. doscientos sesenta y dos. 1. Cuando 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

2. Si no se obtuviere acuerdo, 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 y 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.

Art. doscientos sesenta y tres. 1. El que deba presidir la Sala de Discordia hará el señalamiento de las vistas de discordia y designaciones oportunas.

2. Cuando 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 a ésta los dos pareceres que hayan obtenido mayor número de votos en la precedente.

Art. doscientos sesenta y cuatro. 1. Los Magistrados de las diversas Secciones de una misma Sala se reunirán para la unificación de criterios y la coordinación de prácticas procesales. Las reuniones se convocarán por el Presidente de la Sala, por sí, a petición mayoritaria de los Magistrados, así como en los demás casos que establezca la Ley. Serán presididos por el Presidente de Sala.

2. En todo caso quedará a salvo la independencia de las Secciones para el enjuiciamiento y resolución de los distintos procesos de que conozcan.

Art. doscientos sesenta y cinco. 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, autos de igual carácter, así como los votos particulares que se hubieren formulado, que serán ordenados relativamente según su fecha.

Art. doscientos sesenta y seis. 1. Las sentencias, una vez extendidas por el Juez o por todos los Magistrados que las hubieren dictado, serán depositadas en la Secretaría del Juzgado o Tribunal y se permitirá a cualquier interesado el acceso al texto de las mismas.

2. Los Secretarios pondrán en los autos certificación literal de la sentencia.

Art. doscientos sesenta y siete. 1. Los Jueces y Tribunales no podrán variar las sentencias y autos definitivos que pronuncien después de firmadas, pero sí aclarar algún concepto o suplir cualquier omisión que contengan.

2. Los errores materiales manifiestos y los aritméticos podrán ser rectificados en cualquier momento.

3. Estas aclaraciones o rectificaciones podrán hacerse de oficio dentro del día hábil siguiente al de la publicación de la sentencia, o a instancia de parte o del Ministerio Fiscal, presentadas dentro de los dos días siguientes al de la notificación, siendo en este caso resueltas por el órgano jurisdiccional dentro del día siguiente de la presentación del escrito en que se soliciten la aclaración o rectificación.

## CAPITULO VI

### Del lugar en que deben practicarse las actuaciones

Art. doscientos sesenta y ocho. 1. Las actuaciones judiciales deberán practicarse en la sede del órgano jurisdiccional.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado 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.

Art. doscientos sesenta y nueve. 1. Los Juzgados y Tribunales sólo po-

drán celebrar juicios o vistas de asuntos fuera de la población de su sede cuando así lo autorice la ley.

2. Sin embargo, el Consejo General del Poder Judicial, cuando las circunstancias o el buen servicio de la Administración de Justicia lo aconsejen, y a petición del Tribunal o Juzgado, 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 VII

### De las notificaciones

Art. doscientos setenta. Las diligencias de ordenación, providencias, autos y sentencias 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.

Art. doscientos setenta y uno. 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 según determinen las leyes procesales.

Art. doscientos setenta y dos. 1. 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.

2. 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.

3. Asimismo, podrán establecerse servicios de Registro General para la presentación de escritos o documentos dirigidos a órganos jurisdiccionales.

## CAPITULO VIII

### De la cooperación jurisdiccional

Art. doscientos setenta y tres. Los Jueces y Tribunales cooperarán y se auxiliarán entre sí en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Art. doscientos setenta y cuatro. 1. Se recabará la cooperación judicial cuando debiere practicarse una diligencia fuera de la circunscripción del

Juzgado o Tribunal que la hubiere ordenado o ésta fuere de la específica competencia de otro Juzgado o Tribunal.

2. 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 intermedios.

Art. doscientos setenta y cinco. 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 competente. 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.

Art. doscientos setenta y seis. Las peticiones de cooperación internacional serán elevadas por conducto del Presidente del Tribunal Supremo, del Tribunal Superior de Justicia o de la Audiencia 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.

Art. doscientos setenta y siete. Los Juzgados y Tribunales españoles prestarán a las autoridades judiciales extranjeras la cooperación que les soliciten para el desempeño de su función jurisdiccional, de conformidad con lo establecido en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte y, en su defecto, en razón de reciprocidad según lo previsto en el artículo siguiente.

Art. doscientos setenta y ocho. 1. Si se acredita la existencia de reciprocidad o se ofrece ésta por la autoridad judicial extranjera requirente, la prestación de cooperación internacional sólo será denegada por los Juzgados y Tribunales españoles:

1.º Cuando el proceso de que dimane la solicitud de cooperación sea de la exclusiva competencia de la jurisdicción española.

2.º Cuando el contenido del acto a realizar no corresponda a las atribuciones propias de la autoridad judicial española requerida. En tal caso, está remitirá la solicitud a la autoridad judicial competente, informando de ello a la autoridad requirente.

3.º la comunicación que contenga la solicitud de cooperación no reúna los requisitos de autenticidad suficiente o se halle redactada en idioma que no sea el castellano.

4.º Cuando el objeto de la cooperación solicitada sea manifiestamente contrario al orden público español.

2. La determinación de la existencia de reciprocidad con el Estado requerente corresponderá al Gobierno, a través del Ministerio de Justicia.

Art. doscientos setenta y nueve. 1. Las Actuaciones de los Secretarios en el curso de los procedimientos judiciales se denominarán actas, diligencias y notas.

2. 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.

3. Así mismo 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

## TITULO IV

### *De la fe pública judicial y de la documentación*

#### CAPITULO I

##### De las funciones atribuidas a los Secretarios

Art. doscientos ochenta. 1. Las actas tienen por objeto dejar constancia de la realización de un acto procesal o de un hecho con trascendencia procesal.

2. Las diligencias podrán ser de constancia, de ordenación, de comunicación o de ejecución.

3. Las notas podrán ser de referencia, de resumen de los autos y de examen del trámite a que se refieran.

Art. doscientos ochenta y uno. 1. 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.

2. La plenitud de la fe pública en los casos en que la ejerza el Secretario no precisa la intervención adicional de testigos.

3. 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.

Art. doscientos ochenta y dos. 1. 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.

2. Estas habilitaciones subsistirán mientras no sean revocadas; la responsabilidad de la autenticidad de los hechos o actos acreditados recaerá sobre el Oficial autorizante.

#### CAPITULO II

##### De la dación de cuenta y de la conservación y custodia de los autos

Art. doscientos ochenta y tres. 1. 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.

2. En todo caso, se dará a la parte recibo de los escritos y documentos que presenten con expresión de la fecha y hora de presentación.

Art. doscientos ochenta y cuatro. 1. 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.

2. Lo mismo harán respecto a las actas que se hubieren autorizado fuera de la presencia judicial.

Artículo doscientos ochenta y cinco. También darán cuenta, al siguiente día hábil, 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.

Art. doscientos ochenta y seis. 1. La dación de cuenta se hará oralmente, por el orden de presentación de los escritos o por el que tomaren estado los autos respectivos, sin otra anteposición que la de los que sean urgentes o tengan reconocida preferencia por la Ley.

2. Cuando proceda, se documentara mediante diligencia y, en su caso, se acompañará propuesta de resolución.

Art. doscientos ochenta y siete. Correspondrá a los Secretarios la llevanza de los libros y el archivo y conservación de las actuaciones, salvo que en ésta u otra ley se encomienden a los Jueces o Presidentes.

### CAPITULO III

#### De las diligencias de ordenación y de las propuestas de resolución

Artículo doscientos ochenta y ocho. En los Juzgados y Tribunales corresponderá a los Secretarios dictar las diligencias de ordenación, que tendrán por objeto dar a los autos el curso ordenado por la ley e impulsar formalmente el procedimiento en sus distintos trámites de conformidad con las leyes procesales, y se limitarán a la expresión de lo que disponga con el nombre del Secretario que las dicte, la fecha y la firma de aquél.

Art. doscientos ochenta y nueve. Las diligencias de ordenación serán revisables por el Juez o el Ponente, de oficio o a instancia de parte, en los casos y forma previstos en las leyes procesales.

Art. doscientos noventa. Correspondrá al Secretario proponer al Juez o Tribunal las resoluciones que, con arreglo a la Ley, deban revestir la forma de providencia o auto, incluidos 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 decisarios de cuestiones incidentales o resolutorios de recursos, de procesamiento o los limitativos de derechos.

Art. doscientos noventa y uno. Las propuestas a que se refiere el ar-

título 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*

Art. doscientos noventa y dos. 1. Los daños causados en cualesquiera bienes o derechos por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia darán a todos los perjudicados derecho a una indemnización a cargo del Estado, salvo en los casos de fuerza mayor, con arreglo a lo dispuesto en este Título.

2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

3. La mera revocación o anulación de las resoluciones judiciales no presupone por sí sola derecho a indemnización.

Art. doscientos noventa y tres. 1. La reclamación de indemnización por causa de error deberá ir precedida de una decisión judicial que expresamente lo reconozca. Esta previa decisión podrá resultar directamente de una sentencia dictada en virtud de recurso de revisión. En cualquier otro caso distinto de éste se aplicarán las reglas siguientes:

a) La acción judicial para el reconocimiento del error deberá instarse inexcusablemente en el plazo de tres meses a partir del día en que pudo ejercitarse.

b) La pretensión de declaración del error se deducirá ante la Sala del Tribunal Supremo correspondiente al mismo orden jurisdiccional que el órgano a quien se imputa el error, y si éste se atribuyese a una Sala o Sección del Tribunal Supremo la competencia corresponderá a la Sala que se establece en el artículo 61. Cuando se trate de órganos de la jurisdicción militar, la competencia corresponderá a la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo.

c) El procedimiento para sustanciar la pretensión será el propio del recurso de revisión en materia civil, siendo partes, en todo caso, el Ministerio Fiscal y la Administración del Estado.

d) El Tribunal dictará sentencia definitiva, sin ulterior recurso, en el plazo de quince días, con informe previo del órgano jurisdiccional a quien se atribuye el error.

e) Si el error no fuera apreciado se impondrán las costas al peticionario.

f) No procederá la declaración de error contra la resolución judicial a la que se impute mientras no se hubieren agotado previamente los recursos previstos en el ordenamiento.

g) La mera solicitud de declaración del error no impedirá la ejecución de la resolución judicial a la que aquél se impute.

2. Tanto en el supuesto de error judicial declarado como en el de daño causado por el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, el interesado dirigirá su petición indemnizatoria directamente al Ministerio de Justicia, tramitándose la misma con arreglo a las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial del Estado. Contra la resolución cabrá recurso contencioso-administrativo. El derecho a reclamar la indemnización prescribirá al año, a partir del día en que pudo ejercitarse.

Art. doscientos noventa y cuatro. 1. Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre siempre que se le hayan irrogado perjuicios.

2. 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.

3. La petición indemnizatoria se tramitará de acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo anterior.

Art. doscientos noventa y cinco. 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.

Art. doscientos noventa y seis. 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.

Art. doscientos noventa y siete. 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 destino*

#### CAPITULO I

##### De la Carrera Judicial

Art. doscientos noventa y ocho. 1. 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.

2. También ejercen funciones jurisdiccionales sin pertenecer 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.

Art. doscientos noventa y nueve. La Carrera Judicial consta de tres categorías:

- Magistrado del Tribunal Supremo.
- Magistrado.
- Juez.

Art. trescientos. 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

Art. trescientos uno. 1. El ingreso en la Carrera Judicial por la categoría de Juez se producirá mediante la superación de oposición libre y de las pruebas realizadas en el Centro de Estudios Judiciales, previa convocatoria de las plazas vacantes y un número adicional que permita atender las nuevas que se produzcan hasta la siguiente convocatoria.

2. En cada convocatoria se reservará una tercera parte de las plazas que se convoquen para juristas de reconocida competencia, quienes por concurso de méritos accederán directamente al Centro de Estudios Judiciales.

3. También ingresarán en la Carrera Judicial por la categoría de Magistrado del Tribunal Supremo, o de Magistrado, juristas de reconocida competencia en la forma y proporción establecidos en la ley.

4. En todos los casos se exigirá no estar incurso en ninguna de las causas de incapacidad o de incompatibilidad que establece esta Ley.

Art. trescientos dos. 1. Para concurrir a la oposición libre de acceso al Centro de Estudios Judiciales se requiere ser español, mayor de edad y Licenciado en Derecho, así como no estar incurso en alguna de las causas de incapacidad que establece esta Ley.

2. Para tomar parte en el concurso es preciso, además, contar con seis años, al menos, de ejercicio profesional como jurista.

Art. trescientos tres. 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 inculpados por delito doloso en tanto no sean absueltos o se dicte auto de sobreseimiento, y los que no estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles.

Art. trescientos cuatro. El Tribunal para acceso al Centro de Estudios Judiciales estará presidido por el Presidente del Tribunal Supremo o Magistrado del Tribunal Supremo en que delegue, y serán vocales: un Magistrado, un Fiscal, dos Catedráticos de Universidad de distintas Disciplinas Jurídicas,

un Abogado en ejercicio y un Letrado del Estado que actuará como Secretario.

Art. trescientos cinco. El Tribunal será nombrado por el Consejo General del Poder Judicial. Los Catedráticos serán propuestos por el Consejo de Universidades; el Letrado del Estado, por el Ministerio de Justicia; el Abogado por el Consejo General de la Abogacía, y el Fiscal, por el Fiscal General del Estado.

Art. trescientos seis. 1. Las normas por las que ha de regirse el acceso al Centro de Estudios Judiciales, los ejercicios y los programas se aprobarán por el Ministro de Justicia, oídos el Consejo General del Poder Judicial y el propio Centro.

2. En ningún caso podrá el Tribunal aprobar en las pruebas previstas en el artículo 301 de esta Ley a un número de candidatos superior al de las plazas que hubieran sido convocadas según lo dispuesto en dicho artículo.

Art. trescientos siete. 1. Los aspirantes que hayan superado la oposición o el concurso seguirán un curso en el Centro de Estudios Judiciales y realizarán prácticas en un órgano jurisdiccional.

2. Los que superen el curso y las prácticas serán nombrados Jueces por el orden de la propuesta hecha por el Centro de Estudios Judiciales.

3. El nombramiento se extenderá por el Consejo General del Poder Judicial, mediante Orden, y con la toma de posesión quedarán investidos de la condición de Juez.

Art. trescientos ocho. En ningún caso podrá superar el curso del Centro de Estudios Judiciales, un número de aspirantes superior al de vacantes efectivamente existentes en la Carrera Judicial en el momento de finalizar aquél.

Art. trescientos nueve. 1. Los que no superen el curso podrán repetirlo en el siguiente, al que se incorporarán con la nueva promoción.

2. Si tampoco superaren este curso, quedarán definitivamente excluidos y decaídos en la expectativa de ingreso en la Carrera Judicial derivada de las pruebas de acceso que hubiesen aprobado.

Art. trescientos diez. Las plazas que hubieren quedado vacantes en los concursos acrecerán a las correspondientes al turno de oposición.

Art. trescientos once. 1. De cada cuatro vacantes que se produzcan en la categoría de Magistrados, dos se proveerán con los Jueces que ocuparen en el primer lugar en el escalafón dentro de esta categoría; la tercera por medio de pruebas selectivas en los órdenes jurisdiccionales civil y penal, 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.

2. En los dos primeros casos será necesario que todos hayan prestado tres años de servicios efectivos como Jueces.

3. Quienes accedieren a la categoría de Magistrado sin pertenecer con anterioridad a la Carrera Judicial se incorporarán al escalafón inmediata-

mente a continuación del último Magistrado que hubiere ascendido a esta categoría.

4. Las vacantes que no resultaren cubiertas por este procedimiento acrecerán el turno de pruebas selectivas y de especialización, si estuvieren convocadas o, en otro caso, al de antigüedad.

Art. trescientos doce. 1. Las pruebas selectivas para la promoción de la categoría de Juez a la de Magistrado en los órdenes jurisdiccionales civil y penal se celebrarán en el Centro de Estudios Judiciales y tenderán a apreciar las condiciones de madurez y formación jurídicas 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

2. 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.

3. 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.

Art. trescientos trece. 1. Para resolver los concursos entre juristas de reconocida competencia a que se refieren los apartados 2 y 3 del artículo 301 y el apartado 3 del artículo 311, el Ministerio de Justicia, al tiempo de convocarlos, aprobará y publicará las correspondientes bases, en las que se graduará la puntuación de los méritos que puedan concurrir en los solicitantes, con arreglo al siguiente baremo:

a) Títulos y grados académicos obtenidos en relación con las disciplinas jurídicas.

b) Años de servicio en relación con disciplinas jurídicas en el cuerpo de procedencia o en la profesión que ejerciera.

c) La realización, convenientemente acreditada, de cursos de especialización jurídica.

d) La presentación de ponencias, comunicaciones, memorias o trabajos similares en cursos y congresos de interés jurídico.

e) Publicaciones científico-jurídicas.

f) Número y naturaleza de los asuntos que hubiera dirigido ante los Juzgados y Tribunales, dictámenes emitidos, asesoramientos y servicios jurídicos prestados en el ejercicio de la Abogacía.

2. 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.

3. La puntuación de los méritos referida en la letra f) no podrá ser inferior a la máxima puntuación atribuida a cualquiera de los otros apartados.

4. El tiempo de ejercicio profesional de los candidatos que hayan ejercido la Abogacía se acreditará mediante certificación del Consejo General de la

Abogacía, en la que deberán consignarse también aquellas incidencias de carácter disciplinario que hayan afectado al candidato durante su ejercicio profesional.

5. Para valorar los méritos a que se refiere el párrafo primero de este artículo que hubieran sido aducidos por los solicitantes, el Tribunal podrá convocar a éstos para mantener una entrevista individual de una duración máxima de una hora, en la que se debatirán los citados méritos.

6. El concurso será resuelto por el mismo Tribunal que haya de juzgar la oposición libre.

Art. trescientos catorce. El Tribunal de las pruebas selectivas, previstas en el artículo 312, será nombrado por el Consejo General del Poder Judicial y estará compuesto en la forma prevista en el artículo 304. 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, respectivamente.

Art. trescientos quince. Las oposiciones y concursos para cubrir las vacantes de la Carrera Judicial del Secretariado y del resto del personal al servicio de la Administración de Justicia serán convocadas, a instancia de la Comunidad Autónoma en cuyo ámbito territorial se produzcan las vacantes, por el órgano competente y de acuerdo con lo dispuesto en esta Ley.

### CAPITULO III

#### Del nombramiento y posesión de los Jueces y Magistrados

Art. trescientos dieciséis. 1. Los Jueces serán nombrados, mediante Orden, por el Consejo General del Poder Judicial.

2. Los Magistrados y los Presidentes serán nombrados por Real Decreto, a propuesta de dicho Consejo.

3. La presentación a Real Decreto se hará por el Ministro de Justicia, que refrendará el nombramiento.

Art. trescientos diecisiete. 1. Los nombramientos se remitirán al Presidente del Tribunal o Audiencia a quien corresponda dar o mandar dar posesión a los nombrados.

2. También se comunicará a éstos y a los Presidentes del Tribunal o Audiencia de su destino anterior.

3. Cuando los Presidentes de la Sala y Sección o Jueces cesen en su destino, por ser nombrados para otros cargos, elaborarán un alarde o relación de los asuntos que queden pendientes en el respectivo órgano, consignando la fecha de su iniciación y el estado en que se hallen, remitiendo copia al Presidente del Tribunal o de la Audiencia.

4. Al tomar posesión, el nuevo titular del órgano, examinará el alarde elaborado por el anterior, suscribiéndolo en caso de conformidad.

Art. trescientos dieciocho. 1. Los miembros de la Carrera Judicial presentarán, antes de posesionarse del primer destino, el siguiente juramento o promesa:

«Juro (o prometo) guardar y hacer guardar fielmente y 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.»

2. El mismo juramento o promesa se prestará antes de posesionarse del primer destino que implique ascenso de categoría en la carrera.

Art. trescientos diecinueve. 1. 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». Para los destinados a la misma población en que hubieran servido el cargo, el plazo será de ocho días. Los que hayan de jurar o prometer el cargo tomarán posesión dentro de los tres días siguientes al del juramento o promesa.

2. El Consejo General del Poder Judicial podrá prorrogar tales plazos, mediando justa causa.

Art. trescientos veinte. 1. La toma de posesión del Presidente, Presidentes de Sala y Magistrados de Tribunales y Audiencias se hará en audiencia pública ante la Sala de Gobierno del Tribunal al que fueren destinados o ante la del Tribunal Superior de Justicia en la Comunidad Autónoma correspondiente.

2. Los Magistrados del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia que fuesen nombrados sin haber pertenecido con anterioridad a la Carrera Judicial, en el mismo acto de su toma de posesión ante las Salas de Gobierno respectivas, prestarán el juramento o promesa en los términos previstos en el artículo 318.

Art. trescientos veintiuno. 1. 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.

2. La posesión será en el Juzgado al que fueren designados, en audiencia pública y con asistencia del personal del Juzgado. Dará la posesión el Juez que estuviere ejerciendo la jurisdicción.

Art. trescientos veintidós. 1. 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.

2. 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.

Art. trescientos veintitrés. 1. 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.

2. 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.

3. 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

Art. trescientos veinticuatro. El Presidente y los Magistrados del Tribunal Supremo, el Presidente de la Audiencia Nacional y los de los Tribunales Superiores de Justicia tienen el tratamiento de excelencia. Los Presidentes de las Audiencias Provinciales y demás Magistrados, de señoría ilustrísima. Los Jueces, el de señoría.

Art. trescientos veinticinco. En los actos 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 tuvieran superior en diferente carrera o por otros títulos.

#### CAPITULO V

##### De la provisión de plazas en los Juzgados, en las Audiencias y en los Tribunales Superiores de Justicia

Art. trescientos veintiséis. 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, Tribunales Superiores de Justicia y Audiencia Nacional y Presidentes de Sala y Magistrados del Tribunal Supremo.

Art. trescientos veintisiete. 1. No podrán concursar los electos, ni los que se encontraren en una situación de las previstas en esta Ley que se lo impida.

2. 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.

Art. trescientos veintiocho. La Ley que fije la planta determinará los criterios para clasificar los Juzgados y establecer la categoría de quienes deban servirlos.

Art. trescientos veintinueve. 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 apartado primero.

3. Para la provisión de los Juzgados de Menores se aplicará la regla general establecida en el apartado primero de este artículo, aunque tendrán preferencia quienes acrediten la especialización correspondiente en el Centro de Estudios Judiciales según se determine reglamentariamente.

Art. trescientos treinta. 1. 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 se resolverán en favor de quienes, ostentando la categoría necesaria, tengan mejor puesto en el escalafón.

2. 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 escalafonar. Si la Sala o Sección se compusiere de cinco o más Magistrados, el número de plazas cubiertas por este sistema será de dos.

3. En la Sala de lo Civil y Penal 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 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 por Magistrados nombrados a propuesta del Consejo General del Poder Judicial entre los que lleven cinco años en la categoría y tengan especiales conocimientos en Derecho Civil, foral o especial, propio de la Comunidad Autónoma.

Art. trescientos treinta y uno. 1. 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, por el turno de Abogados y otros juristas de reconocida competencia a que se refiere el artículo 343.

2. A todos los demás efectos serán considerados miembros de la Carrera Judicial.

Art. trescientos treinta y dos. 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 trescientos treinta y tres. 1. Las plazas de Presidente de Sección de la Audiencia Nacional, de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias se proveerán por concurso que se resolverá en favor de quienes, ostentando la categoría de Magistrado, tengan mejor puesto en el escalafón. Por el mismo sistema se proveerán las presidencias de Sala en los Tribunales Superiores de Justicia.

2. Tendrán preferencia quienes hubieren prestado cinco años de servicios en el orden jurisdiccional de que se trate.

3. No podrán acceder a tales Presidencias quienes se encuentren sancio-

nados disciplinariamente por comisión de falta grave o muy grave, cuya anotación en el expediente no hubiere sido cancelada.

**Art. trescientos treinta y cuatro.** 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.

**Art. trescientos treinta y cinco.** 1. Las plazas de Presidentes de Salas de la Audiencia Nacional se proveerán, a propuesta del Consejo General del Poder Judicial, con Magistrados del Tribunal Supremo o con quienes sean promovidos a esta categoría.

2. La Presidencia de la Audiencia Nacional se proveerá por el Consejo General del Poder Judicial, por un período de cinco años, entre Magistrados del Tribunal Supremo, con tres años de servicios prestados en la categoría, que reúnan las condiciones idóneas para el cargo.

**Art. trescientos treinta y seis.** Los Presidentes de las Audiencias Provinciales serán nombrados por un período 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.

**Art. trescientos treinta y siete.** 1. Los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia 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».

**Art. trescientos treinta y ocho.** Los Presidentes de la Audiencia Nacional, de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias cesarán por alguna de las causas siguientes:

1.º Por expiración de su mandato, salvo que sean confirmados en el cargo por sucesivos períodos de cinco años.

2.º Por dimisión, aceptada por el Consejo General.

3.º Por resolución acordada en expediente disciplinario.

**Art. trescientos treinta y nueve.** El Presidente de la Audiencia Nacional quedará cuando cese en su cargo adscrito al Tribunal Supremo hasta que obtenga plaza en el mismo en propiedad.

**Art. trescientos cuarenta.** Los Presidentes de los Tribunales Superiores y de las Audiencias Provinciales que cesaren en su cargo continuarán en servicio activo y quedarán adscritos, a su elección al Tribunal o Audiencia en que cesen o a aquel 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.

**Art. trescientos cuarenta y uno.** 1. Para la provisión de las plazas de Presidente de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias, en

aquellas Comunidades Autónomas que gocen de Derecho Civil especial o Foral, así como de idioma oficial propio, el Consejo General del Poder Judicial valorará como medio la especialización de estos Derechos Civil Especial o dos y otros juristas todos ellos de reconocida competencia.

2. Reglamentariamente se determinarán los criterios de valoración sobre el conocimiento del idioma y del Derecho civil especial o Foral de las referidas Comunidades Autónomas, como mérito preferente en los concursos para Organos jurisdiccionales de su territorio.

## CAPITULO VI

### De la provisión de Plazas en el Tribunal Supremo

Art. trescientos cuarenta y dos. Los Presidentes de Sala del Tribunal Supremo se nombrarán, a propuesta del Consejo General del Poder Judicial, entre Magistrados de dicho Tribunal que cuenten con tres años de servicios en la categoría.

Art. trescientos cuarenta y tres. En las distintas Salas del Tribunal, de cada cinco plazas de sus Magistrados, 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.

Art. trescientos cuarenta y cuatro. De cada cuatro plazas reservadas a la Carrera Judicial, corresponderán:

a) Dos a Magistrados que hubieran accedido a la categoría mediante las correspondientes pruebas selectivas en los órdenes jurisdiccionales civil y penal y de especialización en los órdenes jurisdiccionales contencioso-administrativo y social. En este turno 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.

Art. trescientos cuarenta y cinco. 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.

Art. trescientos cuarenta y seis. Cuando el número de Magistrados de una Sala no sea múltiplo de cinco se adjudicará una plaza más al grupo b) del artículo 344; al grupo a) del mismo artículo; o al grupo de juristas de prestigio, sucesivamente y por este orden.

Art. trescientos cuarenta y siete. 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 Ma-

gistrados del Tribunal Supremo. Se les reconocerá, a todos los efectos, veinte años de servicios

## CAPITULO VII

### De la situación de los Jueces y Magistrados

Art. trescientos cuarenta y ocho. 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.

Art. trescientos cuarenta y nueve. Los Jueces y Magistrados se encuentran en situaciones de servicio activo cuando ocupan plaza correspondiente a la Carrera Judicial, están pendientes de la toma de posesión en otro destino o les ha sido conferida comisión de servicio con carácter temporal.

Art trescientos cincuenta. 1. 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

2. 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.

Art. trescientos cincuenta y uno. 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, Gobierno 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.

Art. trescientos cincuenta y dos. Se considerará 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, o miembro de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.

e) Cuando presten servicio en virtud de nombramiento por Real Decreto en la Presidencia del Gobierno o en el Ministerio de Justicia.

Art. trescientos cincuenta y tres. 1. 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, antigüedad y derechos pasivos, y tendrán derecho a la reserva de plaza y localidad de destino que ocupasen. En todos los casos recibirán las retribuciones del puesto o cargo efectivo que desempeñen y no las que les correspondan como funcionarios, sin perjuicio del derecho a la percepción de la antigüedad que pudieran tener reconocida como funcionarios.

2. Los Diputados, Senadores y los miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas que pierdan dicha condición por disolución de la correspondiente Cámara o terminación del mandato de la misma, podrán permanecer en la situación de servicios especiales hasta su nueva constitución.

Art. trescientos cincuenta y cuatro. 1. Los Jueces y Magistrados que 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» o de la Comunidad Autónoma.

2. 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 353.

Art. trescientos cincuenta y cinco. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 353, 2, d), 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.

Art. trescientos cincuenta y seis. 1. 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.

2. Los excedentes forzados gozarán de la plenitud de sus derechos económicos y tendrán derecho al abono, a todos los efectos, del tiempo transcurrido en dicha situación.

Art trescientos cincuenta y siete. 1. Procederá declarar en situación de excedencia voluntaria a los miembros de la Carrera Judicial cuando se encuentren en situación de servicio activo en un Cuerpo o Escala de las Administraciones Públicas o de la Carrera Fiscal, o pasen a prestar servicios en

Organismos o Entidades del sector público, y no les corresponda quedar en otra situación.

2. 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.

3. Podrán 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 Judicial o desde el reingreso, y en ello no se podrá permanecer más de diez años continuados ni menos de dos años.

4. 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 les corresponda de conformidad con lo prescrito en esta Ley, en caso contrario podrán solicitar el reingreso en el servicio activo.

Art. trescientos cincuenta y ocho. 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, antigüedad y derechos pasivos.

Art. trescientos cincuenta y nueve. 1. El Juez o Magistrado declarado suspenso quedará privado temporalmente del ejercicio de sus funciones.

2. La suspensión puede ser provisional o definitiva y tendrá lugar en los casos y en la forma establecidos en esta Ley.

Art. trescientos sesenta. 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.

Art. trescientos sesenta y uno. El tiempo de suspensión provisional que tenga su origen en un procedimiento disciplinario no podrá exceder de seis meses, salvo caso de paralización de aquél imputable al interesado. Esta circunstancia determinará la pérdida de toda retribución hasta que el expediente sea resuelto.

Art. trescientos sesenta y dos. Cuando la suspensión no sea declarada definitiva 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.

Art. trescientos sesenta y tres. 1. La suspensión tendrá carácter definitivo cuando se imponga en virtud de condena o como sanción disciplinaria. Será de abono el tiempo de suspensión provisional.

2. La suspensión definitiva, impuesta como condena o como sanción dis-

ciplinaria superior a seis meses, implicará la pérdida del destino, y la vacante se cubrirá en forma ordinaria.

3. 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.

Art. trescientos sesenta y cuatro. El reingreso en el servicio activo de los excedentes forzados se hará por orden de mayor tiempo en esta situación, sin necesidad de solicitud del interesado y con ocasión de la primera vacante para la que reúna las condiciones legales.

Art. trescientos sesenta y cinco. 1. El reingreso de los excedentes deberá ir precedido de solicitud dirigida al Consejo General del Poder Judicial.

2. 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.

Art. trescientos sesenta y seis. 1. Los suspensos definitivamente deberán solicitar el reingreso al servicio activo en el plazo de diez días desde la finalización del período de suspensión. El trascurso 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 finalizará el período de suspensión.

2. Reglamentariamente se establecerán los documentos que deberán acompañarse y los informes que deban ser solicitados.

Art. trescientos sesenta y siete. 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.

Art. trescientos sesenta y ocho. 1. 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.

2. Los excedentes forzados 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 trescientos sesenta y nueve. La concurrencia de peticiones para la adjudicación de vacantes, cualquiera que fuere el sistema de su provisión, entre quienes deban reingresar al servicio activo, se resolverá por el siguiente orden de prelación:

- 1.<sup>o</sup> Excedentes forzados.
- 2.<sup>o</sup> Suspensos.
- 3.<sup>o</sup> Rehabilitados.
- 4.<sup>o</sup> Excedentes voluntarios.

**CAPITULO VIII****De las licencias y permisos**

Art. trescientos setenta. 1. Los Jueces y Magistrados residirán en la población donde tenga su sede el Juzgado o Tribunal que sirva 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.

2. La Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia podrá autorizar por causas justificadas la residencia en lugar distinto, siempre que sea compatible con el exacto cumplimiento de las tareas propias del cargo.

3. 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.

Art. trescientos setenta y uno. 1. 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 solo período las vacaciones, correspondientes a dos años.

2. 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 exceptúan aquellos a quienes corresponda formar la Sala prevista en el artículo 180.

Art. trescientos setenta y dos. El permiso anual de vacaciones podrá negarse 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.

Art. trescientos setenta y tres. 1. 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.

2. Tendrán también derecho a licencia, sin limitaciones de sus 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.

3. 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 la autorización.

Art. trescientos setenta y cuatro. El que por hallarse enfermo no pudiera asistir al despacho, lo comunicará al Presidente del que inmediatamente de-

penda, 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 trescientos setenta y cinco. 1. 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.

2. Las licencias para realizar estudios en general darán derecho a percibir las retribuciones básicas y por razón de familia.

3. Las licencias por enfermedad, hasta el sexto mes inclusive, y las demás licencias y permisos no afectarán al régimen retributivo de quien los disfrute y los haya obtenido.

Art. trescientos setenta y seis. Cuando circunstancias excepcionales lo impongan, podrá suspender o revocarse el disfrute de las licencias o de los permisos, ordenándose a los Jueces y Magistrados la incorporación al Juzgado o Tribunal.

Art. trescientos setenta y siete. Reglamentariamente se desarrollará el régimen jurídico de las licencias y permisos, determinando la autoridad a quien corresponde otorgarles 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*

Art. trescientos setenta y ocho. 1. Gozarán de inamovilidad los Jueces y Magistrados que desempeñen cargos judiciales.

2. Los que hayan sido nombrados por plazo determinado gozarán de inamovilidad sólo por ese tiempo.

3. Los casos de renuncia, excedencia, traslado y promoción se regirán por sus normas específicas establecidas en esta Ley.

Art. trescientos setenta y nueve. 1. La condición de Jueces o Magistrados se perderá por las siguientes causas:

a) Por renuncia a la Carrera Judicial. Se entenderán incursos en este supuesto los previstos en los 322 y 357-3.

b) Por pérdida de la nacionalidad española.

c) En virtud de sanción disciplinaria de separación de la Carrera Judicial.

d) Por imposición de pena principal o accesoria de separación del cargo judicial, inhabilitación absoluta o esencial para cargo público. Los Tribunales que dictaren estas sentencias remitirán testimonio de ellas al Consejo General del Poder Judicial, una vez que hubieren ganado firmeza.

e) Por haber incurrido en alguna de las causas de incapacidad, salvo que proceda su jubilación.

f) Por jubilación.

2. La separación en los casos previstos en las letras b), c), d) y e) del apartado anterior se acordará previo expediente, con intervención del Ministerio Fiscal.

Art. trescientos ochenta. Los que hubieren perdido la condición de Juez o Magistrado por alguna de las causas previstas en los apartados a), b) y c) del artículo 379 de esta Ley, podrán solicitar del Consejo General del Poder Judicial su rehabilitación.

Art. trescientos ochenta y uno. 1. La rehabilitación se concederá por el Consejo General del Poder Judicial, cuando se acredite el cese definitivo o la inexistencia, en su caso, de la causa que dio lugar a la separación, valorando las circunstancias de todo orden.

2. Si la rehabilitación se denegare, no podrá iniciarse nuevo procedimiento para obtenerla en los tres años siguientes, plazo que se computará a partir de la resolución denegatoria inicial del Consejo General del Poder Judicial.

Art. trescientos ochenta y dos. El Juez o Magistrado que hubiere sido rehabilitado será destinado con arreglo a lo dispuesto en esta Ley.

Art. trescientos ochenta y tres. La suspensión de los Jueces y Magistrados sólo tendrán lugar en los casos:

1.º Cuando se hubiere declarado haber lugar a proceder contra ellos por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones.

2.º Cuando por cualquier otro delito doloso se hubiere dictado contra ellos auto de prisión, de libertad bajo fianza o de procesamiento.

3.º Cuando se decretare en expediente disciplinario o de incapacidad, ya con carácter provisional, ya definitivo.

4.º Por sentencia firme condenatoria en que se imponga como pena principal o accesoria la de suspensión, cuando no procediere la separación.

Art. trescientos ochenta y cuatro. 1. En los supuestos de los dos primeros apartados 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.

2. En el caso del apartado 4, el Tribunal remitirá testimonio de la sentencia al Consejo General del Poder Judicial.

3. La suspensión durará, en los casos de los apartados 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.

Art. trescientos ochenta y cinco. Los Jueces y Magistrados sólo podrán ser jubilados:

1.º Por edad.

2.º Por incapacidad permanente para el ejercicio de sus funciones.

Art. trescientos ochenta y seis. La jubilación por edad es forzosa y se decretará con la antelación suficiente para que el cese en la función se pro-

duzca efectivamente al cumplir la edad de sesenta y cinco años para Jueces y Magistrados de todas las categorías.

Art. trescientos ochenta y siete. 1. 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, formulará propuesta de jubilación al Consejo General del Poder Judicial.

2. El expediente de jubilación por incapacidad permanente podrá ser iniciado, asimismo, por el Consejo General de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal.

3. Los jubilados por incapacidad permanente podrán ser rehabilitados y volver al servicio activo si acreditaran haber desaparecido la causa que hubiere motivado la jubilación.

Art. trescientos ochenta y ocho. 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

Art. trescientos ochenta y nueve. El cargo de Juez o Magistrado es incompatible:

1.º Con el ejercicio de cualquier otra jurisdicción ajena a la del Poder Judicial.

2.º 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.

3.º Con los empleos o cargos dotados o retribuidos por la Administración del Estado, las Cortes Generales, la Casa Real, Comunidades Autónomas, Provincias, Municipios y cualesquiera entidades, organismos o empresas dependientes de unos u otras.

4.º Con los empleos de todas clases en los Tribunales y Juzgados de cualquier orden jurisdiccional.

5.º Con todo empleo, cargo o profesión retribuida, salvo la docencia o investigación jurídica, así como la producción y creación literaria, artística, científica y técnica, y las publicaciones derivadas de aquélla, de conformidad con lo dispuesto en la legislación sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

6.º Con el ejercicio de la Abogacía y de la Procuraduría.

7.º Con todo tipo de asesoramiento jurídico, sea o no retribuido.

8.º Con el ejercicio de toda actividad mercantil, por sí o por otro.

9.º 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.

Art. trescientos noventa. 1. 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.

2. Quienes no hicieren uso de dicha opción en el indicado plazo se entenderá que renuncian al nombramiento judicial.

Art. trescientos noventa y uno. 1. No podrán pertenecer simultáneamente a una misma Sala Magistrados que estuvieren unidos por vínculo matrimonial o situación de hecho equivalente, o tuvieran 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.

2. Esta disposición será aplicable también a los Presidentes de la Audiencia Nacional, Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias, así como a los Presidentes de Sala, respecto de los Magistrados que dependan de ellos.

3. 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.

Art. trescientos noventa y dos. Lo dispuesto en el artículo anterior será aplicable.

1.º A los Presidentes de Sala de la Audiencia Nacional con los Jueces Centrales.

2.º A los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias, con los Jueces del territorio de su jurisdicción.

3.º A los Magistrados de las Audiencias con los Jueces que dependan del orden jurisdiccional a que aquéllos pertenezcan.

4.º 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.º A los Presidentes, Magistrados y Jueces respecto de los Secretarios y demás personal al servicio de la Administración de Justicia que de ellos dependan directamente.

Art. trescientos noventa y tres. 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 el mismo, su cónyuge o parientes de segundo grado de consanguinidad intereses eco-

nómicos, 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 a su nombramiento.

Art. trescientos noventa y cuatro. 1. 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 hubiera podido incurrirse.

2. 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 de que no implique cambio de residencia si existiera vacante, y en tal caso ésta no será anunciada a concurso de provisión.

Art. trescientos noventa y cinco. 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.º Dirigir a los poderes, autoridades y funcionarios públicos o Corporaciones oficiales, felicitaciones o censuras por sus actos, ni concurrir, en su calidad de miembros del Poder Judicial, a cualesquiera actos o reuniones públicas que no tengan carácter judicial, excepto aquellas que tengan por objeto cumplimentar al Rey o para las que hubieran sido convocados o autorizados a asistir por el Consejo General del Poder Judicial.

2.º 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.

Art. trescientos noventa y seis. Los Jueces y Magistrados no podrán revelar los hechos o noticias referentes a personas físicas o jurídicas de los que hayan tenido conocimiento en el ejercicio de sus funciones.

Art. trescientos noventa y siete. 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

Art. trescientos noventa y ocho. 1. 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 ase-

guramiento indispensables y se entregará inmediatamente el detenido al Juez de Instrucción más próximo.

2. 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 preventivas que procedan para atender a la sustitución del detenido.

Art. trescientos noventa y nueve. 1. Las Autoridades civiles y militares se abstendrán de intimar a los Jueces y Magistrados y de citarlos para que comparezcan a su presencia.

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.

2. 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 peticionaria con expresión suficiente de la razón que la justifique.

Art. cuatrocientos. 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

Art. cuatrocientos uno. 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.<sup>a</sup> Las asociaciones de Jueces y Magistrados tendrán personalidad jurídica y plena capacidad para el cumplimiento de su fines.

2.<sup>a</sup> Podrán tener como fines lícitos la defensa de los intereses profesionales de sus miembros en todos los aspectos y la realización de 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.<sup>a</sup> Las asociaciones de Jueces y Magistrados deberán tener ámbito nacional, sin perjuicio de la existencia de secciones cuyo ámbito coincida con el de un Tribunal Superior de Justicia.

4.<sup>a</sup> Los Jueces y Magistrados podrán libremente asociarse o no a asociaciones profesionales.

5.<sup>a</sup> Sólo podrán formar parte de las mismas quienes ostenten la condición de Jueces y Magistrados en servicio activo. Ningún Juez o Magistrado podrá estar afiliado a más de una asociación profesional.

6.<sup>a</sup> 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 solicitud 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.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> La suspensión o disolución de las Asociaciones profesionales quedará sometida al régimen establecido para el derecho de asociación en general.

9.<sup>a</sup> Serán de aplicación supletoria las normas reguladoras del derecho de asociación en general.

## CAPITULO V

### De la independencia económica

Art. cuatrocientos dos. 1. El Estado garantiza la independencia económica de los Jueces y Magistrados mediante una retribución adecuada a la dignidad de la función jurisdiccional.

2. 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.

Art. cuatrocientos tres. 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.

Art. cuatrocientos cuatro. Junto a las demás partidas correspondientes a retribuciones de Jueces y Magistrados, los Presupuestos Generales del Estado contendrán una consignación anual para la dotación de los Jueces de provisión temporal, 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*

Art. cuatrocientos cinco. 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.

Art. cuatrocientos seis. El juicio de responsabilidad penal contra Jueces y Magistrados podrá incoarse por providencia del Tribunal competente o, en virtud de querella del Ministerio Fiscal, o del perjudicado u ofendido, o mediante el ejercicio de la acción popular.

Art. cuatrocientos siete. 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.

Art. cuatrocientos ocho. Cuando otras Autoridades Judiciales tuvieran conocimiento, a través de las actuaciones en que interviniere, de la posible comisión de un delito o falta por un Juez o Magistrado en el ejercicio de su cargo, lo comunicarán al Juez o Tribunal competente, oído el Ministerio Fiscal, con remisión de los antecedentes necesarios.

Art. cuatrocientos nueve. 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 procediere el ejercicio de la acción penal, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 406.

Art. cuatrocientos diez. 1. Para que pueda incoarse causa, en virtud de querella del ofendido, o en el caso de ejercerse la acción popular, con el objeto de exigir responsabilidad penal a Jueces o Magistrados, deberá prender un antequicio con arreglo a los trámites que establecen las leyes procesales y la declaración de haber lugar a proceder contra ellos.

2. Del antequicio conocerá el mismo Tribunal que, en su caso, deba conocer de la causa.

**CAPITULO II***De la responsabilidad civil*

Art. cuatrocientos once. Los Jueces y Magistrados responderán civilmente por los daños y perjuicios que causaren cuando en el desempeño de sus funciones, incurrieren en dolo o culpa.

Art. cuatrocientos doce. La responsabilidad civil podrá exigirse a instancia de la parte perjudicada o de sus causahabientes, en el juicio que corresponda.

Art. cuatrocientos trece. 1. La demanda de responsabilidad civil no podrá interponerse hasta que sea firme la resolución que ponga fin al proceso en que se suponga producido el agravio, ni por quien no haya reclamado oportunamente en el mismo, pudiendo hacerlo.

2. En ningún caso la sentencia pronunciada en el juicio de responsabilidad civil alterará la resolución firme recaída en el proceso.

### CAPITULO III

#### De la responsabilidad disciplinaria

Art. cuatrocientos catorce. Los Jueces y Magistrados están sujetos a responsabilidad disciplinaria en los casos y con las garantías establecidas en esta Ley.

Art. cuatrocientos quince. 1. La responsabilidad disciplinaria sólo podrá exigirse por la Autoridad competente, mediante el procedimiento establecido en este Capítulo, incoado ya por propia iniciativa, ya a instancia del agraviado, o en virtud de orden judicial superior, o a iniciativa del Ministerio Fiscal.

2. No se podrá incoar expediente de responsabilidad disciplinaria en relación con hechos objeto de causa penal, en tanto ésta no haya concluido por sobreseimiento o sentencia absolutoria, suspendiéndose, en su caso, el trámite del expediente administrativo en curso, si después de su iniciación se incoara causa penal por el mismo hecho.

En tales supuestos, los plazos de prescripción de los que habla el artículo siguiente de esta Ley, comenzarán a computarse desde la conclusión de la causa penal.

3. En ningún caso un mismo hecho sancionado en causa penal podrá ser objeto de un posterior expediente de responsabilidad disciplinaria.

Art. cuatrocientos dieciséis. 1. Las faltas cometidas por los Jueces y Magistrados en el ejercicio de sus cargos podrán ser leves, graves y muy graves.

2. 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.

3. La prescripción se interrumpirá en el momento en que se inicie el procedimiento disciplinario.

Art. cuatrocientos diecisiete. Se considerarán faltas muy graves:

1.º La infracción de las incompatibilidades establecidas en la presente Ley.

2.º 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.º El abandono o el retraso injustificado y reiterado en el desempeño de la función judicial.

4.<sup>º</sup> La ausencia injustificada, por más de diez días, del lugar en que presten servicios.

5.<sup>º</sup> Los enfrentamientos graves y reiterados, por causas imputables a los Jueces y Magistrados, con las Autoridades de la circunscripción en que desempeñen su cargo.

6.<sup>º</sup> Las elecciones u omisiones que generen, conforme al artículo 411, responsabilidad civil.

7.<sup>º</sup> La comisión de una falta grave cuando hubiere sido anteriormente sancionado por otras dos graves sin que hubieren sido canceladas las anotaciones correspondientes.

Art. cuatrocientos dieciocho. Se considerarán faltas graves:

1.<sup>º</sup> 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.<sup>º</sup> La infracción de las prohibiciones o deberes establecidos en la presente Ley.

3.<sup>º</sup> Dejar de promover la exigencia de la responsabilidad disciplinaria que proceda a los Secretarios y personal auxiliar subordinado, cuando conocieren o debieren conocer el incumplimiento grave por los mismos de los deberes que les corresponden.

4.<sup>º</sup> La ausencia injustificada por más de tres días del lugar en que pres-ten servicios.

5.<sup>º</sup> 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.<sup>º</sup> El exceso o abuso de autoridad respecto de los Secretarios, Oficiales, Auxiliares y Agentes de los Juzgados y Tribunales y de los miembros del Ministerio Fiscal, Abogados, Procuradores y particulares que acudieren a los mismos en cualquier concepto.

7.<sup>º</sup> La inasistencia injustificada a los juicios o vistas que estuvieren seña-lados, cuando no constituya falta muy grave.

8.<sup>º</sup> El incumplimiento de la obligación establecida en el apartado 3 del artículo 317 de esta Ley y el retraso o desidia en el despacho de los asun-tos que no pueda calificarse como muy grave.

9.<sup>º</sup> La comisión de una falta de carácter leve habiendo sido sancionado anteriormente por otras dos leves, cuyas anotaciones no hubieran sido canceladas.

10. La recomendación de cualesquiera asuntos de que conozcan los Juz-gados y Tribunales.

Art. cuatrocientos diecinueve. Se considerarán faltas leves:

1.<sup>º</sup> La falta de respeto a los superiores jerárquicos que no constituya falta grave.

2.<sup>º</sup> La desconsideración con iguales o inferiores en el orden jerárquico judicial, con los miembros del Ministerio Fiscal, Abogados y Procuradores, con los Secretarios, Oficiales, Auxiliares y Agentes de los Juzgados y Tri-bunales o con los particulares que acudieren a los mismos en cualquier con-cepto.

3.º El retraso en el despacho de los asuntos o en su resolución cuando no constituya falta muy grave.

4.º La ausencia injustificada por tres días o menos del lugar en que presten servicios.

5.º 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.

Art. cuatrocientos veinte. 1. Las sanciones que se puedan imponer a los Jueces y Magistrados por las faltas cometidas en el ejercicio de sus cargos son:

- a) Advertencia.
- b) Reprensión.
- c) Multa de hasta cincuenta mil pesetas.
- d) Suspensión de un mes a un año.
- e) Traslado forzoso.
- f) Separación.

2. Las faltas leves sólo podrán sancionarse con advertencia o reprensión; las graves con reprensión o multa, y las muy graves, con suspensión, traslado forzoso o separación.

3. 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.

4. El plazo de prescripción se computará a partir del día siguiente al en que adquiera firmeza la resolución en que se imponga.

Art. cuatrocientos veintiuno. Serán competentes para la imposición de sanciones:

1.º Para las correspondientes a faltas leves, el Presidente del Tribunal Supremo y los Presidentes de las Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia, a los Jueces y Magistrados dependientes de los mismos.

2.º Para las correspondientes a faltas graves, las Salas de Gobierno del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia, respectivamente, a los Jueces y Magistrados dependientes de cada una de ellas.

3.º Para las correspondientes a faltas muy graves, la Comisión Disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial, salvo las previstas en la regla siguiente.

4.º Para las de traslado forzoso y separación, el Pleno del Consejo General.

Art. cuatrocientos veintidós. 1. La sanción de advertencia se impondrá sin más trámite que la audiencia del interesado, previa, de consideración necesario, una sumaria información.

2. Las restantes sanciones deberán ser impuestas por el procedimiento establecido en los artículos siguientes.

Art. cuatrocientos veintitrés. 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, a la de aquel contra el que se dirija el procedimiento. A propuesta del Instructor se designará un Secretario.

Art. cuatrocientos veinticuatro. El Instructor podrá proponer a la Comisión Disciplinaria del Consejo General, previa citación de aquél 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 darse audiencia al Ministerio Fiscal y al interesado. Sólo podrá acordarse cuando aparezcan indicios racionales de la comisión de una falta muy grave.

Art. cuatrocientos veinticinco. 1. 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.

2. 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.

3. Cumplido lo anterior, el Instructor, previa audiencia del Ministerio Fiscal, formulará propuesta de resolución, de la que se dará traslado al interesado, para que en el plazo de ocho días alegue lo que a su derecho convenga. 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.

4. Podrán las Autoridades competentes devolver el expediente al Instructor para que formule pliego de cargos, comprenda otros hechos en el mismo o complete la instrucción.

5. La duración del procedimiento sancionador no excederá de seis 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.

6. La resolución que recaiga deberá ser noticia al interesado y al Ministerio Fiscal, quienes podrán interponer contra la misma los recursos que legalmente procedan.

7. Las resoluciones en que se impongan sanciones de suspensión, traslado forzoso y separación sólo serán ejecutorias cuando hubieren ganado firmeza.

Art. cuatrocientos veintiséis. 1. Las sanciones disciplinarias serán anotadas en el expediente personal del interesado, con expresión de los hechos imputados.

2. La Autoridad que las impusiere cuidará de que se cumpla lo anterior.

Art. cuatrocientos veintisiete. 1. 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.

2. La anotación de las restantes sanciones, con excepción de la 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 o muy grave, y durante este tiempo no hubiere dado lugar el sancionado a nuevo procedimiento disciplinario que termine con la imposición de sanción.

3. La cancelación borrará el antecedente a todos los efectos.

#### TITULO IV

##### *De los jueces en régimen de provisión temporal*

Art. cuatrocientos veintiocho. 1. 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.

2. En las convocatorias de oposiciones habrán de incluirse todas las plazas vacantes, incluidas las servidas por Jueces de provisión temporal. Estas últimas deberán anunciarse en los concursos de traslado al menos una vez al año. ...

Art. cuatrocientos veintinueve. Las Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia ponderarán si los órganos jurisdiccionales vacantes pueden ser servidos adecuadamente mediante sustitución prórrogas 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.

Art. cuatrocientos treinta, 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.

Art. cuatrocientos treinta y uno. 1. Cuando se autorizare este régimen, la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia anunciará concurso de todas las vacantes a cubrir por este medio dentro de la Comunidad Autónoma, 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.

2. Tendrán preferencia:

- a) Los que ostenten el título de Doctor en Derecho.
- b) Los que hayan ejercido cargo de Jueces sustitutos.
- c) Los que hubieran aprobado oposiciones a otras carreras del Estado en que se exija el título de Licenciado en Derecho.

- d) Los que acrediten docencia universitaria de disciplina jurídica.
  - e) Los que tengan mejor expediente académico.
3. De los nombramientos efectuados se dará cuenta al Consejo General, que los dejará sin efecto si no se ajustaren a la ley.

Art. cuatrocientos treinta y dos. 1. Los nombrados Jueces con carácter temporal quedarán sujetos, durante el tiempo en que se desempeñaren dichos cargos, al estatuto jurídico de los miembros de la Carrera Judicial y tendrán derecho a percibir las remuneraciones que reglamentariamente se señalen dentro de las previsiones presupuestarias.

2. Los nombramientos se harán por un año, que podrá prorrogarse por otro más con arreglo al mismo procedimiento, salvo lo previsto en la letra e) del apartado 1 del artículo siguiente.

Art. cuatrocientos treinta y tres. 1. Quienes ocuparen plazas judiciales en régimen de provisión temporal cesarán:

- a) Por transcurso del plazo para el que fueron nombrados.
  - b) Por dimisión, aceptada por la Sala de Gobierno que los nombró.
  - c) 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.
  - d) 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.
  - e) Cuando fuere nombrado un Juez titular para la plaza servida en régimen de provisión temporal.
2. Los ceses, cualquiera que fuere la causa que los determine, se comunicarán al Consejo General del Poder Judicial.

## TITULO V

### *Del Centro de Estudios Judiciales*

Art. cuatrocientos treinta y cuatro. 1. El Centro de Estudios Judiciales es una entidad de Derecho público con personalidad jurídica propia 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.

La formación y perfeccionamiento de los miembros de la Carrera Judicial se realizará bajo la exclusiva dirección del Consejo General del Poder Judicial.

3. Reglamentariamente se establecerá la organización del Centro y designación del personal directivo. Asimismo se establecerán las relaciones permanentes del Centro con los órganos competentes de las Comunidades Autónomas.

**LIBRO V****DEL MINISTERIO FISCAL Y DEMAS PERSONAS E INSTITUCIONES QUE COOPERAN CON LA ADMINISTRACION DE JUSTICA Y DE LOS QUE LA AUXILIAN****TITULO I***Del Ministerio Fiscal*

Art. cuatrocientos treinta y cinco. 1. Sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, 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.

2. El Ministerio Fiscal se regirá por lo que disponga su Estatuto orgánico.

**TITULO II***De los Abogados y Procuradores*

Art. cuatrocientos treinta y seis. Corresponde en exclusiva la denominación y función de abogado al licenciado en Derecho que ejerza profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico.

Art. cuatrocientos treinta y siete. 1. En su actuación ante los Juzgados y Tribunales, los Abogados son libres e independientes, se sujetarán al principio de buena fe, gozarán de los derechos inherentes a la dignidad de su función y serán amparados por aquéllos en su libertad de expresión y defensa.

2. Los Abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos.

Art. cuatrocientos treinta y ocho. 1. Corresponde exclusivamente a los Procuradores la representación de las partes en todo tipo de procesos, salvo cuando la ley autorice otra cosa.

2. Será aplicable a los Procuradores lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo anterior.

Art. cuatrocientos treinta y nueve. 1. 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.

2. La colegiación de los Abogados y Procuradores será obligatoria para actuar ante los Juzgados y Tribunales en los términos previstos en esta Ley y por la legislación general sobre Colegios profesionales, salvo que actúen al servicio de las Administraciones públicas o entidades públicas por razón de dependencia funcional o laboral.

Art. cuatrocientos cuarenta. 1. Salvo que la Ley disponga otra cosa, las partes podrán designar libremente a sus representantes y defensores entre los Procuradores y Abogados que reúnan los requisitos exigidos por las Leyes.

2. 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.

3. En los procedimientos laborales y de Seguridad Social la representación podrá ser ostentada por graduado social colegiado.

Art. cuatrocientos cuarenta y uno. Es obligado de los poderes públicos garantizar la defensa y la asistencia de abogado, en los términos establecidos en la Constitución y en las leyes.

Art. cuatrocientos cuarenta y dos. 1. Los abogados y procuradores están sujetos en el ejercicio de su profesión a responsabilidad civil, penal y disciplinaria, según proceda.

2. Las correcciones disciplinarias por su actuación ante los Juzgados y Tribunales se regirán por lo establecido en esta Ley y en las leyes procesales. La responsabilidad disciplinaria por su conducta profesional compete declararla a los correspondientes Colegios y Consejos conforme a sus Estatutos, que deberán respetar en todo caso las garantías de la defensa de todo procedimiento sancionador.

### TITULO III

#### *De la Policía Judicial*

Art. cuatrocientos cuarenta y tres. 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 competirá, cuando fueren requeridos para prestarla, a todos los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, tanto si dependen del Gobierno central como de las Comunidades Autónomas o de los Entes Locales dentro del ámbito de sus respectivas competencias.

Art. cuatrocientos cuarenta y cuatro. 1. 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 encomiendan.

2. Por ley se fijará la organización de estas unidades y los medios de selección y régimen jurídico de sus miembros.

Art. cuatrocientos cuarenta y cinco. 1. Corresponden específicamente a las unidades de Policía Judicial las siguientes funciones:

a) La averiguación acerca de los responsables 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.

- b) El auxilio a la autoridad judicial y fiscal en cuantas actuaciones deba realizar fuera de su sede y requieran la presencia policial.
- c) La realización material de las actuaciones que exijan el ejercicio de la coerción y ordenare la autoridad judicial o fiscal.
- d) la garantía del cumplimiento de las órdenes y resoluciones de la autoridad judicial o fiscal.

2. En ningún caso podrán encomendarse a los miembros de dichas Unidades la práctica de actuaciones que no sean las propias de la Policía Judicial o las derivadas de las mismas.

Art. cuatrocientos cuarenta y seis. 1. En las funciones de investigación penal, la Policía Judicial actuará bajo la dirección de los Juzgados y Tribunales y del Ministerio Fiscal.

2. Los funcionarios de Policía Judicial a quienes se hubiera encomendado una actuación o investigación concreta dentro de las competencias a que se refiere el artículo 443 de esta Ley, no podrán ser removidos o apartados hasta que finalice la misma o en todo caso, la fase del procedimiento judicial que la originó, si no es por decisión o con la autorización del Juez o Fiscal competente.

#### TITULO IV

##### *De la representación y defensa del Estado y demás Entes públicos*

Art. cuatrocientos cuarenta y siete. 1. La representación y defensa del Estado y de sus Organismos Autónomos, salvo que, en cuanto a éstos, sus disposiciones autoricen otra cosa, así como la de los Organos Constitucionales, corresponderán a los letrados integrados en los servicios jurídicos del Estado, sin perjuicio de que, para casos determinados y de acuerdo con lo que reglamentariamente se disponga, puedan ser encomendadas a Abogado Colegiado especialmente designado al efecto.

2. La representación y defensa de las Comunidades Autónomas y las de los Entes locales corresponderán a los letrados que sirvan en los servicios jurídicos de dichas Administraciones públicas, salvo que designen Abogado Colegiado que les represente y defienda. Los letrados integrados en los servicios jurídicos del Estado podrán representar y defender a las Comunidades Autónomas en los términos que se establecerán reglamentariamente.

#### TITULO V

##### *De las sanciones que pueden imponerse a los que intervienen en los pleitos o causas*

Art. cuatrocientos cuarenta y ocho. 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.

Art. cuatrocientos cuarenta y nueve. Los Abogados y Procuradores serán también corregidos disciplinariamente por su actuación ante los Juzgados y Tribunales:

1.º 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.

2.º Cuando llamados al orden en las alegaciones orales no obedecieren reiteradamente al que presida el Tribunal.

3.º Cuando no comparecieren ante el Tribunal sin causa justificada una vez citados en forma.

4.º Cuando renuncien injustificadamente a la defensa o representación que ejerzan en un proceso, dentro de los siete días anteriores a la celebración del juicio o vistas señaladas.

Art. cuatrocientos cincuenta. 1. Las correcciones que pueden imponerse a las personas a que se refieren los dos artículos anteriores son:

a) Apercibimiento.

b) Multa cuya máxima cuantía será la prevista en el Código penal como pena correspondiente a las faltas.

2. La imposición de la corrección de multa se hará atendiendo a la gravedad, antecedentes y circunstancias de los hechos cometidos, y en todo caso se impondrá siempre con audiencia del interesado.

Art. cuatrocientos cincuenta y uno. 1. La corrección se impondrá por el Juez o por la Sala ante la que se sigan las actuaciones.

2. Podrá imponerse en los propios autos o en procedimiento aparte. En todo caso, por el Secretario se hará constar el hecho que motive la actuación correctora, las alegaciones del implicado y el acuerdo que se adopte por el Juez o por la Sala.

Art. cuatrocientos cincuenta y dos. Contra el acuerdo de imposición de la corrección podrá interponerse, en el plazo de tres días, recurso de audiencia en justicia ante el Juez o la Sala, que lo resolverán en el siguiente día. Contra este acuerdo o contra el de imposición de la sanción, en el caso de que no se hubiese utilizado el recurso de audiencia en justicia, 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.

Art. cuatrocientos cincuenta y tres. 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 utilizables, lo que establecen los dos artículos anteriores.

## LIBRO VI

*Del personal al servicio de la Administración de Justicia*

## TITULO I

*Disposiciones comunes*

Art. cuatrocientos cincuenta y cuatro. 1. Bajo la denominación de personal al servicio de la Administración de Justicia se comprenden los Secretarios Judiciales, 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.

2. 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.

Art. cuatrocientos cincuenta y cinco. Las competencias respecto de todo el personal al servicio de la Administración de Justicia, incluido en el artículo anterior, corresponden al Ministerio de Justicia, en todas las materias relativas a su Estatuto y régimen jurídico, comprendidas la selección, formación y perfeccionamiento, así como la provisión de destinos, ascensos, situaciones administrativas y régimen disciplinario.

Art. cuatrocientos cincuenta y seis. 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.

Art. cuatrocientos cincuenta y siete. 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, ni estén procesados ni inculpados 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, salvo que hubiesen sido debidamente rehabilitados.

Art. cuatrocientos cincuenta y ocho. 1. La selección del personal al servicio de la Administración de Justicia se realizará mediante convocatoria pública, de acuerdo con los principios de igualdad, publicidad, mérito y capacidad, mediante pruebas selectivas en la forma en que dispone la presente Ley y las disposiciones reglamentarias que la desarrollen.

2. En las convocatorias podrá, en su caso, establecerse como mérito valorable el manejo de máquinas automatizadas.

Art. cuatrocientos cincuenta y nueve. 1. Todos los que integren el personal al servicio de la Administración de Justicia prestarán juramento o promesa al tomar posesión de su primer destino.

2. 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.

3. Cuando fueren destinados a organismos distintos de los Juzgados o Tribunales, lo harán ante aquella autoridad a cuyas inmediatas órdenes hayan de estar.

Art. cuatrocientos sesenta. La fórmula del juramento o promesa será la siguiente:

«Juro (o prometo) guardar y hacer guardar fielmente y en todo tiempo la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, lealtad a la Corona y cumplir los deberes de mi cargo frente a todos.»

Art. cuatrocientos sesenta y uno. 1. Los Secretarios Judiciales deberán abstenerse en los casos establecidos para los Jueces y Magistrados y, si no lo hicieran, podrán ser recusados.

2. 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 del proceso.

Art. cuatrocientos sesenta y dos. 1. 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.

2. Adoptarán aquellas autoridades, de oficio o a solicitud de parte, con audiencia del funcionario, en su caso, las medidas que procedan para garantizar su imparcialidad en las actuaciones judiciales.

Art. cuatrocientos sesenta y tres. Se aplicarán a los Médicos Forenses las prescripciones que, respecto a la recusación de los peritos, establecen las leyes procesales.

Art. cuatrocientos sesenta y cuatro. 1. Serán corregidos disciplinariamente los funcionarios que integran el personal al servicio de la Administración de Justicia si incurrieren en alguna de las faltas previstas en esta Ley para los Jueces y Magistrados, en cuanto les fueren aplicables o en los supuestos establecidos para los funcionarios de la Administración Civil del Estado, en su caso.

2. Podrán imponérseles las sanciones previstas para Jueces y Magistrados por el procedimiento establecido para las mismas. El Instructor será un Juez, Magistrado, Secretario o, en su caso, un miembro del Ministerio Fiscal; en ningún caso podrá ser Instructor el titular del Juzgado o Magistrado de la Sala en la que preste servicios el funcionario expedientado. El Instructor designará un Secretario, de la misma o superior categoría que el sujeto a expediente.

3. La sanción de advertencia se impondrá por el respectivo Juez o Pre-

sidente; las de represión, multa y suspensión, por la correspondiente Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia; la de traslado forzoso, por el Ministro de Justicia, y la de separación, por el Consejo de Ministros

4. Las sanciones, con exclusión de la de advertencia, contra la que sólo cabrá súplica ante el propio órgano que la dictó, serán susceptibles de recurso para ante el Ministro de Justicia cuando hubieran sido impuestas por las Salas de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia. Las resoluciones del Ministerio de Justicia resolviendo el recurso anterior o, en su caso, imponiendo el traslado forzoso, así como las del Consejo de Ministros en todo caso, agotarán la vía administrativa.

5. Las resoluciones sancionadoras que decidan definitivamente en vía gubernativa serán recurribles ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa, de conformidad con lo dispuesto en la Ley reguladora de la misma.

Art. cuatrocientos sesenta y cinco. 1. El procedimiento disciplinario se iniciará por acuerdo de la Autoridad competente, ya por propia iniciativa, ya a instancia del agraviado, o en virtud de orden superior o a iniciativa del Ministerio Fiscal.

2. El Instructor podrá proponer al Ministro de Justicia la suspensión provisional del funcionario sometido a expediente disciplinario, con audiencia del Ministerio Fiscal y del interesado.

Art. cuatrocientos sesenta y seis. La autoridad competente para sancionar lo es para decretar la cancelación y la rehabilitación.

Art. cuatrocientos sesenta y siete. 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.

Art. cuatrocientos sesenta y ocho. El personal que sirva en las Fiscalías podrá ser corregido disciplinariamente, en la forma establecida en los artículos 464 y siguientes de esta Ley, por los órganos del Ministerio Fiscal, con arreglo a lo dispuesto en su Estatuto y Reglamento.

Art. cuatrocientos sesenta y nueve. 1. 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.

2. 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 facultades señaladas en el apartado anterior, los cuales quedarán en la situación que determine su legislación específica.

Art. cuatrocientos setenta. 1. El personal al servicio de la Administración de Justicia a que se refiere el artículo cuatrocientos cincuenta y nueve ejercerá libremente el derecho de sindicación de acuerdo con lo previsto en la legislación general del Estado para funcionarios públicos.

2. El ejercicio del derecho de huelga por parte del personal a que se

refiere el apartado anterior se ajustará a lo establecido en la legislación general del Estado para funcionarios públicos, aunque estará en todo caso sujeto a las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la Administración de Justicia.

Art. cuatrocientos setenta y uno. En los concursos para la provisión de plazas en el territorio de aquellas Comunidades Autónomas que tengan una lengua oficial propia, se valorará como mérito el conocimiento de ésta en los términos que se establecerán reglamentariamente.

## TITULO II

### *De los Secretarios judiciales*

Art. cuatrocientos setenta y dos. Los Secretarios judiciales integran un solo Cuerpo, que se regirá por lo establecido en esta Ley y en las normas reglamentarias orgánicas que la desarrollen.

Art. cuatrocientos setenta y tres. 1. 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.

2. Les corresponde ostentar la jefatura directa del personal de la Secretaría de que son titulares, sin perjuicio de la superior dirección de Jueces y Presidentes.

3. A los Secretarios corresponde la guarda y depósito de la documentación, su archivo, y la conservación de los bienes y objetos afectos a los expedientes judiciales, así como responden del debido depósito, en las instituciones legales, de cuantas cantidades y valores, consignaciones y fianzas se produzcan.

4. Igualmente estará a su cargo la confección de la estadística judicial.

Art. cuatrocientos setenta y cuatro. Los Secretarios judiciales están sujetos a las incapacidades, incompatibilidades, prohibiciones y situaciones establecidas en esta Ley para los Jueces y Magistrados, con excepción de las prohibiciones previstas en el artículo 395.

Art. cuatrocientos setenta y cinco. Para el ingreso en el Cuerpo de Secretarios judiciales se requiere la licenciatura en Derecho y no estar incurso en causa de incapacidad o incompatibilidad absoluta, superar las pruebas selectivas correspondientes y un curso en el Centro de Estudios Judiciales.

Art. cuatrocientos setenta y seis. 1. Las categorías del Cuerpo de Secretarios judiciales son tres.

2. Se proveerán entre los funcionarios pertenecientes a la primera categoría las plazas de Secretario y Vicesecretario de Gobierno del Tribunal Supremo, Secretarios de Sala de dicho alto Tribunal, Secretario de Gobierno de la Audiencia Nacional, Secretario de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia.

3. Las Secretarías de las Salas de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia de las Audiencias Provinciales y de Juzgados

servidos por Magistrados se proveerán entre los Secretarios pertenecientes a la segunda categoría.

4. Las Secretarías de los Juzgados que no han de ser servidos por Magistrados se cubrirán con funcionarios de tercera categoría.

Art. cuatrocientos setenta y siete. El ingreso en el Cuerpo de Secretarios judiciales tendrá lugar por la tercera categoría.

Art. cuatrocientos setenta y ocho. 1. Se reservará en el Cuerpo de Secretarios judiciales una de cada seis vacantes de la tercera categoría al personal del Cuerpo de Oficiales que esté en posesión del título de Licenciado en Derecho y lleve al menos cinco años de servicios efectivos en aquél.

2. La selección de los aspirantes por este turno se hará por concurso, con arreglo a baremo de méritos pre establecidos, en función de su historial académico y profesional, y de su antigüedad.

3. Los seleccionados tendrán que superar un curso en el Centro de Estudios Judiciales, en la forma que reglamentariamente se establezca.

4. Las vacantes que no se cubran por este turno acrecerán al turno general.

Art. cuatrocientos setenta y nueve. 1. El Secretario y Vicesecretario de Gobierno del Tribunal Supremo serán nombrados, entre los Secretarios de primera categoría que lo soliciten, por el Ministerio de Justicia, a propuesta de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, entre los peticionarios que acrediten más de quince años de servicios efectivos.

2. Las restantes vacantes del Cuerpo se anunciarán a concurso de tras lado 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.

Art. cuatrocientos ochenta. 1. La promoción a la primera categoría se hará por concurso entre Secretarios de la segunda, que se resolverá en favor del concursante que ostente el mejor puesto en el escalafón.

2. 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.

Art. cuatrocientos ochenta y uno. 1. Las vacantes de secretarios de Juzgados de Paz se anunciarán a concurso entre funcionarios del Cuerpo de Oficiales cubriendose con arreglo al siguiente orden de preferencia:

a) Oficiales que estuvieren en posesión del título de Licenciado en Derecho.

b) Oficiales titulares de una Secretaría de Juzgado de Paz.

c) Demás Oficiales.

2. La preferencia dentro de estos grupos se producirá por el mejor puesto escalafonal.

Art. cuatrocientos ochenta y dos. 1. Podrán cubrirse en régimen de provisión temporal las Secretarías que hayan de ser servidas por miembros del Cuerpo de Secretarios judiciales 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.

2. Lo dispuesto en el apartado anterior será aplicable a las Secretarías de los Juzgados de Paz cuando resultaren desiertas en los concursos de traslado.

3. El régimen de provisión temporal se ajustará a lo establecido en el Título IV del Libro IV, en cuanto resulte aplicable.

Art. cuatrocientos ochenta y tres. Los Secretarios serán sustituidos con sujeción a las siguientes reglas:

1.<sup>a</sup> El Secretario de Gobierno del Tribunal Supremo, por el Vicesecretario y, en su defecto, por el Secretario de Sala más antiguo.

2.<sup>a</sup> Los Secretarios de Gobierno de los restantes Tribunales, por turno entre los Secretarios de Sala.

3.<sup>a</sup> Los Secretarios de Sala y los de las Audiencias Provinciales, por los 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.<sup>a</sup> 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 aquel que sea Licenciado en Derecho.

5.<sup>a</sup> 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*

Art. cuatrocientos ochenta y cuatro. 1. Los Oficiales, Auxiliares y Agentes son funcionarios de Carrera que prestan sus servicios en los Juzgados y Tribunales.

2. También podrán desempeñar sus funciones en el Consejo General del Poder Judicial y organismos y servicios de la Administración de Justicia.

3. Prestarán servicio en las Fiscalías los Oficiales, Auxiliares y Agentes de la Administración de Justicia, necesarios para las atenciones de las mismas, según la plantilla que se fije por el Ministerio de Justicia, oído el Consejo Fiscal.

4. En los Juzgados y Tribunales estarán bajo la dirección del Secretario, quien responderá del buen funcionamiento de la Secretaría. El Juez o Presidente ostenta, sin embargo, la superior inspección.

Art. cuatrocientos ochenta y cinco. Los Oficiales que presten servicios en Juzgados y Tribunales realizan las labores de tramitación de los asuntos

y otras que se les encomienden de la misma naturaleza, de acuerdo con lo que determinen 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.

Art. cuatrocientos ochenta y seis. Los Auxiliares que presten servicios en Juzgados y Tribunales realizarán las funciones de colaboración en el desarrollo general de la tramitación procesal, las de registro, las tareas ejecutivas no resolutorias, los actos de comunicación que les atribuya la ley; podrán sustituir, en su caso, a los Oficiales, y cumplen aquellas otras funciones que se les encomienden de acuerdo con la ley y los Reglamentos.

Art. cuatrocientos ochenta y siete. 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 agentes de la autoridad; y se ocupan de las funciones de vigilancia, custodia, porte o y otras análogas, relacionadas con la función, que les puedan ser encomendadas, dentro de lo que establezcan los Reglamentos.

Art. cuatrocientos ochenta y ocho. Cuando los Oficiales, Auxiliares y Agentes desarrollen su función 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.

Art. cuatrocientos ochenta y nueve. Los Oficiales, Auxiliares y Agentes judiciales están sujetos a las causas de incompatibilidad que se prevén en la legislación de incompatibilidades de funcionarios al servicio de las Administraciones Públicas. En todo caso son incompatibles:

1.º Con el ejercicio de funciones jurisdiccionales en cualquier Juzgado o Tribunal.

2.º Con todo empleo, cargo o profesión retribuida, salvo la docencia o investigación jurídica, así como la producción y creación literaria, artística, científica y técnica, y las publicaciones derivadas de aquélla, de conformidad con lo dispuesto en la legislación sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

3.º Con el ejercicio de la Abogacía o el de la Procuraduría o cualquier otra profesión que habilite para actuar ante Juzgados y Tribunales.

4.º Con los empleos al servicio de Abogado o Procurador.

5.º Con la condición de Agente de Seguros y la de empleado de los mismos o de una compañía de seguros.

6.º Con el desempeño de los cargos de Gerente, Consejero o Asesor de empresas que persigan fines lucrativos.

7.º Con el ejercicio de las funciones periciales ante los Tribunales y Juzgados.

8.º Con la de Gestor Administrativo, o empleado de los mismos en estas actividades.

Art. cuatrocientos noventa. Los aspirantes a ingreso en el Cuerpo de Oficiales deben tener título de Bachiller o equivalente. En el Cuerpo Auxi-

liar, el de Graduado Escolar o equivalente, y en el Cuerpo de Agentes, el certificado de escolaridad o equivalente.

Art. cuatrocientos noventa y uno. 1. Las pruebas de selección y perfeccionamiento podrán celebrarse en los diversos territorios judiciales.

2. Los que superaren dichas pruebas y no obtuvieren destino, serán considerados aspirantes de los respectivos Cuerpos y cubrirán por su orden las vacantes que se produzcan.

Art. cuatrocientos noventa y dos. Los funcionarios del Cuerpo Auxiliar, con cinco años, al menos, de servicios efectivos y sin nota desfavorable en el expediente que, con arreglo a baremo de méritos pre establecido, acrediten condiciones de preparación y responsabilidad para cargo superior y estén en posesión del título de Bachiller o equivalente, podrán ingresar en el Cuerpo de Oficiales por un turno restringido y en la forma que reglamentariamente se determine. Se reserverá la mitad de las vacantes para su provisión por este turno. Las que no se cubran por este procedimiento acrecerán al turno libre.

Art. cuatrocientos noventa y tres. Los Agentes judiciales con tres años, al menos, de servicios efectivos y sin nota desfavorable en el expediente que, con arreglo a baremo de méritos pre establecido, 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, 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 al turno general.

Art. cuatrocientos noventa y cuatro. 1. La provisión de vacantes en los Cuerpos de Oficiales, Auxiliares y Agentes se efectuará mediante concurso de traslado.

2. 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.

Art. cuatrocientos noventa y cinco. 1. No podrán concursar los electos ni los que se encuentren en situación de las previstas en esta Ley que se lo impida.

2. Tampoco podrán concursar los que no lleven en destino al que hubieren tenido acceso voluntariamente el plazo que reglamentariamente se determine, y que no será inferior a un año.

Art. cuatrocientos noventa y seis. 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 al servicio  
de la Administración de Justicia*

Art. cuatrocientos noventa y siete. 1. Los Médicos Forenses constituyen un cuerpo titulado superior al servicio de la Administración de Justicia.

2. Estarán a las inmediatas órdenes de los Jueces Tribunales y Fiscales de la población o poblaciones para las que fueren nombrados.

3. Además de lo establecido en la legislación sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas, será, en todo caso, incompatible con la función de médico de empresa o de entidades aseguradoras, con cargos públicos efectivos, y no podrán desarrollar actividades que menoscaben el ejercicio de sus funciones.

Art. cuatrocientos noventa y ocho. 1. 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.

2. 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.

3. Los Médicos Forenses se abstendrán de intervenir como particulares en los casos que pudieren tener relación con sus funciones.

Art. cuatrocientos noventa y nueve. 1. Los aspirantes al Cuerpo de Médicos Forenses deberán ser Licenciados en Medicina. Su ingreso se efectuará mediante la superación de las correspondientes pruebas selectivas.

2. El Centro de Estudios Judiciales, con el asesoramiento y cooperación de los organismos competentes, elaborará los programas de selección y perfeccionamiento.

Art. quinientos. 1. Las plazas vacantes de Médicos Forenses se proveerán mediante concurso, que se resolverá en favor de quienes tengan mejor puesto en el escalafón.

2. No obstante, cuando la plaza vacante sea de una concreta especialidad o exigierte su desempeño determinadas condiciones, en la resolución del concurso que la anuncie tendrán preferencia quienes acrediten la especialización correspondiente o reúnan las condiciones o méritos exigidos, y, en caso de igualdad, será preferido el que tenga mejor puesto escalafonál.

Art. quinientos uno. 1. Los destinos serán a una población o a un Instituto de Medicina Legal, regional o provincial, con especificación del cargo o de la función a desempeñar por razón de especialización.

2. En todo caso, podrán crearse Agrupaciones de Forensías, servidas por un solo Médico Forense.

Art. quinientos dos. 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.

Art. quinientos tres. 1. 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.

2. La adscripción se hará a los Juzgados, Decanatos, Audiencias, Tribunales o Fiscalías que tengan su sede en la población de la residencia oficial del Médico Forense.

Art. quinientos cuatro. 1. En las capitales de provincia en las que tenga su sede un Tribunal Superior de Justicia y haya Facultad de Medicina, existirá un Instituto Regional de Medicina Legal. También existirá en aquellas capitales de provincias en las que tengan su sede Salas del Tribunal Superior de Justicia con jurisdicción en una o más provincias y haya Facultad de Medicina. En las demás capitales de provincia existirá un Instituto Provincial.

2. Tanto en los Institutos Regionales como en los Provinciales prestarán sus servicios los Médicos Forenses necesarios para cubrir las necesidades de todos los órganos judiciales de la respectiva demarcación. Además, en los Institutos Regionales prestarán servicios quienes ejercen docencia en los departamentos de Medicina legal, en la forma en que reglamentariamente se determine.

Art. quinientos cinco. 1. El Instituto de Toxicología es un órgano técnico adscrito al Ministerio de Justicia cuya misión es auxiliar a la Administración de Justicia.

2. En sus funciones técnicas tendrá carácter independiente y emite sus informes de acuerdo a las reglas de investigación científica que estime adecuadas.

3. Son funciones del Instituto de Toxicología.

a) Emitir los informes y dictámenes que soliciten las Autoridades Judiciales y del Ministerio Fiscal.

b) Practicar los análisis e investigaciones toxicológicas que sean ordenadas por los Médicos Forenses y las Autoridades Judiciales o Gubernativas, o del Ministerio Fiscal.

Art. quinientos seis. 1. En los Institutos de Medicina Legal, tanto Regionales como Provinciales, un Médico Forense ejercerá la dirección del Centro en la forma que reglamentariamente se determine.

2. En ellos prestarán servicios Ayudantes y 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.

3. Asimismo podrán existir Auxiliares que se seleccionarán también mediante pruebas específicas y que no podrán ser destinados más que en los

citados organismos. Se asimilarán a los Auxiliares de la Administración de Justicia.

4. 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.

Art. quinientos siete. 1. 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.

2. En caso necesario, auxiliarán a los Médicos Forenses.

Art. quinientos ocho. 1. Además de los funcionarios de los Cuerpos citados en los artículos precedentes, podrán prestar servicios en la Administración de Justicia los profesionales y expertos que sean permanente u ocasionalmente necesarios para auxiliarla.

2. Los profesionales referidos en el apartado 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.

3. También podrán ser contratados en régimen laboral por el Ministerio de Justicia.

4. Cuando se trate de funcionarios de las Administraciones Públicas, estos actuarán bajo la dependencia funcional del Tribunal o Juzgado respectivo.

#### DISPOSICIONES ADICIONALES

Primera. 1. En el plazo de un año, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales los proyectos de Ley de planta de demarcación judicial, de reforma de la legislación tutelar de menores, del proceso contencioso-administrativo, de conflictos jurisdiccionales y del jurado.

2. Asimismo y en idéntico plazo, el Gobierno aprobará los Reglamentos que exija el desarrollo de la presente Ley Orgánica.

Segunda. 1. Los Tribunales Superiores de Justicia tendrán su sede en la ciudad que indiquen los respectivos Estatutos de Autonomía.

2. Si no la indicaren, tendrán su sede en la misma ciudad en que la tenga la Audiencia Territorial existente en la Comunidad Autónoma a la fecha de entrada en vigor de esta Ley.

3. En aquellas Comunidades Autónomas donde existan más de una Audiencia Territorial en el momento de entrar en vigor esta Ley, una ley de la propia Comunidad Autónoma establecerá la sede del Tribunal Superior de Justicia en alguna de las sedes de dichas Audiencias Territoriales, salvo que las instituciones de autogobierno de la respectiva Comunidad hubieran ya fijado dicha sede de acuerdo con lo previsto en su Estatuto.

4. En los restantes casos, el Tribunal Superior de Justicia tendrá su sede en la capital de la Comunidad Autónoma.

Tercera. 1. En aquellas Comunidades en las que, a la entrada en vigor de esta Ley, exista más de una Audiencia Territorial, se crean, de conformidad

con lo dispuesto en el artículo 17, una Sala de lo Contencioso-administrativo y otra de lo Social integradas en el correspondiente Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma.

2. En Santa Cruz de Tenerife se crean una Sala de lo Social y otra de lo contencioso-administrativo, integradas en el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Extenderán su jurisdicción a la provincia de Santa Cruz de Tenerife, y su composición vendrá determinada en la Ley de planta.

Cuarta. Dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigor de esta Ley se procederá a la constitución del órgano colegiado al que corresponde resolver los conflictos de jurisdicción que se planteen entre los Tribunales y la Administración. Los Plenos del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo de Estado designarán a los miembros respectivos con antelación suficiente. Una vez constituido dicho órgano colegiado en la propia sede del Tribunal Supremo, se anunciará ello en el «Boletín Oficial del Estado», a fin de que asuma, desde el día siguiente, las competencias que la Ley de Conflictos Jurisdiccionales, de 17 de julio de 1948, atribuye al Jefe del Estado y al Consejo de Ministros, incluso respecto de los conflictos que se hallaren en tramitación.

Quinta. 1. El recurso de reforma podrá interponerse contra todos los autos del Juez de Vigilancia penitenciaria.

2. Las resoluciones del Juez de Vigilancia en materia de ejecución de penas serán recurribles en apelación y queja ante el Tribunal sentenciador, excepto cuando se hayan dictado resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa que no se refiera a la clasificación del penado.

3. Las resoluciones del Juez de Vigilancia en lo referente al régimen penitenciario y demás materias no comprendidas en el número anterior serán recurribles en apelación o queja siempre que no se hayan dictado resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa. Conocerá de la apelación o de la queja la Audiencia Provincial que corresponda, por estar situado dentro de su demarcación el establecimiento penitenciario.

4. El recurso de queja a que se refieren los números anteriores sólo podrá interponerse contra las resoluciones en que se deniegue la admisión de un recurso de apelación.

5. Se aplicará a los recursos lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, si bien sólo podrán recurrir el Ministerio Fiscal y el interno o liberado condicional, sin que estos últimos precisen de asistencia letrada o representación por Procurador en cuanto al recurso de reforma. En todo caso, el Fiscal será parte en cuantos recursos se prevén en la presente disposición.

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, regulado 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 conocerán de esta materia por los trámites del juicio declarativo que corresponda por la cuantía.

3. Los Tribunales Arbitrales de Censos de Cataluña, sin perjuicio de lo dispuesto en 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.

4. La respectiva Audiencia Provincial se hará cargo de los archivos de los Tribunales suprimidos.

Séptima. Cuando los Estatutos de Autonomía atribuyan a los órganos jurisdiccionales radicados en la Comunidad Autónoma el conocimiento de los recursos contra la calificación de títulos sujetos a inscripción en un Registro de la Propiedad de la Comunidad, corresponderá al Presidente del Tribunal Superior de Justicia la resolución del recurso. El Presidente resolverá definitivamente en vía gubernativa cuando el recurso se funde en el Derecho Civil, Foral o especial privativo de la Comunidad Autónoma. En otro caso, su decisión será apelable, conforme a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria.

Octava. 1. La competencia para tramitar y decidir en primera instancia los procesos civiles sobre impugnación de acuerdos sociales establecidos en la Ley de 17 de julio de 1951, sobre régimen jurídico de las Sociedades Anónimas, y en la Ley 52/1974, de 19 de diciembre, General de Cooperativas, así como los que versen sobre nulidad de registro de cualquiera de las modalidades de la Propiedad Industrial a que se refiere la Real Orden de 30 de abril de 1930, por la que se aprueba el Texto Refundido del Real Decreto Ley de 26 de julio de 1929, sobre Propiedad Industrial, quedará en todo caso atribuida a los Jueces de Primera Instancia que resulten competentes con arreglo a las mismas disposiciones.

2. Sus resoluciones serán apelables para ante la Sala competente, cuyas sentencias serán, a su vez, susceptibles de recurso de casación cuando ello proceda conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Novena. El artículo 34 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre por la que se regula el Estatuto del Ministerio Fiscal, quedará redactado como sigue: «Las categorías de la Carrera Fiscal serán las siguientes:

1.<sup>a</sup> Fiscales de Sala del Tribunal Supremo, equiparados a Magistrados de Alto Tribunal. El Teniente Fiscal del Tribunal Supremo tendrá la consideración de Presidente de Sala.

2.<sup>a</sup> Fiscales equiparados a Magistrados.

3.<sup>a</sup> Abogados-fiscales equiparados a Jueces».

Décima. 1. La Ley de Planta determinará las plazas que, en el Ministerio de Justicia, serán servidas por miembros de la Carrera Judicial.

2. Las referidas plazas se cubrirán por concurso de méritos, que convocará y resolverá el Ministro de Justicia en la forma que se determine reglamentariamente.

Undécima. Queda autorizado el Gobierno para actualizar cada cinco años las cuantías de las multas mencionadas en el texto.

Duodécima. El Gobierno, a propuesta del Ministro de Justicia y previo dictamen del Consejo de Estado, aprobará en el plazo de un año un nuevo texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, en el que se conten-

gan las modificaciones derivadas de la legislación posterior a la misma y se regularicen, aclaren y armonicen los textos legales refundidos.

Decimotercera. 1. Queda suprimido el Tribunal Arbitral de Seguros. Se atribuye a los órganos del orden jurisdiccional civil el conocimiento de todos los asuntos litigiosos anteriormente asignados a la competencia de aquél.

2. Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal Arbitral de Seguros resolverá expresamente, en el plazo máximo de un año, todos los asuntos litigiosos que se hallasen pendientes ante él con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley orgánica, los interesados podrán deducir sus pretensiones directamente ante los correspondientes órganos de la jurisdicción civil.

#### DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera.—Salas de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.

1. Hasta que entre en vigor la Ley de planta, continuarán funcionando las tres Salas de lo Contencioso-administrativo existentes en el Tribunal Supremo.

2. En dicha Ley se regulará la situación de quienes en la fecha de su entrada en vigor sean Presidentes de las citadas Salas.

Segunda.—Tribunales Superiores de Justicia.

1. En el plazo de un año, a partir de la entrada en vigor de esta Ley, se constituirán los Tribunales Superiores de Justicia y, una vez en funcionamiento, desaparecerán las Audiencias Territoriales.

2. En tanto no entren en funcionamiento los Tribunales Superiores de Justicia, subsistirán las Audiencias Territoriales existentes a la fecha de entrada en vigor de esta Ley, así como la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife.

3. Hasta que entren en funcionamiento los Tribunales Superiores de Justicia, las competencias que la presente Ley atribuye a su Sala de lo Civil y Penal continuarán residenciadas en las Salas del Tribunal Supremo que actualmente las tienen atribuidas, salvo que los Estatutos de Autonomía las atribuyan a la respectiva Audiencia Territorial.

4. Los Magistrados destinados en las Salas de lo Civil de las Audiencias Territoriales pasarán, cuando éstas sean suprimidas, a prestar servicio en el Tribunal Superior o Audiencias correspondientes de la sede donde aquéllas se encuentren radicadas, de conformidad con los criterios que establezca la Ley de planta.

5. Los Magistrados de las Salas de lo Contencioso-administrativo de las Audiencias Territoriales, cuando éstas sean suprimidas se integrarán en las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia.

Tercera.—Juzgados de Primera Instancia e Instrucción y Juzgados de Distrito.

1. El Gobierno, dentro del año siguiente a la promulgación de la Ley de demarcación, oído el Consejo General del Poder Judicial, efectuará la conversión de los actuales Juzgados de Distrito en Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, o, en su caso, de Paz, con arreglo a las siguientes reglas:

1.º En las poblaciones donde estuvieran separados los órdenes civil y

penal, los Juzgados de Distrito pasarán a ser Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, servidos por el mismo personal que tienen en la actualidad, excepto los encargados con exclusividad del Registro Civil, que pasarán a ser Juzgados de Primera Instancia.

2.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> En los Juzgados de Distrito a convertir según la regla anterior, los Jueces titulares a quienes por antigüedad correspondiera ascender, durante el plazo previsto para la conversión, permanecerán con la categoría de Magistrados, conservando su número en el escalafón en el mismo Juzgado, no surtiendo efectos económicos el ascenso hasta que la conversión se efectúe. El ascendido podrá optar por la efectividad inmediata del ascenso con cambio de destino.

4.<sup>a</sup> 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 del 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 en su propio Cuerpo o Carrera, en los concursos que reglamentariamente se convoquen y a los que necesariamente habrán de concurrir, reconociéndoles preferencia para ocupar las vacantes que se produzcan dentro de la misma provincia.

Si no obtuvieren 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 gozarán de preferencia para ocupar las vacantes que en ellos se produzcan.

5.<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 Regla 4.<sup>a</sup>

6.<sup>a</sup> En aquellas poblaciones en las 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 reglas siguientes:

1.<sup>a</sup> Los Juzgados de Distrito convertidos en Juzgados de Primera Instancia o en Juzgados de Instrucción continuarán conociendo hasta su terminación de cuantos asuntos civiles y penales tuvieran en trámite, y, desde la fecha de la conversión, comenzarán a entender de los civiles o de los penales que les correspondieren, por reparto o por el servicio de guardia.

2.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> Las apelaciones civiles y penales interpuestas contra las resoluciones de los Juzgados de Distrito con anterioridad a la fecha de la conversión, seguirán sustanciándose ante los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción. Las que se promuevan con posterioridad a aquella fecha se tramitarán ante la Audiencia Provincial de conformidad con lo dispuesto en esta Ley.

#### Cuarta.—Juzgados de Menores.

Los actuales Tribunales Tutelares de Menores continuarán ejerciendo sus funciones hasta que entren en funcionamiento los Juzgados de Menores.

#### Quinta.—Jueces y Fiscales de ingreso y ascenso.

1. A la entrada en vigor de la presente Ley quedará sin efecto la distinción, dentro de las categorías de Juez y Fiscal, de los grados de ingreso y de ascenso

2. A tal efecto, quienes de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica 5/1981, de 16 de noviembre, de integración de la Carrera Judicial y del Secretario de la Administración de Justicia, ostentasen 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 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, primero, dos, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal para acceder a la segunda categoría a través de las pruebas selectivas se entenderán referidos para todos los Abogados Fiscales de ingreso, ostenten o no el grado de ascenso a título personal, a los servicios prestados en la categoría a partir de la entrada en vigor de esta Ley.

#### Séptima.—Escuela Judicial.

1. A la entrada en vigor de la presente Ley, la Escuela Judicial pasará a denominarse Centro de Estudios Judiciales. 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 serán asumidos por el Centro de Estudios Judiciales, que desarrollarán también los siguientes hasta que se promulgue su reglamento

#### Octava.—Situaciones de Jueces y Magistrados.

1. Los Jueces y Magistrados que se hallaren en situación de excedencia especial o supernumerarios y les correspondiere, con arreglo a esta Ley, la de excedencia voluntaria, deberán solicitar el reingreso al servicio activo dentro del plazo de tres meses contados a partir de la entrada en vigor de la Ley de planta. 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 supernumerario 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 servicios efectivos en la Carrera el tiempo que permanecieron en excedencia voluntaria, correspondiendo la de servicios especiales, según lo dispuesto en esta Ley.

3. 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.

4. 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.

5. El plazo de diez años a que se refiere el apartado 3 del artículo 357 comenzará a contarse, para los Jueces y Magistrados que se encontraran en situación de excedencia voluntaria el día de la entrada en vigor de la presente Ley, a partir de esta última fecha.

**Novena.—Comisiones de Servicio.**

Los Jueces y Magistrados que a la entrada en vigor de la presente Ley estuvieran en comisión en órganos jurisdiccionales, en el Ministerio de Justicia o en el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, o en cualquier otro Departamento ministerial u organismo administrativo, cesarán en dicha comisión, reintegrándose a su destino judicial en el plazo de dos meses siguientes a la entrada en vigor de la presente Ley.

**Décima.—Procedimientos disciplinarios**

1. Los procedimientos disciplinarios iniciados a la entrada en vigor de esta Ley se adaptarán a lo dispuesto en la misma sobre competencia, procedimiento y recursos.

2. 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

**Undécima.—Presidentes de Sala del Tribunal Supremo.**

Los actuales Presidentes de Sala del Tribunal Supremo continuarán desempeñando su cargo hasta que constituido el Consejo General del Poder Judicial de conformidad con lo dispuesto en esta Ley, sean ratificados o sustituidos por aquél en el plazo de tres meses.

**Duodécima.—Provisión de plazas en el Tribunal Supremo.**

1. 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.<sup>a</sup> Las vacantes producidas por cese de Magistrados no procedentes de la Carrera Judicial se proveerán entre Abogados y otros Juristas de reconocido prestigio.

2.<sup>a</sup> Las vacantes que dejen los procedentes de la Carrera Judicial se proveerán de la manera siguiente:

a) 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.

b) La segunda, con Magistrados que reunieren las condiciones generales para el acceso al Tribunal Supremo.

c) La tercera, por igual turno que la primera, y la cuarta, por el mismo turno que la segunda.

2. 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 la letra a) del artículo 344 de la presente Ley.

3. Las reglas anteriores se aplicarán siempre de manera que no se vulnere la proporción establecida en el artículo 344 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.

**Decimotercera.—Presidentes de las Audiencias Territoriales y Provinciales.****1. Los actuales Presidentes de las Audiencias Territoriales y Provinciales**

continuarán desempeñando el cargo hasta que, constituido el Consejo General del Poder Judicial de conformidad con lo dispuesto en esta Ley, sean ratificados o sustituidos por aquél en el plazo de tres meses.

2. Constituidos los Tribunales Superiores de Justicia, cesarán en su cargo quienes en tal fecha fueran Presidentes de Audiencia Territorial y se procederá a efectuar el nombramiento de los Presidentes de aquélla.

3. Los Presidentes de Audiencias Provinciales y Territoriales que cesaren en su cargo quedarán adscritos, respectivamente, a la Audiencia o al Tribunal Superior y serán destinados para ocupar la primera vacante que se produzca en la Audiencia o Tribunal a que estuvieran adscritos, si no obtuvieran otra plaza, a su instancia, con anterioridad.

No obstante, los Presidentes de las Audiencias Territoriales de Madrid y Barcelona, si cesaren en su cargo, serán adscritos al Tribunal Supremo.

#### Decimocuarta.—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 166 de esta Ley, en el plazo de dos meses. Si no fueren elegidos o nombrados para el cargo, serán adscritos, en su caso, a la Audiencia de la respectiva capital hasta que obtengan destino en propiedad.

#### Decimoquinta.—Magistrados por oposición de lo Contencioso-administrativo.

1. Los Magistrados que hubieran ingresado por oposición en el orden contencioso-administrativo tendrán derecho a ser promovidos por el turno de la letra a) del artículo 344 y 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 hubiese Magistrado 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 344 de la presente Ley.

2. Los Magistrados a que se refiere el apartado anterior conservarán los derechos reconocidos en la Disposición Final Primera de la Ley 17/1980, de 24 de abril, que establece el régimen retributivo de los funcionarios al servicio del Poder Judicial.

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 en los Juzgados especializados en dicho orden jurisdiccional en los términos previstos en los artículos 329-2 y 330-2.

4. Los Magistrados de lo Contencioso-administrativo por oposición procedentes de la Carrera Fiscal quedarán en la misma en situación de excedencia voluntaria y sólo podrán ocupar plazas del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

**Decimosexta.—Magistrados suplentes.**

Hasta que termine el año judicial en que entre en vigor 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.

**Decimoséptima.—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 corresponda, 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 especialistas en las Salas y Juzgados de lo Social, establecida en los artículos 329-2 y 330-2, de esta Ley, los actuales Magistrados de Trabajo la tendrán sobre los demás miembros de la Carrera Judicial.

5. 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 y en los Juzgados de lo Social.

**Decimoctava.—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, que serán establecidas por la Ley que fije la planta de los Tribunales. Serán de aplicación las reglas siguientes:

1.<sup>a</sup> 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 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, según exija la Ley de planta, 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 lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid hasta que obtengan destino en propiedad. 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.<sup>a</sup> Los Secretarios de Sala y el de Gobierno del Tribunal Central de Trabajo pasarán a prestar servicio en la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y en la del Tribunal Superior de Justicia 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 lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid hasta que obtengan destino en propiedad.

Decimonovena.—Magistraturas de Trabajo.

1. Hasta la entrada en funcionamiento de los Juzgados de lo Social continuarán ejerciendo sus funciones las actuales Magistraturas de Trabajo.
2. Mientras continúen en funcionamiento las Magistraturas de Trabajo, las plazas vacantes se proveerán en la forma establecida en el artículo 329 de esta Ley.

Vigésima.—Personal al servicio de la jurisdicción laboral.

1. El personal administrativo, auxiliar y subalterno que, a la entrada en vigor de la presente Ley, preste servicios en las Magistraturas de Trabajo o en el Tribunal Central de Trabajo, continuarán prestándolos en los mismos órganos y, desde que se establezcan, en los Juzgados de lo Social y la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, con sujeción al régimen que en la actualidad es aplicable hasta que se dicten los Reglamentos de personal al servicio de la Administración de Justicia, los cuales establecerán las normas para su integración en los distintos Cuerpos de aquélla.

2. Será aplicable al personal a que se refiere esta disposición, desde la entrada en vigor de la presente Ley, el régimen de incompatibilidades establecido en el artículo 489.

Vigésima primera.—Secretarios de la Jurisdicción de Trabajo.

En la fecha de entrada en vigor de la Ley de planta, 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 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 los 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 aquéllos.

Vigésima segunda.—Secretarios judiciales.

1. 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.

2. A tal efecto, quienes, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica 5/1981, de 16 de noviembre, 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.

3. 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.

4. Los funcionarios que estén en posesión del título de Licenciado en Derecho y que procedan de los Cuerpos declarados a extinguir de Oficiales de Sala del Tribunal Supremo y Audiencias, Oficiales de los Tribunales de lo Contencioso-administrativo y escala técnica del Cuerpo Administrativo de los Tribunales, que estén en situación de activo a la entrada en vigor de la presente Ley, quedarán integrados en el Cuerpo de Secretarios judiciales en la tercera categoría, a continuación del último que figure en ella, por orden de antigüedad de servicio.

5. Los Secretarios judiciales destinados en Fiscalías serán adscritos provisionalmente, a la entrada en vigor de esta Ley, a los Tribunales y Audiencias existentes en la misma población donde prestan servicios, hasta tanto adquieran destino en propiedad en los concursos de provisión ordinarios, en los que gozarán de preferencia, por una sola vez, para ocupar las vacantes que se produzcan en aquélla.

#### Vigésima tercera.—Retribuciones de Secretarios judiciales.

Los Secretarios judiciales 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 treinta 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.

#### Vigésima cuarta—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. Los funcionarios del Cuerpo a extinguir de Secretarios de Juzgados de Paz de Municipios de más de siete mil habitantes que, a la entrada en vigor de esta Ley, estén en posesión del título de Licenciado en Derecho, se integrarán en la tercera categoría del Secretariado de la Administración de Justicia, cubriendo por riguroso orden de antigüedad de servicios efectivos, mediante concurso específico a este Cuerpo, las vacantes que en ese momento existieren en la citada categoría.

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 reservada la plaza para su provisión de acuerdo con lo establecido en el artículo 481 de esta Ley.

5. Los funcionarios del Cuerpo declarado a extinguir de Secretarios de Juzgados de Paz de Municipios de más de siete mil habitantes con cinco años de servicios efectivos que, a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, obtengan la licenciatura en Derecho, podrán participar en los concursos a que se refiere el artículo 478.

**Vigésima quinta.—Letrados del Ministerio de Justicia.**

Los miembros de la Carrera Judicial que se hallaren en situación de supernumerarios, por pertenecer en activo o en servicios especiales al Cuerpo Especial Técnico de Letrados del Ministerio de Justicia, integrado en la actualidad en el Cuerpo Superior de Letrados del Estado, si al ingresar en el servicio activo no obtuvieren en el Ministerio de Justicia alguna plaza de aquellas a las que se refiere la Disposición Adicional décima, quedarán adscritos al Tribunal Superior de Justicia o Audiencia Provincial de Madrid hasta que obtengan destino en propiedad.

**Vigésima sexta.—De los funcionarios de los actuales Tribunales Tutelares de Menores.**

1. La escala de Jueces unipersonales de menores queda declarada a extinguir. Sus miembros podrán seguir ocupando plaza en los nuevos Juzgados de menores de la localidad en la que hubieren venido prestando servicio. En el desempeño de las funciones jurisdiccionales se les aplicará el estatuto jurídico de la Carrera Judicial.

2. Quienes pertenezcan a la escala de Secretarios de Tribunales Tutelares de Menores se integrarán en el Cuerpo de Secretarios judiciales, ocupando en el escalafón un número bis según la antigüedad que ostentaren en la escala de procedencia.

3. El personal que a la entrada en vigor de la presente Ley preste servicios en los Tribunales Tutelares de Menores continuará prestándolos en dichos órganos y desde que se establezcan en los Juzgados de Menores, con sujeción al régimen que en la actualidad les es aplicable, hasta que se dicten los reglamentos de personal al servicio de la Administración de Justicia, los cuales establecerán las normas para su integración en los distintos Cuerpos de aquélla.

Será aplicable al personal a que se refiere esta Disposición, desde la entrada en vigor de la presente Ley, el régimen de incompatibilidades establecido en el artículo 489.

**Vigésima séptima.—Juzgados de Peligrosidad y Rehabilitación Social.**

1. Los actuales Juzgados de Peligrosidad y Rehabilitación Social que tengan atribuidas funciones de vigilancia penitenciaria, así como aquellos que las tengan atribuidas con exclusividad, continuarán ejerciendo tales funciones como Juzgados de Vigilancia Penitenciaria hasta que la Ley de planta establezca estos últimos. A partir de la entrada en vigor de la presente Ley, los referidos Juzgados se denominarán de Vigilancia penitencia-

ria y desarrollarán las funciones que como tales correspondan, sin perjuicio de cuanto al respecto establezca la Ley de planta.

2. Las funciones en materia de peligrosidad y rehabilitación social corresponderán a los Juzgados de Instrucción. Será competente el Juzgado de Instrucción en cuyo territorio se haya manifestado de modo principal la presunta peligrosidad.

3. Mientras no se disponga otra cosa, la actual Sala de Peligrosidad y Rehabilitación Social, constituida en la Audiencia Nacional, seguirá conociendo de los recursos de apelación y de queja contra las resoluciones que dicten los Juzgados de Instrucción en la materia a que se refiere el apartado anterior.

4. Los asuntos en trámite serán resueltos por el Juzgado al que corresponde, de acuerdo con la legislación anterior.

#### Vigésima octava.—Régimen transitorio de jubilaciones.

1. Los Magistrados del Tribunal Supremo, Magistrados, Jueces y Fiscales se jubilarán de acuerdo con el siguiente régimen transitorio:

El 1 de enero de 1986, los que hayan cumplido setenta años.

Durante 1986, los que vayan cumpliendo setenta años.

El 1 de enero de 1987, los que hayan cumplido sesenta y nueve años.

Durante 1987, los que vayan cumpliendo sesenta y nueve años.

El 1 de enero de 1988, los que hayan cumplido sesenta y ocho años.

Durante 1988, los que vayan cumpliendo sesenta y ocho años.

El 1 de enero de 1989, los que hayan cumplido sesenta y siete años.

Durante 1989, los que vayan cumpliendo sesenta y siete años.

El 1 de enero de 1990, los que hayan cumplido sesenta y seis años.

Durante 1990, los que vayan cumpliendo sesenta y seis años.

A partir del 1 de enero de 1991, la jubilación será a los sesenta y cinco años.

2. 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 faltara 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.

Vigésima novena.—Los procesos a que se refiere la Disposición adicional octava que se hayan iniciado antes de la fecha de entrada en vigor de la presente Ley, continuarán su tramitación con arreglo a las normas vigentes en el momento de su iniciación.

Trigésima.—En tanto la legislación de planta y demarcación no disponga otra cosa, las ciudades de Ceuta y Melilla conservarán la adscripción judicial que tienen en la actualidad.

Trigésima primera.—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 hasta ese momento lo viniesen desempeñando.

Trigésima segunda.—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 318 y 460 de la presente Ley.

Trigésima tercera.—Las pruebas selectivas y los concursos para ingresar en los Cuerpos a que se refiere esta Ley, para promoción interna o para provisión de vacantes, que estén convocadas a la fecha de su entrada en vigor, serán resueltos por el órgano a quien correspondía la resolución conforme a la legislación anterior.

Trigésima cuarta.—Mientras no se apruebe la Ley de planta, los órganos jurisdiccionales existentes continuarán con la organización y competencias que tienen a la fecha de entrada en vigor de esta Ley.

#### DISPOSICION DEROGATORIA

1. Quedan derogadas las siguientes Leyes y disposiciones:

Ley Provisional sobre organización del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870.

Ley Adicional a la Orgánica del Poder Judicial de 14 de octubre de 1882.

Ley Orgánica de las Magistraturas de Trabajo de 17 de octubre de 1940.

Ley de Bases de la Justicia Municipal de 19 de julio de 1944.

Ley de 17 de julio de 1947, Orgánica del Cuerpo Nacional de Médicos Forenses.

Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, de 27 de diciembre de 1956, en los particulares que regulan aquella jurisdicción y la estructura de sus órganos.

Ley 11/1966, de 18 de marzo, sobre ordenación orgánica de los Funcionarios de la Administración de Justicia.

Ley 33/1966, de 31 de mayo, sobre Reforma Orgánica de los Cuerpos de la Jurisdicción de Trabajo.

Las disposiciones de la Ley 42/1974, de 28 de noviembre, de Bases, Orgánica de la Justicia, declaradas en vigor por el Real Decreto-ley 24/1976, de 26 de noviembre, por el que se prorroga el plazo para la articulación de la Ley 42/1974, de 28 de noviembre, de Bases, Orgánica de la Justicia.

Real Decreto-ley 1/1977, de 4 de enero, por el que se crea la Audiencia Nacional.

Real Decreto 2104/1977, de 29 de julio, por el que se aprueba el texto articulado parcial de la Ley de Bases Orgánica de la Justicia, de 28 de noviembre de 1974, sobre Juzgados de Distrito y otros extremos.

Ley Orgánica 1/1980, de 10 de enero, del Consejo General del Poder Judicial.

La Disposición Adicional primera de la Ley 17/1980, de 24 de abril, por la que se establece el régimen retributivo de los funcionarios al servicio del Poder Judicial.

La Ley Orgánica 5/1981, de 16 de noviembre, sobre integración de la Carrera Judicial y del Secretariado de la Administración de Justicia.

Ley Orgánica 12/1983, de 16 de noviembre, de modificación de competencias de la Audiencia Nacional.

Ley Orgánica 4/1984, de 30 de abril, por la que se modifica la 5/1981, de 16 de noviembre.

Cuántas otras leyes y disposiciones se opongan a lo establecido por esta Ley Orgánica.

2. Queda, no obstante, en vigor la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de «hábeas corpus».

#### DISPOSICION FINAL

La presente Ley Orgánica entrará en vigor al siguiente día 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 1 de julio de 1985.

El Presidente del Gobierno,

FELIPE GONZÁLEZ MÁRQUEZ

JUAN CARLOS R.

*LEY ORGANICA 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General. («B. O. E.», núm. 147, 20 de junio de 1985.)*

JUAN CARLOS I

REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieran y entendieren,

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

#### PREAMBULO

1. La presente Ley Orgánica del Régimen Electoral General pretende lograr un marco estable para que las decisiones políticas en las que se refleja el derecho de sufragio se realicen en plena libertad. Este es, sin duda, el objetivo esencial en el que se debe enmarcar toda Ley Electoral de una democracia.

Nos encontramos ante el desarrollo de una de las normas fundamentales de un Estado democrático, en tanto que sólo nos podemos afirmar en democracia cuando el pueblo puede libremente constituir la decisión mayoritaria de los asuntos de Gobierno.

La Constitución española se inscribe, de forma inequívoca, entre las constituciones democráticas más avanzadas del mundo occidental, y por ello establece las bases de un mecanismo que hace posible, dentro de la plena

garantía del resto de las libertades políticas, la alternancia en el poder de las distintas opciones derivadas del pluralismo político de nuestra sociedad.

Estos principios tienen su plasmación en una norma como la presente que articula el procedimiento de emanación de la voluntad mayoritaria del pueblo en las diversas instancias representativas en las que se articula el Estado español.

En este sentido, el artículo 81 de la Constitución establece la necesidad de que las Cortes Generales aprueben, con carácter de orgánica, una Ley que regule el régimen electoral general.

Ello plantea, de un lado, la necesidad de dotar de un tratamiento unificado y global al variado conjunto de materias comprendidas bajo el epígrafe constitucional «Ley Electoral General» así como regular las especificidades de cada uno de los procesos electorales en el ámbito de las competencias del Estado.

Todo este orden de cuestiones requiere, en primer término, aprobar la normativa que sustituya al vigente Real Decreto-ley de 1977, que ha cubierto adecuadamente una primera etapa de la transición democrática de nuestro país. No obstante, esta sustitución no es en modo alguno radical, debido a que el propio texto constitucional acogió los elementos esenciales del sistema electoral contenidos en el Real Decreto-ley.

En segundo lugar, la presente Ley Orgánica recoge normativa electoral sectorial ya aprobada por las Cámaras, así en lo relativo al régimen de elecciones locales se sigue en lo fundamental el régimen vigente regulado en la Ley 39/1978, y modificado por la Ley 6/1983 en la presente legislatura. De la misma forma las causas de inelegibilidad e incompatibilidad de Diputados y Senadores que introduce la Ley son las ya previstas en el Proyecto de Ley Orgánica de Incompatibilidades de Diputados y Senadores, sobre el que las Cámaras tuvieron ocasión de pronunciarse durante la presente legislatura.

Por último, el nuevo texto electoral aborda este planteamiento conjunto desde la experiencia de un proceso democrático en marcha desde 1977, aportando las mejoras técnicas que sean necesarias para cubrir los vacíos que se han revelado con el asentamiento de nuestras instituciones representativas.

II. La Ley parte, por lo tanto, de esta doble filosofía; pretende cumplir un imperativo constitucional inaplazable, y lo pretende hacer desde la globalidad que la propia Constitución impone.

La Ley Orgánica del Régimen Electoral General está estructurada precisamente para el cumplimiento de ambos fines. En ella se plantea una división fundamental entre disposiciones generales para toda elección por sufragio universal directo y de aplicación en todo proceso electoral y normas que se refieren a los diferentes tipos de elecciones políticas y son una modulación de los principios generales a las peculiaridades propias de los procesos electorales que el Estado debe regular.

La Constitución impone al Estado, por una parte, el desarrollo del artículo 23, que afecta a uno de los derechos fundamentales en la realización de un Estado de Derecho: la regulación del sufragio activo y pasivo para

todos los ciudadanos; pero, además, el artículo 81 de la Constitución, al imponer una Ley Orgánica del Régimen Electoral General, amplía el campo de actuación que debe cubrir el Estado, esto es, hace necesaria su actividad más allá de lo que es mera garantía del derecho de sufragio, ya que, como ha declarado el Tribunal Constitucional, bajo ese epígrafe hay que entender lo que es primario y nuclear en el régimen electoral.

Además, el Estado tiene la competencia exclusiva, según el artículo 149.1-1 de la Constitución, para regular las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales, derechos entre los que figura el de sufragio comprendido en el artículo 23 de la Constitución.

La filosofía de la Ley parte del más escrupuloso respeto a las competencias autonómicas, diseñando un sistema que permita no sólo su desarrollo, sino incluso su modificación o sustitución en muchos de sus extremos por la actividad legislativa de las Comunidades Autónomas.

El título preliminar con el que se abre este texto normativo delimita su ámbito, en aplicación de la filosofía ya expuesta.

El Título I abarca, bajo el epígrafe «Disposiciones comunes para las elecciones por sufragio universal directo» un conjunto de capítulos que se refieren en primer lugar al desarrollo directo del artículo 23 de la Constitución, como son los capítulos primero y segundo que regulan el derecho de sufragio activo y pasivo. En segundo término, regula materias que son contenido primario del régimen electoral, como algunos aspectos de procedimiento electoral. Finalmente, se refiere a los delitos electorales. La regulación contenida en este Título es, sin duda, el núcleo central de la Ley, punto de referencia del resto de su contenido y presupuesto de la actuación legislativa de las Comunidades Autónomas.

Las novedades que se pueden destacar en este Título son, entre otras, el sistema del Censo Electoral, la ordenación de los gastos y subvenciones electorales y su procedimiento de control y las garantías judiciales para hacer eficaz el ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo.

El Título II contiene las disposiciones especiales para la elección de Diputados y Senadores. En él se recogen escrupulosamente los principios consagrados en la Constitución: la circunscripción electoral provincial y su representación mínima inicial, el sistema de representación proporcional y el sistema de incompatibilidades e incompatibilidades de los miembros del Congreso de los Diputados y del Senado.

Sobre estas premisas constitucionales, recogidas también en el Decreto-ley de 1977 la Ley trata de introducir mejoras técnicas y correcciones que redunden en un mejor funcionamiento del sistema en su conjunto.

El Título III regula las disposiciones especiales para las elecciones municipales. En él se han recogido el contenido de la Ley 39/1978 y las modificaciones aportadas por la 6/1983, aunque se han introducido algunos elementos nuevos como el que se refiere a la posibilidad y el procedimiento de la destitución de los Alcaldes por los Concejales, posibilidad ya consagrada por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Los Títulos IV y V se refieren a la elección de los Cabildos Insulares ca-

narios y de las Diputaciones Provinciales, y en ellos se ha mantenido el sistema vigente.

III. Un sistema electoral en un Estado democrático debe garantizar, como elemento nuclear del mismo, la libre expresión de la soberanía popular y esta libertad genérica se rodea hoy día de otro conjunto de libertades, como la libertad de expresión, de información, de reunión, de asociación, etcétera. Por ello, el efecto inmediato de esta Ley no puede ser otro que el de reforzar las libertades antes descritas, impidiendo que aquellos obstáculos que pueden derivarse de la estructura de una sociedad, trasciendan al momento máximo de ejercicio de la libertad política.

El marco de la libertad en el acceso a la participación política diseñado en esta Ley es un hito irrenunciable de nuestra historia y el signo más evidente de nuestra convivencia democrática.

## TITULO PRELIMINAR

Art. primero. 1. La presente Ley Orgánica es de aplicación:

a) A las elecciones de Diputados y Senadores a Cortes Generales sin perjuicio de lo dispuesto en los Estatutos de Autonomía para la designación de los Senadores previstos en el artículo 69.5 de la Constitución.

b) A las elecciones de los miembros de las Corporaciones Locales.

2. Asimismo, en los términos que establece la Disposición Adicional Primera de la presente Ley, es de aplicación a las elecciones a las Asambleas de las Comunidades Autónomas, y tiene carácter supletorio de la legislación autonómica en la materia.

## TITULO PRIMERO

*Disposiciones Comunes para las Elecciones por Sufragio Universal Directo*

### CAPITULO PRIMERO

#### Derecho de sufragio activo

Art. segundo. 1. El derecho de sufragio corresponde a los españoles mayores de edad que no estén comprendidos en ninguno de los supuestos previstos en el artículo siguiente.

2. Para su ejercicio es indispensable la inscripción en el censo electoral vigente.

Art. tercero. 1. Carecen de derecho de sufragio:

a) Los condenados por sentencia judicial firme a la pena principal o accesoria de privación del derecho de sufragio durante el tiempo de su cumplimiento.

b) Los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio.

c) Los internados en un hospital psiquiátrico con autorización judicial, durante el período que dure su internamiento siempre que en la autorización el Juez declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio.

2. A los efectos previstos en este artículo, los Jueces o Tribunales que entiendan de los procedimientos de incapacitación o internamiento deberán pronunciarse expresamente sobre la incapacidad para el ejercicio del sufragio. En el supuesto de que ésta sea apreciada, lo comunicarán al Registro Civil para que se proceda a la anotación correspondiente.

Art. cuarto. 1. El derecho de sufragio se ejerce personalmente en la Sección en la que el elector se halle inscrito según el censo y en la Mesa Electoral que le corresponda, sin perjuicio de las disposiciones sobre el voto por correspondencia y el voto de los interventores.

2. Nadie puede votar más de una vez en las mismas elecciones.

Art. quinto. Nadie puede ser obligado o coaccionado bajo ningún pretexto en el ejercicio de su derecho de sufragio, ni a revelar su voto.

## CAPITULO II

### Derecho de sufragio pasivo

Art. sexto 1. Son elegibles los españoles mayores de edad, que poseyendo la cualidad de elector, no se encuentren incursos en alguna de las siguientes causas de inegibilidad:

a) Los miembros de la Familia Real Española incluidos en el Registro Civil que regula el Real Decreto 2917/1981, de 27 de noviembre, así como sus cónyuges.

b) Los Presidentes del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo, del Consejo de Estado, del Tribunal de Cuentas, y del Consejo a que hace referencia el artículo 131.2 de la Constitución.

c) Los Magistrados del Tribunal Constitucional, los Vocales del Consejo General del Poder Judicial, los Consejeros Permanentes del Consejo de Estado y los Consejeros del Tribunal de Cuentas.

d) El Defensor del Pueblo y sus Adjuntos.

e) El Fiscal General del Estado.

f) Los Subsecretarios, Secretarios generales, Directores generales de los Departamentos Ministeriales y los equiparados a ellos; en particular los Directores de los Departamentos del Gabinete de la Presidencia del Gobierno y los Directores de los Gabinetes de los Ministros y de los Secretarios de Estado.

g) Los Jefes de Misión acreditados, con carácter de residentes, ante un Estado extranjero u organismo internacional.

h) Los Magistrados, Jueces y Fiscales que se hallen en situación de activo.

i) Los militares profesionales y de complemento y miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Policía, en activo.

j) Los Presidentes, Vocales y Secretarios de las Juntas Electorales.

k) Los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas, los Gobernadores y Subgobernadores Civiles y las autoridades similares con distinta competencia territorial.

l) El Director general de RTVE y los Directivos de las Sociedades de este Ente Público.

m) Los Presidentes, Directores y cargos asimilados de las entidades estatales autónomas con competencia en todo el territorio nacional, así como los Delegados del Gobierno en las mismas.

n) Los Presidentes y Directores generales de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social con competencia en todo el territorio nacional.

ñ) El Director de la Oficina del Censo Electoral.

o) El Gobernador y Subgobernador del Banco de España y los Presidentes y Directores del Instituto de Crédito Oficial y de las demás entidades oficiales de crédito.

p) El Presidente, los Consejeros y el Secretario general del Consejo General de Seguridad Nuclear.

2. Asimismo son ineligibles:

a) Los condenados por Sentencia firme, a pena privativa de libertad, en el período que dure la pena.

b) Aunque la Sentencia no sea firme, los condenados por un delito de rebelión o los integrantes de organizaciones terroristas condenados por delitos contra la vida, la integridad física o la libertad de las personas.

3. Durante su mandato no serán elegibles por las circunscripciones electorales comprendidas en todo o en parte en el ámbito territorial de su jurisdicción:

a) Quien ejerza la función de mayor nivel de cada Ministerio en las distintas demarcaciones territoriales de ámbito inferior al estatal.

b) Los Presidentes, Directores y cargos asimilados de Entidades Autónomas de competencia territorial limitada, así como los Delegados del Gobierno en las mismas.

c) Los Delegados territoriales de RTVE y los Directores de las Entidades de Radiotelevisión dependientes de las Comunidades Autónomas.

d) Los Presidentes y Directores de los órganos periféricos de las Entidades Gestoras y de la Seguridad Social.

e) Los Secretarios generales de las Delegaciones del Gobierno y de los Gobiernos Civiles.

f) Los Delegados provinciales de la Oficina del Censo Electoral.

Art. séptimo. 1. La calificación de ineligible procederá respecto de quienes incurran en alguna de las causas mencionadas en el artículo anterior, el mismo día de la presentación de su candidatura, o en cualquier momento posterior hasta la celebración de las elecciones.

2. No obstante lo dispuesto en el párrafo primero del artículo anterior, los que aspiren a ser proclamados candidatos y no figuren incluidos en las listas del censo electoral, podrán serlo, siempre que con la solicitud acrediten de modo fehaciente que reúnen todas las condiciones exigidas para ello.

3. Los Magistrados, Jueces y Fiscales, así como los similares profesionales

y de complemento y miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Policías, en activo, que deseen presentarse a las elecciones, deberán solicitar el pase a la situación administrativa que corresponda.

4. Los Magistrados, Jueces, Fiscales, miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Policías en activo tendrán derecho, en todo caso, a reserva de puesto o plaza y de destino, en las condiciones que determinen las normas específicas de aplicación. De ser elegidos, la situación administrativa que les corresponda podrá mantenerse, a voluntad de los interesados, una vez terminado su mandato, hasta la constitución de la nueva Asamblea parlamentaria o Corporación Local.

### CAPITULO III

#### Administración Electoral

##### SECCION I

###### *Juntas Electorales*

Art. octavo. 1. La Administración Electoral tiene por finalidad garantizar en los términos de la presente Ley la transparencia y objetividad del proceso electoral y del principio de igualdad.

2. Integran la Administración Electoral las Juntas Electorales Central, Provincial, de Zona y, en su caso, de Comunidad Autónoma, así como las Mesas Electorales.

3. La Junta Electoral Central tiene su sede en Madrid, las Provinciales en las capitales de provincia, y las de Zona en las localidades cabeza de los partidos judiciales aludidos en el apartado 6.

4. Las Juntas de Zona de Ceuta y Melilla acumulan en sus respectivos distritos las funciones correspondientes a las Juntas Electorales Provinciales.

5. Las Juntas celebran sus sesiones en sus propios locales y, en su defecto, en aquellos donde ejercen sus cargos los respectivos Secretarios.

6. A los efectos de la presente Ley los partidos judiciales coinciden con los de las Elecciones Locales de 1979.

Art. noveno. 1. La Junta Electoral Central es un órgano permanente y está compuesta por:

a) Ocho Vocales Magistrados del Tribunal Supremo, designados mediante insaculación por el Consejo General del Poder Judicial.

b) Cinco Vocales Catedráticos de Derecho, en activo, designados a propuesta conjunta de los partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores con representación en el Congreso de los Diputados.

2. Las designaciones a que se refiere el número anterior deben realizarse en los noventa días siguientes a la sesión constitutiva del Congreso de los Diputados. Cuando la propuesta de las personas previstas en el apartado 1.b) no tenga lugar en dicho plazo, la Mesa del Congreso de los Diputados, oídos los grupos políticos presentes en la Cámara, procede a su designación, en consideración a la representación existen en la misma.

3. Los Vocales designados serán nombrados por Real Decreto y continua-

rán en su mandato hasta la toma de posesión de la nueva Junta Electoral Central, al inicio de la siguiente Legislatura.

4. Los Vocales eligen, de entre los de origen judicial, al Presidente y Vicepresidente de la Junta en la sesión constitutiva que se celebrará a convocatoria del Secretario.

5. El Secretario de la Junta Electoral Central es el Secretario general del Congreso de los Diputados.

Art. diez. 1. La Junta Electoral Provincial está compuesta por:

a) Tres Vocales, Magistrados de la Audiencia Provincial correspondiente, designados mediante insaculación por el Consejo General del Poder Judicial. Cuando no hubiere en la Audiencia de que se trate el número de Magistrados suficientes se designará a titulares de órganos jurisdiccionales unipersonales de la capital de la Provincia.

b) Dos Vocales nombrados por la Junta Electoral Central entre Catedráticos, Profesores Titulares de Derecho o Juristas de reconocido prestigio residentes en la Provincia. La designación de estos Vocales tendrá lugar una vez proclamadas las candidaturas. A este fin, los representantes de las candidaturas presentadas en el distrito propondrán conjuntamente las personas que hayan de desempeñar estos cargos. Si dicha propuesta no tiene lugar antes del comienzo de la campaña electoral la Junta Electoral Central procede a su nombramiento.

2. Los Vocales mencionados en el apartado 1.a) de este artículo elegirán de entre ellos al Presidente de la Junta.

3. El Secretario de la Junta Provincial es el Secretario de la Audiencia respectiva, y si hubiere varios el más antiguo.

Art. once. 1. La Junta Electoral de Zona está compuesta por:

a) Tres Vocales, Jueces de Primera Instancia o Instrucción designados mediante insaculación por la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia respectivo. Cuando no hubiere en el partido de que se trate el número suficiente de Jueces, se designará por insaculación a Jueces de Paz del mismo partido Judicial.

b) Dos Vocales designados por la Junta Electoral Provincial entre licenciados en Derecho residentes en el partido Judicial. La designación de estos Vocales tendrá lugar una vez proclamadas las candidaturas. A este fin, los representantes de las candidaturas designadas en el distrito electoral correspondiente propondrán conjuntamente las personas que hayan de desempeñar estos cargos. Cuando la propuesta no tenga lugar antes del comienzo de la campaña electoral, la Junta Electoral Provincial procede a su nombramiento.

2. Los Vocales mencionados en el apartado 1.a) de este artículo eligen de entre ellos al Presidente de la Junta Electoral de Zona.

3. El Secretario de la Junta Electoral de Zona es el Secretario del Juzgado de Primera Instancia correspondiente y, si hubiere varios, el del Juzgado Decano.

4. Los Secretarios de los Ayuntamientos son Delegados de las Juntas Electorales de Zona y actúan bajo la estricta dependencia de las mismas.

Art. doce. 1. El Director de la Oficina del Censo Electoral y sus Delegados provinciales participan con voz y sin voto en la Junta Central y en las provinciales, respectivamente.

2. Los Secretarios de las Juntas electorales participan con voz y sin voto en sus deliberaciones. Custodian en las oficinas donde desempeñan sus cargos la documentación de toda clase correspondiente a las Juntas.

Art. trece. 1. Las Cortes Generales ponen a disposición de la Junta Electoral Central los medios personales y materiales necesarios para el ejercicio de sus funciones.

2. La misma obligación compete al Gobierno y a los Ayuntamientos en relación con las Juntas Electorales Provinciales y de Zona y, subsidiariamente, a las Audiencias Provinciales y a los órganos judiciales de ámbito territorial inferior. En el caso de elecciones a Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma, las referidas obligaciones serán también competencia del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma.

Art. catorce. 1. Las Juntas Electorales Provinciales y de Zona se constituyen inicialmente con los Vocales judiciales en el tercer día siguiente a la Convocatoria de elecciones.

2. Si alguno de los designados para formar parte de estas Juntas pretendiese concurrir a las elecciones lo comunicará al respectivo Secretario en el momento de la constitución inicial a efectos de su sustitución, que se producirá en el plazo máximo de cuatro días.

3. Efectuadas, en su caso, las sustituciones a que se refiere el número anterior, se procede a la elección de Presidente. Los Presidentes de las Juntas Provinciales y de Zona harán insertar en el «Boletín Oficial» de la respectiva provincia del día siguiente la relación de sus miembros.

4. La convocatoria de las sesiones constitutivas de estas Juntas se hace por sus Secretarios. A tal efecto, el Consejo General del Poder Judicial y, en su caso, el Presidente de la Audiencia, notifica a cada uno de aquéllos la relación de los miembros de las Juntas respectivas.

Art. quince. 1. En el supuesto de que se convoquen simultáneamente varias elecciones, las Juntas Provinciales y de Zona que se constituyan serán administración competente para todas ellas.

2. El mandato de las Juntas Provinciales y de Zona concluye cien días después de las elecciones.

3. Si durante su mandato se convocasen otras elecciones, la competencia de las Juntas se entenderá prorrogada hasta cien días después de la celebración de aquéllas.

Art. dieciséis. 1. Los miembros de las Juntas Electorales son inamovibles.

2. Sólo podrán ser suspendidos por delitos o faltas electorales, previo expediente abierto por la Junta Superior mediante el acuerdo de la mayoría absoluta de sus componentes, sin perjuicio del procedimiento judicial correspondiente.

3. En las mismas condiciones la Junta Central es competente para acordar la suspensión de sus propios miembros.

Art. diecisiete. En los supuestos previstos en los artículos 14 y 16, así como en el caso de renuncia justificada y aceptada por el Presidente correspondiente, se procede a la sustitución de los miembros de las Juntas conforme a las siguientes reglas:

- a) Los Vocales y los Presidentes son sustituidos por los mismos procedimientos previstos para su designación.
- b) El Secretario general del Congreso de los Diputados es sustituido por el Letrado Mayor del Senado, y en su caso, por el Letrado de las Cortes Generales más antiguo.
- c) Los Secretarios de las Juntas Provinciales y de Zona son sustituidos atendiendo al criterio de antigüedad.

Art. dieciocho. 1. Las sesiones de las Juntas Electorales son convocadas por sus respectivos Presidentes de oficio o a petición de dos Vocales. El Secretario sustituye al Presidente en el ejercicio de dicha competencia cuando éste no pueda actuar por causa justificada.

2. Para que cualquier reunión se celebre válidamente es indispensable que concurran al menos tres de los miembros de las Juntas Provinciales y de Zona. En el caso de la Junta Electoral Central se requiere la presencia de siete de sus miembros.

3. Todas las citaciones se hacen por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción, de la fecha, del orden del día y demás circunstancias de la sesión a que se cita. La asistencia a las sesiones es obligatoria para los miembros de la Junta debidamente convocados, quienes incurren en responsabilidad si dejan de asistir sin haberse excusado y justificado oportunamente.

4. No obstante lo dispuesto en los números anteriores, la Junta se entiende convocada y queda válidamente constituida para tratar cualquier asunto, siempre que estén presentes todos los miembros y acepten por unanimidad su celebración.

5. Los acuerdos se adoptan por mayoría de votos de los miembros presentes, siendo de calidad el voto del Presidente.

6. Las Juntas Electorales deberán proceder a publicar sus resoluciones o el contenido de las consultas evacuadas, por orden de su Presidente, cuando el carácter general de las mismas lo haga conveniente.

La publicidad se hará en el «Boletín Oficial del Estado», en el caso de la Junta Electoral Central, y en el «Boletín Oficial» provincial, en los demás.

Art. diecinueve. 1. Además de las competencias expresamente mencionadas en esta Ley, corresponde a la Junta Electoral Central:

- a) Resolver las consultas que le eleven las Juntas Provinciales y, en su caso, las de Comunidad Autónoma y dictar instrucciones en materia de su competencia.
- b) Resolver las quejas, reclamaciones y recursos que se le dirijan, de acuerdo con la presente Ley o con cualquier otra disposición que le atribuya esa competencia.

c) Ejercer jurisdicción disciplinaria sobre todas las personas que intervengan con carácter oficial en las operaciones electorales.

d) Corregir las infracciones que se produzcan en el proceso electoral siempre que no sean constitutivas de delito e imponer multas hasta la cuantía máxima prevista en esta Ley.

2. Las Juntas Provinciales y de Zona tendrán, además de las competencias expresamente mencionadas que en esta Ley tienen, dentro de su ámbito territorial, las siguientes competencias.

a) Las atribuidas a la Junta Electoral Central por los párrafos b), c) y d) del número anterior. La competencia en materia de imposición de multas se entiende limitada a la cuantía máxima de 100.000 pesetas para las Juntas Provinciales y de 50.000 pesetas para las de Zona.

b) Las Juntas Electorales Provinciales resolverán además las consultas que les eleven las Juntas de Zona a las que también podrán dirigir las instrucciones pertinentes.

3. En caso de impago de las multas a que se refiere el presente artículo, la Junta Electoral correspondiente remitirá al órgano competente del Ministerio de Economía y Hacienda certificación del descubierto para la exacción de la multa por la vía de apremio.

Art. veinte. Los electores deberán formular las consultas a la Junta Electoral de Zona que corresponda a su lugar de residencia.

Los partidos políticos, asociaciones, coaliciones o federaciones y agrupaciones de electores, podrán elevar consultas a la Junta Electoral Central cuando se trate de cuestiones de carácter general que puedan afectar a más de una Junta Electoral Provincial. En los demás casos, se elevarán las consultas a la Junta Electoral Provincial o a la Junta Electoral de Zona correspondiente, siempre que a su respectiva jurisdicción corresponda el ámbito de competencia del consultante.

Las Autoridades y Corporaciones públicas podrán consultar directamente a la Junta a cuya jurisdicción corresponda el ámbito de competencia del consultante.

Las consultas se formularán por escrito y se resolverán por la Junta a la que se dirijan, salvo que ésta, por la importancia de las mismas, según su criterio, o por estimar conveniente que se resuelva con un criterio de carácter general, decida elevarlo a una Junta superior.

Cuando la urgencia de la consulta no permita proceder a la convocatoria de la Junta y en todos los casos en que existan resoluciones anteriores y concordantes de la propia Junta o de Junta superior, los Presidentes podrán, bajo su responsabilidad, dar una respuesta provisional, sin perjuicio de su ratificación o modificación en la primera sesión que celebre la Junta.

Art. veintiuno. 1. Fuera de los casos en que esta Ley prevea un procedimiento específico de revisión judicial, los acuerdos de las Juntas Provinciales, de Zona y, en su caso, de Comunidad Autónoma, son recurribles ante la Junta de superior categoría, que debe resolver en el plazo de cinco días a contar desde la interposición del recurso.

2 La interposición tendrá lugar dentro de las veinticuatro horas siguientes a la notificación del acuerdo y ante la Junta que lo hubiera dictado, la cual, con su informe, ha de remitir el expediente en el plazo de cuarenta y ocho horas a la Junta que deba resolver. Contra la resolución de esta última no cabe recurso administrativo o judicial alguno.

Art. veintidós. 1. Las Cortes Generales fijan las dietas y gratificaciones correspondientes a los miembros de la Junta Electoral Central y al personal puesto a su servicio.

2. Las dietas y las gratificaciones correspondientes a los miembros de las restantes Juntas Electorales y personal a su servicio se fijan por el Gobierno. No obstante, en el caso de elecciones a Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma, las indicadas compensaciones se fijan por el Consejo de Gobierno correspondiente, tanto en relación a la Junta Electoral de Comunidad Autónoma como a las de ámbito inferior.

3. La percepción de dichas retribuciones es en todo caso compatible con la de sus haberes.

4. El control financiero de dichas percepciones se realizará con arreglo a la legislación vigente.

## SECCION II

### *Las Mesas y Secciones Electorales*

Art. veintitrés. 1. Las circunscripciones están divididas en Secciones Electorales.

2. Cada Sección incluye un máximo de dos mil electores y un mínimo de quinientos. Cada término municipal cuenta al menos con una Sección.

3. Ninguna Sección comprende áreas pertenecientes a distintos términos municipales.

4. Los electores de una misma Sección se hallan ordenados en las listas electorales por orden alfabético.

5. En cada Sección hay una Mesa Electoral.

6. No obstante cuando el número de electores de una Sección o la diseminación de la población lo haga aconsejable, la Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral, a propuesta del Ayuntamiento correspondiente, puede disponer la formación de otras Mesas y distribuir entre ellas el electorado de la Sección. Para el primer supuesto, el electorado de la Sección se distribuye por orden alfabético entre las Mesas, que deben situarse preferentemente en habitaciones separadas dentro de la misma edificación. Para el caso de población diseminada, la distribución se realiza atendiendo a la menor distancia entre el domicilio del elector y la correspondiente Mesa. En ningún caso el número de electores adscrito a cada Mesa puede ser inferior a doscientos.

Art. veinticuatro. 1. Las Delegaciones Provinciales de la Oficina del Censo Electoral determinan el número, los límites de las Secciones Electorales, sus locales y las Mesas correspondientes a cada una de ellas, oídos los Ayuntamientos.

2. La relación anterior debe ser publicada en el «Boletín Oficial» de la provincia el octavo día posterior a la convocatoria.

3. En los seis días siguientes, los electores pueden presentar reclamaciones contra la delimitación efectuada, ante la Junta Electoral Provincial, que resolverá en firme sobre ellas en un plazo de cinco días.

4. La publicación de las Secciones, Mesas y Locales electorales se reitera en los periódicos de mayor difusión en la provincia dentro de los diez días anteriores al de la votación y será asimismo objeto de exposición pública por los Ayuntamientos.

5. Los Ayuntamientos deberán señalizar convenientemente los locales correspondientes a cada Sección y Mesa Electoral.

Art. veinticinco. 1. La Mesa Electoral está formada por un Presidente y dos Vocales.

2. En el supuesto de concurrencia de elecciones, la Mesa Electoral es común para todas ellas.

Art. veintiséis. 1. La formación de las Mesas compete a los Ayuntamientos, bajo la supervisión de las Juntas Electorales de Zona.

2. El Presidente y los Vocales de cada Mesa son designados por sorteo público entre la totalidad de las personas censadas en la Sección correspondiente, que sean menores de sesenta y cinco años y que sepan leer y escribir. El Presidente deberá tener el título de Bachiller o el de Formación Profesional de segundo grado, o subsidiariamente el de Graduado Escolar o equivalente.

3. Se procede de la misma forma al nombramiento de dos suplentes para cada uno de los miembros de la Mesa.

4. Los sorteos arriba mencionados se realizarán entre los días vigésimo quinto y vigésimo noveno posteriores a la convocatoria.

Art. veintisiete. 1. Los cargos de Presidente y Vocal de las Mesas Electorales son obligatorios. No pueden ser desempeñados por quienes se presenten como candidatos.

2. En los tres días posteriores a la designación, ésta debe ser notificada a los interesados, que disponen de un plazo de siete días para alegar ante la Junta Electoral de Zona causa justificada y documentada que les impida la aceptación del cargo. La Junta resuelve sin ulterior recurso en el plazo de cinco días y comunica, en su caso, la sustitución producida al primer suplente. En todo caso, se considera causa justificada el concurrir la condición de inelegible de acuerdo con lo dispuesto en esta Ley.

3. Si posteriormente cualquiera de los designados estuviera en imposibilidad de acudir al desempeño de su cargo, debe comunicarlo a la Junta de Zona, al menos setenta y dos horas antes del acto al que debiera concurrir, aportando las justificaciones pertinentes. Si el impedimento sobreviene después de ese plazo, el aviso a la Junta habrá de realizarse de manera inmediata y, en todo caso, antes de la hora de constitución de la Mesa. En tales casos, la Junta comunica la sustitución al correspondiente suplente, si hay tiempo para hacerlo, y procede a nombrar a otro, si fuera preciso.

4. A efectos de lo establecido en el artículo 101.2 de la presente Ley, las Juntas Electorales de Zona comunicarán a los Jueces correspondientes, antes

del día de la votación, los datos de identificación de las personas que, en calidad de titulares y suplentes, formen las Mesas Electorales.

Art. veintiocho. 1. Los trabajadores por cuenta ajena y los funcionarios nombrados Presidentes o Vocales de las Mesas Electorales tienen derecho a un permiso retribuido de jornada completa durante el día de la votación, si es laboral. En todo caso, tienen derecho a una reducción de su jornada de trabajo de cinco horas el día inmediatamente posterior.

2. Por Orden ministerial se regularán las dietas que, en su caso, procedan para los Presidentes y Vocales de las Mesas Electorales.

### SECCION III

#### *La Oficina del Censo Electoral*

Art. veintinueve. 1. La Oficina del Censo Electoral encuadrada en el Instituto Nacional de Estadística, es el órgano encargado de la formación del censo electoral y ejerce sus competencias bajo la dirección y la supervisión de la Junta Electoral Central.

2. La Oficina del Censo Electoral tiene Delegaciones Provinciales.

3. Los Ayuntamientos y Consulados actúan como colaboradores de la Oficina del Censo Electoral en las tareas censales.

Art. treinta. La Oficina del Censo Electoral tiene las siguientes competencias:

a) Coordina el proceso de elaboración del Censo Electoral y con tal fin puede dirigir instrucciones a los Ayuntamientos y Consulados, así como a los responsables del Registro Civil y del Registro de Penados y Rebeldes.

b) Supervisa el proceso de elaboración del censo electoral y a tal efecto puede inspeccionar los Ayuntamientos y Consulados.

c) Controla y revisa de oficio las altas y las bajas tramitadas por los órganos competentes y elabora un fichero nacional de electores.

d) Elimina las inscripciones múltiples de un mismo elector que no hayan sido detectadas por los Ayuntamientos y Consulados, en los términos previstos en el artículo 33.

e) Elabora las listas electorales provisionales y las definitivas.

f) Resuelve las reclamaciones contra las actuaciones de los órganos que participan en las operaciones censales y en particular las que se plantean por la inclusión o exclusión indebida de una persona en las listas electorales. Sus resoluciones agotan la vía administrativa.

## CAPITULO IV

### El censo electoral

#### SECCION I

##### *Condiciones y modalidad de la inscripción*

Art. treinta y uno. 1. El censo electoral contiene la inscripción de quienes reúnen los requisitos para ser elector y no se hallen privados, definitiva o temporalmente, del derecho de sufragio.

2. El censo electoral está compuesto por el censo de los electores residentes en España y por el censo de los electores residentes-ausentes que viven en el extranjero.

3. El censo electoral es único para toda clase de elecciones, sin perjuicio de su posible ampliación para las elecciones municipales a tenor de lo dispuesto en el artículo 13.2 de la Constitución.

Art. treinta y dos. 1. La inscripción en el censo electoral es obligatoria. Además del nombre y los apellidos, único dato necesario para la identificación del elector en el acto de la votación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 85, se incluirá entre los restantes datos censales el número del Documento Nacional de Identidad.

2. Los Ayuntamientos tramitan de oficio la inscripción de los residentes en su término municipal.

3. Los españoles residente-ausentes que vivan en el extranjero deben instar su inscripción al Consulado español correspondiente en la forma que se disponga reglamentariamente.

Art. treinta y tres. 1. El censo electoral se ordena por secciones territoriales.

2. Cada elector está inscrito en una Sección. Nadie puede estar inscrito en varias Secciones, ni varias veces en la misma Sección.

3. Si un elector aparece registrado más de una vez, prevalece la última inscripción y se cancelan las restantes. Si las inscripciones tienen la misma fecha, se notificará al afectado esta circunstancia para que opte por una de ellas en el plazo de diez días. En su defecto, la autoridad competente determina de oficio la inscripción que ha de prevalecer.

4. Las cancelaciones dispuestas de oficio, conforme al apartado anterior, o por cualquier otro motivo, son notificadas inmediatamente a los afectados.

5. Todos los electores reciben de la Administración Electoral una Tarjeta Censal con los datos actualizados de su inscripción en el Censo Electoral, así como de la Sección y Mesa en la que les corresponde votar.

#### SECCION II

##### *La formación del censo electoral*

Art. treinta y cuatro. 1. El censo electoral es permanente.

2. Su revisión es anual y se realiza con fecha del día primero de enero de cada año.

3. Para cada elección se utiliza el censo electoral vigente el día de la convocatoria.

Art. treinta y cinco. Para la revisión anual, los Ayuntamientos envían, en los plazos marcados por la Oficina del Censo Electoral y en cualquier caso antes de finalizar el mes de febrero, a la Delegación Provincial correspondiente de la Oficina del Censo Electoral una relación, documentada en la forma prevista por las instrucciones de dicho Organismo, con los siguientes datos:

a) Las altas de los residentes, mayores de edad, con referencia al 31 de diciembre anterior y las bajas producidas hasta esta fecha.

b) Las altas de los residentes que cumplen dieciocho años entre el 1 de enero y el 31 de diciembre del año en curso, que no hayan sido inscritos como menores en la revisión anterior, y las bajas que se hayan producido entre los que fueron inscritos con esa calificación.

c) Las altas, con la calificación de menor de los residentes que cumplen dieciocho años entre el 1 de enero y el 31 de diciembre del año siguiente.

Art. treinta y seis. Para la revisión del censo, los Consulados tramitan, conforme al mismo procedimiento que los Ayuntamientos, las altas y las bajas instadas por los españoles que vivan en su demarcación, así como sus cambios de domicilio.

Art. treinta y siete. A los efectos previstos en los dos artículos anteriores, los responsables del Registro Civil y del Registro de Penados y Rebeldes comunican antes del 1 de febrero a los Ayuntamientos, Consulados y a las Delegaciones Provinciales de la Oficina del Censo Electoral cualquier circunstancia, civil o penal, que pueda afectar a la inscripción en el Censo.

Art. treinta y ocho. 1. Con los datos consignados en los artículos anteriores, la Oficina del Censo Electoral elabora listas provisionales para cada revisión anual y ordena su exposición al público.

2. Las reclamaciones en vía administrativa ante los Ayuntamientos y Consulados deberán estar resueltas antes del 30 de junio, y en alzada ante las Delegaciones Provinciales de la Oficina del Censo Electoral antes del 15 de julio, entrando en vigor las listas electorales el 1 de agosto.

3. Lo dispuesto en el apartado anterior no impide posibles alteraciones posteriores como resultado de las Sentencias que resuelvan los recursos contra las decisiones de la Oficina del Censo Electoral.

4. Para tales recursos es de aplicación el procedimiento preferente y sumario previsto en el número 2 del artículo 53 de la Constitución.

### SECCION III

#### *Rectificación del Censo en periodo electoral*

Art. treinta y nueve. 1. Los Ayuntamientos y Consulados están obligados a la exposición de las listas electorales vigentes de sus respectivos Municipios el quinto día sucesivo a la convocatoria de elecciones.

2. En los ocho días siguientes, los responsables del Registro Civil y del

Registro de Penados y Rebeldes comunican a las Delegaciones Provinciales de la Oficina del Censo Electoral cualquier circunstancia que afecte al derecho de sufragio de los inscritos.

3. Dentro del plazo anterior cualquier persona puede presentar reclamación administrativa ante la Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral sobre su inclusión o exclusión en el censo.

4. Esta, en un plazo de tres días, resuelve las reclamaciones presentadas y ordena las rectificaciones pertinentes, que habrán de ser expuestas al público el decimoséptimo día posterior a la convocatoria. Asimismo notifica la resolución adoptada a cada uno de los reclamantes y a los Ayuntamientos y Consulados correspondientes.

Art. cuarenta. 1. Contra las resoluciones de la Oficina del Censo Electoral puede interponerse recurso ante el Juez de Primera Instancia en un plazo de cinco días a partir de su notificación.

2. La Sentencia, que habrá de dictarse en el plazo de cinco días, se notifica al interesado, al Ayuntamiento, al Consulado y a la Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral. Esta Sentencia agota la vía judicial.

#### SECCION IV

##### *Acceso a los datos censales*

Art. cuarenta y uno. 1. Por Real Decreto se regularán los datos personales de los electores, necesarios para su inscripción en el censo electoral.

2. Queda prohibida cualquier información particularizada sobre los datos personales contenidos en el censo electoral, a excepción de los que se soliciten por conducto judicial.

3. No obstante, la Oficina del Censo Electoral puede facilitar datos estadísticos que no revelen circunstancias personales de los electores.

4. Las Comunidades Autónomas pueden obtener una copia del censo, en soporte apto para su tratamiento informático, después de cada rectificación de aquél.

5. Los representantes de cada candidatura pueden obtener, el día de la proclamación de candidatos, una copia del censo del distrito correspondiente, en soporte apto para su tratamiento informático. Alternativamente los representantes generales pueden obtener, en las mismas condiciones, una copia del censo vigente de los distritos donde su partido, federación o coalición presente candidaturas.

#### CAPITULO V

##### *Requisitos generales de la convocatoria de elecciones*

Art. cuarenta y dos. 1. Salvo en los supuestos de disolución anticipada expresamente previstos en el ordenamiento jurídico, los Decretos de convocatoria se expedirán el día vigésimo quinto anterior a la expiración del mandato de las Cámaras y Corporaciones Locales, y se publican al día siguiente en el «Boletín Oficial del Estado» o, en su caso, en el «Boletín Oficial de la

Comunidad Autónoma» correspondiente. Entran en vigor el mismo día de su publicación.

2. Los Decretos de convocatoria señalan la fecha de las elecciones que habrán de celebrarse entre el quincuagésimo cuarto y el sexagésimo día desde la convocatoria.

## CAPITULO VI

### Procedimiento electoral

#### SECCION I

##### *Representantes de las candidaturas ante la Administración electoral*

Art. cuarenta y tres. 1. Los partidos, federaciones, coaliciones y agrupaciones que pretendan concurrir a una elección designarán, en el tiempo y forma previstos por las disposiciones especiales de esta Ley, a las personas que deban representarlos ante la Administración Electoral.

2. Los representantes generales actúan en nombre de los partidos, federaciones y coaliciones concurrentes.

3. Los representantes de las candidaturas lo son de los candidatos incluidos en ellas. A su domicilio se remiten las notificaciones, escritos y emplazamientos dirigidos por la Administración electoral a los candidatos y reciben de éstos, por la sola aceptación de la candidatura, un apoderamiento general para actuar en procedimientos judiciales en materia electoral.

#### SECCION II

##### *Presentación y proclamación de candidatos*

Art. cuarenta y cuatro. 1. Pueden presentar candidatos o listas de candidatos.

a) Los partidos y federaciones inscritos en el registro correspondiente.  
b) Las coaliciones constituidas según lo dispuesto en el apartado siguiente.  
c) Las agrupaciones de electores que reúnan los requisitos establecidos por las disposiciones especiales de la presente Ley.

2. Los partidos y federaciones que establezcan un pacto de coalición para concurrir conjuntamente a una elección deben comunicarlo a la Junta competente, en los diez días siguientes a la convocatoria. En la referida comunicación se debe hacer constar la denominación de la coalición, las normas por las que se rige y las personas titulares de sus órganos de dirección o coordinación.

3. Ningún partido, federación, coalición o agrupación de electores puede presentar más de una lista de candidatos en una circunscripción para la misma elección. Los partidos federados o coaligados no pueden presentar candidaturas propias en una circunscripción si en la misma concurren, para idéntica elección, candidatos de las federaciones o coaliciones a que pertenecen.

Art. cuarenta y cinco. Las candidaturas, suscritas por los representantes de los partidos, federaciones y coaliciones y por los promotores de las agrupaciones de electores, se presentan ante la Junta Electoral competente entre el decimoquinto y el vigésimo día posteriores a la convocatoria.

Art. cuarenta y seis. 1. El escrito de presentación de cada candidatura debe expresar claramente la denominación, siglas y símbolos del partido, federación, coalición o agrupación que la promueve, así como el nombre y apellidos de los candidatos incluidos en ella.

2. Al escrito de presentación debe acompañarse declaración de aceptación de la candidatura, así como los documentos acreditativos de sus condiciones de elegibilidad.

3. Cuando la presentación deba realizarse mediante listas, cada una debe incluir tantos candidatos como cargos a elegir y, además, tres candidatos suplentes, con la expresión del orden de colocación de todos ellos.

4. La presentación de candidaturas debe realizarse con denominaciones, siglas o símbolos que no induzcan a confusión con los pertenecientes o usados tradicionalmente por otros partidos legalmente constituidos.

5. No pueden presentarse candidaturas con símbolos que reproduzcan la bandera o el escudo de España, o con denominaciones o símbolos que hagan referencia a la Corona.

6. Ningún candidato puede presentarse en más de una circunscripción.

7. Junto al nombre de los candidatos puede hacerse constar su condición de independiente o, en caso de coaliciones, la denominación del partido al que cada uno pertenezca.

8. Las candidaturas presentadas por agrupaciones de electores deben acompañarse de los documentos acreditativos del número de firmas legalmente exigido para su participación en las elecciones. Ningún elector puede dar su firma para la presentación de varias candidaturas.

9. Las Juntas Electorales competentes extienden diligencia haciendo constar la fecha y hora de presentación de cada candidatura y expiden recibo de la misma. El Secretario otorgará un número correlativo por orden de presentación a cada candidatura y este orden se guardará en todas las publicaciones.

Art. cuarenta y siete. 1. Las candidaturas presentadas deben ser publicadas el vigésimo segundo día posterior a la convocatoria en la forma establecida por las disposiciones especiales de esta Ley.

2. Dos días después, las Juntas Electorales competentes comunican a los representantes de las candidaturas las irregularidades apreciadas en ellas de oficio o denunciadas por otros representantes. El plazo para subsanación es de cuarenta y ocho horas.

3. Las Juntas Electorales competentes realizan la proclamación de candidatos el vigésimo séptimo día posterior a la convocatoria.

4. No procederá la proclamación de candidaturas que incumplan los requisitos señalados en los artículos anteriores o los que establecen las disposiciones especiales de esta Ley.

5. Las candidaturas proclamadas deben ser publicadas el vigésimo octavo

día posterior a la convocatoria, en la forma establecida por las disposiciones especiales de esta Ley.

Art. cuarenta y ocho. 1. Las candidaturas no pueden ser objeto de modificación una vez presentadas, salvo en el plazo habilitado para la subsanación de irregularidades previsto en el artículo anterior y sólo por fallecimiento o renuncia del titular o como consecuencia del propio trámite de subsanación.

2. Cuando se trate de listas de candidatos las bajas que se produzcan después de la proclamación se entenderán cubiertas por los candidatos sucesivos y, en su caso, por los suplentes.

### SECCION III

#### *Recurso contra la proclamación de candidaturas y candidatos*

Art. cuarenta y nueve. 1. A partir de la proclamación, cualquier candidato excluido y los representantes de las candidaturas proclamadas o cuya proclamación hubiera sido denegada, disponen de un plazo de dos días para interponer recurso contra los acuerdos de proclamación de las Juntas Electorales, ante el Juzgado de lo contencioso-administrativo. En el mismo acto de interposición debe presentar las alegaciones que estime pertinentes acompañadas de los elementos de prueba oportunos.

2. El plazo para interponer el recurso previsto en el párrafo anterior discurre a partir de la publicación de los candidatos proclamados, sin perjuicio de la preceptiva notificación al representante de aquel o aquellos que hubieran sido excluidos.

3. La resolución judicial, que habrá de dictarse en los dos días siguientes a la interposición del recurso, tiene carácter firme e inapelable, sin perjuicio del procedimiento de amparo ante el Tribunal Constitucional, a cuyo efecto, con el recurso regulado en el presente artículo, se entenderá cumplido el requisito establecido en el artículo 44.1, a), de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

4. El amparo debe solicitarse en el plazo de dos días y el Tribunal Constitucional debe resolver sobre el mismo en los tres días siguientes.

### SECCION IV

#### *Disposiciones generales sobre la campaña electoral*

Art. cincuenta. 1. Los poderes públicos pueden realizar en período electoral una campaña de carácter institucional destinada a informar e incentivar la participación en las elecciones, sin influir en la orientación del voto de los electores.

2. Se entiende por campaña electoral, a efectos de esta Ley, el conjunto de actividades lícitas llevadas a cabo por los candidatos, partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones en orden a la captación de sufragios.

3. Salvo lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, ninguna persona jurídica distinta de las mencionadas en el apartado anterior podrá realizar

campaña electoral a partir de la fecha de la convocatoria de las elecciones, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 20 de la Constitución.

Art. cincuenta y uno. 1. La campaña electoral comienza el día trigésimo octavo posterior a la convocatoria.

2. Dura quince días como mínimo y veintiún días como máximo.

3. Termina, en todo caso, a las cero horas del día inmediatamente anterior a la votación.

Art. cincuenta y dos. Se prohíbe a todo miembro en activo de las Fuerzas Armadas o de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, de las Policias de las Comunidades Autónomas o Municipales, a los Jueces, Magistrados y Fiscales en activo y a los miembros de las Juntas Electorales, difundir propaganda electoral o llevar a cabo otras actividades de campaña electoral.

## SECCION V

### *Propaganda y actos de campaña electoral*

Art. cincuenta y tres. No puede difundirse propaganda electoral ni realizarse acto alguno de campaña electoral una vez que ésta haya legalmente terminado ni tampoco durante el período comprendido entre la convocatoria de las elecciones y la iniciación legal de la campaña. La prohibición referida a este último período no incluye las actividades habitualmente realizadas por los partidos, coaliciones y federaciones en el ejercicio de sus funciones constitucionalmente reconocidas y, en particular, en el artículo 20 de la Constitución.

1. La celebración de actos públicos de campaña electoral se rige por lo dispuesto en la legislación reguladora del derecho de reunión. Las atribuciones encomendadas en esta materia a la autoridad gubernativa se entienden asumidas por las Juntas Electorales Provinciales.

2. Se mantienen, en todo caso, las atribuciones de la autoridad gubernativa respecto al orden público, y con este fin, las Juntas deben informar a la indicada autoridad de las reuniones cuya convocatoria les haya sido comunicada.

Art. cincuenta y cinco. Los Ayuntamientos deben reservar lugares especiales para la colocación gratuita de carteles, así como locales oficiales y lugares públicos de uso gratuito para la celebración de actos de campaña electoral.

Aparte de los lugares especiales gratuitos indicados anteriormente los partidos, asociaciones, coaliciones o federaciones y las candidaturas sólo pueden colocar carteles de propaganda electoral en los espacios comerciales autorizados.

Art. cincuenta y seis. 1. A los efectos de lo dispuesto en el artículo anterior, los Ayuntamientos, dentro de los siete días siguientes a la convocatoria, comunican los emplazamientos disponibles para la colocación gratuita de carteles a la correspondiente Junta Electoral de Zona.

2. Esta distribuye equitativamente los lugares mencionados, de forma

que todas las candidaturas dispongan de igual superficie y análoga utilidad en cada uno de los emplazamientos disponibles.

3. El segundo día posterior a la proclamación de candidatos, la Junta comunica al representante de cada candidatura los lugares reservados para sus carteles.

Art. cincuenta y siete. 1. A los efectos de lo dispuesto en el artículo 55 los Ayuntamientos, dentro de los diez días siguientes al de la convocatoria, comunican a la correspondiente Junta Electoral de Zona que, a su vez lo pone en conocimiento de la Junta Provincial, los locales oficiales y lugares públicos que se reservan para la realización gratuita de actos de campaña electoral.

2. Dicha relación ha de contener la especificación de los días y horas en que cada uno sea utilizable y debe ser publicada en el «Boletín Oficial de la Provincia», dentro de los quince días siguientes a la convocatoria. A partir de entonces, los representantes de las candidaturas pueden solicitar antes las Juntas de Zona la utilización de los locales y lugares mencionados.

3. El cuarto día posterior a la proclamación de candidatos, las Juntas de Zona atribuyen los locales y lugares disponibles, en función de las solicitudes, y cuando varias sean coincidentes, atendiendo al criterio de igualdad de oportunidades y, subsidiariamente, a las preferencias de los partidos, federaciones o coaliciones con mayor número de votos en las últimas elecciones equivalentes en la misma circunscripción. Las Juntas Electorales de Zona comunicarán al representante de cada candidatura los locales y lugares asignados.

Art. cincuenta y ocho. 1. Las candidaturas tienen derecho a contratar la inserción de publicidad en la prensa periódica, sin que pueda producirse discriminación alguna entre ellas en cuanto a inclusión, tarifas y ubicación de los espacios de publicidad electoral.

2. Las candidaturas tienen igualmente derecho a contratar la inserción de publicidad en emisoras de radio y en cualquier otro medio de difusión privado, sin que pueda producirse tampoco discriminación alguna a este respecto.

3. Las tarifas para la publicidad electoral no serán superiores a las vigentes para la publicidad comercial.

4. Todo espacio de propaganda electoral deberá hacer constar expresamente su condición.

## SECCION VI

### *Utilización de medios de comunicación de titularidad pública para la campaña electoral*

Art. cincuenta y nueve. Por Orden ministerial se fijarán tarifas especiales para los envíos postales de propaganda electoral.

Art. sesenta. 1. No pueden contratarse espacios de publicidad electoral en los medios de comunicación de titularidad pública.

2. Durante la campaña electoral los partidos, federaciones, coaliciones y agrupaciones que concurran a las elecciones tienen derecho a espacios gra-

tuitos de propaganda en las emisoras de televisión y de radio de titularidad pública conforme a lo establecido en los artículos siguientes.

Art. sesenta y uno. La distribución de espacios gratuitos para propaganda electoral se hace atendiendo al número total de votos que obtuvo cada partido, federación o coalición en las anteriores elecciones equivalentes.

Art. sesenta y dos. Si el ámbito territorial del medio o el de su programación fueran más limitados que el de la elección convocada, la distribución de espacios se hace atendiendo al número total de votos que obtuvo cada partido, federación o coalición en las circunscripciones comprendidas en el correspondiente ámbito de difusión o, en su caso, de programación.

Art. sesenta y tres. 1. Para la distribución de espacios gratuitos de propaganda en las elecciones a cualquiera de las dos Cámaras de las Cortes Generales solamente se tienen en cuenta los resultados de las precedentes elecciones al Congreso de los Diputados.

2. Si simultáneamente a las elecciones al Congreso de los Diputados se celebran elecciones a una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma o elecciones municipales, sólo se tiene en cuenta los resultados de las anteriores elecciones al Congreso, para la distribución de espacios en la programación general de los medios nacionales.

3. Si las elecciones a una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma se celebran simultáneamente a las elecciones municipales, sólo se tiene en cuenta los resultados de las anteriores elecciones a dicha Asamblea para la distribución de espacios en los medios de difusión de esa Comunidad Autónoma o en los correspondientes programas regionales de los medios nacionales.

4. En el supuesto previsto en el párrafo anterior, y siempre que no sea aplicable la regla del párrafo segundo de este artículo, la distribución de espacios en la programación general de los medios nacionales se hace atendiendo a los resultados de las anteriores elecciones municipales .

5 A falta de regulación expresa en este artículo las Juntas Electorales competentes establecen los criterios para la distribución de espacios en los medios de comunicación de titularidad pública en los supuestos de coincidencia de elecciones.

Art. sesenta y cuatro. 1. La distribución de tiempo gratuito de propaganda electoral en cada medio de comunicación de titularidad pública, y en los distintos ámbitos de programación que éstos tengan, se efectúa conforme al siguiente baremo:

a) Diez minutos para los partidos, federaciones y coaliciones que no concurrieron o no obtuvieron representación en las anteriores elecciones equivalentes o para aquellos que, habiéndola obtenido, no hubieran alcanzado el 5 por 100 del total de votos válidos emitidos en el territorio nacional, o en su caso, en las circunscripciones a que hace referencia el artículo 62.

b) Veinte minutos para los partidos, federaciones y coaliciones que, habiendo obtenido representación en las anteriores elecciones equivalentes, hubieran alcanzado entre el 5 y el 20 por 100 del total de votos a que se hace referencia en el párrafo a).

c) Treinta minutos para los partidos, federaciones y coaliciones que, habiendo obtenido representación en las anteriores elecciones equivalentes, hubieran alcanzado, al menos, un 20 por 100 del total de votos a que hace referencia el apartado a).

2. El derecho a los tiempos de emisión gratuita enumerados en el apartado anterior sólo corresponde a aquellos partidos, federaciones o coaliciones que presenten candidaturas en más del 75 por 100 de las circunscripciones comprendidas en el ámbito de difusión o, en su caso, de programación del medio correspondiente. Para las elecciones municipales se estará a lo establecido en las disposiciones especiales de esta Ley.

3. Los partidos, asociaciones, federaciones o coaliciones que no cumplan el requisito de presentación de candidaturas establecido en el apartado anterior tienen, sin embargo, derecho a diez minutos de emisión en la programación general de los medios nacionales si hubieran obtenido en las anteriores elecciones equivalentes el 20 por 100 de los votos emitidos en el ámbito de una Comunidad Autónoma en condiciones horarias similares a las que se acuerden para las emisiones de los partidos, federaciones y coaliciones a que se refiere el apartado 1,c), de este artículo. En tal caso, la emisión se circunscribirá al ámbito territorial de dicha Comunidad. Este derecho no es acumulable al que prevé el apartado anterior.

4. Las agrupaciones de electores que se federen para realizar propaganda en los medios de titularidad pública tendrán derecho a diez minutos de emisión, si cumplen el requisito de presentación de candidaturas exigido en el apartado 2 de este artículo.

Art. sesenta y cinco. 1. La Junta Electoral Central es la autoridad competente para distribuir los espacios gratuitos de propaganda electoral que se emiten por los medios de comunicación públicos cualquiera que sea el titular de los mismos, a propuesta de la Comisión a que se refieren los apartados siguientes de este artículo.

2. Una Comisión de Radio y Televisión, bajo la dirección de la Junta Electoral Central, es competente para efectuar la propuesta de distribución de los espacios gratuitos de propaganda electoral.

3. La Comisión es designada por la Junta Electoral Central y está integrada por un representante de cada partido, federación o coalición que concurriendo a las elecciones convocadas cuente con representación en el Congreso de los Diputados. Dichos representantes valoran ponderadamente de acuerdo con la composición de la Cámara.

4. La Junta Electoral Central elige también al Presidente de la Comisión de entre los representantes nombrados conforme al apartado anterior.

5. La Junta Electoral Central puede delegar en las Juntas Electorales Provinciales la distribución de espacios gratuitos de propaganda electoral en las programaciones regionales y locales de los medios de comunicación de titularidad estatal y de aquellos otros medios de ámbito similar que tengan también el carácter de públicos. En este supuesto, se constituye en dicho ámbito territorial una Comisión con las mismas atribuciones previstas en el párrafo 2 del presente artículo y con una composición que tenga en cuenta la representación parlamentaria en el Congreso de los Diputados del ámbito

territorial respectivo. Dicha Comisión actúa bajo la dirección de la correspondiente Junta Electoral Provincial.

6. En el supuesto de que se celebren solamente elecciones a una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma, las funciones previstas en este artículo respecto a los medios de titularidad estatal, se entenderán limitadas al ámbito territorial de dicha Comunidad, y serán ejercidas en los términos previstos en esta Ley por la Junta Electoral de la Comunidad Autónoma o, en el supuesto de que ésta no esté constituida, por la Junta Electoral de la provincia cuya capital ostente la de la Comunidad. En el mismo supuesto la Junta Electoral de Comunidad Autónoma tiene respecto a los medios de comunicación dependientes de la Comunidad Autónoma o de los municipios de su ámbito, al menos, las competencias que este artículo atribuye a la Junta Electoral Central, incluida la de dirección de una Comisión de Radio Televisión si así lo prevé la legislación de la Comunidad Autónoma que regule las elecciones a las respectivas Asambleas Legislativas.

Art. sesenta y seis. El repito al pluralismo político y social, así como la neutralidad informativa de los medios de comunicación de titularidad pública en período electoral, serán garantizados por la organización de dichos medios y su control previstos en las Leyes. Las decisiones de los órganos de administración de los referidos medios en el indicado período electoral son recurribles ante la Junta Electoral competente de conformidad con lo previsto en el artículo anterior y según el procedimiento que la Junta Electoral Central disponga.

Art. sesenta y siete. Para la determinación del momento y el orden de emisión de los espacios de propaganda electoral a que tienen derecho todos los partidos, federaciones o coaliciones que se presenten a las elecciones, de acuerdo con lo previsto en la presente Ley, la Junta Electoral competente tendrá en cuenta las preferencias de los partidos, federaciones o coaliciones en función del número de votos que obtuvieron en las anteriores elecciones equivalentes.

## SECCION VII

### *Derecho de rectificación*

Art. sesenta y ocho. Cuando por cualquier medio de comunicación social se difundan hechos que aludan a candidatos o dirigentes de los partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones que concurran a la elección, que éstos consideren inexactos y cuya divulgación pueda causarles perjuicio, podrán ejercitar el derecho de rectificación, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 2/1984, de 23 de marzo, con las siguientes especialidades:

a) Si la información que se pretende rectificar se hubiera difundido en una publicación cuya periodicidad no permite divulgar la rectificación, en los tres días siguientes a su recepción, el director del medio de comunicación deberá hacerla publicar a su costa dentro del plazo indicado en otro medio de la misma zona y de similar difusión.

b) El juicio verbal regulado en el párrafo 2º del artículo 5º de la men-

cionada Ley Orgánica se celebrará dentro de los cuatro días siguientes al de la petición.

## SECCION VIII

### *Encuestas electorales*

Art. sesenta y nueve. Entre el día de la convocatoria y el de la celebración de cualquier tipo de elecciones se aplica el siguiente régimen de publicación en encuestas electorales:

1. Los realizadores de todo sondeo o encuesta deben, bajo su responsabilidad, acompañarla de las siguientes especificaciones, que asimismo debe incluir toda publicación de las mismas:

a) Denominación y domicilio del organismo o entidad, pública o privada o de la persona física que haya realizado el sondeo, así como de la que haya encargado su realización

b) Características técnicas del sondeo, que incluyan necesariamente los siguientes extremos: sistema de muestreo, tamaño de la muestra, margen de error de la misma, nivel de representatividad, procedimiento de selección de los encuestados y fecha de realización del trabajo de campo

c) Texto Integro de las cuestiones planteadas y número de personas que no han contestado a cada una de ellas.

2. La Junta Electoral Central vela porque los datos e informaciones de los sondeos publicados no contengan falsificaciones, ocultaciones o modificaciones deliberadas, así como por el correcto cumplimiento de las especificaciones a que se refiere el párrafo anterior y por el respeto a la prohibición establecida en el apartado 7 de este artículo.

3. La Junta Electoral Central puede recabar de quien haya realizado un sondeo o encuesta publicado la información técnica complementaria que juzgue oportuno al objeto de efectuar las comprobaciones que estime necesarias.

Esta información no puede extenderse al contenido de los datos sobre las cuestiones que, conforme a la legislación vigente, sean de uso propio de la empresa o su cliente.

4. Los medios informativos que hayan publicado o difundido un sondeo, violando las disposiciones de la presente Ley, están obligados a publicar y difundir en el plazo de tres días las rectificaciones requeridas por la Junta Electoral Central, anunciando su procedencia y el motivo de la rectificación, y programándose o publicándose en los mismos espacios o páginas que la información rectificada.

5. Si el sondeo o encuesta que se pretende modificar se hubiera difundido en una publicación cuya periodicidad no permite divulgar la rectificación en los tres días siguientes a su recepción, el director del medio de comunicación deberá hacerla publicar a su costa indicando esta circunstancia, dentro del plazo indicado, en otro medio de la misma zona y de similar difusión.

6. Las resoluciones de la Junta Electoral Central sobre materia de encuestas y sondeos son notificadas a los interesados y publicaciones. Pueden

ser objeto de recurso ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en la forma prevista en su Ley Reguladora y sin que sea preceptivo el recurso previo de reposición.

7. Durante los cinco días anteriores al de la votación queda prohibida la publicación y difusión de sondeos electorales por cualquier medio de comunicación.

## SECCION IX

### *Papeletas y sobres electorales*

Art. setenta. 1. Las Juntas Electorales competentes aprueban el modelo oficial de las papeletas correspondientes a su circunscripción, de acuerdo con criterios establecidos en las disposiciones especiales de esta Ley o en otras normas de rango reglamentario.

2. La Administración del Estado asegura la disponibilidad de las papeletas y los sobres de votación conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente, sin perjuicio de su eventual confección por los grupos políticos que concurren a las elecciones.

3. Las Juntas electorales correspondientes verificarán que las papeletas y sobres de votación confeccionados por los grupos políticos que concurren a las elecciones se ajustan al modelo oficial.

Art. setenta y uno. 1. La confección de las papeletas se inicia inmediatamente después de la proclamación de candidatos.

2. Si se han interpuesto recursos contra la proclamación de candidatos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 de esta Ley, la confección de las papeletas correspondientes se pospone, en la circunscripción electoral donde hayan sido interpuestos, hasta la resolución de dichos recursos.

3. Las primeras papeletas confeccionadas se entregan inmediatamente a los Delegados Provinciales de la Oficina del Censo Electoral para su envío a los residentes ausentes que viven en el extranjero.

4. Los Gobiernos Civiles aseguran la entrega de las papeletas y sobres en número suficiente a cada una de las Mesas electorales, al menos una hora antes del momento en que deba iniciarse la votación.

## SECCION X

### *Voto por correspondencia*

Art. setenta y dos. Los electores que prevean que en la fecha de la votación no se hallarán en la localidad donde les corresponde ejercer su derecho de voto, o que no puedan personarse, pueden emitir su voto por correo, previa solicitud a la Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral, con los requisitos siguientes:

a) El elector solicitará de la correspondiente Delegación, a partir de la fecha de la convocatoria y hasta el quinto día anterior al de la votación, un certificado de inscripción en el Censo.

b) La solicitud deberá formularse personalmente. El funcionario de correos encargado de recibirlas exigirá al interesado la exhibición de su Docu-

mento Nacional de Identidad y comprobará la coincidencia de la firma. En ningún caso se admitirá a estos efectos fotocopia del Documento Nacional de Identidad.

c) En caso de enfermedad o incapacidad que impida la formulación personal de la solicitud, ésta podrá ser efectuada en nombre del elector, por persona debidamente autorizada, acreditando ésta su identidad y representación con Documento autenticado por Notario o Cónsul. La Junta Electoral correspondiente puede comprobar, en cada caso, la concurrencia de la circunstancia a que se refiere este apartado.

Art. setenta y tres. 1. Recibida la solicitud a que hace referencia el artículo anterior, la Delegación Provincial comprobará la inscripción, realizará la anotación correspondiente en el censo, a fin de que el día de las elecciones no se realice el voto personalmente, y extenderá el certificado solicitado.

2. Tan pronto como estuvieran disponibles, la Oficina del Censo Electoral remitirá al elector, al domicilio por él indicado o, en su defecto, al que figure en el censo, las papeletas y los sobres electorales, junto con el certificado mencionado en el párrafo anterior y un sobre en el que figurará la dirección de la Mesa donde le corresponde votar. Con los anteriores documentos se adjuntará una hoja explicativa.

3. Una vez que el elector haya escogido o, en su caso, rellenado la papeleta de voto, la introducirá en el sobre de votación y lo cerrará. Si son varias las elecciones convocadas, deberá proceder del mismo modo para cada uno de ellas. Incluirá el sobre o sobres de votación y el certificado en el sobre dirigido a la Mesa y lo remitirá por correo certificado. Este sobre no necesita franqueo.

4. El servicio de Correos conservará hasta el día de la votación toda la correspondencia dirigida a las Mesas Electorales y la trasladará a dichas Mesas a las 9 de la mañana. Asimismo, seguirá dando traslado de la que pueda recibirse en dicho día, hasta las 20 horas del mismo. El Servicio de Correos llevará un registro de toda la documentación recibida, que estará a disposición de las Juntas Electorales.

Artículo setenta y cuatro. El Gobierno adoptará las medidas que garanticen el ejercicio del derecho de sufragio por los ciudadanos que se encuentren cumpliendo el servicio militar.

Asimismo, regulará las especialidades respecto de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, para el voto por correo del personal embarcado en buques de la Armada, de la Marina Mercante española o de la flota pesquera.

Art. setenta y cinco. 1. Las Delegaciones Provinciales de la Oficina del Censo Electoral envían de oficio a los inscritos en el censo de residentes ausentes que vivan en el extranjero un certificado idéntico al previsto en el artículo 72 y las papeletas y sobres de votación, así como un sobre en el que debe figurar la dirección de la Junta Electoral Provincial. Con estos documentos adjuntan una nota explicativa.

2. Dicho envío debe realizarse por correo certificado y no más tarde del trigésimo cuarto día posterior a la convocatoria, en aquellas provincias donde no hubiese sido impugnada la proclamación de candidatos, y en las restantes, no más tarde del cuadragésimo segundo.

3. Estos electores ejercen su derecho de voto conforme al procedimiento previsto en el párrafo tercero del artículo 73 y envían el sobre dirigido a la Junta Electoral competente para su escrutinio, por correo certificado y no más tarde del día anterior al de la elección. Será indispensable para la validez de estos votos que conste claramente en el sobre mencionado un mata-sellos u otra inscripción oficial de una Oficina de Correos del Estado en cuestión que certifique, de modo indubitable, el cumplimiento de este requisito temporal.

4. El día del escrutinio general, y antes de proceder al mismo, la Junta Electoral competente se constituye en Mesa Electoral, a las ocho horas de la mañana, con los Interventores que a tal efecto designen las candidaturas concurrentes.

5. A continuación su Presidente procede a introducir en la urna o urnas los sobres de votación de los residentes ausentes recibidos hasta ese día y el Secretario anota los nombres de los votantes en la correspondiente lista. Acto seguido la Junta escruta todos estos votos e incorpora los resultados al escrutinio general.

6. El Gobierno, previo informe de la Junta Electoral Central, puede regular los criterios y limitar los supuestos de aplicación de este artículo, así como establecer otros procedimientos para el voto de los residentes ausentes que vivan en Estados extranjeros donde no sea practicable lo dispuesto en este artículo.

7. Las disposiciones de este artículo no son aplicables al voto en las elecciones municipales de los residentes ausentes que viven en el extranjero, que se rige por las disposiciones especiales de esta Ley.

## SECCION XI

### *Apoderados e interventores*

Art. setenta y seis. 1. El representante de cada candidatura puede otorgar poder a favor de cualquier ciudadano, mayor de edad y que se halle en pleno uso de sus derechos civiles y políticos, al objeto de que ostente la representación de la candidatura en los actos y operaciones electorales.

2. El apoderamiento se formaliza ante notario o ante el Secretario de la Junta Electoral Provincial o de Zona, quienes expedirán la correspondiente credencial, conforme al modelo oficialmente establecido.

3. Los apoderados deben exhibir sus credenciales y su Documento Nacional de Identidad a los miembros de las Mesas Electorales y demás autoridades competentes.

4. Los trabajadores por cuenta ajena y los funcionarios que acrediten su condición de apoderados tienen derecho a un permiso retribuido durante el día de la votación.

Art. setenta y siete. Los apoderados tienen derecho a acceder libremente a los locales electorales, a examinar el desarrollo de las operaciones de voto y de escrutinio, a formular reclamaciones y protestas, así como a recibir las certificaciones que prevé esta Ley, cuando no hayan sido expedidas a otro apoderado o interventor de su misma candidatura.

Art. setenta y ocho. 1. El representante de cada candidatura puede nombrar, hasta tres días antes de la elección, dos interventores por cada Mesa Electoral, mediante la expedición de credenciales talonarias, con la fecha y firma de pie del nombramiento.

2. Las hojas talonarias por cada interventor habrán de estar divididas en cuatro partes: una, como matriz, para conservarla el representante; la segunda, se entregará al interventor como credencial; la tercera y cuarta, serán remitidas a la Junta de Zona, para que ésta haga llegar una de éstas a la Mesa Electoral de que forma parte y otra a la Mesa en cuya lista electoral figure inscrito para su exclusión de la misma. El envío a las Juntas de Zona se hará hasta el mismo día tercero anterior al de la elección, y las de Zona harán la remisión a las Mesas de modo que obren en su poder en el momento de constituir las mismas el día de la votación.

3. Para ser designado interventor es preciso estar inscrito como elector en la circunscripción correspondiente.

4. Los trabajadores por cuenta ajena y los funcionarios que acrediten su condición de interventores tienen derecho durante el día de la votación y el día inmediatamente posterior, a los permisos que el artículo 28 de esta Ley establece para los miembros de las Mesas Electorales.

Art. setenta y nueve. 1. Los interventores ejercen su derecho de sufragio en la Mesa ante la que están acreditados.

2. Un interventor de cada candidatura puede asistir a la Mesa Electoral, participar en sus deliberaciones con voz pero sin voto, y ejercer ante ella los demás derechos previstos por esta Ley.

3. A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, los interventores de una misma candidatura acreditados ante la Mesa pueden sustituirse libremente entre sí.

4. Un apoderado puede realizar las funciones previstas en el párrafo segundo de este artículo, en ausencia de interventores de su candidatura.

## SECCION XII

### *Constitución de las Mesas Electorales*

Art. ochenta. 1. El Presidente, los dos Vocales de cada Mesa Electoral y los respectivos suplentes, si los hubiera, se reúnen a las ocho horas del día fijado para la votación en el local correspondiente.

2. Si el Presidente no ha acudido, le sustituye su primer suplente. En caso de faltar también éste, le sustituye un segundo suplente, y si éste tampoco ha acudido, toma posesión como Presidente el primer Vocal, o el segundo Vocal, por este orden. Los Vocales que no han acudido o que toman posesión como Presidentes son sustituidos por sus suplentes.

3. No puede constituirse la Mesa sin la presencia de un Presidente y dos Vocales. En el caso de que no pueda cumplirse este requisito, los miembros de la mesa presentes, los suplentes que hubieran acudido o, en su defecto, la autoridad gubernativa, extienden y suscriben una declaración de los hechos acaecidos y la envían por correo certificado a la Junta de Zona, a quien comunican también estas circunstancias telegráfica o telefónicamente.

4. La Junta designa, en tal caso, libremente, a las personas que habrán de constituir la Mesa Electoral, pudiendo incluso ordenar que forme parte de ella alguno de los electores que se encuentre presente en el local. En todo caso, la Junta informa al Ministerio Fiscal de lo sucedido para el esclarecimiento de la posible responsabilidad penal de los miembros de la Mesa o de sus suplentes que no comparecieron.

5. Si pese a lo establecido en el párrafo anterior no pudiera constituirse la Mesa una hora después de la legalmente establecida para el inicio de la votación, las personas designadas en el párrafo tercero de este artículo comunicarán esta circunstancia a la Junta de Zona, que convocará para nueva votación en la Mesa, dentro de los dos días siguientes. Una copia de la convocatoria se fijará inmediatamente en la puerta del local electoral y la Junta procederá de oficio al nombramiento de los miembros de la nueva Mesa.

Art. ochenta y uno. 1. Cada Mesa debe contar con una urna para cada una de las elecciones que deban realizarse y con una cabina de votación.

2. Asimismo debe disponer de un número suficiente de sobres y de papeletas de cada candidatura, que estarán situados en la cabina o cerca de ella.

3. Las urnas, cabinas, papeletas y sobres de votación deben ajustarse al modelo oficialmente establecido.

4. Si faltase cualquiera de estos elementos en el local electoral, a la hora señalada para la constitución de la mesa o en cualquier momento posterior, el Presidente de la Mesa lo comunicará inmediatamente a la Junta de Zona, que proveerá a su suministro.

Art. ochenta y dos. 1. Reunidos el Presidente y los vocales, reciben, entre las ocho y las ocho treinta horas, las credenciales de los interventores que se presenten y las confrontan con los talones que habrán de obrar en su poder. Si las hallan conformes, admiten a los interventores en la Mesa. Si el Presidente no hubiera recibido los talones o le ofreciera duda la autenticidad de las credenciales, la identidad de los presentados, o ambos extremos, les dará posesión si así lo exigen, pero consignando en el Acta su reserva para el esclarecimiento pertinente, y para exigirles, en su caso, la responsabilidad correspondiente.

3. Si se presentan más de dos interventores por una misma candidatura, sólo dará posesión el Presidente a los que primero presenten sus credenciales, a cuyo fin numerará las credenciales por orden cronológico de presentación.

3. Los talones recibidos por el Presidente deben unirse al expediente electoral. Las credenciales exhibidas por los interventores, una vez cotejadas por el Presidente, les serán devueltas a aquéllos. Si el Presidente no hubiese recibido los talones, las credenciales correspondientes se deberán adjuntar al expediente electoral al finalizar el escrutinio.

4. Si el interventor se presentase en la Mesa después de las ocho treinta horas, una vez confeccionada el acta de constitución de la misma, el Presidente no le dará posesión de su cargo, si bien podrá votar en dicha Mesa.

Art. ochenta y tres. 1. A las ocho treinta horas, el Presidente extiende el acta de constitución de la Mesa, firmada por él mismo, los Vocales y los interventores, y entrega un certificado de dicha acta, firmada por él y por los Vocales, al representante de la candidatura, apoderado o interventor que lo reclame.

2. En el acta habrá de expresarse necesariamente con qué personas queda constituida la Mesa en concepto de miembros de la misma y la relación nominal de los interventores, con indicación de la candidatura por la que lo sean.

3. Si el Presidente rehúsa o demora la entrega del certificado de constitución de la Mesa a quien tenga derecho a reclamarlo, se extenderá por duplicado la oportuna protesta, que será firmada por el reclamante o reclamantes. Un ejemplar de dicha protesta se une al expediente electoral, remitiéndose el otro por el reclamante o reclamantes a la Junta Electoral competente para realizar el escrutinio general, según lo previsto en las disposiciones especiales de esta Ley.

4. El Presidente está obligado a dar un solo certificado del acta de constitución de la mesa a cada partido, federación, coalición o agrupación concurrente a las elecciones.

## SECCION XIII

### *Votación*

Art. ochenta y cuatro. 1. Extendida el acta de constitución de la Mesa, y en su caso, librados los certificados a que se refiere el artículo anterior, se iniciará a las nueve horas la votación, que continuará sin interrupción hasta las veinte horas. El Presidente anunciará su inicio con las palabras: «Empieza la votación».

2. Sólo por causas de fuerza mayor podrá no iniciarse o suspenderse, una vez iniciado, el acto de la votación, siempre bajo la responsabilidad del Presidente de la mesa, quien resolverá al respecto en escrito razonado. De dicho escrito, el Presidente envía en todo caso una copia certificada inmediatamente después de extenderlo, ya sea en mano, ya sea por correo certificado, a la Junta Provincial para que ésta compruebe la certeza y suficiencia de los motivos y declare o exija las responsabilidades que resulten.

3. En caso de suspensión de la votación no se tienen en cuenta los votos emitidos en la mesa, ni se procede a su escrutinio, ordenando el Presidente, inmediatamente, la destrucción de las papeletas depositadas en la urna, y consignando este extremo en el escrito a que se refiere el párrafo anterior.

4. No obstante lo dispuesto en el párrafo dos de este artículo, el Presidente deberá interrumpir la votación cuando advierta la ausencia de papeletas de alguna candidatura y no pueda suplirla mediante papeletas suministradas por los apoderados o interventores de la correspondiente candidatura. En tal caso dará cuenta de su decisión a la Junta de la Zona para que ésta provea y la votación se prorrogará tanto tiempo como hubiera estado interrumpida. En este supuesto no es de aplicación el párrafo tercero de este artículo.

Art. ochenta y cinco. 1. El derecho a votar se acredita por la inscripción en los ejemplares certificados de las listas del censo y por la identificación del elector, que se realiza mediante Documento Nacional de Identidad, Pasaporte o permiso de conducir en que aparezca la fotografía del titular; en las elecciones municipales, los extranjeros con derecho de sufragio acreditarán su identidad con la tarjeta de residencia.

2. Los inscritos como menores en el censo electoral pueden ejercer su derecho de sufragio si en la fecha de la votación han cumplido ya dieciocho años.

3. Asimismo, pueden votar quienes acrediten su derecho a estar inscritos en el censo de la Sección mediante la exhibición de la correspondiente sentencia judicial.

4. Cuando la Mesa, a pesar de la exhibición de alguno de los documentos previstos en el apartado 1, tenga duda, por sí o a consecuencia de la reclamación que en el acto haga públicamente un interventor, apoderado u otro elector, sobre la identidad del individuo que se presenta a votar, la Mesa, a la vista de los documentos acreditativos y del testimonio que puedan presentar los electores presentes, decide por mayoría. En todo caso se mandará pasar tanto de culpa al Tribunal competente para que exija la responsabilidad del que resulte usurpador de nombre ajeno o del que lo haya negado falsamente.

Art. ochenta y seis. 1. El voto es secreto.

2. Los electores sólo pueden votar en la sección, y dentro de ésta en la Mesa Electoral que les corresponda, salvo lo dispuesto en el apartado 1.º del artículo 79. Los electores se acercarán a la Mesa de uno en uno, después de haber pasado, si así lo desean, por la cabina que estará situada en la misma habitación, en un lugar intermedio entre la entrada y la Mesa Electoral. Dentro de la cabina el votante podrá elegir las papeletas electorales e introducirlas en los correspondientes sobres.

3. Cada elector manifestará su nombre y apellido al Presidente. Los Vocales e interventores comprobarán, por el examen de las listas del censo electoral, el derecho a votar del elector, así como su identidad, que se justificará conforme a lo dispuesto en el artículo anterior. Inmediatamente el elector entregará por su propia mano al Presidente el sobre o sobres de votación cerrados. A continuación éste, sin ocultarlos ni un momento a la vista del público, dirá en voz alta el nombre del elector y, añadiendo «Vota», depositará en la urna o urnas los correspondientes sobres.

4. Los Vocales, y, en su caso, los interventores que lo deseen anotarán, cada cual en una lista numerada, el nombre y apellidos de los votantes por el orden en que emitan su voto, expresando el número con que figuran en la lista del censo electoral. Todo elector tiene derecho a examinar si ha sido bien anotado su nombre y apellidos en la lista de votantes que forme la Mesa.

Art. ochenta y siete. Los electores que no sepan leer o que, por defecto físico, estén impedidos para elegir la papeleta o colocarla dentro del sobre y para entregarla al Presidente de la Mesa, pueden servirse para estas operaciones de una persona de su confianza.

Art. ochenta y ocho. 1. A las veinte horas el Presidente anunciará en voz alta que se va a concluir la votación. Si alguno de los electores que se hallan en el local o en el acceso al mismo no ha votado todavía, el Presidente admitirá que lo haga y no permitirá que vote nadie más.

2. Acto seguido el Presidente procede a introducir en las urnas los sobres que contengan las papeletas de voto remitidas por correo, verificando antes que se cumplen las circunstancias expresadas en el párrafo tercero del artículo 73 y que el elector se halla inscrito en las listas del Censo Seguidamente, los Vocales anotarán el nombre de estos electores en la lista numerada de votantes.

3. A continuación votarán los miembros de la Mesa y los interventores, especificándose en la lista numerada de votantes la Sección electoral de los interventores que no figuren en el censo de la mesa.

4. Finalmente se firmarán por los Vocales e interventores las listas numeradas de votantes, al margen de todos sus pliegos e inmediatamente debajo del último nombre escrito.

Art. ochenta y nueve. La Mesa deberá contar en todo momento al menos con la presencia de dos de sus miembros.

Art. noventa. Ninguna autoridad puede detener a los Presidentes, Vocales e Interventores de las Mesas durante las horas de la elección en que deban desempeñar sus funciones, salvo en caso de flagrante delito.

Art. noventa y uno. 1. El Presidente de la Mesa tiene dentro del local electoral autoridad exclusiva para conservar el orden, asegurar la libertad de los electores y mantener la observancia de la ley.

2. El Presidente de la mesa vela porque la entrada al local se conserve siempre libre y accesible para las personas que tienen derecho a entrar en él.

3. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 86, sólo tienen derecho a entrar en los locales de las Secciones electorales, los electores de las mismas, los representantes de las candidaturas y quienes formen parte de ellas, sus apoderados e interventores; los notarios para dar fe de cualquier acto relacionado con la elección y que no se oponga al secreto de la votación; los agentes de la autoridad que el Presidente requiera; los miembros de las Juntas electorales y los Jueces de Instrucción y sus delegados; así como las personas designadas por la Administración para recabar información sobre los resultados del escrutinio.

4. Nadie puede entrar en el local de la Sección electoral con armas ni instrumentos susceptibles de ser usados como tales. El Presidente ordenará la inmediata expulsión de quienes infrinjan este precepto.

5. Los notarios podrán dar fe de los actos relacionados con la elección, incluso fuera de su demarcación, pero siempre dentro de la misma provincia y sin necesidad de autorización especial. Durante el día de la votación los notarios deberán encontrarse a disposición de los partidos, coaliciones, federaciones y agrupaciones en su domicilio o en el lugar donde habitualmente desarrolle su función.

Art. noventa y dos. Las fuerzas de policía destinadas a proteger los locales de las Secciones prestarán al Presidente de la Mesa, dentro y fuera de los locales, el auxilio que éste requiera.

Art. noventa y tres. Ni en los locales de las Secciones ni en las inmediaciones de los mismos se podrá realizar propaganda electoral de ningún género. Tampoco podrán formarse grupos susceptibles de entorpecer, de cualquier manera que sea, el acceso a los locales, ni se admitirá la presencia en las proximidades de quien o quienes puedan dificultar o coaccionar el libre ejercicio del derecho de voto. El Presidente de la Mesa tomará a este respecto todas las medidas que estime convenientes.

Art. noventa y cuatro. Cualquier incidente que hubiera afectado al orden en los locales de las Secciones, así como el nombre y los apellidos de quienes lo hubieran provocado, serán reseñados en el Acta de la Sesión.

## SECCION XIV

### *Escrutinio en las Mesas electorales*

Art. noventa y cinco. 1. Terminada la votación, comienza, acto seguido, el escrutinio.

2. El escrutinio es público y no se suspenderá, salvo causas de fuerza mayor, aunque concurran varias elecciones. El Presidente ordenará la inmediata expulsión de las personas que de cualquier modo entorpezcan o perturben su desarrollo.

3. En el supuesto de coincidencia de varias elecciones se procede, de acuerdo con el siguiente orden, a escrutar las papeletas que en cada caso correspondan: primero, las del Congreso de los Diputados; después, las del Senado; después, las de las Entidades locales; después, las de la Asamblea Legislativa de la Comunidad Autónoma; después, las de los Consejos o Cabildos Insulares.

4. El escrutinio se realiza extrayendo el Presidente, uno a uno, los sobres de la urna correspondiente y leyendo en alta voz la denominación de la candidatura o, en su caso, el nombre de los candidatos votados. El Presidente pondrá de manifiesto cada papeleta, una vez leída, a los vocales, interventores y apoderados.

5. Si algún notario en ejercicio de sus funciones, representante de la lista o miembro de alguna candidatura tuviese dudas sobre el contenido de una papeleta leída por el Presidente, podrá pedirla en el acto para su examen y deberá concedérsele que la examine.

Art. noventa y seis. 1. Es nulo el voto emitido en sobre o papeleta diferente del modelo oficial, así como el emitido en papeleta sin sobre o en sobre que contenga más de una papeleta de distinta candidatura. En el supuesto de contener más de una papeleta de la misma candidatura, se computará como un solo voto válido.

2. En el caso de elecciones al Congreso de los Diputados, a los Ayuntamientos y a los Cabildos Insulares serán también nulos los votos emitidos en papeletas en las que se hubiera modificado, añadido, señalado o tachado nombres de los candidatos comprendidos en ella o alterado su orden de colocación, así como aquellas en las que se hubiera producido cualquier otro tipo de alteración.

3. En el caso de elecciones al Senado serán nulos los votos emitidos en papeletas en las que se hubieran señalado más de tres nombres.

4. Asimismo serán nulos los votos contenidos en sobres en los que se hubiera producido cualquier tipo de alteración de las señaladas en los párrafos anteriores.

5. Se considerará voto en blanco, pero válido, el sobre que no contenga papeleta y, en las elecciones para el Senado, las papeletas que no contengan indicación a favor de ninguno de los candidatos.

Art. noventa y siete. 1. Terminado el recuento, se confrontará el total de papeletas con el de votantes anotados.

2. A continuación, el Presidente preguntará si hay alguna protesta que hacer contra el escrutinio y, no habiendo ninguna o después de que la Mesa resuelva por mayoría las que se hubieran presentado, anunciará en voz alta su resultado, especificando el número de electores, el número de votantes, el de papeletas leídas, el de papeletas nulas, el de papeletas válidas, distinguiendo dentro de ellas el número de votos en blanco, y el de votos obtenidos por cada candidatura.

3. Las papeletas extraídas de las urnas se destruirán en presencia de los concurrentes con excepción de aquellas a las que se hubiera negado validez o que hubieran sido objeto de alguna reclamación, las cuales se unirán al acta y se archivarán con ella, una vez rubricadas por los miembros de la Mesa.

Art. noventa y ocho. 1. La Mesa hará públicos inmediatamente los resultados por medio de certificación que contenga los datos expresados en el artículo 97.2 y la fijará sin demora alguna en la parte exterior o en la entrada del local. Una certificación análoga será expedida a los respectivos representantes de cada candidatura que, hallándose presentes, la soliciten o, en su caso, a los interventores, apoderados o candidatos. No se expedirá más de una certificación por candidatura.

2. Se expedirá, asimismo, certificación del escrutinio a la persona designada por la Administración para recibirla, y a los solos efectos de facilitar la información provisional sobre los resultados de la elección que ha de proporcionar el Gobierno.

Art. noventa y nueve. 1. Concluidas todas las operaciones anteriores, el Presidente, los Vocales y los interventores de la Mesa firmarán el acta de la sesión, en la cual se expresará detalladamente el número de electores que haya en la Sección, según las listas del Censo electoral, el de los electores que hubiesen votado, el de los interventores que hubiesen votado no figurando en la lista de la Sección, el de las papeletas leídas, el de las papeletas válidas, el de las papeletas nulas, el de las papeletas en blanco y el de los votos obtenidos por cada candidatura, y se consignarán sumariamente las reclamaciones y protestas formuladas, en su caso, por los representantes de las listas, miembros de las candidaturas, sus apoderados e interventores y por los electores sobre la votación y el escrutinio, así como las resoluciones motivadas de la Mesa sobre ellas, con los votos particulares si los hubiera. Asimismo, se consignará cualquier incidente de los que se hace mención en el artículo 94.

2. Todos los representantes de las listas y miembros de las candidaturas, así como sus apoderados e interventores, tienen derecho a que se les expida gratuita e inmediatamente certificación de lo consignado en el Acta, o de cualquier extremo de ella, no pudiendo la Mesa excusarse del cumplimiento de esta obligación.

Art. ciento. 1. Acto seguido, la Mesa procede a la preparación de la documentación electoral, que se distribuirá en tres sobres.

2. El primer sobre contendrá el expediente electoral, compuesto por los siguientes documentos.

a) El original del Acta de constitución de la Mesa.  
b) El original del Acta de la sesión.  
c) Los documentos a que esta última haga referencia y, en particular, la lista numerada de votantes y las papeletas a las que se hubiera negado validez o que hubieran sido objeto de alguna reclamación.

d) La lista del Censo electoral utilizada.

3. El segundo y el tercer sobre contendrán, respectivamente, copia literal del Acta de constitución de la Mesa y del Acta de la sesión, ambas copias autorizadas por el Presidente, los Vocales y los interventores presentes.

4. Una vez cerrados todos los sobres, el Presidente, Vocales e interventores pondrán sus firmas en ellos, de forma que crucen la parte por la que en su día deban abrirse.

Art. ciento uno. 1. Cuando tengan preparada la correspondiente documentación, el Presidente y los Vocales e interventores que lo deseen se desplazarán inmediatamente a la sede del Juzgado de Primera Instancia o de Paz, dentro de cuya demarcación esté situada la Mesa, para hacer entrega del primer y del segundo sobre. La Fuerza Pública acompañará y, si fuera preciso, facilitará el desplazamiento, de estas personas.

2. Previa identificación del Presidente y, en su caso, de los Vocales e interventores, el Juez recibirá la documentación y expedirá el correspondiente recibo, en el que hará mención del día y hora en que se produce la entrega.

3. Dentro de las diez horas siguientes a la recepción de la última documentación, el Juez se desplazará personalmente a la sede de la Junta Electoral que deba realizar el escrutinio, donde hará entrega, bajo recibo detallado, de los primeros sobres.

4. Los segundos sobres quedarán archivados en el Juzgado de Primera Instancia o de Paz correspondiente.

5. La Junta Electoral Provincial adoptará las medidas necesarias para facilitar el desplazamiento de los Jueces a que hace mención el párrafo tercero de este artículo.

Art. ciento dos. 1. El tercer sobre será entregado al funcionario del Servicio de Correos, que se personará en la Mesa Electoral para recogerlo. Al menos un Vocal debe permanecer allí hasta haber realizado esta entrega.

2. Al día siguiente al de la elección, el Servicio de Correos cursará todos estos sobres a la Junta Electoral que haya de realizar el escrutinio.

## SECCION XV

*Escrutinio general*

Art. ciento tres. 1. El escrutinio general se realiza el quinto día siguiente al de la votación, por la Junta Electoral que corresponda, según lo establecido en las disposiciones especiales de esta Ley.

2. El escrutinio general es un acto único y tiene carácter público.

Art. ciento cuatro. 1. Cada Junta se reúne, con los representantes y apoderados de las candidaturas que se presenten, en la sede del local donde ejerce sus funciones el Secretario.

2. La sesión se inicia a las diez horas del día fijado para el escrutinio y si no concurren la mitad más uno de los miembros de la Junta se aplaza hasta las doce del mediodía. Si por cualquier razón tampoco pudiera celebrarse la reunión a esa hora, el Presidente la convoca de nuevo para el día siguiente, anunciándolo a los presentes y al público y comunicándolo a la Junta Central. A la hora fijada en esta convocatoria, la reunión se celebrará cualquiera que sea el número de los concurrentes.

Art. ciento cinco. 1. La sesión de escrutinio se inicia leyendo el Secretario las disposiciones legales relativas al acto.

2. A continuación, el personal al servicio de la Junta procede, bajo la supervisión de ésta, a la apertura sucesiva de los sobres referidos en el artículo 100, párrafo segundo, de esta Ley.

3. Si faltase el correspondiente sobre de alguna Mesa o si su contenido fuera incompleto, se suplirá con el tercer sobre a que se refiere el artículo 102. En su defecto podrá tenerse en cuenta el certificado del acta de la sesión que presente en forma un representante de candidatura o apoderado suyo. Si se presentan certificados contradictorios no se tendrá en cuenta ninguno de ellos.

4. En caso de que en alguna Sección hubiera actas dobles y diferentes, o cuando el número de votos que figure en un acta exceda al de los electores de la Mesa, con la salvedad del voto emitido por los interventores, la Junta tampoco hará cómputo de ellas.

5. El Secretario de la junta dará cuenta de los resúmenes de votación de cada Mesa, y el personal al servicio de la Junta realizará las correspondientes anotaciones, si fuera preciso, mediante un instrumento técnico que deje constancia documental de lo anotado.

6. Cuando el número de Mesas a escrutar así lo aconseje, la Junta Electoral puede dividirse en dos Secciones para efectuar las operaciones referidas en los párrafos anteriores. En tal caso un Vocal actuará en condición de Secretario de una de las Secciones.

Art. ciento seis. 1. Durante el escrutinio, la Junta no puede anular ningún acta ni voto. Sus atribuciones se limitan a verificar sin discusión alguna el recuento y la suma de los votos admitidos en las correspondientes Secciones, según las actas o certificaciones de las Mesas, salvo los casos previstos en el apartado 4 del artículo anterior.

2. A medida que se vayan examinando las actas los representantes o apoderados de las candidaturas no pueden presentar reclamación ni protesta alguna, excepto aquellas observaciones puntuales que se refieran a la exactitud de los datos leídos.

Art. ciento siete. 1. El acto del escrutinio general no puede interrumpirse. No obstante, transcurridas doce horas de sesión, las Juntas podrán suspender el escrutinio hasta el día siguiente, no dejando sin concluir el cómputo de los votos correspondientes a una Sección.

2. El escrutinio deberá concluir no más tarde del día noveno posterior al de las elecciones.

Art. ciento ocho. 1. Concluido el escrutinio, los representantes y apoderados de las candidaturas disponen de un plazo de dos días para presentar las reclamaciones y protestas que consideren pertinentes.

2. La Junta Electoral resuelve sobre las mismas en el plazo de dos días y efectúa la proclamación de electos no más tarde del día decimocuarto posterior a las elecciones.

3. El acta de proclamación se extenderá por triplicado y será suscrita por el Presidente y el Secretario de la Junta y contendrá mención expresa del número de electores, de los votos válidos, de los votos nulos, de los votos en blanco, de los votos y escaños obtenidos por cada candidatura, así como la relación nominal de los electos. En ellas se reseñarán también las protestas y reclamaciones producidas y las resoluciones adoptadas sobre ellas.

4. La Junta archivará uno de los tres ejemplares del acta. Remitirá el segundo a la Cámara o Corporación de la que vayan a formar parte los electos y el tercero a la Junta Electoral Central que, en el período de cuarenta días, procederá a la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» de los resultados generales y por circunscripciones, sin perjuicio de los recursos contencioso-electorales contra la proclamación de electos.

5. Se entregarán copias certificadas del acta de escrutinio general a los representantes de las candidaturas que lo soliciten. Asimismo, se expedirán a los electos credenciales de su proclamación. La Junta podrá acordar que dichas certificaciones y credenciales sean remitidas inmediatamente a los interesados a través del representante de la candidatura.

6. En el momento de tomar posesión y para adquirir la plena condición de sus cargos, los candidatos electos deben jurar o prometer acatamiento a la Constitución, así como cumplimentar los demás requisitos previstos en las leyes o reglamentos respectivos.

## SECCION XVI

### *Contencioso electoral*

Art. ciento nueve. Pueden ser objeto de recurso contencioso electoral los acuerdos de las Juntas Electorales sobre proclamación de electos, así como la elección y proclamación de los Presidentes de las Corporaciones Locales.

Art. ciento diez. Están legitimados para interponer el recurso contencioso electoral o para oponerse a los que se interpongan:

- a) Los candidatos proclamados o no proclamados.
- b) Los representantes de las candidaturas concurrentes en la circunscripción.
- c) Los partidos políticos, asociaciones, federaciones, y coaliciones que hayan presentado candidaturas en la circunscripción.

Art. ciento once. La representación pública y la defensa de la legalidad en el recurso contencioso electoral corresponde al Ministerio Fiscal.

Art. ciento doce. 1. El recurso contencioso electoral se interpone ante la Junta Electoral correspondiente dentro de los tres días siguientes al acto de proclamación de electos y se formaliza en el mismo escrito, en el que se consignan los hechos, los fundamentos de Derecho y la petición que se deduzca

2. Al día siguiente a su presentación, el Presidente de la Junta ha de remitir a la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia correspondiente el escrito de interposición, el expediente electoral y un informe de la Junta en el que se consigne cuanto se estime procedente como fundamento del acuerdo impugnado. La resolución que ordena la remisión se notificará, inmediatamente después de su cumplimiento, a los representantes de las candidaturas concurrentes en la circunscripción, emplazándoles para que puedan comparecer ante la Sala dentro de los dos días siguientes.

3. La Sala, al día siguiente de la finalización del término para la comparecencia de los interesados, dará traslado del escrito de interposición y de los documentos que lo acompañen al Ministerio Fiscal y a las partes que se hubieran personado en el proceso, poniéndoles de manifiesto el expediente electoral y el informe de la Junta Electoral, para que en el plazo común e improrrogable de cuatro días puedan formular las alegaciones que estimen convenientes. A los escritos de alegaciones se pueden acompañar los documentos que, a su juicio, puedan servir para apoyar o desvirtuar los fundamentos de la impugnación. Asimismo, se puede solicitar el recibimiento a prueba y proponer aquellas que se consideren oportunas.

4. Transcurrido el período de alegaciones, la Sala, dentro del día siguiente, podrá acordar de oficio o a instancia de parte el recibimiento a prueba y la práctica de las que declara pertinentes. La fase probatoria se desarrollará con arreglo a las normas establecidas para el proceso contencioso-administrativo, si bien el plazo no podrá exceder de cinco días.

Art. ciento trece. 1. Concluido el período probatorio, en su caso, la Sala, sin más trámite, dictará Sentencia en el plazo de cuatro días.

2. La Sentencia habrá de pronunciar alguno de los fallos siguientes:
  - a) Inadmisibilidad del recurso.
  - b) Validez de la elección y de la proclamación de electos, con expresión, en su caso, de la lista más votada.
  - c) Nulidad de acuerdo de proclamación de uno o varios electos y proclamación como tal de aquél o aquéllos a quienes corresponda.

d) Nulidad de la elección celebrada y necesidad de efectuar nueva convocatoria en la circunscripción correspondiente o de proceder a una nueva elección cuando se trate de la del Presidente de una Corporación Local, en ambos casos dentro del plazo de tres meses

3. No procederá la nulidad cuando el vicio del procedimiento electoral no sea determinante del resultado de la elección. La invalidez de la votación en una o varias Secciones tampoco comporta la nulidad de la elección cuando no se altere el resultado final.

Art. ciento catorce. 1. La Sentencia se notifica a los interesados no más tarde del día trigésimo séptimo posterior a las elecciones.

2. Contra la misma no procede recurso contencioso alguno, ordinario ni extraordinario, salvo el de aclaración.

Art. ciento quince. 1. Las Sentencias se comunicarán a la Junta Electoral correspondiente, mediante testimonio en forma, con devolución del expediente, para su inmediato y estricto cumplimiento.

2. La Sala, de oficio o a instancias del Ministerio Fiscal o de las partes, podrá dirigirse directamente a las autoridades, organismos e instituciones de todo orden a las que alcance el contenido de la Sentencia y, asimismo, adoptará cuantas medidas sean adecuadas para la ejecución de los pronunciamientos contenidos en el fallo.

Art. ciento dieciséis. 1. Los recursos contencioso-electorales tienen carácter de urgentes y gozan de preferencia absoluta en su sustanciación y fallo ante las Salas de lo contencioso-administrativo competentes.

2. En todo lo no expresamente regulado por esta Ley en materia contencioso-electoral será de aplicación la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Art. ciento diecisiete. Los recursos judiciales previstos en esta Ley son gratuitos. No obstante procederá la condena en costas a la parte o partes que hayan mantenido posiciones infundadas, salvo que circunstancias excepcionales valoradas en la resolución que se dicte, motiven su no imposición.

## SECCION XVII

### *Reglas generales de procedimiento en materia electoral*

Art. ciento dieciocho. 1. Tienen carácter gratuito, están exentos del impuesto sobre actos jurídicos documentados y se extienden en papel común:

a) Las solicitudes, certificaciones y diligencias referentes a la formación, revisión e inscripción en el censo electoral.

b) Todas las actuaciones y los documentos en que se materializan, relativos al procedimiento electoral, incluidos los de carácter notarial.

2. Las copias que deban expedirse de documentos electorales podrán realizarse por cualquier medio de reproducción mecánica, pero sólo surtirán efecto cuando en ellos se estampen las firmas y sellos exigidos para los originales.

Art. ciento diecinueve. Los plazos a los que se refiere esta Ley son improporrogables y se entienden referidos, siempre, en días naturales.

Art ciento veinte. En todo lo no expresamente regulado por esta Ley en materia de procedimiento será de aplicación la Ley de Procedimiento Administrativo

## CAPITULO VII

### Gastos y subvenciones electorales

#### SECCION I

##### *Los Administradores y las cuentas electorales*

Art. ciento veintiuno 1. Toda candidatura debe tener un administrador electoral, responsable de sus ingresos y gastos y de su contabilidad.

2. Las candidaturas que cualquier partido, federación o coalición presenten dentro de la misma provincia tienen un administrador común.

Art. ciento veintidós. 1. Los partidos, federaciones o coaliciones que presenten candidatura en más de una provincia deben tener, además, un administrador general.

2. El administrador general responde de todos los ingresos y gastos electorales realizados por el partido, federación o coalición y por sus candidaturas, así como de la correspondiente contabilidad.

3. Los administradores de las candidaturas actúan bajo la responsabilidad del administrador general.

Art. ciento veintitrés. 1. Puede ser designado administrador electoral cualquier ciudadano, mayor de edad, en pleno uso de sus derechos civiles y políticos.

2. Los representantes de las candidaturas y los representantes generales de los partidos, federaciones o coaliciones pueden acumular la condición de administrador electoral.

3. Los candidatos no pueden ser administradores electorales.

Art. ciento veinticuatro. 1. Los administradores generales y los de las candidaturas, designados en el tiempo y forma que prevén las disposiciones especiales de esta Ley, comunican a la Junta Electoral Central y a las Juntas Provinciales, respectivamente, las cuentas abiertas para la recaudación de fondos.

2. La apertura de cuentas puede realizarse, a partir de la fecha de nombramiento de los administradores electorales, en cualquier Entidad Bancaria o Caja de Ahorros. La comunicación a que hace referencia el párrafo anterior debe realizarse en las veinticuatro horas siguientes a la apertura de las cuentas.

3. Si las candidaturas presentadas no fueran proclamadas o renunciasen a concurrir a la elección, las imposiciones realizadas por terceros en estas cuentas les deberán ser restituidas por los partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones que las promovieron.

Art. ciento veinticinco. 1. Todos los fondos destinados a sufragar los gastos electorales, cualquiera que sea su procedencia, deben ingresarse en las mencionadas cuentas y todos los gastos deben pagarse con cargo a las mismas.

2. Los administradores electorales y las personas por ellos autorizadas para disponer de los fondos de las cuentas son responsables de las cantidades ingresadas y de su aplicación a los fines señalados.

3. Terminada la campaña electoral, sólo se podrá disponer de los saldos de estas cuentas para pagar, en los noventa días siguientes al de la votación, gastos electorales previamente contraídos.

4. Toda reclamación por gastos electorales que no sea notificada a los correspondientes administradores en los sesenta días siguientes al de la votación se considerará nula y no pagadera. Cuando exista causa justificada, las Juntas Electorales Provinciales o, en su caso, la Junta Central, pueden admitir excepciones a esta regla.

Art. ciento veintiséis. 1. Quienes aporten fondos a las cuentas referidas en los artículos anteriores harán constar en el acto de la imposición su nombre, domicilio y el número de su Documento Nacional de Identidad o pasaporte, que será exhibido al correspondiente, empleado de la Entidad depositaria.

2. Cuando se aporten cantidades por cuenta y en representación de otra persona física o jurídica, se hará constar el nombre de ésta.

3. Cuando las imposiciones se efectúen por partidos, se hace constar la procedencia de los fondos que se depositan.

## SECCION II

### *La financiación electoral*

Art. ciento veintisiete. 1. El Estado subvenciona, de acuerdo con las reglas establecidas en las disposiciones especiales de esta Ley, los gastos occasionados a los partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones, por su concurrencia a las elecciones de Diputados y Senadores y a las elecciones municipales. En ningún caso, la subvención correspondiente a cada grupo político podrá sobrepasar la cifra de gastos electorales declarados justificados por el Tribunal de Cuentas en el ejercicio de su función fiscalizadora.

2. El Estado concede adelantos de las subvenciones mencionadas a los partidos, federaciones y coaliciones que hubieran obtenido representantes en las últimas elecciones a las Cortes Generales o, en su caso, en las últimas elecciones municipales. La cantidad adelantada no puede exceder del 30 por 100 de la subvención percibida por el mismo partido, federación o coalición en las últimas elecciones equivalentes.

3. Los adelantos pueden solicitarse entre los días vigésimo primero y vigésimo tercero posteriores a la convocatoria.

4. En el caso de partidos, federaciones o coaliciones que concurran en más de una provincia, la solicitud deberá presentarse por sus respectivos administradores generales ante la Junta Electoral Central. En los restantes supuestos las solicitudes se presentarán por los administradores de las can-

didaturas ante las Juntas Provinciales. Estas las cursarán a la Junta Central.

5. A partir del vigésimo noveno día posterior a la convocatoria, la Administración del Estado pone a disposición de los administradores electorales los adelantos correspondientes.

6. Los adelantos se devolverán, después de las elecciones, en la cuantía en que superen el importe de la subvención que finalmente haya correspondido a cada partido, federación o coalición.

Art. ciento veintiocho. 1. Queda prohibida la aportación a las cuentas electorales de fondos provenientes de cualquier Administración o Corporación Pública, Organismo Autónomo o Entidad Paraestatal, de las empresas del sector público cuya titularidad corresponde al Estado, a las Comunidades Autónomas, a las Provincias o a los Municipios y de las empresas de economía mixta, así como de las empresas que, mediante contrato vigente, prestan servicios o realizan suministros u obras para alguna de las Administraciones Públicas

2. Queda igualmente prohibida la aportación a estas cuentas de fondos procedentes de Entidades o personas extranjeras, salvo en el supuesto de elecciones municipales y únicamente con relación a las personas para quienes sea aplicable lo dispuesto en el artículo 13.2 de la Constitución.

Art. ciento veintinueve. Ninguna persona, física o jurídica, puede aportar más de un millón de pesetas a las cuentas abiertas por un mismo partido, federación, coalición o agrupación para recaudar fondos en las elecciones convocadas.

### SECCION III

#### *Los gastos electorales*

Art. ciento treinta. Se consideran gastos electorales los que realicen los partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones participantes en las elecciones desde el día de la convocatoria hasta el de la celebración de las elecciones por los siguientes conceptos:

- a) Confección de sobres y papeletas electorales.
- b) Propaganda y publicidad directa o indirectamente dirigida a promover el voto a sus candidaturas, sea cual fuere la forma y el medio que se utilice.
- c) Alquiler de locales para la celebración de actos de campaña electoral.
- d) Remuneraciones o gratificaciones al personal no permanente que presta sus servicios a las candidaturas.
- e) Medios de transporte y gastos de desplazamiento de los candidatos, de los dirigentes de los partidos, asociaciones, federaciones y coaliciones, y del personal al servicio de la candidatura.
- f) Correspondencia y franqueo.
- g) Intereses de los créditos recibidos para la campaña electoral, devengados hasta la fecha de percepción de la subvención correspondiente.
- h) Cuantos sean necesarios para la organización y funcionamiento de las oficinas y servicios precisos para las elecciones.

Art. ciento treinta y uno. 1. Ningún partido, federación, coalición o agrupación puede realizar gastos electorales que superen los límites establecidos en las disposiciones especiales de esta Ley, que se entenderán siempre referidos en pesetas constantes.

2. En el supuesto de elecciones a las Cortes Generales o a cualquiera de sus Cámaras coincidentes con otras elecciones por sufragio universal directo, los partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones concurrentes no podrán realizar gastos electorales superiores en un 50 por 100 a los previstos para las elecciones a las Cortes Generales.

#### SECCION IV

##### *Control de la contabilidad electoral y adjudicación de las subvenciones*

Art. ciento treinta y dos. 1. Desde la fecha de la convocatoria hasta el centésimo día posterior a las elecciones. la Junta Electoral Central y las Provinciales velan por el cumplimiento de las normas establecidas en los artículos anteriores de este Capítulo.

2. A tal efecto, pueden recabar en todo momento de las entidades bancarias y de las Cajas de Ahorros el estado de las cuentas electorales, números e identidad de los impositores y cuantos extremos estimen precisos para el cumplimiento de su función fiscalizadora.

3. Asimismo pueden recabar de los administradores electorales las informaciones contables que consideren necesarias y deberán resolver por escrito las consultas que éstos les planteen.

4. Si de sus investigaciones resultaren indicios de conductas constitutivas de delitos electorales, lo comunicarán al Ministerio Fiscal para el ejercicio de las acciones oportunas. Las mismas Juntas sancionarán las infracciones en esta materia, conforme a lo dispuesto en el artículo 153 de esta Ley.

5. Asimismo las Juntas Electorales informarán al Tribunal de Cuentas de los resultados de su actividad fiscalizadora.

Art. ciento treinta y tres. 1. Entre los cien y los ciento veinticinco días posteriores a las elecciones, los partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones que hubieran alcanzado los requisitos exigidos para recibir subvenciones estatales o que hubieran solicitado adelantos con cargo a las mismas, presentan, ante el Tribunal de Cuentas, una contabilidad detallada y documentada de sus respectivos ingresos y gastos electorales.

2. La presentación se realiza por los administradores generales de aquellos partidos, federaciones o coaliciones que hubieran concurrido a las elecciones en varias provincias y por los administradores de las candidaturas en los restantes casos.

3. Las Entidades financieras de cualquier tipo que hubieran concedido crédito a aquellos partidos y asociaciones mencionados en el párrafo primero envían noticia detallada de los mismos al Tribunal de Cuentas, dentro del plazo referido en aquel párrafo.

4. En los mismos términos deben informar al Tribunal de Cuentas las empresas que hubieren facturado con aquellos partidos y asociaciones men-

cionados en el párrafo primero, por gastos electorales superiores al millón de pesetas.

5. La Administración del Estado entregará el importe de las subvenciones a los administradores electorales de las Entidades que deban percibirlas, a no ser que aquéllos hubieran notificado a la Junta Electoral Central que las subvenciones sean abonadas en todo o en parte a las Entidades bancarias que designen, para compensar los anticipos o créditos que les hayan otorgado. La Administración del Estado verificará el pago conforme a los términos de dicha notificación, que no podrá ser revocada sin consentimiento de la entidad de crédito beneficiaria.

Art. ciento treinta y cuatro. 1. El Tribunal de Cuentas puede en el plazo de treinta días, a partir del señalado en el apartado 1 del artículo anterior, recabar de todos los que vienen obligados a presentar contabilidades e informes, conforme al artículo anterior, las aclaraciones y documentos complementarios que estime necesarios.

2. Dentro de los doscientos días posteriores a las elecciones, el Tribunal de cuentas se pronuncia, en el ejercicio de su función fiscalizadora, sobre la regularidad de las contabilidades electorales, y en el caso de que se hubiesen apreciado irregularidades en dicha contabilidad o violaciones de las restricciones establecidas en materia de ingresos y gastos electorales, puede proponer la no adjudicación o reducción de la subvención estatal al partido, federación, coalición o agrupación de que se trate. Si advirtiese además indicios de conductas constitutivas de delito lo comunicará al Ministerio Fiscal.

3. El Tribunal, dentro del mismo plazo, remite el resultado de su fiscalización mediante informe razonado, comprensivo de la declaración del importe de los gastos regulares justificados por cada partido, federación, coalición, asociación o agrupación de electores, al Gobierno y a la Comisión establecida en la Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas.

4. Dentro del mes siguiente a la remisión del informe del Tribunal de Cuentas, el Gobierno presentará a las Cortes Generales un proyecto de crédito extraordinario por el importe de las subvenciones a adjudicar, las cuales deben ser hechas efectivas dentro de los cien días posteriores a la aprobación por las Cortes Generales.

## CAPITULO VIII

### Delitos e infracciones electorales

#### SECCION I

##### *Disposiciones generales*

Art. ciento treinta y cinco. 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 Pre-

sidentes, Vocales e Interventores de las Mesas Electorales y los correspondientes suplentes.

2. A los mismos efectos tienen 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.

Art. ciento treinta y seis. Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a esta Ley y al Código Penal lo serán siempre por aquel precepto que aplique mayor sanción al delito o falta cometido.

Art. ciento treinta y siete. 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.

Art. ciento treinta y ocho. En lo que no se encuentre expresamente regulado en este Capítulo se aplicará el Código Penal.

También serán de aplicación, en todo caso, las disposiciones del Capítulo I, título 1.º, del Código Penal a los delitos penados en esta Ley.

## SECCION II

### *Delitos en particular*

Art. ciento treinta y nueve. 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. Susciten, sin motivo racional, dudas sobre identidad de una persona o la entidad de sus derechos.
5. Suspandan, sin causa justificada, cualquier acto electoral.
6. 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.
7. Causen, en el ejercicio de sus competencias, manifiesto perjuicio a un candidato.
8. Incumplan los trámites establecidos para el voto por correspondencia.

Art. ciento cuarenta. 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 ejercitarse 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, por mandato de esta Ley.
- 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 atendrán a lo dispuesto en el artículo 318 del Código Penal.

Art. ciento cuarenta y uno. El particular que participe dolosamente en alguna de las falsoedades 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 atendrán igualmente a lo dispuesto en el artículo 318 del Código Penal.

Art. ciento cuarenta y dos. Serán castigados con las penas de prisión menor en grado mínimo, inhabilitación especial y multa de 30.000 a 300.000 pesetas quienes voten dos o más veces en la misma elección o quienes voten dolosamente sin capacidad para hacerlo.

Art. ciento cuarenta y tres. 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.

Art. ciento cuarenta y cuatro. 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 de los mismos, así como las normas relativas a las reuniones y otros 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 locales, los Jueces, Magistrados y Fiscales y los miembros de las Juntas Electorales que difundan propaganda electoral o lleven a cabo otras actividades de campaña electoral.

Art. ciento cuarenta y cinco. Serán castigados con la pena de arresto mayor, multa de 500.001 a 5.000.000 de pesetas y accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión quienes dolosamente infrinjan la normativa vigente en materia de encuestas electorales.

Art. ciento cuarenta y seis. 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 con violencia o intimidación presionen sobre los electores para que no usen de su derecho, lo ejerciten contra su voluntad o descubran el secreto de voto.

c) Quienes impidan o dificulten injustificadamente la entrada, salida o permanencia de los electores, candidatos, apoderados, interventores y notarios en los lugares en los que se realicen actos del procedimiento electoral.

2. Incurrirán en la pena señalada en el número anterior, y además, en la de inhabilitación especial para cargo público, los funcionarios públicos que usen de sus competencias para algunos de los fines señalados en este artículo.

Art. ciento cuarenta y siete. 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.

Art. ciento cuarenta y ocho. Cuando los delitos de calumnia e injuria se cometan en período de campaña electoral y con motivo u ocasión de ella, las penas privativas de libertad prevista al efecto en el Código Penal se impondrán en su grado máximo.

Art. ciento cuarenta y nueve. 1. Los administradores generales y de las candidaturas de los partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores que falseen las cuentas, reflejando 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.

Art. ciento cincuenta. 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*

Art. ciento cincuenta y uno. 1. El procedimiento para la sanción de estos delitos se tramitará con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Las actuaciones 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 en estos delitos es pública y podrá ejercitarse sin necesidad de depósito o fianza alguna.

Art. ciento cincuenta y dos. 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 testimonio de las mismas a la Junta Electoral Central.

### SECCION IV

#### *Infracciones electorales*

Art. ciento cincuenta y tres. 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 de lo dispuesto en esta Ley sobre régimen de encuestas electorales serán sancionadas con multa de 50.000 a 500.000 pesetas.

**TITULO II***Disposiciones Especiales para las Elecciones de Diputados y Senadores***CAPITULO I****Derecho de sufragio pasivo**

Art. ciento cincuenta y cuatro. 1. Además de quienes incurran en alguno de los supuestos enumerados en el artículo 6 de esta Ley, son ineligibles para el cargo de Diputado o Senador quienes ejerzan funciones o cargos conferidos y remunerados por un Estado extranjero.

2. Tampoco son elegibles para el Congreso de los Diputados los Presidentes y miembros de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, así como los cargos de libre designación de dichos Consejos y los miembros de las Instituciones Autonómicas que por mandato estatutario o legal deban ser elegidos por la Asamblea Legislativa correspondiente.

3. Nadie puede presentarse simultáneamente como candidato al Congreso de los Diputados y al Senado.

**CAPITULO II****Incompatibilidades**

Art. ciento cincuenta y cinco. 1. Las causas de inelegibilidad de los Diputados y Senadores lo son también de incompatibilidad.

2. Son también incompatibles:

- a) El Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia.
- b) Los miembros del Consejo de Administración del Ente Público RTVE.
- c) Los miembros del Gabinete de la Presidencia del Gobierno o de cualquiera de los Ministerios y de los Secretarios de Estado.
- d) Los Delegados del Gobierno en los Puertos Autónomos, Confederaciones Hidrográficas, Sociedades Concesionarias de Autopistas de Peaje, COPLACO, y en los entes mencionados en el párrafo siguiente.
- e) Los Presidentes de los Consejos de Administración, Consejeros, Administradores, Directores generales, Gerentes y cargos equivalentes de entes públicos, monopolios estatales y empresas con participación pública mayoritaria, directa o indirecta, cualquiera que sea su forma, y de las Cajas de Ahorro de fundación pública.

3. Nadie podrá ser miembro de las dos Cámaras simultáneamente, ni acumular el acta de una Asamblea de Comunidad Autónoma con la de Diputado al Congreso.

Art. ciento cincuenta y seis. 1. Los Diputados y Senadores únicamente podrán formar parte de los órganos colegiados de dirección o Consejos de Administración de Organismos, entes públicos o empresas con participación pública, mayoritaria, directa o indirecta, cuando su elección corresponda a las respectivas Cámaras, a las Cortes Generales o a las Asambleas Legislativas

de las Comunidades Autónomas, pero sólo percibirán las dietas o indemnizaciones que les correspondan y que se acomoden al régimen general previsto para la Administración Pública.

2. Las cantidades devengadas y que, conforme al apartado anterior, no deban ser percibidas, serán ingresadas directamente por el Organismo, ente o empresa en el Tesoro Público.

3. En ningún caso, se podrá pertenecer a más de dos órganos colegiados de dirección o Consejos de Administración a que se refiere el apartado 1 de este artículo.

Art. ciento cincuenta y siete. 1. El mandato de los Diputados y Senadores es también incompatible con el desempeño por sí o mediante sustitución de cualquier otro puesto, cargo o actividad pública, retribuidos mediante sueldo, arancel o cualquier otra forma, salvo los autorizados en la Constitución y en esta Ley Orgánica.

2. En particular, la condición de Diputado y Senador es incompatible con el ejercicio de la Función Pública y con el desempeño de cualquier otro puesto que figure al servicio o en los Presupuestos de los órganos constitucionales, de las Administraciones Públicas, sus organismos y entes públicos, empresas con participación pública directa o indirecta de los mismos.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, los parlamentarios que reúnan la condición de Profesores Universitarios podrán colaborar, en el seno de la propia Universidad, en actividades de docencia o investigación de carácter extraordinario, que no afecten a la dirección y control de los servicios, pudiendo sólo percibir por tales actividades las indemnizaciones reglamentarias establecidas.

Art. ciento cincuenta y ocho. 1. En cualquier caso, los Diputados y Senadores no podrán percibir más de una remuneración con cargo a los Presupuestos de los Organos Constitucionales o de las Administraciones Públicas, sus organismos autónomos, entes públicos y empresas con participación pública directa o indirecta, mayoritaria, ni optar por percepciones correspondientes a puestos incompatibles, sin perjuicio de las dietas e indemnizaciones que en cada caso corresponda por los compatibles.

2. En particular, los Diputados y Senadores no pueden percibir pensiones de derechos pasivos o de cualquier régimen de Seguridad Social público y obligatorio. El derecho al devengo por dichas pensiones se recuperará automáticamente desde el mismo momento de extinción de la condición de Diputado o Senador.

Art. ciento cincuenta y nueve. El mandato de Diputación y Senadores es compatible con el desempeño de actividades privadas, salvo en los supuestos siguientes:

a) Las actividades de gestión, defensa, dirección o asesoramiento ante las Administraciones Públicas, sus entes u Organismos Autónomos de asuntos que hayan de resolverse por ellos, que afecten directamente a la realización de algún servicio público o que estén encaminados a la obtención de subvenciones o avales públicos. Se exceptúan las actividades particulares que, en ejercicio de un derecho reconocido, realicen los directamente intere-

sados, así como las subvenciones o avales cuya concesión se derive de la aplicación automática de lo dispuesto en una Ley o Reglamento de carácter general.

La actividad de contratista o fiador de obras, servicios y suministros públicos que se paguen con fondos del Estado, de las Comunidades Autónomas o Entes locales o el desempeño de cargos que lleven anejas funciones de dirección, representación o asesoramiento en compañías o empresas que se dediquen a dichas actividades.

c) El desempeño de cargos que lleven anejas funciones de dirección, representación o asesoramiento en empresas o sociedades arrendatarias o administradores de monopolios.

d) La celebración con posterioridad a la fecha de su elección como Diputado o Senador, de conciertos de prestación de servicios de asesoramiento o de cualquier otra índole, con titularidad individual o compartida, en favor de las Administraciones Públicas.

e) La participación superior al 10 por 100, adquirida en todo o en parte con posterioridad a la fecha de su elección como Diputado o Senador, salvo que fuere por herencia, en empresas o Sociedades que tengan conciertos de obras, servicios o suministros con entidades del sector público.

f) Las funciones de Presidente del Consejo de Administración, Consejero, Administrador, Director General, Gerente o cargos equivalentes, de Sociedades y Entidades que tengan un objeto fundamentalmente financiero y hagan apelación públicamente al ahorro y al crédito.

Art. ciento sesenta. 1. Los Diputados y Senadores con arreglo a las determinaciones de los respectivos Reglamentos de las Cámaras, están obligados a formular declaración de todas las actividades que pueden constituir causa de incompatibilidad conforme a lo establecido en esta Ley Orgánica y de cualesquiera otras actividades que les proporcionen o puedan proporcionar ingresos económicos, así como de sus bienes patrimoniales, tanto al adquirir su condición de parlamentarios como cuando modifiquen sus circunstancias.

2. Las declaraciones sobre actividades y bienes se inscribirán en un Registro de intereses, constituido en cada una de las Cámaras, a los efectos del apartado siguiente y a los que se determinen en los Reglamentos de las mismas.

El contenido de dicho Registro tendrá carácter público, a excepción de lo que se refiere a bienes patrimoniales.

3. Salvo lo establecido en el apartado siguiente, la Comisión correspondiente de cada Cámara resolverá sobre la posible incompatibilidad y, si declara ésta el parlamentario, deberá optar entre el escaño y el cargo, actividad, percepción o participación incompatible. En el caso de no ejercitarse la opción, se entenderá que renuncia al escaño.

4. Declarada por la Comisión correspondiente la reiteración o continuidad en las actividades a que se refiere el apartado a) o en la prestación de servicios a que alude el apartado d), ambos del artículo anterior, la regularización ulterior de las actividades o servicios indicados llevará consigo la renuncia al escaño, a lo que se dará efectividad en la forma que determinen los reglamentos de las Cámaras.

## CAPITULO III

## Sistema electoral

Art. ciento sesenta y uno. 1. Para la elección de Diputados y Senadores, cada provincia constituirá una circunscripción electoral. Asimismo, las ciudades de Ceuta y Melilla serán consideradas, cada una de ellas, como circunscripciones electorales.

2. Se exceptúa de lo dispuesto en el párrafo anterior, para las elecciones de Senadores, a las provincias insulares, en las que a tales efectos se consideran circunscripciones cada una de las siguientes islas o agrupaciones de islas: Mallorca, Menorca, Ibiza, Formentera, Gran Canaria, Fuerteventura, Lanzarote, Tenerife, Hierro, Gomera y La Palma.

Art. ciento sesenta y dos. 1. El Congreso está formado por trescientos cincuenta Diputados.

2. A cada provincia le corresponde un mínimo inicial de dos Diputados. Las poblaciones de Ceuta y Melilla están representadas cada una de ellas por un Diputado.

3. Los doscientos cuarenta y ocho diputados restantes se distribuyen entre las provincias en proporción a su población, conforme al siguiente procedimiento:

a) Se obtiene una cuota de reparto resultante de dividir, por doscientos cuarenta y ocho, la cifra total de la población de derecho de las provincias peninsulares e insulares

b) Se adjudican a cada provincia tantos Diputados como resulten, en números enteros, de dividir la población de derecho provincial por la cuota de reparto.

c) Los Diputados restantes se distribuyen asignando uno a cada una de las provincias cuyo cociente, obtenido conforme al apartado anterior, tenga una fracción decimal mayor.

4. El Decreto de convocatoria debe especificar el número de Diputados a elegir en cada circunscripción, de acuerdo con lo dispuesto en este artículo.

Art. ciento sesenta y tres. 1. La atribución de los escaños en función de los resultados del escrutinio se realiza conforme a las siguientes reglas:

a) No se tienen en cuenta aquellas candidaturas que no hubieran obtenido, al menos, el 3 por 100 de los votos válidos emitidos en la circunscripción.

b) Se ordenan de mayor a menor, en una columna, las cifras de votos obtenidos por las restantes candidaturas.

c) Se divide el número de votos obtenidos por cada candidatura por 1, 2, 3, etc., hasta un número igual al de escaños correspondientes a la circunscripción, formándose un cuadro similar al que aparece en el ejemplo práctico. Los escaños se atribuyen a las candidaturas que obtengan los cocientes mayores en el cuadro, atendiendo a un orden decreciente.

Ejemplo práctico: 480.000 votos válidos emitidos en una circunscripción que elija a ocho Diputados. Votación repartida entre seis candidaturas:

A (168.000 votos), B (104.000), C (72.000), D (64.000), E (40.000), F (32.000)

División	1	2	3	4	5	6	7	8
A	168.000	84.000	56.000	42.000	33.600	28.000	24.000	21.000
B	104.000	52.000	34.666	26.000	20.800	17.333	14.857	13.000
C	72.000	36.000	24.000	18.000	14.400	12.000	10.285	9.000
D	64.000	32.000	21.333	16.000	12.800	10.666	9.142	8.000
E	40.000	20.000	13.333	10.000	8.000	6.666	5.714	5.000
F	32.000	16.000	10.666	8.000	6.400	5.333	4.571	4.000

Por consiguiente: la candidatura A obtiene cuatro escaños. La candidatura B dos escaños y las candidaturas C y D un escaño cada una.

d) Cuando en la relación de cocientes coincidan dos correspondientes a distintas candidaturas, el escaño se atribuirá a la que mayor número total de votos hubiese obtenido. Si hubiera dos candidaturas con igual número total de votos, el primer empate se resolverá por sorteo y los sucesivos de forma alternativa.

e) Los escaños correspondientes a cada candidatura se adjudican a los candidatos incluidos en ella, por el orden de colocación en que aparezcan.

2. En las circunscripciones de Ceuta y Melilla será proclamado electo el candidato que mayor número de votos hubiese obtenido.

Art. ciento sesenta y cuatro. 1. En caso de fallecimiento, incapacidad o renuncia de un diputado, el escaño será atribuido al candidato o, en su caso, al suplente, de la misma lista a quien corresponda, atendiendo a su orden de colocación.

2. Las vacantes de los Diputados elegidos en Ceuta y Melilla serán cubiertas por sus respectivos suplentes, designados en los términos del artículo 170 de esta Ley.

Art. ciento sesenta y cinco. 1. En cada circunscripción provincial se eligen cuatro Senadores.

2. En cada circunscripción insular se elige el siguiente número de Senadores: tres en Gran Canaria, Mallorca y Tenerife; uno en Ibiza-Formentera, Menorca, Fuerteventura, Gomera, Hierro, Lanzarote y La Palma.

3. Las poblaciones de Ceuta y Melilla eligen cada una de ellas dos Senadores.

4. Las Comunidades Autónomas designan además un Senador y otro más para cada millón de habitantes de su respectivo territorio. La designación corresponde a la Asamblea Legislativa de la Comunidad Autónoma, de acuerdo con lo que establezcan sus Estatutos, que asegurarán, en todo caso, la adecuada representación proporcional. A efectos de dicha designación el número concreto de Senadores que corresponda a cada Comunidad Autónoma se determinará tomando como referencia el censo de población de derecho vigente en el momento de celebrarse las últimas elecciones generales al Senado.

Art. ciento sesenta y seis. 1. La elección directa de los Senadores en las

circunscripciones provinciales, insulares y en Ceuta y Melilla se rige por lo dispuesto en los apartados siguientes:

a) Los electores pueden dar su voto a un máximo de tres candidatos en las circunscripciones provinciales, dos en Gran Canaria, Mallorca, Tenerife, Ceuta y Melilla, y uno en las restantes circunscripciones insulares.

b) Serán proclamados electos aquellos candidatos que obtengan mayor número de votos hasta complementar el de Senadores asignados a la circunscripción.

2. En caso de fallecimiento, incapacidad o renuncia de un Senador elegido directamente, la vacante se cubrirá por su suplente designado según el artículo 171 de esta Ley.

#### CAPITULO IV

##### Convocatoria de elecciones

Art. ciento sesenta y siete. 1. La convocatoria de elecciones al Congreso de los Diputados, al Senado o a ambas Cámaras conjuntamente se realizará mediante Real Decreto.

2. Salvo en el supuesto previsto en el artículo 99, párrafo quinto, de la Constitución, el Decreto de convocatoria se expide con el refrendo del Presidente del Gobierno, a propuesta del mismo bajo su exclusiva responsabilidad y previa deliberación del Consejo de Ministros.

3. En caso de disolución anticipada del Congreso de los Diputados, del Senado o de las Cortes Generales, el Decreto de disolución contendrá la convocatoria de nuevas elecciones a la Cámara o Cámaras disueltas.

4. El Presidente del Congreso de los Diputados refrenda el Decreto de disolución de las Cortes Generales y de convocatoria de nuevas elecciones en el supuesto previsto en el artículo 99.5 de la Constitución.

#### CAPITULO V

##### Procedimiento electoral

###### SECCION I

###### *Representantes de las candidaturas ante la Administración electoral*

Art. ciento sesenta y ocho. 1. A los efectos previstos en el artículo 43 cada uno de los partidos, federaciones y coaliciones que pretendan concursar a las elecciones designan, por escrito, ante la Junta Electoral Central, a un representante general, antes del noveno día posterior a la convocatoria de elecciones. El mencionado escrito deberá expresar la aceptación de la persona designada.

2. Cada uno de los representantes generales designa antes del undécimo día posterior a la convocatoria, ante la Junta Electoral Central, a los representantes de las candidaturas que su partido, federación o coalición presente en cada una de las circunscripciones electorales.

3. En el plazo de dos días la Junta Electoral Central comunica a las

Juntas Electorales Provinciales los nombres de los representantes de las candidaturas correspondientes a su circunscripción.

4. Los representantes de las candidaturas se personan ante las respectivas Juntas Provinciales, para aceptar su designación, en todo caso, antes de la presentación de la candidatura correspondiente.

5. Los promotores de las agrupaciones de electores designan a los representantes de sus candidaturas en el momento de presentación de las mismas ante las Juntas Provinciales. Dicha designación debe ser aceptada en ese acto.

## SECCION II

### *Presentación y proclamación de candidatos*

Art. ciento sesenta y nueve. 1. Para las elecciones al Congreso de los Diputados y al Senado la Junta Electoral competente para todas las operaciones previstas en el Título I, Capítulo VI, Sección II de esta Ley, en relación a la presentación y proclamación de candidatos en la Junta Electoral Provincial.

2. Cada candidatura se presentará mediante listas de candidatos.

3. Para presentar candidaturas, las agrupaciones de electores necesitarán, al menos, la firma del 1 por 100 de los inscritos en el censo electoral de la circunscripción.

4. Las candidaturas presentadas y las candidaturas proclamadas de todos los distritos se publican en el Boletín Oficial del Estado».

Art. ciento setenta. En las circunscripciones de Ceuta y Melilla las candidaturas presentadas para la elección de Diputados incluirán un candidato suplente.

Art. ciento setenta y uno. 1. Las candidaturas para el Senado son individuales a efectos de votación y escrutinio aunque pueden agruparse en listas a efectos de presentación y campaña electoral.

2. Cada candidatura a Senador debe incluir un candidato suplente.

## SECCION III

### *Papeletas y sobres electorales*

Art. ciento setenta y dos. 1. A los efectos previstos en el artículo 70.1, las Juntas Electorales competentes en el caso de elecciones al Congreso de los Diputados o al Senado, son las Juntas Provinciales.

2. Las papeletas electorales destinadas a la elección de Diputados deben expresar las indicaciones siguientes: la denominación, la sigla y símbolo del partido, federación, coalición o agrupación de electores que presente la candidatura, los nombres y apellidos de los candidatos y de los suplentes, según su orden de colocación, así como, en su caso, la circunstancia a que se refiere el artículo 46.7.

3. Las papeletas destinadas a la elección de Senadores irán impresas en

una sola cara reseñando las indicaciones que se expresan, y con la composición que se señala, en las siguientes normas:

- a) Denominación o sigla y símbolo de la entidad que presenta al candidato o candidatos, ya sea un partido, federación, coalición o agrupación de electores. Bajo esta denominación o sigla, figurarán los nombres del candidato o candidatos respectivos, relacionados, en este último caso, por orden alfabético a partir de la inicial del primer apellido.
- b) Debajo del nombre de cada candidato y diferenciado tipográficamente de él aparecerá el de su suplente.
- c) Se relacionarán cada uno de los bloques formados por la denominación de la entidad presentadora y sus candidatos respectivos. El orden de esta relación se determinará por sorteo, en cada circunscripción, sin atender a orden alfabético alguno.
- d) El nombre de cada candidato irá precedido de un recuadro. El votante marcará con una cruz el recuadro correspondiente al candidato o candidatos al que otorga su voto.

#### SECCION IV

##### *Escrutinio general*

Art. ciento setenta y tres. En las elecciones al Congreso de los Diputados o al Senado, las Juntas Electorales competentes para la realización de todas las operaciones de escrutinio general son las Juntas Electorales Provinciales.

#### CAPITULO VI

##### *Gastos y subvenciones electorales*

Art. ciento setenta y cuatro. 1. Los administradores generales de los partidos políticos, federaciones y coaliciones son designados por escrito ante la Junta Electoral Central por sus respectivos representantes generales antes del undécimo día posterior a la convocatoria de elecciones. El mencionado escrito deberá expresar la aceptación de la persona designada.

2. Los administradores de las candidaturas son designados por escrito ante la Junta Electoral Provincial correspondiente por sus respectivos representantes en el acto de presentación de dichas candidaturas. El mencionado escrito deberá expresar la aceptación de la persona designada. Las Juntas Electorales Provinciales comunicarán a la Junta Electoral Central los administradores designados en su circunscripción.

Art. ciento setenta y cinco. 1. El Estado subvenciona los gastos que originen las actividades electorales de acuerdo con las siguientes reglas:

- a) Un millón quinientas mil pesetas por cada escaño obtenido en el Congreso de los Diputados o en el Senado.
- b) Sesenta pesetas por cada uno de los votos conseguidos por cada candidatura al Congreso, uno de cuyos miembros, al menos, hubiera obtenido escaño de Diputado.

c) Veinte pesetas por cada uno de los votos conseguidos por cada candidato que hubiera obtenido escaño de Senador.

2. Para las elecciones a las Cortes Generales o cualquiera de sus Cámaras, el límite de los gastos electorales será el que resulte de multiplicar por cuarenta pesetas el número de habitantes correspondientes a la población de derecho de las circunscripciones donde presente sus candidaturas cada partido, federación, coalición o agrupación. La cantidad resultante de la operación anterior, podrá incrementarse en razón de veinte millones de pesetas por cada circunscripción donde aquéllos presenten sus candidaturas.

3. Las cantidades mencionadas en los apartados anteriores se refieren a pesetas constantes. Por orden del Ministerio de Economía y Hacienda se fijan las cantidades actualizadas en los cinco días siguientes a la convocatoria.

### TITULO III

#### *Disposiciones Especiales para las Elecciones Municipales*

##### CAPITULO I

###### Derecho de sufragio activo

Art. ciento setenta y seis. 1. Sin perjuicio de lo regulado en el Título I, Capítulo I, de esta Ley, gozan del derecho de sufragio activo en las elecciones municipales los residentes extranjeros en España cuyos respectivos países permitan el voto de los españoles en dichas elecciones, en los términos de un Tratado.

2. El Gobierno comunicará a la Oficina del Censo Electoral la relación de Estados extranjeros cuyos nacionales, residentes en España, deban de ser inscritos en el Censo.

##### CAPITULO II

###### Derecho de sufragio pasivo

Art. ciento setenta y siete. Además de quienes incurran en alguno de los supuestos previstos en el artículo 6 de esta Ley, son inelegibles para el cargo de Alcalde o Concejal los deudores directos o subsidiarios de la correspondiente Corporación Local contra quienes se hubiera expedido mandamiento de apremio por resolución judicial.

##### CAPITULO III

###### Causas de incompatibilidad

Art. ciento setenta y ocho. 1. Las causas de inelegibilidad a que se refiere el artículo anterior, lo son también de incompatibilidad con la condición de Concejal.

2. Son también incompatibles:

a) Los Abogados y Procuradores que dirijan o representen a partes en procedimientos judiciales o administrativos contra la Corporación, con excepción de las acciones a que se refiere el artículo 3.1.b) de la ley Reguladora de las Bases de Régimen Local.

b) Los Directores de Servicios, funcionarios o restante personal activo del respectivo Ayuntamiento y de las entidades y establecimientos dependientes de él.

c) Los Directores generales o asimilados de las Cajas de Ahorro Provinciales y Locales que actúen en el término municipal o de establecimientos dependientes de ella.

3. Cuando se produzca una situación de incompatibilidad los afectados deberán optar entre la renuncia a la condición de Concejal o el abandono de la situación que, de acuerdo con lo establecido en el apartado anterior, dé origen a la referida incompatibilidad.

4. Cuando la causa de incompatibilidad sea la contenida en el punto b), del apartado 2, el funcionario o empleado que optare por el cargo de Concejal pasará a la situación de servicios especiales o subsidiariamente a la prevista en sus respectivos convenios que en todo caso ha de suponer reserva de su puesto de trabajo.

#### CAPITULO IV

##### Sistema electoral

Art. ciento setenta y nueve. 1. Cada término municipal constituye una circunscripción en la que se elige el número de concejales que resulte de la aplicación de la siguiente escala:

Hasta 250 residentes	5
De 251 a 1.000	7
De 1.001 a 2.000	9
De 2.001 a 5.000	11
De 5.001 a 10.000	13
De 10.001 a 20.000	17
De 20.001 a 50.000	21
De 50.001 a 100.000	25

De 100.001 en adelante, un Concejal más por cada 100.000 residentes o fracción, añadiéndose uno más cuando el resultado sea un número par.

2. La escala prevista en el párrafo anterior no se aplica a los municipios que, de acuerdo con la legislación sobre Régimen Local, funcionan en régimen de Concejo Abierto. En estos municipios los electores eligen directamente al Alcalde por sistema mayoritario.

Art. ciento ochenta. La atribución de los puestos de Concejales en cada Ayuntamiento se realiza siguiendo el mismo procedimiento previsto en el artículo 13.1 de esta Ley, con la única salvedad de que no son tenidas en

cuenta aquellas candidaturas que no obtengan, por lo menos, el 5 por 100 de los votos válidos emitidos en la circunscripción.

Art. ciento ochenta y uno. 1. En el supuesto de que en alguna circunscripción no se presenten candidatura, se procede en el plazo de tres a la celebración de elecciones parciales en dicha circunscripción.

2. Si en esta nueva convocatoria tampoco se presenta candidatura alguna, se procede según lo previsto en el párrafo tercero del artículo 182.

Art. ciento ochenta y dos. En caso de fallecimiento, incapacidad o renuncia de un Concejal, el escaño se atribuirá al candidato o, en su caso, al suplente de la misma lista a quien corresponda, atendiendo a su orden de colocación.

En el caso de que, de acuerdo con el procedimiento anterior, no queden más posibles candidatos o suplentes a nombrar, los quórum de asistencia y votación previstos en la legislación vigente se entenderán automáticamente referidos al número de hecho de miembros de la Corporación subsistente.

Sólo en el caso de que tal número de hecho llegase a ser inferior a los dos tercios del número legal de miembros de la Corporación se constituirá una Comisión Gestora integrada por todos los miembros de la Corporación que continúen y las personas de adecuada idoneidad o arraigo que, teniendo en cuenta los resultados de la última elección municipal, designe la Diputación Provincial Autónoma correspondiente, para completar el número legal de miembros de la Corporación.

Art. ciento ochenta y tres. En los supuestos de disolución de Corporaciones Locales por acuerdo del Consejo de Ministros, previstos en la legislación básica de régimen local, deberá procederse a la convocatoria de elecciones parciales para la constitución de una nueva Corporación dentro del plazo de tres meses, salvo que por la fecha en que ésta debiera constituirse, el mandato de la misma hubiese de resultar inferior a un año.

Mientras se constituye la nueva Corporación o expira el mandato de la disuelta, la administración ordinaria de sus asuntos corresponderá a una Comisión Gestora designada por la Diputación Provincial o, en su caso, por el órgano competente de la Comunidad Autónoma correspondiente, cuyo número de miembros no excederá del número legal de miembros de la Corporación. Ejercerá las funciones de Alcalde o Presidente aquel vocal que resulte elegido por mayoría de votos entre todos los miembros de la Comisión.

Art. ciento ochenta y cuatro. Los Concejales de los municipios que tengan una población comprendida entre 100 y 250 habitantes, son elegidos de acuerdo con el siguiente procedimiento:

a) Cada partido, coalición, federación o agrupación podrá presentar una lista, con un máximo de cinco nombres.

b) Cada elector podrá dar su voto a un máximo de cuatro entre los candidatos proclamados en el distrito.

c) Se efectuará el recuento de votos obtenidos por cada candidato en

el distrito, ordenándose en una columna las cantidades representativas de mayor a menor.

- d) Serán proclamados electos aquellos candidatos que mayor número de votos obtengan hasta completar el número de cinco Concejales.
- e) Los casos de empate se resolverán por sorteo.
- f) En caso de fallecimiento, incapacidad o renuncia de un Concejal, la vacante será atribuida al candidato siguiente que más votos haya obtenido.

## CAPITULO V

### Convocatoria

El Real Decreto de convocatoria es acordado en Consejo de Ministros a propuesta de los Ministerios del Interior y de Administración Territorial.

## CAPITULO VI

### Procedimiento electoral

#### SECCION I

##### *Representantes*

Art. ciento ochenta y seis. 1. A los efectos previstos en el artículo 43, los partidos políticos, federaciones y coaliciones que pretendan concurrir a las elecciones, designan, por escrito, ante las Juntas Electorales Provinciales, antes del noveno día posterior a la convocatoria de elecciones, un representante general que en cada provincia actúa en su nombre y representación; dentro del mismo plazo designan un representante general ante la Junta Electoral Central. Los mencionados escritos deberán expresar la aceptación de la persona designada.

2. Los representantes generales designan, por escrito, ante la Junta Electoral Provincial correspondiente, antes del undécimo día posterior a la convocatoria de elecciones, a los representantes de las candidaturas que el partido, federaciones o coalición presente en cada Municipio.

3. En el plazo de dos días, las Juntas Electorales Provinciales comunicarán a las respectivas Juntas Electorales de Zona, los nombres de los representantes de las candidaturas comprendidas, a su demarcación.

4. Los representantes de las candidaturas se personan ante las respectivas Juntas Electorales de Zona, para aceptar su designación, en todo caso, antes de la presentación de la candidatura correspondiente.

5. Los promotores de las agrupaciones designan a los representantes de sus candidaturas en el momento de presentación de las mismas ante las Juntas Electorales de Zona. Dicha designación debe ser aceptada en ese acto.

## SECCION II

### *Presentación y proclamación de candidatos*

Art. ciento ochenta y siete. 1. Para las elecciones municipales, la Junta Electoral competente para todas las operaciones previstas en el Título I, Capítulo VI, Sección II de esta Ley, en relación a la presentación y proclamación de candidatos es la Junta Electoral de zona.

2. Cada candidatura se presentará mediante lista de candidatos.

3. Para presentar candidatura, las agrupaciones de electores necesitan un número de firmas de los inscritos en el censo electoral del municipio, que deberán ser autentificadas notarialmente o por el Secretario de la Corporación municipal correspondiente, determinado conforme al siguiente baremo:

a) En los municipios de menos de 5.000 habitantes no menos del 1 por 100 de los inscritos siempre que el número de firmantes sea más del doble que el de Concejales a elegir.

b) En los comprendidos entre 5.001 y 10.000 habitantes al menos 100 firmas.

c) En los comprendidos entre 10.001 y 50.000 habitantes al menos 500 firmas.

d) En los comprendidos entre 50.001 y 150.000 habitantes al menos 1.500 firmas.

e) En los comprendidos entre 150.001 y 300.000 habitantes al menos 3.000 firmas.

f) En los comprendidos entre 300.001 y 1.000.000 de habitantes al menos 5.000 firmas.

g) En los demás casos al menos 8.000 firmas.

4. Las candidaturas presentadas y las proclamadas se publicarán en el «Boletín Oficial» de la provincia correspondiente.

## SECCION III

### *Utilización de los medios públicos de comunicación*

Art. ciento ochenta y ocho. El derecho a los tiempos de emisión gratuitos en los medios de titularidad pública, regulado en el artículo 64, corresponde en el caso de elecciones municipales a aquellos partidos, federaciones o coaliciones que presentan candidaturas en municipios que comprendan al menos al 50 por 100 de la población de derecho de las circunscripciones incluidas en el ámbito de difusión o, en su caso, de programación del medio correspondiente.

## SECCION IV

### *Papeletas y sobres electorales*

Art. ciento ochenta y nueve. 1. A los efectos previstos en el artículo 70.1, las Juntas Electorales competentes en el caso de elecciones municipales son las Juntas Electorales de Zona.

2. Las papeletas electorales destinadas a la elección de Concejales deben tener el contenido expresado en el artículo 172.2.

## SECCION V

### *Voto por correspondencia de los residentes ausentes que vivan en el extranjero*

Art. ciento noventa. 1. Los españoles residentes ausentes que vivan en el extranjero y deseen ejercer su derecho de voto en las elecciones del Municipio en el que estén inscritos, según el censo electoral, deben comunicarlo a la correspondiente Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral, no más tarde del vigésimo quinto día posterior a la convocatoria. Dicha comunicación debe realizarse mediante escrito al que se adjuntará fotocopia del Documento Nacional de Identidad o Pasaporte.

2. Recibida dicha comunicación, la Delegación Provincial envía al interesado un Certificado idéntico al previsto en el artículo 72, una papeleta de votación en blanco, cuyo formato se determinará reglamentariamente, copia de la página o páginas del «Boletín Oficial» de la provincia en el que figuren las candidaturas proclamadas en el Municipio, el sobre de votación, así como un sobre en el que debe figurar la dirección de la Mesa Electoral que le corresponda. Con estos documentos se adjunta una hoja explicativa.

3. Dicho envío debe realizarse por correo certificado y no más tarde del trigésimo segundo día posterior a la convocatoria.

4. El elector escribirá en la papeleta el nombre del partido, federación, coalición o agrupación a cuya candidatura desea votar y remitirá su voto conforme a lo dispuesto en el artículo 73, párrafo 3. El Servicio de Correos actuará en este supuesto conforme a lo previsto en el párrafo cuarto de dicho artículo.

## SECCION VI

### *Escrutinio General*

Art. ciento noventa y uno. 1. En las elecciones municipales, las Juntas Electorales competentes para la realización de todas las operaciones del escrutinio general son las Juntas Electorales de Zona.

2. El escrutinio se llevará a cabo por orden alfabético de Municipios.

## CAPITULO VII

### *Gastos y subvenciones electorales*

1. Los administradores generales de los partidos políticos, federaciones y coaliciones son designados ante la Junta Electoral Central, conforme a lo previsto en el artículo 174.

2. Los administradores de las candidaturas de los partidos políticos, federaciones y coaliciones son nombrados, por escrito, ante la Junta Electoral Provincial correspondiente por sus respectivos representantes generales entre el decimoquinto y el vigésimo día posterior a la convocatoria de elec-

ciones. El mencionado escrito deberá expresar la aceptación de la persona designada. Las Juntas Electorales Provinciales comunican a la Junta Electoral Central los administradores designados en su demarcación.

3. Los promotores de las agrupaciones de electores designan los administradores de sus candidaturas ante la Junta Electoral Provincial, dentro de los dos días siguientes al acto de presentación de la candidatura.

Art. ciento noventa y tres. 1. El Estado subvenciona los gastos que originen las actividades electorales de acuerdo con las siguientes reglas:

a) Quince mil pesetas por cada Concejal electo.

b) Veinte pesetas por cada uno de los votos obtenidos por cada candidatura, uno de cuyos miembros, al menos, hubiera sido proclamado Concejal.

2. Para las elecciones municipales el límite de los gastos electorales será el que resulte de multiplicar por veinte pesetas el número de habitantes correspondientes a la población de derecho de las circunscripciones donde presente sus candidaturas cada partido, federación, coalición o agrupación. En cada provincia, aquellos que concurran a las elecciones en al menos el 50 por 10 de sus municipios, podrán gastar, además, otros veinte millones por cada una de las provincias en las que cumplan la referida condición.

3. Las cantidades mencionadas en los apartados anteriores se refieren a pesetas constantes. Por Orden del Ministerio de Economía y Hacienda se fijan las cantidades actualizadas en los cinco días siguientes a la convocatoria.

## CAPITULO VIII

### Mandato y constitución de las Corporaciones Municipales

Art. ciento noventa y cuatro. 1. El mandato de los miembros de los Ayuntamientos es de cuatro años contados a partir de la fecha de su elección.

2. Una vez finalizado su mandato los miembros de las Corporaciones cesantes continuarán sus funciones solamente para la administración ordinaria hasta la toma de posesión de sus sucesores, en ningún caso podrán adoptar acuerdos para los que legalmente se requiera una mayoría cualificada.

Art. ciento noventa y cinco. 1. Las Corporaciones municipales se constituyen en sesión pública el vigésimo día posterior a la celebración de las elecciones, salvo que se hubiese presentado recurso contencioso-electoral contra la proclamación de los concejales electos, en cuyo supuesto se constituyen el cuadragésimo día posterior a las elecciones.

2. A tal fin, se constituye una Mesa de Edad integrada por los elegidos de mayor y menor edad, presentes en el acto, actuando como Secretario el que lo sea de la Corporación.

3. La Mesa comprueba las credenciales presentadas, o acreditaciones de la personalidad de los electos con base a las certificaciones que al Ayuntamiento hubiera remitido la Junta Electoral de Zona.

4. Realizada la operación anterior, la Mesa declarará constituida la Corporación si concurren la mayoría absoluta de los Concejales electos. En caso contrario, se celebrará sesión dos días después, quedando constituida la Corporación cualquiera que fuere el número de concejales presentes.

## CAPITULO IX

### Elección de Alcalde

Art. ciento noventa y seis. En la misma sesión de constitución de la Corporación se procede a la elección de Alcalde, de acuerdo con el siguiente procedimiento:

a) Pueden ser candidatos todos los Concejales que encabecen sus correspondientes listas.

b) Si alguno de ellos obtiene la mayoría absoluta de los votos de los Concejales es proclamado electo.

c) Si ninguno de ellos obtiene dicha mayoría es proclamado Alcalde el Concejal que encabece la lista que haya obtenido mayor número de votos populares en el correspondiente Municipio. En caso de empate se resolverá por sorteo.

En los Municipios comprendidos entre 100 y 250 habitantes pueden ser candidatos a Alcalde todos los concejales; si alguno de los candidatos obtiene la mayoría absoluta de los votos de los Concejales es proclamado electo; si ninguno obtuviese dicha mayoría, será proclamado alcalde el Concejal que hubiera obtenido más votos populares en las elecciones de Concejales.

Art. ciento noventa y siete. 1. El Alcalde puede ser destituido de su cargo mediante moción de censura adoptada por la mayoría absoluta del número legal de Concejales.

2. La moción debe ser suscrita al menos por la tercera parte de los Concejales e incluir el nombre del candidato propuesto para Alcalde, quien quedará proclamado como tal en caso de prosperar la moción. Ningún Concejal puede suscribir durante su mandato más de una moción de censura.

3. A los efectos previstos en el presente artículo todos los Concejales pueden ser candidatos.

Art. ciento noventa y ocho. Salvo en el supuesto regulado en el artículo anterior, la vacante en la Alcaldía se resuelve conforme a lo previsto en el artículo 196, considerándose a estos efectos que encabeza la lista en que figuraba el Alcalde el siguiente de la misma, a no ser que renuncie a la candidatura.

Art. ciento noventa y nueve. 1. El régimen electoral de los órganos de las entidades locales de ámbito territorial inferior al Municipio será el que establezcan las leyes de las Comunidades Autónomas que las instituyan o reconozcan que, en todo caso, deberán respetar lo dispuesto en la Ley reguladora de las bases del régimen local; en su defecto, será el previsto en los números siguientes de este artículo.

2. Los Alcaldes Pedáneos son elegidos directamente por los vecinos de la correspondiente entidad local por sistema mayoritario mediante la presentación de candidatos por los distintos partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores.

3. Las Juntas Vecinales de las entidades locales menores están formadas por el Alcalde Pedáneo que las preside y dos vocales en los núcleos de población inferior a 250 residentes y por cuatro en los de población superior a dicha cifra, siempre que el número de vocales no supere al tercio del de Concejales que integran el Ayuntamiento, en cuyo caso el número de vocales será de dos.

4. La designación de estos vocales se hará de conformidad con los resultados de las elecciones para el Ayuntamiento en la Sección o Secciones constitutivas de la entidad local menor.

5. La Junta Electoral de Zona determinará, aplicando el procedimiento establecido en el artículo 163, el número de vocales que corresponde a cada partido, federación, coalición o agrupación.

6. Realizada la operación anterior, el representante de cada candidatura designará entre los electores de la entidad local menor a quienes hayan de ser vocales.

7. Si las Juntas Vecinales no hubiesen de constituirse, de acuerdo con lo previsto en la legislación sobre régimen local, por haberse establecido el funcionamiento de la entidad en régimen de Concejo Abierto, se elegirá, en todo caso, un Alcalde Pedáneo en los términos del número 2 de este artículo.

Art. doscientos. Las Juntas Electorales Provinciales adoptarán las resoluciones necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 179.2 de esta Ley, con el fin de que sea elegido el Alcalde de los Municipios que funcionen en régimen de Concejo abierto.

#### TITULO IV

##### *Disposiciones Especiales para la Elección de Cabildos Insulares Canarios*

Art. doscientos uno. 1. En cada isla se eligen por sufragio universal, directo y secreto, y en una urna distinta a la destinada a la votación para concejales, tantos Consejeros Insulares como a continuación se determinan:

	Consejeros
Hasta 10.000 residentes ... ... ... ... ... ... ... ... ...	11
De 10.001 a 20.000 ... ... ... ... ... ... ... ...	13
De 20.001 a 50.000 ... ... ... ... ... ... ...	17
De 50.001 a 100.000 ... ... ... ... ... ...	21
De 100.001 en adelante 1 Consejero más por cada 100.000 residentes o fracción, añadiéndose uno o más cuando el resultado sea un número par.	

2. El mandato de los Consejeros Insulares es de cuatro años, contados a partir de la fecha de su elección.

3. La elección de los Consejeros Insulares se realiza mediante el procedimiento previsto para la elección de Concejales, pero cada isla constituye una circunscripción electoral.

4. Los Cabildos Insulares se constituyen en sesión pública dentro de los treinta días siguientes a la celebración de las elecciones, formándose a tal efecto una Mesa de Edad conforme a lo establecido en el artículo 195 para las Corporaciones Municipales.

5. Será Presidente del Cabildo Insular el candidato primero de la lista más votada en la circunscripción insular.

6. La presentación de candidaturas, sistema de votación y atribución de puestos y subvenciones electorales se efectuará de acuerdo con el procedimiento y cuantías previstos para la elección de concejales.

7. Para la elección de Consejeros Insulares regirán los mismos derechos de sufragio pasivo y las incompatibilidades previstas en los artículos 202 y 203 de esta Ley.

## TITULO V

### *Disposiciones Especiales para la Elección de Diputados Provinciales*

#### CAPITULO I

##### Derecho de sufragio pasivo

Art. doscientos dos. Además de quienes incurran en alguno de los supuestos previstos en el artículo 6º de esta Ley son inelegibles para el cargo de Diputado Provincial los deudores directos o subsidiarios de la correspondiente Corporación contra quienes se hubiera expedido mandamiento de apremio por resolución judicial.

#### CAPITULO II

##### Incompatibilidades

Art. doscientos tres. 1. Las causas de inelegibilidad a que se refiere el artículo anterior lo son también de incompatibilidades para el ejercicio del cargo de Diputado Provincial.

Son también incompatibles:

a) Los abogados y procuradores que dirijan o representen a partes en procedimientos judiciales o administrativos contra la Corporación, con excepción de las acciones a que se refiere el artículo 63.1.b) de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local.

b) Los Directores de Servicios, funcionarios o restante personal en activo de la respectiva Diputación y de las entidades y establecimientos dependientes de ésta.

c) Los Directores Generales o asimilados de las Cajas de Ahorro Provinciales y Locales que actúen en la provincia.

d) Los contratistas o subcontratistas de contratos, cuya financiación total o parcial corra a cargo de la Corporación o de establecimientos de ella dependientes.

2. Cuando se produzca una situación de incompatibilidad, los afectados deberán optar entre la renuncia al puesto de Diputado Provincial o el abandono de la situación que, de acuerdo con lo establecido en el apartado anterior, dé origen a la referida incompatibilidad.

3. Cuando la causa de incompatibilidad sea la contenida en el punto b) del apartado 1, el funcionario o empleado que optare por el cargo de Diputado Provincial pasará a la situación de servicios especiales o subsidiariamente la prevista en sus respectivos convenios, que en todo caso ha de suponer reserva de su puesto de trabajo.

### CAPITULO III

#### Procedimiento electoral

Art. doscientos cuatro. 1. El número de Diputados correspondiente a cada Diputación Provincial se determina, según el número de residentes de cada provincia, conforme al siguiente baremo:

	Diputados
Hasta 500.000 residentes ... ... ... ... ... ... ... ...	25
De 500.001 a 1.000.000 ... ... ... ... ... ... ...	27
De 1.000.001 a 3.500.000 ... ... ... ... ... ...	31
De 3.500.001 en adelante ... ... ... ... ... ...	51

2. Las Juntas Electorales Provinciales reparten, proporcionalmente y atendiendo al número de residentes, los puestos correspondientes a cada partido judicial, en el décimo día posterior a la convocatoria de elecciones atendiendo a la siguiente regla:

a) Todos los partidos judiciales cuentan, al menos, con un Diputado.  
 b) Ningún partido judicial puede contar con más de tres quintos del número total de Diputados Provinciales.

c) Las fracciones iguales o superiores a 0,50 que resulten del reparto proporcional se corrigen por exceso y las inferiores por defecto.

d) Si como consecuencia de las operaciones anteriores resultase un número total que no coincida, por exceso, con el número de Diputados correspondientes a la provincia, se sustraen los puestos necesarios a los partidos judiciales cuyo número de residentes por Diputado sea menor. Si, por el contrario, el número no coincide por defecto se añaden puestos a los partidos judiciales cuyo número de residentes por Diputado sea mayor.

3. A los efectos previstos en este Capítulo, los partidos judiciales coinciden con los de las elecciones locales de 1979.

Art. doscientos cinco. 1. Constituidos todos los Ayuntamientos de la respectiva Provincia, la Junta Electoral de Zona procede inmediatamente a formar una relación de todos los partidos políticos, coaliciones, federaciones y de cada una de las agrupaciones de electores que hayan obtenido algún Concejal dentro de cada partido judicial, ordenándolos en orden decreciente al de los votos obtenidos por cada uno de ellos.

2. A los efectos previstos en el párrafo anterior, en los municipios de menos de 250 habitantes a los que se refiere el artículo 183 de esta Ley, el número de votos a tener en cuenta por cada candidatura se obtiene dividiendo la suma de los votos obtenidos por cada uno de sus componentes entre el número de candidatos que formaban la correspondiente lista hasta un máximo de cuatro. Se corrigen por defecto las fracciones resultantes.

3. Realizada esta operación la Junta procede a distribuir los puestos que corresponden a los partidos, coaliciones, federaciones y a cada una de las agrupaciones de electores en cada partido judicial mediante la aplicación del procedimiento previsto en el artículo 163, según el número de votos obtenidos por cada grupo político o cada agrupación de electores.

4. Si en aplicación de los párrafos anteriores se produjera coincidencia de cocientes entre distintos partidos, coaliciones, federaciones y agrupaciones, la vacante se atribuye al que mayor número de votos ha obtenido, y en caso de empate, al de mayor número de Concejales en el partido judicial. Subsidiariamente se resolverá el empate por sorteo.

Art. doscientos seis. 1. Realizada la asignación de puestos de Diputados, conforme a los artículos anteriores, la Junta Electoral convocará por separado dentro de los cinco días siguientes, a los Concejales de los partidos políticos, coaliciones, federaciones y agrupaciones, que hayan obtenido puestos de Diputados, para que elijan de entre las listas de candidatos avaladas, al menos, por un tercio de dichos Concejales a quienes hayan de ser proclamados Diputados, eligiendo, además, tres suplentes, para cubrir por su orden las eventuales vacantes.

2. Efectuada la elección, la Junta de Zona proclama los Diputados electos y los suplentes, expide las credenciales correspondientes y remite a la Junta Provincial y a la Diputación certificaciones de los diputados electos en el partido judicial.

Art. doscientos siete. 1. La Diputación Provincial se reúne en sesión constitutiva presidida por una Mesa de Edad, integrada por los Diputados de mayor y menor edad presentes en el acto, y actuando como Secretario el que lo sea de la Corporación, para elegir al Presidente de entre sus miembros.

2. Para la elección de Presidente, el candidato debe obtener mayoría absoluta en la primera votación y simple en la segunda.

3. El Presidente puede ser destituido de su cargo mediante moción de censura que se desarrollará conforme a lo previsto en el artículo 196. Puede ser candidato al cargo de Presidente cualquiera de los Diputados Provinciales.

Art. doscientos ocho. 1. En caso de fallecimiento, incapacidad, renuncia o pérdida de la condición de Concejal de un Diputado Provincial, su

vacante se cubrirá ocupando su puesto uno de los suplentes elegidos en el partido judicial correspondiente conforme al orden establecido entre ellos.

2. En el supuesto de que no fuera posible cubrir alguna vacante por haber pasado a ocupar vacantes anteriores los tres suplentes elegidos en el partido judicial, se procederá a una nueva elección de Diputados correspondientes al partido judicial, de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 205 de esta Ley.

Art. doscientos nueve. Lo regulado en el presente Capítulo se entiende sin perjuicio del respeto a los regímenes especiales autonómicos y forales.

#### DISPOSICIONES ADICIONALES

Primera.—1. Lo dispuesto en esta Ley se entiende sin perjuicio del ejercicio de las competencias reconocidas, dentro del respeto a la Constitución y a la presente Ley Orgánica, a las Comunidades Autónomas por sus respectivos Estatutos.

2. En aplicación de las competencias que la Constitución reserva al Estado se aplican también a las elecciones a Asambleas Legislativas de Comunidades Autónomas convocadas por éstas, los siguientes artículos del Título I de esta Ley Orgánica:

1 al 42; 44; 45; 46.1, 2, 4, 5, 6, 8; 47.4; 49; 51.2, 3; 52; 53; 54; 58; 59; 60; 61; 62; 63; 65; 66; 68; 69, 70.1, 3; 72; 73; 74; 75; 85; 86.1; 90; 91; 92; 93; 94; 95.3; 96; 103.2; 108.1 y 6; 109 a 119; 125 a 130; 131.2; 132; 135 a 152.

3. Los restantes artículos del Título I de esta Ley tienen carácter supletorio de la Legislación que en su caso aprueben las Comunidades Autónomas, siendo de aplicación en las elecciones a sus Asambleas Legislativas en el supuesto de que las mismas no legislen sobre ellos.

4. El contenido de los títulos II, III, IV y V de esta Ley Orgánica no pueden ser modificados o sustituidos por la Legislación de las Comunidades Autónomas.

5. En el supuesto de que las Comunidades Autónomas no legislen sobre el contenido de los artículos que a continuación se citan, éstos habrán de interpretarse para las elecciones a las Asambleas Legislativas de dichas Comunidades de la siguiente manera:

a) Las referencias contenidas a Organismos Estatales en los artículos 70.2, 71.4 y 98.2, se entenderán referidas a las Instituciones Autónomas que correspondan.

b) La mención al territorio nacional que se hace en el artículo 64.1 se entenderá referida al territorio de la Comunidad Autónoma.

c) La alusión que se hace en el artículo 134 a la Comisión establecida en la Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, se entenderá referida a una Comisión de la Asamblea Legislativa correspondiente, y la obligación estatal de subvencionar los gastos electorales mencionada en dicho artículo y en el anterior corresponderá a la Comunidad Autónoma de que se trate.

Segunda. Se faculta al Gobierno para dictar cuantas disposiciones sean precisas para el cumplimiento y ejecución de la presente Ley.

Tercera. El Gobierno dictará en el plazo de cinco años desde la vigencia de esta Ley las normas precisas para hacer efectiva la inclusión entre los datos censales del número del Documento Nacional de Identidad, a que se refiere el artículo 32 de la presente Ley Orgánica.

Cuarta. A los fines y efectos de la suspensión del contrato de trabajo de los cargos públicos representativos, a que se refieren los artículos 45.1, f), y 48 del Estatuto de los Trabajadores, se entenderá que cesa la causa legal de suspensión para los no reelegidos, en el momento de constitución de las nuevas Asambleas representativas.

### DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera. El régimen de incompatibilidades dispuesto en esta Ley para Diputados y Senadores entrará en vigor a partir de las primeras elecciones a las Cortes Generales.

Segunda. La primera designación de los miembros de la Junta Electoral Central debe realizarse, según el procedimiento del artículo 9, dentro de los noventa días siguientes a la entrada en vigor de esta Ley.

Tercera. Lo dispuesto en los artículos 197 y 207.3 será de aplicación una vez celebradas las primeras elecciones locales siguientes a la entrada en vigor de esta Ley.

Cuarta. La primera revisión anual del censo electoral a la que será aplicable lo dispuesto en el artículo 35 de la presente Ley se realizará a partir del fichero nacional de electores que la Oficina del Censo electoral elabore ajustado a la Renovación de los Padrones Municipales de Habitantes de 1986.

Quinta. Hasta tanto entren en funcionamiento los Juzgados de lo contencioso-administrativo y los Tribunales Superiores de Justicia, las competencias que les atribuye esta Ley serán desarrolladas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo existentes.

### DISPOSICION DEROGATORIA

Quedan derogados el Real Decreto-Ley 20/1977, de 18 de marzo, sobre normas electorales; la Ley 39/1978, de 17 de julio, de elecciones locales; la Ley Orgánica 6/1983, de 2 de marzo, que modifica determinados artículos de la anterior; la Ley 14/1980, de 18 de abril, sobre régimen de encuestas electorales y cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la presente Ley.

### DISPOSICION FINAL

La presente Ley 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 19 de junio de 1985.

*LEY ORGÁNICA 9/1985, de 5 de julio, de reforma del artículo 417/bis del Código Penal («B. O. E.», núm. 166, de 12 de julio 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.

Artículo único. El artículo 417 bis del Código Penal queda redactado de la siguiente manera:

1. No será punible el aborto practicado por un médico, o bajo su dirección en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y con consentimiento expreso de la mujer, embarazada, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

1.º Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto.

En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante, podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso.

2.º Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del artículo 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado.

3.º Que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el dictamen expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas de centro o establecimiento sanitario, público o privado acreditado al efecto, y distintos de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto.

2. En los casos previstos en el número anterior, no será punible la conducta de la embarazada aún cuando la práctica del aborto no se realice en un centro o establecimiento público o privado acreditado o no se hayan emitido los dictámenes médicos exigidos.»

Por tanto.

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

Palacio de la Zarzuela, Madrid, a 5 de julio de 1985.

El Presidente del Gobierno,

FELIPE GONZÁLEZ MÁRQUEZ

JUAN CARLOS R.

*ORDEN de 31 de julio de 1985 sobre la práctica del aborto en Centros o establecimientos sanitarios. («B. O. E.» núm. 184, de 2 de agosto de 1985.)*

Ilustrísimos señores:

La sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril, exige que la comprobación del supuesto de hecho en los casos del aborto terapéutico y eugenésico, así como que el aborto se realice en Centros sanitarios públicos o privados autorizados al efecto o mediante otra solución similar dentro del marco constitucional. Concretamente, la sentencia recuerda «el deber del Estado de garantizar que la realización del aborto se llevará a cabo dentro de los límites previstos por el legislador y en las condiciones médicas adecuadas para la salvaguardia del derecho a la vida y a a salud de a mujer».

La Ley orgánica 9/1985, de 5 de julio, declara expresamente no punible la práctica del aborto en los supuestos de «riesgo para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada», «delito de violación» y «presunción de que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas»; determina las comprobaciones previas que han de constar, exige el consentimiento expreso de la mujer embarazada y la realización del aborto por el Médico o bajo su dirección en Centros o establecimientos sanitarios públicos o privados acreditados.

La presente Orden viene a precisar y facilitar el estricto cumplimiento de los requisitos legales y sanitarios exigibles en los casos y circunstancias a que se refiere la citada Ley, así como la correspondiente adecuación de la estructura asistencial y sanitaria. Como es lógico, los referidos requisitos o exigencias no son de aplicación en los supuestos de exención de responsabilidad, ni en la legítima atención o intervención médica o quirúrgica ni, en general, en cualquier supuesto de interrupción no voluntaria del embarazo.

En su virtud, el Ministerio de Sanidad y Consumo.

#### D I S P O N E :

Artículo 1.º 1. A efectos de lo dispuesto en el artículo 417 bis, 1, del Código Penal, se consideran acreditados los Centros o establecimientos sanitarios que cuenten al menos con los siguientes medios personales y materiales:

- 1.1. Un Médico especialista en Obstetricia y Ginecología y personal médico de enfermería y auxiliar sanitario necesario.
- 1.2. Los locales, instalaciones y material sanitario adecuado.
- 1.3. Las Unidades correspondientes de laboratorio de análisis, anestesia y reanimación y banco o depósito de sangre.
- 1.4. Las Unidades e instalaciones de enfermería y hospitalización.
- 1.5. Y, las Unidades de servicio social en el propio Centro o en otro de referencia.

2. En el ámbito de cada Comunidad Autónoma se publicará periódicamente la lista o relación de Centros o establecimientos sanitarios públicos o privados que se consideren acreditados a estos efectos, con indicación de los servicios efectivamente disponibles.

3. La acreditación quedará condicionada al mantenimiento de los requisitos mínimos y al efectivo cumplimiento de las condiciones médicas adecuadas para la salvaguarda del derecho a la vida y a la salud de la mujer.

Art. 2.º 1. A efectos de lo dispuesto en el artículo 417, bis, 1, 3.º, del Código Penal, el dictamen médico sobre la presunción de graves taras físicas o psíquicas del feto, habrá de emitirse por dos Médicos especialistas de Centros o establecimientos públicos o privados que cuenten con los medios y métodos de diagnóstico adecuados y que, con carácter orientativo son los siguientes:

a) En aquellos casos en los que el riesgo de graves taras físicas o psíquicas fetales tenga que ser estimado por criterios de probabilidad. Se considerarán acreditados los Centros entre cuyo personal se encuentre alguno de los especialistas referidos en el apartado 2 del siguiente artículo.

b) Para el diagnóstico de malformaciones deberán disponer de las técnicas de ecografía o similares

c) Para el diagnóstico de enfermedades metabólicas deberán existir las técnicas bioquímicas apropiadas a cada caso.

d) Para el diagnóstico de alteraciones cromosómicas deberán contar con las técnicas de citogenética

e) Para el diagnóstico de posibles malformaciones de origen infeccioso deberán disponer de las técnicas analíticas precisas para cada caso

2. Se considerarán específicamente acreditados a estos efectos los Médicos especialistas de unidades de Obstetricia y Ginecología, Pediatría, Genética y Orientación Familiar

Art. 3.º 1. En los Centros o establecimientos sanitarios a que se refiere el artículo 1.º se constituirá una comisión de Evaluación, con las funciones de facilitar el cumplimiento de lo previsto en la Ley, informar y asesorar sobre los problemas o dificultades que puedan presentarse y recoger la información y estadística, con respeto siempre a la confidencialidad de los casos concretos.

2. La mencionada Comisión estará integrada por:

- El Director Médico o facultativo en quien delegue.
- El Director o Jefe de Enfermería o persona en quien delegue.
- Un Médico especialista en Obstetricia y Ginecología.
- Un Psiquiatra o Psicólogo.
- Y, un Asistente Social.

Los Vocales serán designados de entre el personal del propio Centro o

de referencia por el Gerente o Director, que asimismo podrá incorporar algún otro profesional que facilite las tareas de la Comisión.

Art. 4.º En los Centros o establecimientos a que se refiere el artículo 1.º, se deberá conservar la historia clínica, los dictámenes, informes y documentos en el que conste el consentimiento expreso de la mujer embarazada.

Los Vocales serán designados de entre el personal del propio Centro o de referencia por el Gerente o Director, que asimismo podrá incorporar algún otro profesional que facilite las tareas de la Comisión.

Art. 4.º En los Centros o establecimientos a que se refiere el artículo 1.º, se deberá conservar la historia clínica, los dictámenes, informes y documentos en que conste el consentimiento expreso de la mujer embarazada.

#### DISPOSICIONES FINALES

Primera.—En general, los profesionales sanitarios habrán de informar a las solicitantes sobre las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo, de la existencia de medidas de asistencia social y de orientación familiar que puedan ayudarle, de las exigencias o requisitos que, en su caso, son exigibles. En su caso, indicar la fecha y el Centro o establecimiento en que pueden practicarse. La no realización de la práctica del aborto habrá de ser comunicada a la interesada con carácter inmediato al objeto de que pueda, con el tiempo suficiente, acudir a otro facultativo.

Segunda.—Se potenciará el funcionamiento de los medios de asistencia social, la orientación familiar y la colaboración con ellos de Médicos especialistas que puedan verificar las orientaciones, informaciones y dictámenes precisos en cada caso.

Tercera.—La presente Orden entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Lo que comunico a VV.II.

Madrid 31 de julio de 1985.

LLUCH MARTIN

Ilmos. Sres. Subsecretario de Sanidad y Consumo y Directores generales del Departamento.



## CIRCULARES Y CONSULTAS

### Circulares, consultas e instrucciones de la Fiscalía General del Estado

#### **EN TORNO A LA CAPACIDAD DE LOS OLIGOFRENICOS PARA PRESTAR EL CONSENTIMIENTO JUSTIFICANTE PREVISTO EN EL ARTICULO 428, PARRAFO 2.º, DEL CODIGO PENAL**

—Consulta número 3/1985, de 30 de abril—

#### I

Determinadas conductas comprendidas en el artículo 428 del Código penal (trasplante de órganos, esterilizaciones, cirugía transexual) realizadas por facultativo con el consentimiento libre y expreso emitido por el titular del bien jurídico, carecen de significación penal, bien porque sean excluyentes de la tipicidad o, más propiamente, porque la acción constitutiva resulte justificada. Pero no a todas las personas se les atribuye esa particular facultad de disposición sobre la propia salud o la integridad física, ya que del artículo 428 se desprende que los menores e incapaces no pueden prestar un consentimiento eficaz para legitimar la conducta de quienes materialmente llevan a cabo el acto lesivo, y no pudiendo tampoco ser suplido el consentimiento por el de sus representantes legales.

Así, pues, la legalidad actual en la materia puede sintetizarse del siguiente modo: el consentimiento prestado por las personas con plena capacidad tiene eficacia justificante en los límites del artículo 428, párrafo segundo, pero el consentimiento que provenga de los menores, incapaces o de sus representantes legales no otorga un derecho para realizar las conductas allí descritas.

La Consulta sometida a la consideración de esta Fiscalía se desenvuelve precisamente sobre el tema antes planteado, y, más concretamente en la esfera del consentimiento de los incapaces, y se construye sobre la afirmación de que en el artículo 428, párrafo segundo, se han reunido actividades (trasplante de órganos, esterilizaciones, cirugía transexual) y sujetos (menores e incapaces) claramente diferenciables y no susceptibles de homologación, porque la situación para los incapaces es al menos de cierta permanencia cuando no de irreversibilidad, en tanto que para los menores se caracteriza por su temporalidad, en cuanto podrán ejercitar la facultad de disposición al alcanzar la mayoría de edad. Sobre estos presupuestos generales el contenido de la Consulta se contrae a razonar si será posible practicar esterilizaciones justificadas legalmente a los incapaces, y, más en particular, si cabe hacer liga-

duras trompas a mujeres oligofrénicas. Se llega a conclusiones positivas tras rechazar la interpretación literal del artículo 428, párrafo segundo, al tiempo que se acepta otra interpretación que llama alternativa y que especifica así: existe una laguna legal en aquella norma, porque si, efectivamente, el legislador no ha autorizado estas operaciones para los incapaces, tampoco existe una prohibición absoluta, puesto que se limita a invalidar el consentimiento de los representantes legales, y lo que la norma realmente quiere es que se ejerza un control superior al que supone la simple autorización de los representantes legales del incapaz, control superior que inevitablemente debe llevar a la validez de las esterilizaciones siempre que medie autorización judicial; esta autorización se obtendrá a través de un expediente en el que el incapaz será reconocido médica y legalmente interviniendo el Ministerio Fiscal en su representación. En resumen, la Consulta concluye así: cabe la esterilización de incapaces realizada por facultativos una vez que la misma haya sido aprobada por el Juez de Primera Instancia, previo expediente judicial en el que, oído el Ministerio Fiscal, se entienda existe justificación suficiente para la misma.

## II

Una general disposición sobre el cuerpo en cuanto soporte o *substratum* de la persona, es imposible e ilícita en nuestro ordenamiento jurídico. Pero una cierta disponibilidad de la integridad física mediando un consentimiento personal, verdadero y válido, tiene eficacia justificante en el orden penal siempre que se desenvuelva en los límites que marca el artículo 428 del Código. Si junto al presupuesto objetivo ha de concurrir el elemento voluntad, aun partiendo de la abstracta licitud del objeto y de la causa de la disposición corporal, es indispensable una manifestación de voluntad emitida expresamente con tal finalidad. Es el tema del consentimiento, requisito que legitima la eficacia del acto de disposición. Aquí debe analizarse tan sólo en su proyección penal, y, en particular, cuando el consentimiento del titular excluye la presunta antijuricidad del acto (*volenti non fit injuria*). Mas en concreto, ¿qué características habrá de reunir el consentimiento legitimador del trasplante de órganos, la esterilización o la cirugía transexual?

*Ambito.* El ámbito del consentimiento, como acto de permitir o autorizar, no puede exceder de los supuestos enumerados en el artículo 428, si bien alcanzará a los actos accesorios o que constituyan una consecuencia natural de aquéllos.

*Forma.* ¿Cómo ha de exteriorizarse el consentimiento? No basta cualquier comportamiento porque en el campo de las declaraciones una cierta forma extrínseca es necesaria para su eficacia; pero si el consentimiento se refiere a órganos regenerables o que sólo limiten temporalmente la integridad física, los requisitos formales lógicamente deben ser menores. Como el artículo 428 exige un consentimiento expreso, es rechazable en todo caso la suficiencia de un consentimiento presunto. De igual modo será ineficaz un consentimiento implícito derivado de hechos concluyentes del que dispone, ni basta con que

su actitud revele que soporta y no prohíbe el acto de disposición. Tampoco serán hábiles comportamientos que justifiquen una conducta inequívoca de asentimiento, ni es presumible que, *causa cognita* con el silencio se quiso dar una conformidad.

El consentimiento formalmente válido es el expreso, y se produce cuando de manera clara, terminante y explícita se hace constar la voluntad de disposición. No obstante para los objetos corporales fungibles podrá ser eficaz el consentimiento expresado verbalmente; para los demás casos el consentimiento expreso deberá adoptar forma documental indubitable. Por lo demás, en cuanto el consentimiento forma parte de un negocio jurídico recepticio la voluntad del titular ha de ser comunicada a su destinatario.

*Capacidad y legitimación.* El consentimiento sólo debe aparecer como relevante para legitimar el acto de disposición cuando proceda de una persona con capacidad para consentir, cualidad que se adquiere con la mayoría de edad; por supuesto que a este dato cronológico ha de ir unida la plenitud de las facultades mentales, no ostentando tal condición quienes estén desprovistos de una inteligencia y voluntad perfectas. Es, pues, patente la inhabilidad para prestar consentimiento de quienes estén declarados judicialmente incapaces, de un modo absoluto.

La prestación del consentimiento es un acto personalísimo. Sólo tiene aptitud para la validez de la disposición el consentimiento que proceda inmediata y directamente del titular. Es ineficaz el prestado a través de representación legal o voluntaria, no siendo posible en ningún caso la sustitución del titular de la facultad de disposición para la emisión del consentimiento. Toda actividad de sustitución o de interposición se reputará inexistente. Tampoco la facultad de consentir puede delegarse en un tercero.

*Tiempo.* En pura técnica jurídica, sólo el consentimiento previo constituye una verdadera autorización, siendo su nota más característica la revocabilidad; asimismo es imaginable un consentimiento coetáneo a la intervención. Si el disponente manifiesta su voluntad asintiendo después de que la operación se haya concluido, el acto se configura como aprobación, hipótesis en la que en realidad ni se ha consentido ni se ha autorizado, sino que únicamente se confirma o aprueba el acto médico ya consumado. El consentimiento *a posteriori* debe ser considerado ineficaz, *inexistente a efectos justificantes*.

*Modalidades.* Es posible la revocabilidad del consentimiento emitido *ante tempus*; se puede desistir libremente del propósito inicial de autorizar el acto, ya que la facultad de disposición, en cuanto unilateral y personálísima, es revocable antes de su consumación, esto es hasta el momento de la intervención quirúrgica. En las intervenciones que se compongan de dos actos distintos (trasplantes, por ejemplo) no sería válida una presunta revocación posterior a la extracción y anterior a la implantación del órgano o tejido destinado a injerto o trasplante.

*Formación.* La disposición, independientemente de ser un acto voluntario, requiere un consentimiento libre, con conciencia del significado y del valor del acto que se realiza. Una correcta formación de la voluntad es esencial. Por

ello el disponente ha de estar informado con precisión y detalle no sólo de los riesgos que puede entrañar la intervención sino también de sus consecuencias y de las complicaciones que pudieran originarse. Sólo es consentimiento válido aquel que esté exento de vicios típicos invalidatorios. La contribución a que la voluntad de asentir se forme por cualquier motivo erróneamente, en cuanto vicio del consentimiento con virtualidad jurídica, será acto generador de responsabilidad. Igual cabe decir para los casos en que en la obtención del consentimiento haya mediado dolo, intimidación o violencia. El artículo 428 se refiere en dos momentos al requisito aquí contemplado, en una ocasión para expresar que sólo exime de responsabilidad penal el consentimiento *libre*, y en otra que no es justificante el consentimiento obtenido *vi-ciadamente*.

*Causa.* El consentimiento sólo debe tener por causa la gratuitad; luego si se ha manifestado para integrarse en un acto de disposición onerosa no será eficaz; así lo reconoce el artículo 428 al disponer que no es válido el obtenido mediante precio o recompensa.

### III

En su literalidad estricta, el hecho típico en la formulación descriptivo-valorativa del artículo 428, párrafo segundo, ofrece un contenido preciso y claro. En él, frente a los componentes positivos del consentimiento justificante que impiden el nacimiento del tipo de injusto, aparece delimitada la esfera del injusto penalmente relevante cuando el consentimiento se haya obtenido *vi-ciadamente* o cuando en un plano jurídico deba reputarse inexistente (consentimiento emitido por menores, incapaces o sus representantes). Se sigue así en la norma una sistematización formal de los presupuestos de eficacia del consentimiento según una línea de coherencia lógica y gramatical que distingue entre quienes tengan o no capacidad de disposición de bienes jurídicos: irrelevancia de la voluntad privada que emane de los menores o incapaces directamente o por representación, y mantenimiento de los poderes de disposición del titular de valores o intereses con plenitud de facultades.

La letra de la ley es obviada en la Consulta. Su línea argumental, en breve síntesis, es que aunque el artículo 428 niega eficacia al consentimiento de los incapaces o de sus representantes legales, las esterilizaciones de aquéllos son posibles jurídicamente si ha mediado autorización judicial. Esta conclusión supone una modificación total del texto, pues se contrapone claramente a su tenor literal, por lo que ni siquiera permite calificar a la que denomina interpretación alternativa del artículo 428, de interpretación evolutiva —aquella que valora las modificaciones que se producen en el mundo real—, sino más bien de interpretación dirigida a la nivelación o igualdad efectiva de conductas para garantizar un resultado, más que jurídico, sociológico. Presupuesto previo de esta interpretación es afirmar que existe una laguna jurídica. Las lagunas jurídicas, ciertamente, dan lugar a la investigación correctora de las normas insuficientes o defectuosas (por expresión incompleta o por inadecuación a las exigencias sociales) y suponen falta de ley a aplicar, silencio o vacío normativo

en un punto concreto, pero tal inexistencia debe obedecer a imprevisibilidad no voluntario del legislador o a situaciones surgidas con posterioridad *ex novo*. Sin embargo, el hecho de que no estén en la órbita de los hechos penales impeditivos del artículo 428 las intervenciones médicas que en el mismo se contemplan cuando se trate de menores o incapaces, no significa que estemos en presencia de una laguna legal, sino ante distintos criterios valorativos del consentimiento según sea la condición del titular del bien jurídico.

Contribuye más a la seguridad jurídica la interpretación que extraiga el verdadero sentido y alcance de la norma, guardando fidelidad a su texto expreso, que no sólo es punto de partida de la investigación, sino que normalmente basta además, para resolver los problemas planteados. Conforme al elemento literal deberá respetarse el significado de las palabras, la conexión entre ellas y las reglas gramaticales contenidas en la norma a analizar. De ahí que el artículo 3, 1, del Código Civil dé primacía en la labor interpretativa al sentido propio de las palabras que constituyan la norma jurídica.

De modo que valorando exclusivamente el artículo 428 debe concluirse que los absolutamente incapaces se hallan inhabilitados para prestar el consentimiento justificante. Esta afirmación debe permanecer ante los argumentos empleados en la Consulta: uno es que tal consentimiento puede ser suplido por la autorización judicial, y otro —este todavía no de *lege data*— que si el embarazo procedente del delito de violación consumado con una oligofrénica puede interrumpirse sin generar consecuencias penales mediando el consentimiento de la mujer, con mayor razón deberán estar en el área de los actos justificados las meras esterilizaciones de oligofrénicas.

— El Juez no puede autorizar un acto contra la ley, como sería el de la esterilización de una mujer oligofrénica. Es cierto que en algunos casos —normalmente de carácter patrimonial y a modo de complemento de capacidad— si media autorización judicial el acto que no pueden realizar por sí solos los titulares de la patria potestad (artículo 166 del Código Civil) o de la tutela (artículo 271-272 del Código Civil) es perfectamente válido. Pero si esa autorización debe estar prevista en la Ley como posible, es lo cierto que en el artículo 428 del Código Penal el consentimiento ineficaz de los incapaces no es sustituible por la autorización judicial supletoria. Por lo demás, también la estructura del acto jurídico en los supuestos referidos es distinta; en un caso (artículos 166 y 271-272 del Código Civil) se establece que el acto de disposición de los representantes legales del menor o incapaz sobre bienes de éstos podrá concluirse previa autorización judicial; en otro (artículo 428 del Código Penal) se niega que el representante legal del menor o incapaz pueda realizar ciertos actos de disposición sobre su integridad física, y esta falta de autorización legal no pueda suplirla el Juez, por cuanto la ley no delegó en él a esos efectos.

Resuelto por el Tribunal Constitucional el recurso de inconstitucionalidad contra el Proyecto de Ley Orgánica que introdujo en el Código Penal el artículo 417 bis, en el sentido de considerar ajustada a la Constitución la no punición del aborto voluntario de la mujer embarazada a causa de una violación, con el sólo requisito de haberse denunciado aquella previamente, y aunque todavía no haya entrado en vigor aquella Ley, pendiente de acomoda-

ción a los requisitos garantizadores exigidos por el Tribunal Constitucional para los restantes supuestos en ella contemplados, no es ocioso hacer mención a la supuesta diferencia de eficacia del consentimiento de la mujer en el artículo 417 bis y el 428.

En principio y de la decisión del Tribunal Constitucional resulta que seguirá siendo siempre esencial el consentimiento de la mujer, que es a quien literalmente se refieren los actuales preceptos del Proyecto y es obvio que ese consentimiento debe reunir las condiciones generales exigidas para su validez, con lo que la cuestión de si una incapaz puede consentir en su aborto queda en pie. Sin embargo, cabría que la Ley reformada hiciera referencia a la relevancia de la voluntad privada emanada de mujeres incapaces o de sus representantes legales, admitiendo que el consentimiento de éstos abarca los poderes de disposición necesarios para hacer decaer la antijuridicidad del aborto practicado en mujer incapacitada víctima de una violación con lo que efectivamente, como se argumenta en la Consulta, el tratamiento jurídico-penal del aborto y de la esterilización en las oligofrénicas profundas sería distinto; pero aún así, ello vendría justificado por la diferencia existente entre las respectivas normas reguladoras (artículos 417 bis y 427) y los presupuestos de hecho condicionantes. Las estrictas normas que declaran la invalidez del consentimiento para la esterilización de incapaces manifestado por éstos o por sus representantes legales presentan una estructura distinta a las que, eventualmente, han de regular el aborto justificado; además, en este caso el acto inicial determinante, o no ha sido querido en absoluto (artículo 429 1.º del Código Penal) o procede de una voluntad incapaz de consentir (artículo 429, 2.º, del Código Penal), por lo que siempre estaremos ante una víctima, sujeto pasivo u ofendido por el delito. Por ello cabría admitir la eficacia del consentimiento del representante para lograr la impunidad del aborto al que ha precedido un embarazo derivado de violación. En el supuesto del artículo 428 quien consiente lo hace necesariamente *ex ante* y está en situación objetiva de autor al disponer de la propia salud, y la ley entiende que el consentimiento es acto personalísimo y no sustituible por la voluntad de un tercero, sea el representante legal sea el Juez.

#### IV

Sin embargo, el artículo 428 no se agota en la interpretación que pueda extraerse del elemento gramatical, sino que deberá ponerse en relación con las normas que, en el campo del Derecho Privado, regulan la incapacidad por enfermedad o deficiencia mental. De esta manera podremos asignar un contenido más exacto a la expresión *incapaces* que emplea el artículo 428, matizando si todos los declarados incapaces o sólo algunos de ellos están impedidos de prestar consentimiento válido para los actos dispositivos que forman su objeto. De entre las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter psíquico hábiles para declarar incapaz a quien las padece que prevé el Código Civil en su artículo 200, aquí interesan por integrarse en el núcleo de la Consulta, las que tienen su causa en la propia personalidad anormal del sujeto, y, más en particular, las oligofré-

nias, deficiencia mental que como es notorio es variable presentando diversos grados (idiocia, imbecilidad, debilidad mental), y en las que más importante quizás que el puro diagnóstico psiquiátrico es la intensidad del trastorno y sus repercusiones en la conducta, pues estos datos van a influir en la extensión y límites de la declaración judicial de incapacidad.

Aun cuando el artículo 428 menciona a los incapaces sin más precisiones, directamente contempla sólo a las personas que ya han sido objeto de una declaración judicial (incapacitados); ello es así porque antes de iniciarse el proceso de incapacitación de un mayor de edad no existe representación legal estricta, y en el artículo 428 se menciona —aunque sea para excluir la eficacia de su consentimiento— a los representantes legales. Mas esto no significa que los incapaces de hecho frente al artículo 428 se hallen en situación privilegiada respecto a los incapaces declarados tengan o no aquéllos guardador de hecho, de un lado, porque el consentimiento justificante sólo es el libre, cualidad que no puede predicarse del consentimiento viciado, propio éste de quienes se hallan afectos de deficiencias mentales y de otro, porque si el consentimiento del representante legal no se proyecta eficazmente sobre el artículo 428, tampoco lo será el de la persona que haya asumido por sí (guardador de hecho) los quehaceres propios de un tutor encargándose del cuidado de la persona declarado presuntamente incapaz.

Que tras la última reforma del Código Civil (Ley de 24 de octubre de 1983) la condición de incapacitado o incapaz declarado no es por sí sola obstativa a la eficacia del consentimiento, pues junto a la declaración de incapacidad de carácter absoluto se halla la incapacidad gradual con extensión variable, por lo que es posible que sólo algunos de los actos realizados por el incapaz estén en el radio propio de la incapacidad. A ella se refiere el artículo 210 al expresar que la sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, previniendo también el artículo 212 que, tras la incapacitación, si sobrevienen nuevas circunstancias puede instarse judicialmente una nueva declaración que tenga por objeto modificar el alcance de la incapacitación ya establecida; situaciones que no resultarán excepcionales en la época actual para algunas enfermedades mentales dada la introducción con éxito en la clínica psiquiátrica para combatirlas de métodos biológicos de choque y sobre todo de psicofármacos.

La declaración de efectos limitados estará en función de las enfermedades que determina la incapacitación y dentro de ellas es obvio que no todas tienen la misma intensidad. Centrándonos otra vez en el caso concreto de la Consulta, es de notar que en ella no se especifican algunas circunstancias que pueden ser decisivas. Lo fundamental es que desconocemos si ha mediado ya declaración judicial de incapacitación y en caso positivo cuáles han sido los términos de ésta. Tan sólo consta que se trata de una mujer —presumiblemente mayor de edad— afectada de oligofrenia. Mas la oligofrenia es un concepto genérico susceptible de muy diversos grados y no todos inciden de igual manera en la expresión de un consentimiento que puede ser libre o viciado.

En conclusión, puede afirmarse:

Que si bien la ineficacia del consentimiento justificante, emitido directamente o por representante legal, sólo está prevista de modo explícito en el artículo 428 para los declarados judicialmente incapaces, también alcanzará al que puedan expresar los incapaces presuntos por sí —ya que indudablemente estará afectado por vicios invalidatorios— o a través de su guardador de hecho, debiendo en estos casos el Ministerio Fiscal promover la incapacitación y en cualquier caso asumir su representación y defensa en tanto no recaiga resolución judicial que ponga fin al procedimiento (artículo 299 bis) momento a partir del cual la tutela quedará constituida (artículo 228).

Que la oligofrenia puede ser claramente causa de declaración de incapacidad al haberse derogado el apartado segundo del artículo 32 del Código Civil y ser sustituidas las expresiones del anterior artículo 200 (locos o dementes) por otras flexibles (enfermedades o deficiencias persistentes de carácter psíquico), debiendo la resolución judicial establecer, según el grado de inteligencia del enfermo, la debida congruencia entre la amplitud de la oligofrenia y la limitación de la capacidad de obrar, de modo que ante una oligofrenia leve el radio de la incapacidad será limitado. En definitiva, la sentencia será título constitutivo de la extensión de la incapacidad y a ella habrá de estarse para precisar si la enfermedad o deficiencia psíquica está o no en la prohibición del artículo 428 del Código Penal.

## **ASISTENCIA LETRADA AL DETENIDO NO INCOMUNICADO: EL NACIMIENTO DEL DERECHO A LA ENTREVISTA RESERVADA**

—Consulta número 4/1985, de 20 de mayo—

### **I**

Dos actitudes esencialmente contrapuestas han surgido entre quienes integran la plantilla de esa Fiscalía, ante la interpretación del artículo 520, 6, c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, redactado según Ley orgánica 14/1983, de 12 de diciembre, por lo que se eleva Consulta con el propósito de lograr un criterio uniforme de actuación dada la trascendencia de la problemática planteada. El precepto en cuestión dice que «la asistencia del Abogado consistirá en entrevistarse reservadamente con el detenido al término de la práctica de la diligencia en que hubiere intervenido». Y el hecho, causa de la Consulta, está redactado así: «Si en el caso de que un detenido se niegue a declarar ante la Policía Judicial y se extienda diligencia de ello con intervención de Abogado, puede entenderse que ha existido una práctica de diligencia a que se refiere el párrafo c) del apartado 6 del artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y, en consecuencia, si está facultado el Abogado para entrevistarse reservadamente con el detenido al término de dicha diligencia».

En línea de síntesis, y en torno al término legal de *diligencia practicada*, legitimador del derecho a la entrevista reservada del Abogado con el detenido, se han empleado argumentos de distinta naturaleza en defensa de las tesis respectivas.

A) Algunos de los componentes de esa Fiscalía piensan que la Ley autoriza al Abogado para entrevistarse reservadamente con el detenido sólo cuando éste haya prestado declaración ante la Policía Judicial. A esta conclusión conducen las consideraciones siguientes:

a) Una interpretación lógica y gramatical del artículo 520, 6, apartados b) y c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

b) La asistencia letrada está encaminada a la tutela de los derechos del detenido, pero en ningún caso puede amparar la obstrucción de la Justicia en cuanto ésta es un bien jurídico superior, por lo que la facultad de entrevistarse del artículo 520, 6, c) debe dilatarse hasta que el detenido quiera declarar o al menos hasta que comparezca ante el Juez y se intente obtener su declaración, pues, si persiste en su actitud negativa, el Juez puede acordar su incomunicación para evitar actitudes entorpecedoras de la investigación; y si el Juez acuerda la incomunicación habiéndose permitido antes la entrevista reservada se habría infringido el artículo 527 apartado c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

c) La entrevista del Abogado con el detenido que se niega a declarar ante la Policía Judicial puede constituir un fraude de ley, pues, en ocasiones, a través de aquélla los presuntos delincuentes consultarían previamente con el Abogado sobre lo que conviene declarar y también utilizarían tal vía para transmitir avisos o medios obstaculizadores de la investigación.

Como consecuencia, se pretende que la actitud del Ministerio Fiscal debería ser ésta: en el supuesto de que el detenido se niegue a declarar ante la Policía Judicial debe oponerse a que el Abogado se entreviste reservadamente con el detenido, pero puesto éste a disposición judicial y una vez que por el Juez se le reciba declaración —aunque se negare a prestarla— el Abogado puede entrevistarse salvo que se acordase la incomunicación.

B) Otros creen que aun en el caso de que el detenido se niegue a declarar ante la Policía Judicial, es aplicable el artículo 520, 6, c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que reconoce el derecho del Abogado a entrevistarse con el detenido. He aquí las razones de esta otra dirección:

a) La negativa a declarar por parte del detenido debe considerarse como diligencia practicada, y ello tanto si se produce ante la Policía Judicial como ante el Juez, pues es suficiente con que se invite o exhorte a declarar extendiéndose el acta correspondiente después en la que se haga constar tal negativa a declarar.

b) En todos los casos en que el detenido se niegue a declarar debe considerarse que el Letrado no ha intervenido en la declaración, pero sí en la diligencia de declaración, siendo bastante esa presencia física para que sur-

el derecho reconocido en el artículo 520, 6, c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

c) El fin de la negativa a declarar de quien luego puede entrevistarse con un Letrado no es necesariamente un fraude, porque, después, si se acuerda la prisión del detenido también está en condiciones de recibir visitas y celebrar entrevistas, aunque no reservadas, con su Abogado, y si llega a ser inculpado o procesado, la entrevista tendrá igualmente lugar antes de declarar ante el Tribunal juzgador.

## II

Todas las personas tienen derecho a la asistencia de Letrado (artículo 24,2 de la Constitución), y hallándose detenidas se les garantiza, además, esa asistencia en las *diligencias policiales y judiciales* que se practiquen (artículo 17,3 de la Constitución), entre las que, en forma expresa, se encuentran las *diligencias de declaración* (artículo 520, 2, c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, según Ley Orgánica 14/1983, de 12 de diciembre); pero el detenido asistido, en cualquier momento —también por tanto, cuando esté presente su Letrado— puede ejercitar su derecho a no declarar (artículos 24,2 de la Constitución y 520,2, a) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal); esta situación de hecho negativa es capaz, sin embargo, de originar una *diligencia de declaración*, porque en este término debe incluirse tanto la declaración o manifestación de voluntad del detenido, como el acta redactada tras su comparecencia en la que se haya hecho constar la negativa a declarar. En consecuencia, a los efectos prevenidos en el artículo 520, 6, c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el acta en que se recoja la manifestación del detenido de no querer declarar debe considerarse como *diligencia practicada*, por lo que inmediatamente después de ella puede entrevistarse reservadamente con el Letrado designado o nombrado de oficio.

## III

La anterior conclusión que, en definitiva, es resolutoria de la Consulta, en cuanto afirma que el derecho a la entrevista reservada permanece sin límites, aunque no haya mediado una efectiva declaración del detenido, cuenta con precedentes.

— De un lado, la Ley Preconstitucional 53/1978, de 4 de diciembre, que modificó, entre otros, el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, disponía en el párrafo cuarto de éste que «Si el detenido o preso se niega a declarar aun en presencia de su Abogado, se consignará tal decisión en las actuaciones. Tanto si hubiere prestado declaración como si se hubiere negado a declarar, podrá entrevistarse después personalmente con el Abogado siempre que lo deseé».

— De otra parte, está la Consulta de esta Fiscalía General del Estado de 17 de enero de 1983 sobre «Derecho de asistencia Letrada al detenido: su vigencia y contenido durante la incomunicación». Entre otras cosas se afirma en ella lo siguiente:

«El derecho de asistencia letrada tiene un doble contenido excedente de la simple presencia del Abogado y que se desarrolla en dos fases distintas y sucesivas:

a) Asistencia al interrogatorio del detenido, recabando la lectura del artículo 520 que contiene la declaración de sus derechos, e intervención, en su caso, en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto. Aunque la ley no lo diga expresamente es obvio que el Letrado asistente puede también velar y exigir que no sean violados los derechos y libertades de su asistido, salvo aquellos que estén afectados por la detención.

b) *Con posterioridad a ser prestada la declaración a que haya asistido o a la constancia de que el detenido o preso hace uso de su derecho de negarse a declarar, la asistencia letrada puede resolverse en una entrevista personal entre Letrado y asistido en la que el primero podrá asesorar o informar al segundo lo que estime oportuno para su defensa».*

— Y es, además, la única interpretación que se acomoda al espíritu y a la letra de la Ley Orgánica 14/1983, de 12 de diciembre. En efecto, que el detenido, no incomunicado —supuesto concreto a que se refiere el núcleo central de la Consulta— debe ser titular del derecho a entrevistarse con el Letrado antes de que haya prestado una efectiva declaración en las diligencias tramitadas, se extrae de las siguientes razones:

El artículo 17,3 de la Constitución garantiza la asistencia de Abogado al detenido «en los términos que la ley establezca», y la ley —la orgánica 14/1983, de 12 de diciembre— establece, refiriéndose al detenido o preso no incomunicado, que forma parte del contenido de ese derecho de asistencia la entrevista con Letrado al término de la diligencia practicada con su intervención (artículo 520, 6, c), de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Es notorio que para el detenido o preso incomunicado, el derecho de asistencia tiene un radio menor, pues se elimina de él la entrevista con su Abogado al término de la diligencia practicada (artículo 527, c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Pues bien, si el derecho a la asistencia en general con el contenido que se especifica en el artículo 520, 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal nace desde la detención, el derecho específico a la entrevista reservada se origina en un momento posterior: al término de la práctica de la diligencia en que hubiere intervenido el Letrado (artículo 520, 6, c) de la Ley de enjuiciamiento Criminal). Pero, ¿qué tipo de diligencias practicadas dan lugar al acto constitutivo del derecho de entrevista reservada? El artículo 173 garantiza la asistencia de Abogado al detenido en las *diligencias policiales y judiciales*; conforme al artículo 520, 2, c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el detenido tiene derecho a solicitar la presencia de Abogado para que asista a las *diligencias policiales y judiciales de declaración e intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto*. Si en todas ellas puede intervenir,

el artículo 520, 6, c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal con el giro «práctica de la diligencia en que hubiere intervenido» el Abogado, no puede referirse sólo a diligencias de declaración del detenido, sino a cualesquiera otras que puedan afectarle.

Si nos situamos ahora, como hace la Consulta, en las llamadas *diligencias de declaración* del detenido, debe sostenerse que aunque ésta no tuviere lugar en virtud del ejercicio del derecho de no declarar la diligencia se ha practicado y la entrevista reservada entre Letrado-detenido puede celebrarse. Si diligencias de declaración son las comprendidas en el artículo 520, 2, a) y b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y entre ellas se halla el derecho a no declarar, es diligencia formal de declaración la manifestación de voluntad cuyo contenido sea no querer declarar. Esta proposición se conforma con lo dispuesto en el artículo 520, 6 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, regulador del contenido del derecho de asistencia. Efectivamente, conforme al tenor del artículo 520, 6 b), el Abogado una vez que haya terminado la diligencia en que haya intervenido, puede solicitar de quien la haya practicado (autoridad judicial, funcionario) la declaración del detenido o la ampliación de los extremos que considere convenientes; luego si se le faculta para solicitar la declaración del detenido una vez practicada la diligencia, dicha eventualidad significa que, en tal caso, la diligencia se ha practicado sin declaración, pero como existe también la posibilidad de pedir que se amplíe la declaración, en este supuesto sí habrá precedido declaración. Es claro, pues, que son diligencias de declaración practicadas, tanto las positivas como las negativas, y que en la expresión del artículo 520, 6, c) «diligencia en que hubiere intervenido», a cuyo término puede comenzar la entrevista reservada, se comprenden las hipótesis de diligencias de declaración efectiva y de no declaración.

No se dan los presupuestos del fraude de ley en el acto de autorizar la celebración de la entrevista Letrado-detenido no incomunicado, pues aparte de que no se trata de eludir la aplicación de normas jurídicas imperativas, dado que ese derecho existen completo en un momento anterior —el de la práctica de las diligencias policiales— a aquel en que puede decidirse la incomunicación, si se negara la posibilidad de la entrevista reservada ante una eventual incomunicación posterior realmente no existiría el derecho de asistencia desde el instante en que la ley quiere. No es, pues, exacta esta proposición contraria: como todo detenido puede ser posteriormente incomunicado, los detenidos no tienen derecho a la entrevista reservada antes de ser puestos a disposición de la autoridad judicial.

Por otra parte, el derecho a la entrevista que asiste al detenido antes de que se decida sobre su incomunicación, ni es un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico ni tampoco un acto contrario a él. En todo caso lo prohibido sería la entrevista durante la incomunicación, pero no la entrevista a la que subsiga la incomunicación. Y podría ser acto contrario a ley negar el derecho a la entrevista durante la detención policial. Mas que cobertura para la frustración de la incomunicación la entrevista reservada es una garantía específica del derecho de asistencia.

En definitiva, dar otro sentido a la norma significaría contribuir a una

exégesis más restrictiva y perjudicial para el detenido que la prevista en una Ley preconstitucional y situarse jurídicamente en contra del fin (*ratio normae*) de la Ley Orgánica 14/1983, de 12 de diciembre y de la interpretación amplia que de modo continuado viene haciendo el Tribunal Constitucional de los derechos esenciales de la persona.

Resaltemos, en fin, y muy positivamente, la preocupación que expone el Fiscal que formula la Consulta y que comparte esta Fiscalía, de que, con la extensión dada al derecho de asistencia, en algunos casos puede resultar perjudicado el éxito de la investigación, mas ese riesgo hay que asumirlo por ser una consecuencia de la naturaleza y protección garantizada a todos los derechos reconocidos a la persona, que ante el presunto conflicto con los derechos de la Sociedad se superponen a ellos.



## SECCION DE JURISPRUDENCIA

# Comentarios a la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo

Sección dirigida por

SANTIAGO MIR PUIG

Catedrático de Derecho penal en la Universidad de Barcelona

## EL IMPAGO A LA SEGURIDAD SOCIAL DE LAS CUOTAS RETENIDAS A LOS TRABAJADORES COMO DELITO DE APROPIACION INDEBIDA

(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo  
de 3 de enero de 1984)

M.ª TERESA CASTIÑEIRA

Profesora Titular de la Universidad Autónoma de Barcelona

**SUMARIO:** 1. Posición del Tribunal Supremo. 1.1. Absolución por el delito de apropiación indebida. 1.1.1. El impago a la S. S. de las cuotas retenidas a los trabajadores no constituye un delito de apropiación indebida. 1.1.2. Ausencia en el caso concreto de algunos de los requisitos del delito. 1.2. El fundamento de la calificación de apropiación indebida. 1.2.1. Título de posesión. 1.2.2. La recepción del dinero. 1.2.3. Abuso de confianza. 1.3. Propuestas de corrección del T. S.—2. Posición doctrinal. 2.1. Malversación. 2.2. Estafa. 2.3. Apropiación indebida. 2.3.1. Título de posesión del comprador. 2.3.2. El perjuicio. 2.3.3. El ánimo de lucro y la carencia de medios económicos. 2.4. Delito del art. 499 bis.—3. Comentario. 3.1. Consideraciones previas. 3.2. La calificación de apropiación indebida. 3.3. Los supuestos de dificultades económicas o insolvencia de la empresa. 3.4. Las demás calificaciones: malversación, estafa y 499 bis.

S.T.S. de 3 de enero de 1984

El procesado don José, actuando como director gerente de la entidad X, S. A., sita en el polígono industrial La Estrella de esta ciudad de Málaga, dedujo del salario abonado a los trabajadores al servicio de la empresa, cuyo número oscilaba, según los meses, entre un mínimo de 12 y un máximo de 22, las cuotas correspondientes a la S.S., lo que se hacía constar en las respectivas hojas de salarios y no obstante ello de las cantidades retenidas no fueron

ingresadas en la S.S. en los meses de noviembre y diciembre 1977, por importe de 70.225 ptas.; en mayo de 1978 por importe de 40.382 ptas.; de gastos a diciembre 1978 por importe de 211.665 pesetas; el año entero de 1979, por importe de 554.942 y enero 1980 por importe de 217.062 pesetas, así como de junio a agosto de 1980, cuya cuantía se estima en 135.548 pesetas; de cuyas cantidades dispuso el procesado con la finalidad de contar con medios económicos que facilitaren la gestión de su empresa y con ello su propio beneficio.

Estos hechos fueron considerados por el T. S. como constitutivos de un delito de apropiación indebida:

1.º) «La obligación de retener las cuotas obreras de la S. S., impuesta legalmente al patrono o empresario al hacer pago de los salarios, supone un *mandato o encargo de cobro* que lleva embobido el deber sustancial de ingresar las cantidades deducidas en la Tesorería de dicha entidad.»

2.º) El mandato o encargo de cobro es un título de posesión subsumible en el artículo 535 del C. p.

3.º) Hay un acto de apropiación, pues el empresario dispone de las sumas no ingresadas.

4.º) Existe ánimo de lucro porque «es obvia la ventaja que supuso para la empresa la disposición de sumas para su financiación».

5.º) El perjuicio se produce *siempre* porque «la tesorería de la S.S. no recibe puntualmente unos recursos que son contraprestación de servicios asistenciales prestados».

## CUESTIONES:

Esta sentencia plantea tres problemas fundamentales:

1. La recepción del dinero.
2. El título de posesión del empresario.
3. Como cuestión más general sí debe utilizarse el Derecho penal para estos casos.

## 1. POSICION DEL TRIBUNAL SUPREMO

En los últimos años el T. S. ha calificado normalmente hechos del género de los probados en la sentencia que se comenta como constitutivos de un delito de apropiación indebida.

En general los requisitos que el T. S. exige para este delito son los siguientes:

- I. Que el objeto sea dinero, efectos u otra cosa mueble.
- II. Que se haya recibido en virtud de uno de los títulos enumerados en el artículo 535 o bien «comodato, arrendamiento de obras o de servicios, o cualesquiera otro que transmita la posesión de aquéllos, mas sin atribuir el dominio o la propiedad sobre las cosas».

III. Que el sujeto trate antijurídicamente de hacerse con la propiedad de la cosa.

IV. Un perjuicio patrimonial.

V. Animo de lucro (1).

Al mismo tiempo se destacan como elementos esenciales del delito de apropiación indebida el *lucro ilícito* y el *abuso de confianza*.

El T. S. acostumbra a calificar como apropiación indebida el impago a la S.S. de las cuotas retenidas a los obreros, pero en alguna ocasión no lo ha hecho así, ni parece ser, según manifiesta alguna vez el propio Tribunal, la solución ideal para estos casos. Todo ello sugiere un análisis mínimamente detallado de la cuestión. De ahí que a continuación se examinen en primer lugar los casos y las razones por las que se estima que no hay apropiación indebida; a continuación el fundamento de la calificación de apropiación indebida y, por último, los matices que propone el propio T. S.

#### 1.1. *Absolución por el delito de apropiación indebida.*

El T. S. ha rechazado la calificación de apropiación indebida por razones distintas:

##### 1.1.1. *El impago a la seguridad social de las cuotas retenidas a los trabajadores no constituye un delito de apropiación indebida.*

Esta es la tesis mantenida por la sentencia 26 marzo 1955 (A. 607). Esta resolución, tras llamar la atención sobre la necesidad de no confundir el incumplimiento de obligaciones contractuales, incluso en los supuestos en que ello genere un perjuicio, con delitos de apropiación indebida, rechaza la existencia de este delito por las siguientes razones:

— La naturaleza de la obligación.

— «El tránsito inicial que debieron hacer las cosas del patrimonio de aquel a quien se reputa perjudicado al del que se supone agente del delito.»

— El abuso de confianza, que existe sólo cuando la cosa se entrega al sujeto precisamente por razón de esta confianza.

En este caso el Tribunal considera que se trata de una obligación económico-social y por tanto administrativa, que no existe título que genere la obligación de devolver el dinero, y destaca además que éste en ningún momento ha formado parte de otro patrimonio.

(1) S. 13 diciembre 1976 (R. J. Cr. 1473).

(2) 26 marzo 1955 (A. 607).

### **1.1.2. Ausencia en el caso concreto de alguno de los requisitos del delito.**

En un segundo supuesto —S. 24 junio 1980 (J. Cr. 809)— el T. S. entiende también que no hay apropiación indebida ante unos hechos que pueden plantearse con frecuencia: El procesado atravesaba por una difícil situación económica y dejó impagadas las cuotas de la S. S.; tenía incluso dificultades para pagar los salarios de los trabajadores.

La resolución tras dejar sentado, según los criterios que se exponen en el apartado siguiente, que el impago a la S. S. de las cuotas retenidas a los trabajadores constituye un delito de apropiación indebida, dicta una sentencia absolutoria por las siguientes razones:

— «*La situación angustiosa y caótica de la empresa*». En los hechos probados se destaca la difícil situación que atravesaba la empresa. A causa de los gastos de personal, el aumento del precio del combustible y otras causas diversas la empresa había sufrido importantes pérdidas.

— «*La ausencia de deducciones o descuentos*». La difícil situación económica por la que atravesaba la empresa llegó incluso a dificultar el pago de los salarios. El Tribunal toma en consideración «el esfuerzo denodado con el que se logró pagar lo adeudado a los trabajadores». En esta situación no es razonable pensar que pudieran deducirse del salario las cuotas de la S. S.; por tanto ya no hay objeto del delito puesto que no existía dinero del que el empresario pudiera apropiarse, y de ahí parte la tercera razón de la absolución:

— «*el procesado no ha dispuesto de tales sumas*» porque nadie puede apropiarse de lo que no tiene existencia real.

### **1.2. El fundamento de la calificación de apropiación indebida.**

Como ya se ha señalado, la calificación más frecuente es la de apropiación indebida. A continuación se examinarán las razones de esta calificación.

El punto decisivo es el título de posesión del empresario. Si se entiende que éste posee el dinero retenido a los trabajadores en virtud de un título subsumible en el artículo 535 del C. p. la calificación del hecho como apropiación indebida no parece plantear excesivas dificultades. Pero incluso así cabe señalar otros dos puntos: 1) La no recepción del dinero, y 2) la falta de confianza cuyo abuso es, según el propio Tribunal, esencial a la apropiación indebida.

### 1.2.1. *Título de posesión.*

De la LGSS y de la OMTr. de 20 noviembre de 1966 se deduce la existencia de un título de posesión apto para dar lugar a un delito de apropiación indebida.

En algunos casos no se explica con claridad este título. Es más, del artículo 68-3.º de la LGSS («El empresario que habiendo efectuado tal descuento no ingrese dentro de plazo la parte de cuota correspondiente a sus trabajadores, incurrirá en responsabilidad ante ellos y ante las Entidades Gestoras afectadas, sin perjuicio de las responsabilidades penal y administrativa que procedan») se deduce la existencia de una obligación cuya infracción da lugar a un delito de apropiación indebida (3).

Otras veces se ha considerado que a partir del momento en que el empresario descuenta las cuotas de la seguridad social se convierte por imperativo legal en depositario de las mismas perdiendo la cualidad de dueño (4).

Excepcionalmente el T. S. es más explícito. Por ejemplo en la S. 23 junio 1980 (J. Cr. 808) partió de la ss. de 21 de abril de 1966 y de la OMTr. de 25 de noviembre del mismo año, pero, en lugar de derivar directamente de ellas la existencia del título —y delito— explicó así las razones que le llevaron a esta conclusión: «cuando un patrono o empresario hace efectivos los sueldos o salarios de sus obreros o empleados, y, de ellos, y en cumplimiento de lo dispuesto en la legislación laboral..., retiene, deduce o descuenta las cantidades correspondientes a las cuotas de los seguros sociales que ulteriormente ha de ingresar en el Instituto Nacional de Previsión, se opere, respecto a dichas sumas, un fenómeno de intervención del título de poseer, en cuya virtud, la posesión emanada del dominio que el empresario tenía primitivamente sobre las referidas cantidades, se trueca en posesión derivada del mandato... o del depósito, títulos que, atribuyendo al mandatario o depositario la simple tenencia pero no la propiedad sobre el dinero cuestionado conllevan y determinan que se haya de entregar necesariamente y sin demora a la entidad mencionada».

En la misma línea la S. 25 marzo 1981 (A. 1.220) consideró que el título de posesión del empresario es el generado por la «*constitutum possessorium*» en virtud del cual el empresario ya no posee a título de dueño, sino en virtud de un título oscilante entre el mandato y el depósito (5).

### 1.2.2. *La recepción del dinero.*

El artículo 535 del C. p. castiga como reo de apropiación indebida a quien se apropie o distraiga dinero, efectos o cualquier

(3) Véase la S. 17 febrero 1977 (R. J. Cr. 222).

(4) S. 7 mayo 1977 (R. J. Cr. 657).

(5) En la misma línea, aunque rechazando la figura de la «*Constitutum possessorium*», la S. 28 septiembre 1982 (La Ley T. 19824 págs. 617 y ss.).

otra cosa mueble que *hubiere recibido* en depósito, comisión o administración o por cualquier otro título que produzca la obligación de entregártelos o devolverlos.

En los recursos ante el T. S. por las condenas por apropiación indebida se alega frecuentemente que este delito no puede existir porque el empresario *no ha recibido* el dinero. Por consiguiente faltaría un requisito del tipo del artículo 535.

Mas por el contrario, el T. S. entiende que esta recepción se produce efectivamente desde el momento en que, por ministerio de la ley, se descuentan las cuotas de la S. S. de los salarios de los trabajadores (6).

### 1.2.3. *Abuso de confianza.*

El T. S. suele considerar esencial para el delito de apropiación indebida la existencia de un abuso de confianza.

La relación de confianza sería pues imprescindible para que fuera posible la comisión de este delito. En el marco de la retención de las cuotas obreras de la S. S. es al menos dudoso que exista una relación de este estilo, tanto entre obreros y empresarios como entre empresarios y S. S. (7). Pero el T. S. no parece ser de esta opinión, pues aunque normalmente no dedica demasiada atención a este punto, sigue considerando el abuso de confianza como elemento esencial de la apropiación indebida (8) y entiende que existe en todos los casos: como las cuotas de la S. S. se deducen del salario de los trabajadores y no se ingresan en la Entidad Gestora correspondiente, este organismo deja de percibir las cuotas. Por ello «es claro que hay lucro ilícito y abuso de confianza que son las dos notas esenciales del delito de apropiación indebida (9).

## 1.3. *Propuestas de corrección del T. S.*

El castigo por apropiación indebida no parece satisfactorio y así lo reconoce el T. S. en alguna ocasión. En efecto, la mayor parte de las sentencias califican los hechos de apropiación indebida, pero en alguna ocasión el Tribunal «estima procedente hacer uso de la facultad otorgada en el párrafo segundo del artículo segundo del C. p., acudiendo al Gobierno de la nación en respetuosa propuesta, de que por vía de indulto parcial y personal sean atenuadas preponderantemente las penas impuestas a los dos procesados condenados en esta causa».

(6) Vid. S. 7 mayo 1977 (R. J. Cr. 657). También en la S. 28 septiembre de 1982 (La Ley T. 1982-4, pág. 617) se alega que el empresario no ha recibido el dinero, pero el T. S. no se ocupa de este punto.

(7) La inexistencia de una relación de confianza se pone de manifiesto en la S. 26 marzo 1955 (A. 607).

(8) Cfr. S. 17 febrero 1977 (J. Cr. 222).

(9) S. 7 mayo 1977 (J. Cr. 657).

Las razones que apoyan esta petición de indulto son la relativa cuantía de la cantidad en principio apropiada, el hecho de que después se devolviera y en definitiva el escaso perjuicio que se ocasionó (10).

## 2. POSICION DOCTRINAL

La doctrina penal no se ha ocupado demasiado de la cuestión objeto de este trabajo. En general se entiende, sin demasiada convicción, que se trata de un delito de apropiación indebida, pero ocasionalmente se han planteado otras posibilidades. Aquí se examinarán brevemente las distintas propuestas:

- 1) Malversación.
- 2) Estafa.
- 3) Apropiación indebida.
- 4) Delito del artículo 499 bis, exclusivamente o en concurso con la apropiación indebida.

### 2.1. *Malversación.*

La calificación de malversación requiere considerar que las cuotas descontadas a los obreros son caudales públicos o que en definitiva son subsumibles en alguno de los supuestos del artículo 399.

Ello no es correcto: Si ya resulta discutible considerar que el empresario posee el dinero de las cuotas en virtud de un título subsumible en el artículo 535, aún parece más difícil sostener que el dinero de las cuotas obreras de la S. S. supuestamente descontado del salario en el momento en que éste se ha hecho efectivo se convierten entonces precisamente en caudal público (11) aunque sea por asimilación.

### 2.2. *Estafa.*

Una segunda posibilidad para el castigo del empresario la ofrecían los tipos de estafa. La gran variedad de modalidades y las cláusulas abiertas existentes antes de la reforma de 1983 posibilitaban sin duda la utilización de los tipos de estafa.

Sin embargo, y a pesar de la amplitud de los tipos, no se utilizó la estafa para el castigo de estos hechos.

L. Morillas (12) ha planteado la alternativa estafa —apropiación

(10) S. 17 febrero 1977 (R. J. Cr. 222).

(11) Vid. L. MORILLAS CUEVA, *El problema de la calificación jurídico-penal del incumplimiento empresarial en materia de altas y cotización de la cuota obrera en la Seguridad Social*, en Anuario de Estudios Sociales y Jurídicos, Escuela Social de Granada, vol. VIII-IX, 1979-80, págs. 168-169.

(12) *El problema...*, cit., págs. 169-170.

indebida y se inclina por la segunda calificación, porque la entrega de la cosa—dinero en el supuesto en estudio es perfectamente regular y porque aquí no hay un engaño previo, que es característica esencial de los delitos de estafa. El engaño, si existe, cumple una función distinta de la de motivar un error que determina la entrega de la cosa, por consiguiente no es posible hablar de un delito de estafa.

En otros casos se entiende que la estafa es una vía de incriminación más insegura a causa de «la exigencia de variados elementos para la tipicidad de la estafa (13).

### 2.3. *Apropiación indebida* (14).

En el planteamiento doctrinal, al igual que en el jurisprudencial, el punto básico para la calificación de apropiación indebida es el título de posesión del empresario. Además se plantean también otras cuestiones: el perjuicio, la existencia de ánimo de lucro y una última cuestión que también ha sido planteada por la jurisprudencia: el supuesto de carencia de medios del empresario.

#### 2.3.1. *Título de posesión del comprador.*

En este punto la doctrina se limita normalmente a considerar los argumentos de la jurisprudencia y afirmar que el empresario posee el dinero retenido en virtud de un título subsumible en el artículo 535 del C. p.

En ocasiones dicho título se califica como *mandato o depósito* considerando que la propiedad del empresario se extingue en el momento de la retención; entonces pierde el dominio y se convierte en un mero poseedor obligado a entregar la cosa (15).

Otras veces se dice simplemente que la cuota descontada es dinero que el empresario ha recibido con obligación de entregar (16). Así, además del título de posesión, se afirma que el empresario *ha recibido* el dinero como exige el artículo 535 del C. p. (17).

(13) M. BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho Penal Económico aplicado a la actividad empresarial*, Madrid (Civitas), 1978, pág. 545.

(14) Vid. M. BAJO, *Derecho Penal Económico*, cit., págs. 545 y ss.; L. MORILLAS, *El problema...*, cit., págs. 171 y ss.; J. M.<sup>a</sup> STAMPA BRAUN-E. BACIGALUPO, *La reforma del Derecho Penal Económico Español. Informe*, Madrid (Instituto de Estudios económicos), 1980, pág. 14; F. MUÑOZ CONDE, *La ideología de los delitos contra el orden socioeconómico en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal*, C.P.C., núm. 16, 1982, pág. 120. En cambio, J. M.<sup>a</sup> RODRÍGUEZ DEVESÁ, *Derecho Penal Español*, Parte especial, Madrid, 1983, página 386, considera muy discutible esta calificación.

(15) L. MORILLAS, *El problema...*, cit., pág. 173.

(16) M. BAJO, *Derecho Penal Económico*, cit., pág. 545.

(17) En relación a un tema muy próximo, la retención del impuesto sobre la renta de las personas físicas, que en relación al título de posesión

### 2.3.2. *El perjuicio.*

Es sabido que para el delito de apropiación indebida se precisa la causación de un perjuicio. En el caso en estudio, por tratarse de una triple relación hay dos sujetos que aparentemente pueden resultar perjudicados: el trabajador y las entidades gestoras de la seguridad social, en definitiva el Estado.

En general se considera que el perjudicado es el ente gestor de la S. S. puesto que en principio los trabajadores siguen recibiendo las prestaciones.

El perjuicio se produce en el momento en que el empresario debía entregar las cuotas a la S. S. y en este mismo momento se consuma el delito. Por eso existe también el delito cuando se consigue el beneficio de pago aplazado (18).

### 2.3.3. *El ánimo de lucro y la carencia de medios económicos.*

En el análisis de la concurrencia de ánimo de lucro se plantean cuestiones distintas que responden a la diversidad de supuestos que se plantean ante los Tribunales. Hay casos en que el empresario usa en propio beneficio el dinero retenido a los trabajadores en concepto de cuota obrera a la S. S.; otros en que el dinero se invierte en la empresa y otros, en fin, en que no se hace ninguna de las dos cosas porque el dinero sólo existe formalmente.

En los dos primeros casos se entiende que existe ánimo de lucro. En cambio, en el último la doctrina niega la existencia de ánimo de lucro, e incluso de un acto de apropiación puesto que no hay objeto del que apropiarse (19).

## 2.4. *Delito del artículo 499 bis.*

La última posibilidad planteada por la doctrina consiste en aplicar el artículo 499 bis del C. p. ya sea exclusivamente, ya sea en concurso con el delito de apropiación indebida (20).

L. Morillas considera que el impago a la S. S. de las cuotas retenidas a los trabajadores es subsumible en el artículo 499 bis 1º del C. p. (21). Al no ingresar en el INSALUD las cuotas desconta-

---

plantea un problema idéntico, se ha considerado también que existe un título subsumible en el artículo 535. Si no se admite que sea en depósito, comisión o administración, se dice que es indiscutible que se trata de un título «comprendido entre los innombrados del artículo 535.». P. LÓPEZ VILLEGAS, «*Las retenciones del impuesto sobre la renta de las personas físicas y el delito de apropiación indebida*, Crónica Tributaria, núm. 35, 1981, págs. 108-109.

(18) Vid. L. MORILLAS, *El problema...*, cit., págs. 173-174.

(19) L. MORILLAS, *El problema...*, cit., págs. 175 y ss.

(20) L. MORILLAS, *El problema...*, cit., págs. 178-179.

(21) El artículo 499 bis 1º castiga al «que usando de maquinaciones o procedimientos maliciosos imponga a los trabajadores a su servicio condiciones laborables o de seguridad social que perjudiquen los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales o convenios colectivos sindicales».

das del salario del trabajador el empresario impone al obrero condiciones de trabajo que perjudican sus derechos y ello lo hace utilizando maquinaciones o procedimientos maliciosos.

La única dificultad para subsumir estos hechos en el artículo 499 bis 1.º parece situarse en el perjuicio a los obreros. En principio el trabajador sigue recibiendo las prestaciones de la S. S., por esto se pone en duda la existencia de perjuicio. Mas aunque no se produzca la pérdida de prestaciones, se piensa que el trabajador puede tener una serie de dificultades integrantes del perjuicio exigido en el artículo 499 bis 1.º del C. p. (22).

La aplicación del artículo 499 bis no excluye el castigo por apropiación indebida, se trata de un concurso de delitos (23).

### 3. COMENTARIO

#### 3.1. *Consideraciones previas.*

a) El análisis de algunas de las sentencias dictadas por el T. S. en relación al impago a la S. S. de las cuotas retenidas a los trabajadores muestra una importante diversidad a nivel de hechos: Hay casos, la mayoría, en los que se habla de las dificultades económicas de la empresa, e incluso de la insolvencia de la misma, en cambio, en otros, no se hace ninguna referencia a este hecho y hay que pensar que la empresa es solvente. Por otra parte, el dinero formalmente retenido a los trabajadores se invierte, a veces, en la empresa, en cambio, en otros casos se utiliza en propio beneficio.

Con ello se trata de destacar desde el principio que es difícil dar una solución válida para todos los casos. Probablemente, cuando se dice que el impago a la S. S. de las cuotas retenidas a los trabajadores constituye un delito de apropiación indebida, se está pensando en el caso del empresario solvente que descuenta formalmente la cuota del salario de los trabajadores y no paga a la S. S. Pero en las sentencias del T. S. se condena por apropiación indebida en supuestos que no coinciden exactamente con el anterior.

b) Es frecuente que se mezclen acciones penales con acciones de otra naturaleza: solicitud de aplazamiento del pago o embargo de determinados bienes para hacerse pago de las deudas.

(22) L. MORILLAS, *El problema...*, cit., págs. 177 y ss. En el mismo sentido, J. M.<sup>a</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español*, P.E., cit., págs. 326 y ss. Este autor expone que en la discusión del Proyecto se mencionó el impago de las cuotas retenidas a los trabajadores como supuesto subsumible en el artículo 499 bis. Sin embargo, hay que tener en cuenta que originariamente era el artículo 532 bis situado entre los delitos contra la propiedad.

(23) L. MORILLAS, *El problema...*, cit., pp. 179-180. La razón que justifica el concurso se sitúa en el bien jurídico protegido en cada caso. El art. 535 protege intereses patrimoniales, en cambio el art. 499 bis tutela los derechos de los trabajadores. También RODRÍGUEZ DEVESA considera que se trata de un concurso de delitos —*Derecho Penal Español*, p. 334— a pesar de que considera «muy discutible» que el hecho constituya un delito de apropiación indebida —p. 386—.

c) El hecho de que exista una disposición legal estableciendo que en caso de impago se incurrirá en responsabilidad penal no significa que ésta sea automática, y mucho menos, por supuesto, cuando la disposición no tiene rango de ley. La responsabilidad penal, la imposición de una pena, requiere una serie de requisitos sin cuya concurrencia no es posible la imposición de pena alguna, por mucho que una ley o reglamento establezca que un determinado hecho da lugar a responsabilidad penal.

d) Por último, hay que poner de relieve que en muchos casos se produce un olvido de la parte subjetiva. Se habla a veces de ánimo de lucro, que el T. S. exige como elemento subjetivo del injusto en el delito de apropiación indebida, pero pocas veces se analiza la existencia de dolo. El dolo parece deducirse de la concurrencia de los elementos de la parte objetiva del tipo.

### 3.2. *La calificación de apropiación indebida.*

De las tres cuestiones planteadas al principio aquí se van a tratar las dos primeras: el título de posesión del empresario y la recepción del dinero. En el análisis de la concurrencia de estos elementos del delito se parte del supuesto del empresario solvente que no ingresa en la seguridad social las cuotas descontadas del salario de los trabajadores.

Como es sabido, para que exista el delito de apropiación indebida es necesario que se *haya recibido* el dinero en *depósito, comisión, administración o en virtud de otro título que produzca la obligación de entregarlo o devolverlo*. Las distintas calificaciones que tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial se han hecho de este título muestran la dificultad, o al menos la falta de claridad del tema.

La situación es la siguiente: El empresario en el momento en que paga el salario a los trabajadores está obligado a descontar del mismo el importe de la cuota del trabajador a la S. S. (artículo 68 1 y 2 de la LGSS), importe que debe ingresar en la entidad gestora correspondiente (art. 17 LGSS).

Normalmente, cuando el empresario paga el salario, sólo realiza este descuento formalmente, es decir, no separa de su patrimonio una parte de dinero destinada a la S. S. en concepto de cuotas de los trabajadores. En los casos de cumplimiento normal de las obligaciones con la S. S. el empresario hace efectivas las cuotas en los plazos exigidos por la ley sin establecer, en el período anterior al pago de una partida de dinero separada por el importe de las cuotas de los trabajadores.

Los problemas surgen cuando llegado el momento no se paga a la S. S. A partir de entonces se habla de incumplimiento de una obligación que puede generar incluso responsabilidad penal.

La responsabilidad podría existir si se demostrara que el empresario ha recibido el dinero y lo posee en virtud de un título

subsumible en el artículo 535 del C. p. Ello parece bastante difícil. Supone considerar que en un momento determinado, cuando se paga el salario, se produce un cambio de título de posesión en relación a un dinero que quizá en aquel momento ni siquiera existe en poder del empresario. Quien hasta entonces era dueño se convierte en un simple poseedor obligado a entregar el dinero bajo amenaza de una sanción penal.

Parece más correcto pensar que lo que nace en el momento de la retención es una obligación de pago que no difiere de las demás deudas más que en las excepcionales garantías establecidas para su cumplimiento: Recargos para los ingresos fuera de plazo y recaudación en vía ejecutiva (art. 18 LGSS).

La propia ley configura la cotización como una obligación pecuniaria, una deuda de dinero («obligación de cotizar», art. 67 LGSS). A ella están sujetos, por sus respectivas aportaciones empresarios y trabajadores.

Mas el sujeto primariamente «responsable» según la propia ley es el empresario y no el trabajador (art. 68). Es aquél a quien corresponde efectuar el descuento de la aportación de los trabajadores «en el momento de hacerles efectivas sus retribuciones» (art. 68, 2) so pena de quedar «obligado a ingresar la totalidad de las cuotas a su exclusivo cargo». Y es el empresario quien ha de realizar el pago o ingreso (art. 68 en relación con los arts. 16 a 19).

Es precisamente la falta de este ingreso, el impago habiendo mediado el descuento, lo que determina que el empresario incurra en responsabilidad frente a los trabajadores y Entidades Gestoras afectadas «sin perjuicio de las responsabilidades penal y administrativa que procedan» (art. 68, 3).

Parece que la realización del descuento comporta una agravación de la responsabilidad del empresario en caso de impago. La razón que podría justificar esta agravación y al mismo tiempo servir de base a la responsabilidad penal a título de apropiación indebida sería un cambio de propietario. Es decir, que a partir del momento del descuento el dinero pasará a ser propiedad de los trabajadores o de las entidades gestoras. Sin embargo, ello no parece ser así.

El dinero descontado *no es propiedad de los trabajadores*. Esto sería una ficción. En realidad los trabajadores no han llegado jamás a adquirir disponibilidad alguna de su cuota. Y *tampoco es propiedad de las entidades gestoras*. Aparte de que la titularidad del dinero no se adquiriría sino con su entrega, la ley se cuida de aclarar que la posición jurídica del Ente es la de un acreedor (art. 67 y ss. en relación con 16 y ss.) que puede acudir a un régimen privilegiado de ejecución forzosa pero no a nada similar a una acción real.

El empresario no pierde la propiedad del dinero, aunque tenga obligación de entregarlo a la entidad gestora de la S. S., y por consiguiente no puede cometer un delito de apropiación indebida.

Antes se ha visto (24) que las calificaciones doctrinales del título de posesión eran bastante vagas: «título que oscila entre el mandato y el depósito», «obligación de entregar»..., etc. Ello es explícable si se parte de la base de que el empresario pierde la propiedad, entonces ciertamente resulta difícil calificar el título de posesión. En cambio, si se piensa que lo que se produce en el momento del descuento es el nacimiento de una obligación impuesta directamente por la ley, la cuestión es mucho más sencilla.

Por otra parte, también resulta problemático afirmar que el empresario ha recibido el dinero (25) porque en realidad el dinero no le ha sido entregado. Podría pensarse que la entrega material se sustituye por una ficción por razones prácticas, puesto que sería absurdo que se pagara el salario íntegro al trabajador e inmediatamente éste devolviera una parte al empresario en concepto de cuota obrera a la S. S. Pero este sistema, indudablemente menos práctico, al menos garantizaría la existencia del dinero en el momento del pago del salario.

Las dificultades que plantea la recepción explican que la jurisprudencia haya recurrido en ocasiones a una figura en la que no es necesaria la entrega para la transmisión de la propiedad: la *«constitutum possessorium»*.

En nuestro sistema jurídico los contratos no transmiten en principio la propiedad o derecho real de que se trate, sino que para ello es precisa además la tradición o entrega —la transmisión de la posesión— del objeto de aquella titularidad (26).

Mas no siempre es necesaria una entrega material. En ciertos casos esa exigencia viene dulcificada por una serie de expedientes que reducen el requisito de la entrega a una mera formalidad o que, incluso, prescinden de él (27).

Uno de esos expedientes es la figura conocida como *constitutum possessorium*. La figura fue pensada para el caso de que las partes acordaran simultáneamente la enajenación de la titularidad —por ejemplo la propiedad— de la cosa y la permanencia del enajenante en la posesión de la misma en concepto de otra titularidad distinta —por ejemplo el arrendamiento— que entonces se creaba: *Cuando quien vende permanece en la posesión como arrendatario no hace falta la entrega material de la cosa para transmitir su propiedad* (28). La doctrina mayoritaria tiende a considerar al adquirente propietario y poseedor mediato mientras que el enajenante pierde la propiedad y deviene arrendatario y poseedor inmediato de la cosa enajenada.

(24) Vid. supra 2.3.1.

(25) J. M.<sup>a</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español*, P. E., cit., p. 386, considera muy discutible la calificación de apropiación indebida porque «no se han recibido las cantidades».

(26) Cfr. principalmente arts. 609 y 1095 C. c.

(27) Cfr., por ej., arts. 1.462 a 1.464 C. c.; art. 277 Comp. cat.; Ley 568 de la Comp. Navarra; art. 339 C. com.

(28) Claramente art. 277-1 Comp. cat.

Considerar que el trabajador a adquirido a efectos jurídicos plenos la titularidad y posesión del dinero retenido constituye una ficción. Ello lo demuestra el hecho de que en la práctica no ha podido disponer del mismo en ningún momento del proceso. El trabajador no adquiere la propiedad del dinero retenido, por consiguiente no parece procedente hablar de *constitutum possessorium* (29).

En resumen:

a) El empresario no recibe el dinero. Por ley se le impone la obligación de retener un porcentaje del salario del trabajador, pero no parece posible sostener que desde el momento de la retención el dinero pasa a ser propiedad del trabajador, ni tampoco del Estado, éste sólo adquiere la propiedad en el momento del pago.

b) El empresario posee el dinero a título de dueño. A partir del momento de la retención nace una obligación de pago cuyo incumplimiento quizás sea merecedor de una sanción penal, pero no por apropiación indebida.

### 3.3. *Los supuestos de dificultades económicas o insolvencia de la empresa.*

Sólo tiene sentido plantear esta cuestión si se parte de que el impago a la S. S. de la cuota retenida a los trabajadores constituye un delito de apropiación indebida. Aunque ello no parece posible, creo oportuno hacer una breve referencia a este supuesto porque la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias entienden que se trata de un delito de apropiación indebida.

Para que el empresario que no paga a la S. S. las cuotas de los trabajadores cometa un delito de apropiación indebida, será indispensable que tenga la posibilidad de realizar el pago. En estos casos se pone claramente de relieve el carácter ficticio de la retención. A veces el empresario consigue pagar los salarios pero le es totalmente imposible separar y pagar la cuota obrera de la S. S. Entonces es indudable que no hay apropiación indebida porque no hay nada de que apropiarse. Así lo ha reconocido el T. S. (30) y lo sostiene la doctrina unánimemente.

### 3.4. *Las demás calificaciones: malversación, estafa y 499 bis.*

En relación al delito de malversación comarto la opinión antes expuesta (31) de que el dinero retenido no puede calificarse como caudal público ni siquiera por asimilación.

(29) La sentencia 28 septiembre 1982 (*La Ley*, T. 1982-4, pp. 617) no acepta que se trate de la figura del *constitutum possessorium*.

(30) S. 24 junio 1980 (J. Cr. 809).

(31) Vid. supra I. I. 2.

Por lo que se refiere a la estafa, en principio, en el caso normal —retención e impago— no concurren los elementos de este delito.

En cuanto a la posibilidad de aplicar el artículo 499 bis 1º la cuestión es más compleja. Se trata de considerar que el empresario que no abona al Insalud las cuotas de la S. S. retenidas a los trabajadores les impone maliciosamente condiciones de seguridad social que perjudican sus derechos. Es difícil pensar que ello sucede en todos los casos de impago de las cuotas retenidas, pero sí puede suceder en algunos.

En general, en los supuestos en que el empresario no abona al Insalud la cuota obrera, no abona tampoco la cuota empresarial y ello puede sin duda, causar perjuicios a los trabajadores. Aunque la S. S. siga otorgando las prestaciones al trabajador, éste puede tener algunas dificultades para obtenerlas, y ello parece suficiente para afirmar que se ha perjudicado al trabajador, especialmente si se tiene en cuenta que se trata de un delito contra la seguridad.

Pero el artículo 499 bis exige algo más que unas condiciones laborales que perjudiquen los derechos de los trabajadores. Exige que tales condiciones se impongan usando maquinaciones o procedimientos maliciosos. Por ello no se puede decir sin más que el empresario que no paga a la S. S. la cuota obrera retenida al trabajador incurre en el 499 bis. Es posible que la conducta del empresario de lugar a este delito, pero sólo cuando las condiciones perjudiciales se hayan impuesto mediante procedimientos o maquinaciones maliciosos.

#### 4. CONCLUSION

En los libros de parte General del Derecho Penal se acostumbra a afirmar que el Derecho penal es la *última ratio*. Ello significa que sólo debe acudirse al Derecho penal cuando los demás medios al alcance del Estado son ineficaces o insuficientes. También se afirma que el Derecho penal tiene carácter fragmentario, es decir, que no protege de un modo absoluto todos los bienes jurídicos. Esto último tiene como consecuencia que la afirmación de que un determinado comportamiento no constituye delito, no implique, o al menos no deba implicar, una valoración positiva del mismo. Puede tratarse de una lesión de un bien jurídico para la cual no está prevista una sanción penal.

Sin embargo, a veces parecen olvidarse estos principios. Ello sucede tanto a nivel de legislación como de aplicación práctica del Derecho penal. En efecto, en los últimos años se observa un constante recurso al Derecho penal y parece olvidarse que no basta la inclusión de una disposición en el Código penal, o una interpretación que permita subsumir conductas distintas a las tradicionales en un determinado artículo, para resolver un problema deter-

minado. La prevención de comportamientos que se consideran indeseables no pasa siempre y necesariamente por el establecimiento de una sanción penal.

En relación al supuesto de la sentencia comentada hay que plantear en primer lugar si es necesario el recurso al Derecho penal para conseguir que los empresarios paguen a la S. S. la cuota descontada del salario de los trabajadores. De ser afirmativa la respuesta, habrá que preguntar cómo: Mediante la incriminación por la vía de la apropiación indebida como se hace en la actualidad, o a través de la incriminación expresa.

Doctrina y jurisprudencia dan una respuesta afirmativa a la primera cuestión. Se considera adecuado castigar los hechos en estudio como un delito de apropiación indebida, a veces incluso en curso con un delito del artículo 499 bis. Ello implica reconocer que los recursos arbitrados por la LGSS son insuficientes. Pero habría que añadir una reflexión a esta contestación. No parece que la utilización del Derecho penal haya evitado ni disminuido el fraude a la S. S., es decir que no ha cumplido el efecto de preventión que se le asigna.

En relación a la segunda posibilidad el Proyecto de C. p. de 1980 incluye un tipo que incrimina específicamente esta conducta, tendencia que ha sido considerada críticamente por algún sector doctrinal (32). En cambio en la PANCP no se tipifica expresamente este comportamiento (33).

Pero, si realmente se considera necesario el recurso al Derecho penal, y dado lo dudoso y discutible de la incriminación como delito de apropiación indebida, creo que es indispensable la incriminación expresa.

---

(32) F. MUÑOZ CONDE, *La ideología de los delitos...*, cit., p. 120.

(33) Cfr. L. MORRILLAS, *Los delitos laborales*, en *Documentación jurídica*, enero-diciembre 1983, núms. 3740, vol. 2 págs. 482 y ss.

# Jurisprudencia penal

LUIS FELIPE RUIZ ANTON

Universidad Complutense. Madrid

**.Artículo 1. Un hombre ciego causa lesiones a persona distinta a la que quería agredir. El error en la persona no elimina el dolo de lesionar.**

«Que en efecto, según la nueva redacción del artículo 1.º del Código Penal tras la reforma de 25 de junio de 1983 sólo son delitos o faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la Ley, por tanto, en el caso de autos el dolo ha de ser patente y manifiesto. Para que este dolo se manifieste es preciso **en primer lugar la voluntariedad de la acción**, equivalente a la **presencia de malicia** que abarque intelectualmente **el conocimiento del hecho** y en segundo lugar **su significación jurídica**, esto es, en definitiva, **conciencia de la ilicitud y querer el resultado**, representado con anticipación, conocimiento y voluntad, gráficamente descrito en la Sentencia de 24 de febrero de 1962 como dañada voluntad de hacer lo que la Ley prohíbe o manda bajo sanción penal maliciosa y consciente de producir un resultado dañoso o punible (...) Que esto sentado es evidente que en el acto de agresión del recurrente, contra otra persona, con intimidación de dañarle es claro que hay intención de herir, maltratar, «*animus laedendi*», que no se elimina porque el golpe recaiga en persona distinta de la que se desea agredir, porque el agente se representa el mal de una persona, sabe que el hecho es antijurídico y punible, lo quiere y lo efectúa. El que el mal recaiga en persona distinta de la propuesta no afecta al dolo, es, como dice la sentencia de instancia un caso de error en el golpe, querido, deseado y buscado; es el caso clásico de error en la persona tan ilícito, antijurídico y doloso, como cuando se acierta en ella el golpe, razones que llevan a la desestimación del primer motivo del recurso.» (S. T. S. de 20 de abril de 1985.)

**Artículo 2, párrafo 2.º El tribunal acuerda elevar exposición al Gobierno con propuesta de indulto. Pena excesivamente grave.**

«Que no obstante lo expuesto, y habida cuenta la parva cantidad que rebasa lo sustraído del límite legal que separa en el robo con fuerza las penas de arresto mayor y prisión menor, y en línea con el propósito, o deseo ex-

plícito del Legislador de dar a las cuantías una trascendencia relativa asimismo, en consideración al tiempo transcurrido desde el hecho —6 de diciembre de 1975—, y la carencia de antecedentes penales de la acusada, la Sala estima, notablemente excesiva la pena impuesta, y acuerda elevar exposición al Gobierno, de acuerdo con el artículo 2.º del Código Penal y artículo 902 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, con propuesta de indulto, en los términos que ella expresará.» (S. T. S. de 29 de abril de 1985.)

**Artículo 6 bis b). Caso fortuito. Presupuestos.**

«El caso fortuito, actuando como auténtico límite de la culpabilidad o como típica causa de inculpabilidad, no resulta concebible allí donde se detecten factores residuales de culpa, tanto en su vertiente psicológica, comprobación de imprecisiones desencadenantes del hecho, como normativa, falta de atemperación de la conducta al deber de cuidado; produciéndose el suceso dañoso de modo casual, inesperado, por concurso de circunstancias imprevisibles, lo que caracteriza al *casus* tanto por una nota de signo objetivo, producción del hecho por *mero accidente* en el proceso causal, como por otra de naturaleza subjetiva, ausencia de dolo y culpa, impeditiva de cualquier fundado reproche a su autor, es decir, cual ha señalado esta Sala, que no basta que la imprevisibilidad hubiera sido subjetiva, esto es, que el evento no hubiera sido previsto por el agente, sino igualmente objetiva, es decir, que tampoco hubiera podido ser racionalmente tenido en cuenta por otra persona con capacidad psíquica normal (Sentencia de 26 de diciembre de 1981); y ello en razón a que en el caso fortuito a la acción del sujeto se suman otros factores causales de más definido rango, esencialmente determinantes del evento final, lesión del bien jurídico, producción del hecho, de carácter accidental, en que, no desconociéndose la presencia de un nexo causal material con la acción del sujeto, la misma resulta infravalorada dado que *normalmente* no ofrece la adecuada idoneidad generadora del resultado ocasionalmente producido, nexo aquél que —como señalan las sentencias de 4 de mayo de 1970 y 7 de noviembre de 1973— resulta ajeno a la vinculación moral del obrar humano: latiendo en la redacción del artículo 6 bis, b), del Código, al conjuntar los términos «causare» y «mero accidente», el acogimiento en el terreno causal de la teoría de la condición, con el correctivo de la más moderna de la imputación objetiva, al ligar la lesión causada con el actuar humano siempre que éste haya sido propiamente originador del peligro que el orden jurídico desaprueba y, en definitiva, por sí mismo o por su resultancia, sanciona de modo adecuado; teoría de la imputación objetiva que esta Sala acogió en sus sentencias de 20 de mayo de 1981 y 5 de abril de 1983, desvinculando el resultado de la conducta del agente siempre que, patentes la previsión y el cuidado debidos, aquél surja por circunstancias extrañas, inopinadas, que escapen al control humano; supuesto éste que no es el que nos ocupa, sentada en los considerandos precedentes la actuación culposa, imprudente, del procesado, que burdamente, advertido de las condiciones de embriaguez en que se hallaba S. M., le empujó con el propósito de apartarle, occasionando su caída y lesiones subsiguientes, todas ellas

concatenadas y ligadas, en conexión material y moral, con el torpe empellón realizado y privadas, por ello, de todo carácter accidental; mereciendo, pues, este segundo motivo igual suerte desestimatoria.» (S. T. S de 25 de abril de 1985.)

**Artículo 9, 9.º. Arrepentimiento espontáneo. Es preciso el arrepentimiento interior.**

«Que para que pueda tener eficacia real en la esfera del derecho punitivo la circunstancia atenuante 9.º del artículo 9.º del Código penal es condición ineludible que la presentación del culpable a las autoridades para confesar su infracción se realice antes de conocer la apertura del procedimiento judicial y a impulsos de arrepentimiento espontáneo, y si bien es cierto, como los hechos probados, que el delincuente se presentó a la Guardia Civil inmediatamente después de cometer su delito, es decir, antes de que se hubieran instruido las diligencias oportunas para su averiguación, no menos lo es, como los propios juzgadores de instancia destacan en el tercero de los fundamentos de derecho de su resolución, que tal presentación no obedeció a su pesar por el acto criminal realizado y su resultado, sino a que estimó que lo más conveniente era entregarse por temor a la reacción de sus vecinos, y ante ello es claro que falta en este caso el principal elemento del arrepentimiento espontáneo que es el que da vida y razón de ser a esta causa de atenuación, por lo que es visto que al no haber apreciado la Audiencia bilbaína la circunstancia predicha, lejos de incidir en el error de derecho que se la imputa, interpretó con acierto el precepto legal que la contiene, lo que obliga a la desestimación de este recurso.) (S. T. S. de 18 de abril de 1985.)

**Artículo 12, 1.º Autoría conforme al artículo 12, 1.º y participación del artículo 14, 1.º, equiparada a la autoría.**

«Que es nota característica de la autoría, además del acuerdo o concierto de lictivo que patentiza o evidencia el «animus auctoris» y hecha salvedad de los supuestos de inducción, la realización de todos los actos ejecutivos del tipo penal —autoría del artículo 12.1.º del Código Penal— o la participación en dichos actos —autoría del artículo 14.1.º— y esta parificación de autoría con «todos» o «parte» de los actos «ejecutivos» del tipo es útil para una primera aproximación al problema de distinguir la autoría de la complicidad por cuanto esta figura participativa se refiere a la «cooperación anterior o simultánea a la ejecución» que contribuye a facilitarla, removiendo obstáculos, aumentando la facilidad o añadiendo nuevas garantías de éxito o de impunidad; sin embargo, al existir un supuesto legal de participación con rango de autoría —prevista en el número 3.º del artículo 14— que supone también cooperación mediante actos no ejecutivos es imprescindible adoptar un criterio diferencial de la complicidad y de la autoría por cooperación, que se polariza en torno a la calificación de «necesaria» expresada en el artículo 14.3.º del Código, necesidad que es, para unos, equivalente a influen-

cia causal en el resultado, de dominio del acto —para otros— o facultad de dejar correr o detener la acción emprendida por los autores directos, y también la participación en el delito mediante un comportamiento o aportación de actividades escasas paralelamente, la complicidad vendría a ser una cooperación eficaz pero no necesaria, es decir no causal respecto del resultado, sin influencia en la iniciación, curso y dominio final del acto, o expresiva de una prestación que no exigiría la remoción de obstáculos serios.» (S. T. S. de 31 de mayo de 1985.)

**Artículo 91. El arresto sustitutorio, impuesto en caso de impago de la pena de multa, no tiene el carácter de pena propiamente dicha.**

«Que el arresto sustitutorio establecido en lugar de la multa y para el caso de que el condenado no la satisficiera y resultara insolvente deberá imponerse de oficio, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 91 del Código Penal, quedando al arbitrio y discreción de la Sala su duración, sin otras limitaciones que las de que no podrá exceder de seis meses, cuando se hubiere procedido por razón de delito, ni de quince días cuando hubiere sido por falta, por lo que el Tribunal debe proceder a determinar su aplicación preventivamente en la sentencia, aunque ninguna de las partes hubiera solicitado en sus escritos de conclusiones, sin necesidad de plantear la tesis establecida en el artículo 733 de la citada Ley de Trámites como equivocadamente se sostiene en el recurso, puesto que además de no existir error alguno en la calificación del delito al que se circunscribe únicamente dicha facultad no tiene el carácter de pena propiamente dicha, por lo que no aparece mencionada en la escala general de las mismas, sino simplemente como una medida coercitiva para que la expresada sanción no quede sin cumplimiento en los supuestos de insolvencia real o simulada, por lo que este motivo tampoco puede prosperar.» (S. T. S. de 25 de mayo de 1985.)

**Artículo 204 bis). Delito de torturas. Es un tipo cualificado del correspondiente delito contra las personas o contra la libertad y seguridad.**

«Que el artículo 204 bis del Código Penal, introducido en el mismo por Ley de 17 de julio de 1978, y que castiga en su párrafo primero a la autoridad o funcionario público que, en el curso de una investigación policial o judicial, y con el fin de conseguir una declaración o testimonio, cometiere alguno de los delitos previstos en los capítulos I y IV del título VIII y capítulo VI del título XII de este Código, no constituye más que un tipo cualificado y agravado del delito, en este caso, de lesiones producidas en el curso de una investigación policial por el funcionario, agente de la autoridad, que las realizaba, con lo que concurren todas las circunstancias objetivas y subjetivas del tipo especial agravatorio sancionado en dicho precepto, por lo que procede desestimar el motivo del recurso.» (S. T. S. de 10 de mayo de 1985.)

**Artículo 344. La finalidad de traficar no implica el ánimo de lucro. También se castigan las conductas de mera donación gratuita en cuanto implicuen una facilitación, promoción o favorecimiento del consumo.**

«Que conforme con tal criterio se han querido castigar, por el legislador, las conductas que, en este ámbito, supongan, esencialmente, cultivo, fabricación o tráfico de las drogas que enumera, o que supongan posesión para el tráfico, como sinónimo de comercio, negocio y transacción en las que no tiene porqué ser elemento predeterminante el ánimo de lucro, ya que el tráfico, en sus distintas acepciones, lo mismo se manifiesta cualquiera que sea la finalidad perseguida, material o moral, económica o puramente altruista y benefactora, incluida por tanto la simple donación (Sentencia de 21 de marzo de 1985), a pesar de que el texto penal suprimiera la referencia concreta a la donación por preferencia a una más amplia y no casuística consideración de la actividad del agente, siempre y en todo caso, porque esto es lo verdaderamente característico, que preordenadamente se pretenda facilitar, promover o favorecer el consumo de los tóxicos, en tendencia finalística que acoge en su seno una gama innumerable de posibilidades.» (S. T. S. de 12 de junio de 1985.)

**Artículo 344. La notoria importancia de la cantidad de droga está en función no sólo de los gramos sino también de su capacidad tóxica.**

«Que el párrafo 2º del artículo 344 del Código Penal establece como agravante específica de ese delito contra la salud pública, castigándolo con las penas superiores en grado, cuando la cantidad de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas poseídas para traficar fuere de notoria importancia, y la cantidad de heroína poseída por el recurrente —sustancia que causa grave daño a la salud, como tiene declarado esta Sala en múltiples resoluciones, entre otras, las de 29 de octubre y 15 de diciembre de 1983 y 23 y 24 de febrero de 1984—, de 290 gramos, es por la peligrosidad de esta droga de notoria importancia, sin que pueda compararse —pues no pueden compararse sustancias heterogéneas—, esa cantidad —como hace el recurrente— con la posesión y tráfico de cantidad igual, o ligeramente superior, de hachís, tenida en cuenta por esta Sala a los efectos de la agravación de la pena, pues la notoria importancia hay que medirla por la capacidad tóxica de la droga, toxicidad que la heroína posee en sumo grado, por lo que procede desestimar el motivo único del recurso en el que al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denunciaba la indebida aplicación del párrafo segundo del artículo 344 del Código penal.» (S. T. S. de 17 de marzo de 1985.)

**Artículo 348. Venta de una sustancia que se hace pasar por heroína con resultado de muerte.**

«Que, en el caso analizado, y como certeramente razona el Tribunal «a quo», el acusado no procedió, únicamente, de modo negligente y culposo,

sino, por el contrario, invadiendo el campo de la culpa consciente y hasta rebasando los linderos del dolo eventual, toda vez que, dicho procesado, dedicado a la venta de pequeñas dosis de estupefacientes y, «a veces», de metadona adulterada que hacía pasar por heroína, a las 4,30 horas del domingo 15 de mayo de 1983, se reunió con un amigo, poniéndose ambos «un pico» de metadona en malas condiciones, experimentando inmediatamente, uno y otro, síntomas anormales, hasta el punto de que, hora y media después, el amigo citado, fue hallado «tirado en el suelo y sin sentido», siendo trasladado, por un hermano, al Hospital Clínico e ingresado en la U.V.I., en estado cianótico y con insuficiencia respiratoria aguda, «logrando salvar la vida gracias a la rápida y eficaz intervención médica», pero, perfectamente percatado, de lo sucedido, el acusado, el cual incluso dio explicaciones sobre lo ocurrido al citado amigo a las 13 horas del día 16 de mayo de 1983, parte de la citada droga que, para su venta, había preparado en «papelinas», la cedió por precio de seis mil pesetas, a dos drogadictos —uno de los cuales era el más tarde fallecido—, cuya venta la hace el procesado «con plena certeza y seguridad del mal estado de la droga y que el consumo de la misma, a él, le había sentado fatal y, a su amigo, casi le cuesta la vida, pese a lo cual como no quería renunciar al lucro que le suponía la operación, no tiene inconveniente en pasar la referida sustancia, de efectos tan nefastos y conocidos por él, a los drogadictos», los cuales, seguidamente, y a la par, se inyectaron una pequeña dosis pensando que era heroína. Coligiéndose de éstos y otros pasajes de la sentencia recurrida que, el acusado, no sólo no previó lo que era fácilmente previsible, prevenible y evitable —esencia de la culpa—, sino que se representó el letal resultado que más tarde sobrevino, no ya como posible, sino como probable, admitió y toleró lo que en realidad no quería que sucediese, y, finalmente, con una absoluta falta de escrúpulos, aunque creyó que, el resultado mortal, no se produciría, le fue, en definitiva, indiferente que se produjera o no el desenlace previsto, acreditando con ello una reprochable insensibilidad y la más absoluta carencia de sentimientos. Con lo que, presentes y comprobados no sólo los requisitos estructurales de la culpa, sino incluso los del «dolus eventualis», figura jurídica, cuya concurrencia, es patente se siga la teoría que se siga —la de la representación o de la probabilidad del resultado, la de la voluntad o de la aceptación de dicho resultado, y finalmente, la denominada del sentimiento o de la indiferencia—, es procedente la desestimación del segundo motivo del recurso amparado en el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación del párrafo segundo del artículo 1.º del Código Penal» (S. T. S. de 4 de marzo de 1985.)

**Artículo 364. Infidelidad en la custodia de documentos: las personas contratadas —funcionarios de hecho— para repartir propaganda electoral queman o destruyen gran cantidad de sobres conteniendo dicha propaganda.**

«Que, como se desprende de cuanto acaba de consignarse, los procesados, como particulares encargados accidentalmente del reparto de propaganda electoral por comisión de la Jefatura Provincial de Telecomunicación, ostentan

a efectos penales la condición de funcionarios de hecho y su conducta en orden a las tipologías sancionadas en los artículos 364, 365 y 366 del Código Penal son sancionadas conforme a ellos, según dispone el párrafo segundo del artículo últimamente citado, por lo que habiendo procedido a quemar o destruir gran cantidad de los sobres entregados para su reparto, además de dejar de cumplir los deberes inherentes al cometido que les había sido asignado por la citada Jefatura Provincial de Telecomunicación, ocasionaron perjuicio a la causa pública al impedir llegara a sus destinatarios la propaganda electoral, con lo que concurren en el caso enjuiciado todos los requisitos objetivos y subjetivos del delito de infidelidad en la custodia de documentos sancionado en el artículo 364 del Código Penal, por lo que procede desestimar los dos motivos del recurso que por su estrecha relación han sido conjuntamente tratados.» (S. T. S. de 27 de febrero de 1985.)

**Artículo 387. El cohecho pasivo no desaparece aunque la persona a quien se solicite la dádiva se ponga en contacto con la policía y ésta marque los billetes.**

«Que a la luz de la anterior doctrina, el primer motivo del recurso, que sostiene la infracción del artículo 387 del Código Penal, ha de decaer, en cuanto que el delito no es esencialmente bipolar como se sostiene, bastando la solicitud de la dádiva, con conciencia de su ilicitud, ni se rompe la estructura del delito si la persona de quien se solicita, finge aceptar las pretensiones corruptoras del funcionario desleal y mediante su denuncia previa a la Policía, y reseña de los billetes en la cuantía solicitada, acredita suficientemente cuán lejos de su intención estaba el corromper al funcionario de quien parte la propuesta deshonrosa y que está execrando la misma con una conducta limpia y ajustada a derecho.» (S. T. S. de abril de 1985.)

**Artículo 405. La muerte alevosa del cónyuge fundamenta un parricidio con la agravante de alevosía. Los hechos se produjeron antes de la entrada en vigor de la Reforma del Código penal en 1983.**

«Que a la vista de cuanto se expone, procede desestimar el segundo motivo relatado porque el procesado, tal se deriva de los hechos, se acercó por detrás a la víctima, su esposa, sujetándola por el hombro, y tras intercambiar con ella unas frases, le asestó de forma inesperada una certera puñalada con una navaja que había comprado esa misma tarde, con todo lo cual, claro se está, se configura la más perfecta de las alevosías, pero en conjunción con las dos maneras principales de manifestarse, acabadas de explicar, y en conjunción también con los dos criterios reseñados para determinar su naturaleza jurídica, y así se ideó mentalmente el ataque, subjetivamente, a la vez que, objetivamente, se utilizó un medio idóneo para asegurar la ejecución, en ambos sentidos, conformando o componiendo, realmente, el ataque preparado como proditorio (la navaja comprada y el acechamiento por el paseo

o calle Triana por la que la víctima deambula) junto a la súbita e inesperada agresión igualmente propiciada sin posibilidad alguna de autodefensa.» (S. T. S. de 25 de abril de 1985. Véase también la S. T. S. de 9 de mayo de 1985.)

**Artículo 411. No es posible apreciar el delito calificado por el resultado tras la reforma del Código penal de 1983. Si a consecuencia de un aborto doloso tiene lugar la muerte culposa de la mujer, existe concurso ideal de delitos: aborto doloso en concurso con homicidio culposo.**

«Que el **segundo motivo** de la procesada, ya por fondo, plantea por primera vez a esta Sala, la interpretación que deba darse al último párrafo del artículo 411 del Código Penal al punir el aborto con resultado de muerte con pena igual a la del homicidio doloso, en relación con el actual artículo 1.º, párrafo 2.º del mismo Código reformado por la Ley 8/83, de 25 de junio, al exigir que sólo se responderá del resultado más grave si éste se hubiere causado, al menos, por culpa; exigencia ésta última que choca frontalmente con el matiz marcadamente objetivo del primero de dichos preceptos que como subrayó gran parte de la doctrina y así lo estimó esta Sala, describe un delito calificado por el resultado hasta ser tachado de «teratológica creación legal», por más que los reformadores de 1944 como antes la Ley de 1941, que lo introdujo, entendieran que en él se albergaba una hipótesis de **dolus eventualis** (...). Que en el trance de armonizar ambas prescripciones legales, esta Sala entiende que sólo podrá aplicarse la penalidad del artículo 411, párrafo último, homologada, repetimos, con la del homicidio, cuando, realmente, se de el dolo eventual, lo que acontecerá rara vez, de modo que el precepto excluirá, de un lado, el dolo directo (lo que integraría un asesinato) y de otro, la culpa consciente (la más concebible) o la inconsciente si se da la imprevisión característica de la misma; planteamiento inicial que lleva como cuestión subordinada el tratamiento penológico de ambas conductas: la inicial dolosa de aborto y la subsiguiente de homicidio culposo, en cuyo trance entendemos que debe estimarse, la existencia de un concurso ideal de delitos y esto por las razones siguientes: 1.º) Por la propia expansión lógica del artículo 1.º, párrafo segundo del vigente Código Penal, que trata de realizar en toda su pureza el principio de culpabilidad extendiéndolo «a los diferentes supuestos de responsabilidad criminal», tal como resalta la propia Exposición de motivos de la reforma de 1983, de suerte que tanto si el legislador lo ha dispuesto expresamente (tal como sucede en el delito de robo con homicidio, en el que el actual artículo 501, 1.º y 4.º, distingue a efectos del castigo entre el resultante homicidio doloso y el culposo: reclusión mayor para el primero, prisión mayor para el segundo) como si no lo ha dispuesto, de tal manera expresa, en los supuestos de delitos calificados por el resultado (el ahora contemplado de aborto seguido de muerte, el delito sanitario con resultado mortal del artículo 348, o el delito del artículo 483 como típico delito de sospecha, como más característicos), habrá de ensayarse tal aplicación del principio culpabilista; 2.º) porque tal concurrencia de delitos era la que, en el caso de aborto seguido de muerte, se estimaba en

nuestros Códigos anteriores a la reforma de 1944, con la excepción del de 1932 (artículo 417), que no hizo sino plasmar la última dirección jurisprudencial de entender que el delito de aborto con resultado de muerte debía castigarse si hubiere mediado imprudencia conforme al precepto sancionador de la misma; debiendo, por otra parte, recordarse que mentada y definitiva orientación jurisprudencial anterior al *status* legal de los Códigos de 1932 y 1944, que crearon las fórmulas unitaristas del aborto homicida (siquiera el primero de dichos Códigos, como se ha dicho, imputaba el resultado mortal a imprudencia), entendió que el concurso de ambos delitos debía punirse conforme al artículo 90 (hoy 71), sancionador, como es sabido, del concurso ideal (Sentencias de 24 de junio de 1930 y 17 de febrero de 1932), tesis que también acoge ahora esta Sala, por cuanto el *mismo hecho* o acción occisiva del feto acarreó la muerte de la embarazada (primer supuesto del artículo 71), hecho unitario que aunque dé lugar a dos delitos de signo culpable distinto (doloso y culposo) permite la referida modalidad concursal, a diferencia de la segunda modalidad albergada en el referido precepto: conexión instrumental o teleológica entre ambas infracciones, en la que el distinto signo culpable de cada uno de ellos impide su conexidad desplazando el caso al concurso real, como ya tuvo ocasión de declarar esta Sala al discurrir sobre la preterintencionalidad heterogénea hoy suplantada también por un concurso de delitos en paralelo al que ahora nos ocupa (Sentencias de 28 de marzo de 1984 y 19 de octubre de 1984; 3.º) que, finalmente, por todo lo dicho, no puede entenderse que es voluntad legal incluir también la culpa en el aborto homicida del artículo 411, párrafo último, con la alegación de que «al menos» concurre esa segunda forma de la culpabilidad y así se respeta la dicción legal del artículo 1.º, párrafo segundo, pues ya hemos visto que la interpretación histórica del precepto y, sobre todo, la lógica y teleológica, conducen a incluir tan sólo el dolo eventual que, por otra parte, fue la musa inspiradora del legislador de 1944, siquiera luego, en la redacción, luciera un crudo objetivismo al referirse a la mera relación causal entre delito-base y delito-consecuencia, excluyendo de este último la calificación de homicidio, con toda la carga normativa que tal «nomen» comporta, para referirse pura y exclusivamente a la muerte de la embarazada (...). Que aplicando la anterior doctrina al segundo motivo del recurso de la procesada que en su redacción inicial se refería tan sólo a la posible ruptura del nexo causal —cosa que no ocurre como se ha visto al examinar el motivo anterior al defender el mismo en la Vista oral—, se amplió precisamente con base en la exigencia culpabilística del actual artículo 1.º, párrafo segundo del Código reformado en 1983, tesis que es preciso acoger, pues toda la conducta de la procesada, una vez que captó la posibilidad de muerte de la embarazada sobre la que practicó las maniobras abortivas, tendió a evitar dicha muerte al buscar inmediatamente a un facultativo y luego a otro, visto que no encontraba al primero, lo que en juicio *ex post facto* propio de toda indagación culpabilística quiere decir que en momento alguno anterior y coetáneo a su conducta abortiva *aceptó* la consecuencia mortal de la conducta, según la noción del dolo eventual; pero, en cambio, concurre, sin duda, la especie próxima de la culpa consciente —que está en el ápice de gravedad de la impru-

dencia—, pues las sucesivas manipulaciones a que sometió a la embarazada, visto que no lograba provocar el aborto, fueron tan toscas e imperitas que llegaron a perforar la matriz y el peritoneo, originando un orificio de aproximadamente medio centímetro de diámetro, sin que tomara precaución alguna para evitar la más previsible infección o proceso séptico al que alude la sentencia a *quo* como causa inmediata de la muerte, lo que incluye el factor intelectivo de tal culpa consciente, así como la especial posición de la voluntad, propia de la misma, negadora del resultado mortal y de todo sentimiento de indiferencia ante el mismo como se ha expuesto; razones todas que llevan a estimar el motivo y, concordadamente con lo expresado, a apreciar un delito de aborto consensual doloso sancionado en el artículo 411-2.º en concurso ideal con un homicidio culposo, sancionado como imprudencia temeraria en el párrafo primero del artículo 565, con aplicación de lo dispuesto en el artículo 71, todos del Código Penal, en la extensión punitiva que se dirá en la sentencia que se ha de dictar a continuación (...). Que el **primer motivo** del recurso del procesado, J. A. A., condenado en la instancia como encubridor del artículo 17-2.º del Código, debe igualmente estimarse, pues, aparte de que la conducta de querer ocultar las causas del fallecimiento de J. A., haciendo trasladar el cadáver a su domicilio en cooperación con la procesada, S. F, la abortadora, con la que convivía maritalmente, no se ajusta enteramente a la dicción legal del mentado número del artículo 17, careció de toda eficacia, de manera que bien puede decirse que quedó en simple intencionalidad, aparte de que aun considerando tal conducta como realmente encubridora quedaría sin efecto punitivo con arreglo al artículo 18 del Código Penal según ha quedado después de la reforma de 1983, que incluye en la exención de responsabilidad la «análoga relación de efectividad» que ligaba a este recurrente con la otra procesada, una vez afirmada en el **factum** la convivencia marital de ambos estimación del recurso que por imperio del artículo 903 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal debe extenderse al otro procesado no recurrente J. R. M., condenado también como encubridor del núm. 2.º del artículo 17 por actos análogos a los imputados a A., siendo así que como marido de la fallecida si bien llamó a una ambulancia para trasladar al domicilio conyugal a su esposa, lo hizo, según término del **factum**, «ignorando que era ya cadáver», además de «estar perturbado por lo sucedido» y «con ánimo de ocultar la deshonra de la víctima», todo lo cual además de poner en entredicho y duda el elemento de conocimiento del delito propio de todo encubrimiento, lleva a negar el elemento culpabilístico de tal forma de participación desde el prisma de la inexigibilidad de otra conduca conforme a derecho, pues en modo alguno podía negarse a llevar el cuerpo de su esposa, muerta o no, al domicilio de ambos; conducta, por otra parte, más afín a lo que prescribe el artículo 338 bis, párrafo segundo del Código Penal, pero de cuyo delito no fue acusado el procesado en la instancia, lo que impediría en todo caso su condena en casación por tal infracción legal, caso de que existiera.» (S. T. S. de 30 de marzo de 1985. Ver también la S. T. S. de 3 de abril de 1985.)

**Artículo 489 bis, párrafo último. El deber de prestar socorro no desaparece aunque la víctima sea atendida en una vía transitada por otras personas.**

«Quien causó el accidente viene más obligado que nadie a contribuir a su reparación, prestando el debido socorro a la víctima, sin poderlo delegar o confiar a otros que por sentirse menos obligados pueden dejar de prestarlo y así en la Sentencia de 16 de octubre de 1970, y anteriormente en las de 11 y 26 de diciembre de 1969, entre otras muchas posteriores, se dice por esta Sala que «el haber ocurrido el accidente en una calle pública, transitada por otras personas, no exime al culpable del deber de prestárselo a la víctima por él causada, aunque ésta no hubiera quedado totalmente desamparada, pues venía como consecuencia de su actuación culposa, más obligado que nadie a paliar o aminorar el mal producido, prestándole el deber de socorro correspondiente»; por lo que en el caso en juiciado establecido como probado, que el recurrente atropelló con el automóvil que conducía, en la calle que se cita y en uno de los llamados «pasos de cebra», al niño de seis años que se identifica, no deteniéndose para auxiliarle, a pesar de haber visto cómo el vehículo gopeaba fuertemente al niño y que éste caía al suelo, dándose a la fuga acuciado por el nerviosismo que le produjo el saberse culpable del accidente, siendo posteriormente identificado por la Policía al investigar el suceso, habiendo resultado con lesiones que tardaron en curar setenta y nueve días quedándole como deformidad la pérdida de dos incisivos y que fueron sancionadas en un juicio de faltas celebrado ante el Juzgado que se menciona; resulta incuestionable que existieron los requisitos típicos exigidos para la aplicación del referido precepto, que ahora se impugna, procediendo por tanto la desestimación del recurso.» (S. T. S. de 6 de marzo de 1985.)

**Artículo 493. Amenazas condicionales. Momento consumativo.**

«Que dada la naturaleza compleja del delito que nos ocupa, que ataca dos bienes jurídicos diferentes, como son la libertad y el patrimonio, resulta difícil en algunos casos, determinar el momento de su consumación, sobre todo cuando uno de ambos ataques no se ha perfeccionado, dado que los dos son elementos constitutivos de dicho delito y más en nuestro Código, en el que la pena a imponer queda subordinada a que el culpable hubiera conseguido o no su propósito, por lo que si bien puede decirse que la parte referente a la seguridad y libertad personales, o sea en lo que pudiera llamarse amenazas condicionales debe entenderse perfeccionada en el momento en el que la víctima percibe sensorialmente la amenaza idónea para producir temor en el destinatario, con ello aún no puede decirse que el sujeto activo haya consumado su propósito, puesto que éste no era el simple de atemorizar, sino el de utilizar la intimidación para conseguir una entrega de dinero, por lo que la consumación total de este tipo debe quedar relegada al momento en que el agente recibe el dinero, aunque éste no cubra la cantidad exigida.

da y adquiera la disponibilidad de la misma, pues sólo entonces aparece realizado el tipo completo de dicho delito y se consigue el lucro ilícito que ha sido el móvil del mismo; por lo que esta Sala viene estimando consumado el delito expresado aún cuando el reo no haya conseguido la cantidad pretendida en su totalidad, como condición para no realizar el mal amenazado (Sentencia de 19 de septiembre de 1964), puesto que la parte de la cantidad exigida que no fue entregada, entra de lleno en la fase del agotamiento del delito que es independiente y posterior al momento de su consumación que sólo requiere el abono de parte de la pedida (Sentencia de 28 de octubre de 1982), por lo que el tercero de los motivos del recurso no puede ser atendido.» (S. T. S. de 25 de marzo de 1985.)

**Artículo 501, párrafo último. Subtipo agravado y autónomo. Fundamento de la cualificación: peligrosidad potencial.**

«Que a este respecto, y cual premisa absolutamente imprescindible, ha de consignarse que el subtipo contenido en el último párrafo del artículo 501 constituye un delito cualificado y autónomo, a través del que se configura, define y delimita **una acción humana y personal de superior rango jurídico** merecedora, en el ámbito penal y por la especial peligrosidad que la conducta en él recogida representa para la sociedad, de una especial y distinta consideración en razón a esa evidente gravedad, todo lo cual no deja de plantear sus problemas, como decía la Sentencia de 25 de enero de 1985, cuando de relacionar este subtipo con los supuestos anteriormente contemplados en el mismo artículo 501 se trata, puesto que por algunos se ha querido reservar la aplicación del subtipo, en criterio no sostenido por esta Sala, únicamente para aquellos casos en los que el uso de las armas, o medios peligrosos, no hubiere producido las lesiones o la muerte, al resultar contradictorio, en cierta medida, afirmar en sí mismo que se agrava la pena por el peligro de un resultado que ya se ha originado y consumado; mas como contrapunto a tan fácil exposición no puede desconocerse que los logros reseñados en todo el precepto devienen de hecho, en un marco de posibilidades, tanto si se utilizan como si no se usan las armas y los medios peligrosos, lo que quiere decir que la «mens legislatoris» fue realmente la de acentuar la gravedad que implicaban los hechos cuando se ponía una mayor perversidad, peligrosidad o animosidad criminal del sujeto activo, viniéndose así a penar **no el resultado mayor originado**, sino el medio utilizado para ello que, potencialmente y antes de consumarse aquel daño, estaba ya produciendo **una situación ambiental especialmente peligrosa** y especialmente digna de mayor atención punitiva, aunque ésta sólo se manifieste una vez que aquel perjuicio se haya consumado, siempre que, cual acontece en este caso, tales útiles sean medio para el fin perseguido, entendido éste en su más amplio significado y espectro que va desde la comisión concreta del hecho hasta lograr la impunidad con la fuga haciendo frente, si preciso fuere, a quien viniere en ayuda de la víctima.» (S. T. S. de 16 de abril de 1985.)

**Artículo 501, 1. Un hurto inicial puede transformarse en un robo con homicidio si las violencias se producen en el curso del «iter criminis».**

«El acusado, B. M., empleó fuerza física —violencia, aunque fuere mínima— para arrebatar de las manos de la víctima la «postura» de hachís, pasándola seguidamente al acusado, G. M., que la guardó en el bolsillo, y ésta acción violenta, perfectamente descrita en el hecho probado, justifica legalmente la calificación de robo que dispensa al hecho la sentencia recurrida, pero es que, además, en el curso de esta acción —sin solución de continuidad— y antes de que el sujeto aprehensor consumara sus propósitos surgió la acción lesiva que produjo la muerte; consecuentemente, el delito complejo se encuentra perfectamente configurado, y la tesis de los recurrentes se enfrentaría, incluso aceptando el hurto inicial a efectos discursivos, con la doctrina de esta Sala —comprendida en la sentencia de 5 de marzo de 1984— en el sentido de que no obstante comenzar la operación con los caracteres de hurto y estafa, si advieren, mientras se desenvuelve y discurren el «iter criminis» de la acción depredatoria, sin separación espacio-temporal, la violencia o intimidación enderezada a mantener la aprehensión del bien ajeno, aquellas infracciones se desvanecen para dar paso al comportamiento subsumible en los supuestos complejos del artículo 501.» (S. T. S. de 18 de abril de 1985.)

**Artículo 501, 4. No es posible apreciar la atenuante de preterintencionalidad —artículo 9, 4.º— en el robo con homicidio doloso.**

«Que la naturaleza compleja y pluriofensiva del delito de robo con homicidio ofrece dificultades para la aplicación de circunstancias modificativas, y respecto a la atenuante 4.º del artículo 9 del Código Penal, después de haber mantenido la doctrina jurisprudencial un inflexible criterio de incompatibilidad, se inclinó en la sentencia de 7 de marzo de 1983 por admitir la posible atenuación en el robo con homicidio episódico —«con ocasión»—, es decir, siempre que el homicidio surgía en cualquier momento del «iter criminis» o de la dinámica comisiva de forma súbita e inopinada, y excedía o rebasaba la intención del sujeto el resultado mortal; ahora bien, como por obra de la reforma de 1983 ha desaparecido la llamada preterintencionalidad heterogénea, que supone dos infracciones situadas en la misma línea de ataque pero subsumibles en distinto tipo (lesiones seguidas de homicidio), creadoras de una situación de concurso de delitos salvo que legalmente esté configurado un delito complejo (en este caso el vigente artículo 501, 4.º —delito de robo con homicidio culposo—), debe rechazarse la atenuante de preterintencionalidad invocada en el motivo primero del recurso, de conformidad con el criterio marcado en las sentencias de 28 de marzo y 19 de octubre de 1984.» (S. T. S. de 18 de abril de 1985.)

**Artículo 510, 2.º Llaves legítimas sustraídas: distintos supuestos.**

«Que, dentro del número segundo del artículo 510 del Código penal, y a propósito del concepto o definición legal de llaves falsas, se hallan incluidas «las llaves legítimas sustraídas al propietario», es decir, que, en tales casos, y como se ha dicho con frase casi lapidaria, se trata de un hurto de la llave o llaves para cometer un robo —número 4.º del artículo 504 del Código penal—, debiéndose interpretar la palabra «propietario» como todo tenedor legítimo de dichas llaves y como «sustracción» cualquier tipo de apoderamiento de las mismas, con tal de que sea ilegítimo, sin que, en ningún momento, se atienda al valor intrínseco de las mentadas llaves, y comprendiéndose, en consecuencia, en la definición mencionada, tanto la llave o llaves **propiamen-te sustraídas al titular o usuario legítimo de las mismas, como las retenidas indebidamente o las apropiadas, como las olvidadas circunstancialmente en vivienda o local ajenos, o en otro lugar cualquiera, las escondidas por el dueño y obtenidas por el infractor mediante previa búsqueda —debajo del felpudo anterior al umbral de la puerta o en hueco disimulado y apropiado para albergar la llave—, habiéndolo declarado así, este Tribunal, en sentencias de 12 de junio de 1947, 27 de abril de 1950, 29 de febrero de 1952 y 14 de octubre de 1961, e incluso las extraviadas o perdidas —véase número 2.º del antiguo artículo 514 del Código penal y el párrafo segundo del actual artículo 535 del referido cuerpo legal—, siendo más dudoso el caso en el que la llave ha quedado puesta en la cerradura por olvido del titular —en cuyo supuesto, esta Sala, ha estimado que no se trata de llave falsa— o prácticamente a disposición de quien la tomara, v. g., sobre la mesa de la portería o en el clavero o cuadro de un hotel, en cuyo caso, este Tribunal, en sentencias de 27 de abril y 30 de noviembre de 1950 y 5 de junio de 1957, estimó que se trataba de delito de robo con fuerza en las cosas, mientras que declaró lo contrario, si bien los supuestos de hecho no eran exactamente los mismos que en los casos anteriores, en las sentencias de 30 de junio de 1960 y 9 de octubre de 1963. Pudiendo agregarse que, como ya se ha dicho, la llave o llaves olvidadas no pertenecen al primer ocupante, ni dejan de corresponder al titular legítimo de las mismas, prosiguiendo en el seno del patrimonio de dicho titular o usuario, los cuales, a tenor de lo dispuesto en el artículo 461 del Código civil, ni siquiera pierden la posesión de las llaves olvidadas, las cuales no pueden equipararse a cosas perdidas, ni, menos aún, a «res derelicta», constándole, por lo demás al infractor, en tales casos, que las llaves pertenecen a otro, aprovechando, no obstante, la favorable coyuntura para tomarlas y con ellas franquear la entrada del hogar ajeno o abrir la puerta o el objeto cerrado de que se trate.» (S. T. S. de 27 de mayo de 1985.)**

**Artículo 512. Consumación ficticia en los delitos de robo. No se puede considerar consumado el robo si las violencias en la persona no entrañan un menoscabo efectivo de la integridad corporal.**

«Que interpuesto por el condenado en instancia recurso de infracción de ley a través de un único motivo, en el que se impugna la aplicación indebida por parte del Tribunal «a quo» del artículo 512 del Código penal al caso

de autos, la cuestión planteada queda circunscrita a resolver si se ha consumado o no el delito complejo al que el citado artículo hace referencia de manera exclusiva al disponer que los delitos a los que se refiere el capítulo primero del título XIII del Código penal, entre los que se halla el robo con violencia o intimidación en las personas, quedan consumados cuando se produzca el resultado lesivo para la vida o integridad física de las mismas, aunque no se hayan perfeccionado los actos contra la propiedad propuestos por el culpable, por lo que en el caso que nos ocupa, habiendo quedado frustrados los propósitos de apoderamiento de los bienes, al haber sido sorprendido el ladrón antes de haber logrado la disponibilidad del dinero, lo que equivaldría a su consumación, la solución de la cuestión planteada depende solamente de la interpretación que se dé al mencionado precepto y en definitiva de si un golpe propinado por el inculpado en la cabeza del propietario del establecimiento, que con la policía intentaba penetrar en el local, que se hallaba a oscuras, para detenerle y que según los hechos probados no necesitó asistencia facultativa, ni produjo a la víctima herida alguna, puede ser considerado o no como un resultado lesivo para la vida e integridad física de la víctima de la misma, interrogante que según la última dirección jurisprudencial expresada, entre otras, en las sentencias de esta Sala de 27 de junio de 1981, 29 de octubre de 1982 y 18 de febrero de 1983, en las que se exige un resultado material y mensurable, «que es tanto como decir cualquier detrimiento o daño originado a una persona controlable físicamente, sin que basten los meros atentados personales como empujones o forcejeos», ya que siendo la misión principal del citado artículo la de defensa de la vida y la integridad corporal, no debe entrar en aplicación cuando ni una ni otra resultan atacadas o hayan sido puestas en peligro, puesto que no puede decirse que la integridad personal resulte vulnerada, cuando es así que el ataque no produjo al sujeto pasivo ninguna lesión entendida tal palabra en sentido médico forense, al no haberse producido ni rotura epitelial ni visible menoscabo en la integridad física del ofendido, por lo que apareciendo también frustrado el apoderamiento, como ya se ha dicho, procede mantener la indisolubilidad del complejo y considerarlo frustrado en su conjunto, como mantienen las sentencias de esta Sala de 20 de enero de 1979, 30 de diciembre de 1981 y 16 de noviembre de 1982, estimando el recurso y rebajando la pena en un grado como se solicita en el mismo.» (S. T. S. de 30 de mayo de 1985.)

#### **Artículo 519. Alzamiento de bienes. Concepto de comerciante.**

«Comerciante ha de ser todo aquel que, **con repetición**, desarrolla una actividad comercial encaminada a la producción de bienes o servicios para el mercado en general, actos de comercio mediante los que se adquieren, ofrecen, negocian, transfieren o de cualquier modo se transmutan o transforman, con ánimo de lucro, toda clase de bienes o efectos imprescindibles en el desenvolvimiento de la sociedad, si bien ese ánimo de lucro no vaya implícito siempre en la habitualidad, que queda al prudente arbitrio de los jueces en el contexto del artículo 3 del Código de comercio, más bien referido, no obstante, al empresario como definición entonces más restrictiva que la de comerciante.» (S. T. S. de 14 de marzo de 1985.)

**Artículo 519. Alzamiento de bienes. El fundamento del castigo no es la insolvencia, sino sacar los bienes de la acción directa del acreedor.**

«Como han dicho las sentencias de 26 de septiembre y 10 de abril de 1969, 6 de febrero de 1972, 30 de junio de 1975, 19 de octubre de 1981, etc., no es la insolvencia lo que condena, ni la solvencia lo que absuelve, sino sacar los bienes de la acción directa del acreedor, o como dicen las de 18 de mayo de 1973, 20 de enero de 1974, 20 de marzo de 1984, no es preciso afirmar la insolvencia del procesado, pues el bien jurídico protegido por este delito es el derecho de los acreedores a que se les satisfagan sus créditos si vencidos y líquidos no se les abonan, porque el deudor voluntariamente se ha puesto en situación de no poder atenderlos. Conociendo esta doctrina no es extraño que la Sala sentenciadora no diera especial trascendencia al valor de los pisos, ni a la existencia de supuestos créditos del condenado respecto a deudores suyos. Razones todas por las que el motivo debe desestimarse. Unicamente deberá tenerse en cuenta que conforme a la Ley 8/1983 de 25 de junio, la pena impuesta de presidio deberá transformarse en prisión.» (S. T. S. de 6 de mayo de 1985.)

**Artículo 528. Estafa. Engaño bastante: Consideración objetiva y subjetiva.**

«El engaño, nervio, alma y sustancia de la estafa, antes deducido de esa serie de ardides que el Código enumeraba como hipótesis más usuales de la maliciosa actividad del agente, y que hoy el legislador, sin descender a enunciados ejemplificativos, sitúa a la cabeza del precepto definidor, añadiéndole la condición de «bastante», es decir, de suficiencia o idoneidad para originar el error e inducir al sujeto pasivo a la realización del acto de disposición patrimonial, módulo objetivo al que se refiere la sentencia de 18 de enero de 1983, alusiva a la necesidad de que el engaño tenga «entidad suficiente para que en la convivencia social sea normalmente considerado como estímulo operativo del traspaso patrimonial», sin que se marginen o rechacen consideraciones de índole subjetiva ya que la idoneidad del engaño ha de valorarse, asimismo, en función de las condiciones personales del sujeto afectado, tratándose, en suma, de un concepto pleno de relativismo que debe apreciarse «intuitu personae», cual destaca la sentencia de 25 de junio de 1976.» (S. T. S. de 5 de junio de 1985.)

**Artículo 529, 8.<sup>a</sup> Sujeto pasivo masa. Aplicación preferente del supuesto previsto específicamente en la estafa frente al genérico del artículo 69 bis.**

«Que de acuerdo con la expuesta doctrina, en el presente caso procede la aplicación del título de estafa agravado contenido en los artículos 523 y 529 del Código penal, como se postula por el Ministerio Fiscal en su recurso como más específico que el contemplado o descrito en el 69 bis del mismo cuerpo legal por las siguientes razones: 1.<sup>a</sup>) El artículo 69 bis se halla situado en la llamada parte general del mentado Código, en la que se estructuran y organizan las directrices comunes a todas las infracciones contenidas en el

mismo, figuras generales y normas genéricas para la aplicación de las distintas penas, mientras que los artículos 528 y 529 figuran colocados en la llamada parte especial, en la que se delinean, describen o tipifican las diversas especies o familias penales, con las peculiaridades, detalles y efectos singulares de cada una de ellas; colocación que revela la intención o propósito del legislador de considerar al artículo 69 bis como una norma general aplicable a todos los delitos y a los 528 y 529, como preceptos de aplicación específica al delito de estafa en lo que se refiere a su definición, circunstancias y penalidad, y que es lo que ahora nos ocupa. 2.º) De acuerdo con tal bipartición, mientras el primero de los antecitados artículos se refiere en general a toda clase de delitos y por ello también genéricamente a los delitos patrimoniales, los segundos reglamentan específicamente el delito de estafa que constituye solamente una variedad o familia de aquéllos, como el parricidio, el infanticidio y el asesinato son particulares especies de los delitos contra la vida. 3.º) La necesidad de acudir para la aplicación de la norma general invocada a la descripción y determinación de las particularidades consignadas en los tipos especiales, en este caso en los referentes al delito de estafa, lo que demuestra también la especialidad de éstos y la generalidad del 69 bis. 4.º) Si así no fuera y por insuficiencia de los citados principios que no tienen porqué figurar recogidos legislativamente ya que pertenecen a la teoría general de la interpretación de las normas jurídicas y hubiera que recurrir a la citada regla del artículo 68, que otorga la preferencia entre las dos normas en conflicto a la que señale la pena de mayor gravedad, la sanción a imponer sería también la fijada en los artículos 528 y 529. En efecto, siendo la pena aplicable a la estafa la formada por la básica de arresto mayor por exceder la cuantía de lo defraudado de 30.000 pesetas, elevada en otro grado (prisión mayor) por ser la estafa muy cualificada (es decir, y según se expresa en el artículo 69 bis), teniendo en cuenta la importancia del perjuicio total causado, porque para ello el intérprete habría de echar mano del excesivo o importante valor de la defraudación, circunstancia que ya no podría repetir para elevar esta última, o sea la de prisión menor al grado superior (prisión mayor en toda su extensión), sin infringir el fundamental principio punitivo del «non bis in idem», al haber utilizado dos veces sucesivas la importancia de la cuantía de lo defraudado, por todo lo que procede la estimación del recurso.» (S. T. S. de 10 de mayo de 1985.)

**Artículo 535. Apropiación indebida. Apropiación de la totalidad de un décimo de lotería premiado y compartido por dos personas.**

De los hechos probados completados con algún punto de hecho recogido por el primer Considerando de la sentencia recurrida, se deduce que "el décimo se compra a medias entre varios amigos, uno de ellos, el perjudicado y el condenado; convienen en la propiedad común de los décimos y en su caso de los posibles premios; el condenado se quedó con el décimo en calidad de depósito; resulta el mismo agraciado con el premio de dos millones de pesetas que los cobra el procesado y debe compartir, legal y con-

vencionalmente, con F. J. O. G., el cual solicitó su parte, que se niega a entregársela el recurrente, alegando —cosa incierta— la inexistencia del pacto; pero al respecto es tanto o más elocuente el considerando puesto que afirma, en primer lugar, que a O. G., se le ocultó la existencia de premio y posteriormente se le ofreció, aunque sin intención de cumplir la cantidad de quinientas mil pesetas. Con base de estos hechos debe afirmarse que se cumplieron todos los requisitos exigidos por el artículo 535 del Código penal, para configurar el delito de apropiación indebida, puesto que el recurrente niega la entrega de cosa o dinero que ha recibido en virtud de un título obligatorio —en este caso el depósito— con obligación de entregar el premio en su caso, recaído sobre número de lotería que se conviene pagar conjuntamente y se pacta repartir el premio obtenido, cobrado y retenido en depósito por el poseedor legítimo del décimo, para entregarlo a su partícipe, negándose —ilegítimamente— a ello. A partir de esta negativa, sin causa ni justificación posible y menos aún la liquidación previa alegada, se consumó el delito, porque la incorporación al patrimonio propio de todo el importe del premio cobrado, convierte —dado el ánimo de lucro que aflora en la retención—, en propiedad ilegítima de la parte que, según convenio, correspondía a O. G. y quedando de manifiesto el lucro ilícito y el abuso de la situación de confianza que caracterizan la apropiación indebida. Razones que conducen a la desestimación del motivo del recurso. Conclusión a la que se llega igualmente, según el artículo 11 de la Instrucción General de Loterías de 25 de marzo de 1956 y sentencia de esta Sala de 26 de diciembre de 1973, que habla de un resultado aleatorio en cuanto al premio, que es concreto cuando el sorteo se produce y el número resulta premiado, quedándose el recurrente con el importe total del mismo, sin entregar la mitad a su legítimo propietario como convinieron y era su obligación.» (S. T. S. de 9 de abril de 1985.)

**Artículo 535 (en relación al 528 y 529, 1.º). Apropiación por el promotor de viviendas de cantidades anticipadas. Tras la reforma de 1983 ha quedado derogada, en la parte penal, la Ley de 27 de julio de 1968.**

«Que la Ley de 27 de julio de 1968 surgió como consecuencia de la problemática que la construcción de viviendas planteaba cuando, al no ser de protección oficial, podían originarse irreparables perjuicios motivados por la falta de escrúpulos de algunos constructores, razón por la cual el legislador compendió una serie de disposiciones fiscales, administrativas, gubernativas y penales, todas ellas insertas en la Ley referida, que llegaron, desde la perspectiva del Derecho penal, a la creación de un subtipo o figura delictiva específicamente agravada, en tanto que su artículo 6 señalaba la aplicación del 535 del Código, en relación con las penas del artículo 528, a imponer necesariamente en su grado máximo, en los casos en los que, sin garantizar convenientemente las cantidades que a los promotores se entregaban a cuenta, no se llegare a consumar la construcción de las viviendas y, a la vez, no se devolviera a los pretendidos adquirentes esas cantidades que en sus buenos propósitos habían ido transfiriendo para pago o financiación de

aquéllas; texto legal que, sin embargo, ha de estimarse derogado, en lo que afecta al campo penal, como consecuencia de la disposición final contenida en el actual artículo 604 del vigente Código puesto que, en argumentación más favorable para los presuntos inculpados de ahora, la redacción del artículo 529, con su expresa referencia a las viviendas, naturalmente que por contradicción y oposición ha de eliminar la legislación especial en el apartado concreto que se viene examinando, con lo que, en su caso, se hace también inoperante la exigibilidad de ese **imperativo** grado máximo que el repetido artículo 528 no contempla en tales términos, consecuencia cuanto se expone de la forma en que está redactado el artículo 604 del Código reseñado.» (S. T. S. de 26 de febrero de 1985.)

**Artículo 546 bis b) Presunción de habitualidad en el delito de receptación: El precepto adolece de inconstitucionalidad sobrevenida.**

«Que el **cuarto** motivo del recurso al impugnar la **presunción legal de habitualidad** contenida en el artículo 546 bis b), según el cual se reputan habituales de recepción, los reos que fueren dueños, gerentes o encargados de tienda, almacén, industria o establecimiento abierto al público, plantea a esta Sala, de modo ya ineludible, el alcance de tal precepto, tras la reforma parcial y urgente del Código Penal por la Ley 8/83, de 25 de junio, reforma que, como es sabido y viene proclamando esta Sala en sus últimas resoluciones, propugna la dogmática aplicación, en toda su integridad y expansión, del principio de culpabilidad a tenor de su artículo 1.º, párrafo segundo al proclamar que «no hay pena sin dolo o culpa»; principio que, si bien se mira, estaba ya implícito en el artículo 24.2 de la Constitución Española de 1978, en cuanto es una derivación del de presunción de inocencia, pues que si inocencia y culpabilidad son términos contrarios, en la **misma medida** que se destruya la primera ocupará su lugar la segunda, o lo que es lo mismo, que para que se dé un **plus de responsabilidad** habrá de darse un correlativo **excedente de culpabilidad**; lo que conlleva, como ya ha dicho también esta Sala que cuantos supuestos pervivan de responsabilidad objetiva, y no hay duda que la presunción del artículo 546 bis b) (que ni siquiera admite prueba en contrario) lo es, han de ser revisados tanto desde el apuntado dogma constitucional, como desde su explícita aplicación en el Código Penal vigente, en cuyo mismo pórtico se inscribe la moderna conquista del «nullum crimen sine culpa», como garantía penal de un más progresivo Derecho punitivo (...). Que por la doble razón apuntada no es aventurado afirmar que el precepto en examen, adolece ya inicialmente de inconstitucionalidad sobrevenida, con posibilidad de declararla por los Tribunales ordinarios (Vid. Auto del Pleno del Tribunal Supremo de 3 de abril de 1985) y con exigencia de interpretarlo en concordancia con el artículo 1.º del Código Penal, amén de señalar la reconducción de la «aberrante» habitualidad presunta —según censura unánime de la doctrina— a la habitualidad real o de hecho que es la castigada en el último párrafo del artículo 546 bis a) del Código Penal; lo que quiere decir que no basta la titularidad mercantil del receptor a que alude el artículo

546 bis b) para desatar sobre el mismo la grave pena conminada para los habituales del delito de receptación, si tal habitualidad no se prueba; lo que, ciertamente, equivale a una derogación tácita de dicho precepto, autorizada, como ya se ha dicho, en cuanto norma preconstitucional incompatible con los preceptos constitucionales y punitivos ya citados (...) Que para cerrar la exégesis anterior y los razonamientos en que se apoya, no estará de más consignar, en el plano de *lege ferenda*, que tanto el Proyecto de reforma del Código Penal de 1980, como el de 1983, suprinen la habitualidad presunta y aun la real del receptor (artículos 258 y 263, respectivamente), sustituyéndose la misma, cuando el tráfico de efectos receptados tenga lugar en establecimiento mercantil o industrial, por una pena complementaria de multa, con posibilidad de inhabilitación especial para dicho tráfico y aun de llegar a la clausura temporal o definitiva del establecimiento (...) Que en aplicación de la anterior doctrina interpretativa, diciéndose en la sentencia recurrida que el procesado recurrente era poseedor de dos establecimientos de «whisquería» y supuesto que la mercancía adquirida por él pertenece al género de las expendidas en tales locales (única restricción que pudo introducir la doctrina jurisprudencial a la presunción de habitualidad bajo la vigencia indiscriminada del artículo 546 bis b), dichos requisitos no son suficientes para la aplicación del precepto, en cuanto no consta probado que el recurrente viniera dedicándose con habitualidad a *assiduas* a expender géneros receptados ya en sus dos establecimientos, ya fuera de ellos; lo que impide la aplicación del artículo 546 bis a), párrafo último a la conducta del procesado, tal como se ha hecho en la instancia, con admisión, por tanto de este motivo del recurso.» (S. T. S. de 25 de abril de 1985.)

**Artículo 564, 3º. La imposibilidad de apreciar la excusa absolutoria no impide aplicar la atenuante mixta de parentesco.**

«Y como quiera que la sentencia dice solamente que el imputado se hallaba pasando unos días, con los perjudicados y no que conviviese habitualmente con ellos, como viene a requerirse en el mentado precepto, ya que la frase *viviesen juntos*, implica una convivencia permanente y duradera o por lo menos un proyecto de ello, que no es posible deducir de una simple visita temporal como la realizada, de lo que resulta clara la no posibilidad de aplicación de la expresada eximente, a diferencia de lo que ocurre con la circunstancia mixta de parentesco, entendida aquí como atenuante por tratarse o recaer sobre un delito patrimonial, que no exige otro requisito que la comprobación de la existencia del vínculo parental descrito en el tipo penal invocado, que en este caso se halla reconocido en la sentencia impugnada, habiéndose ya declarado por esta Sala en tal sentido en Sentencia de 5 de septiembre de 1959, que en caso de no poder aplicarse a hermanos que no convivan, la expresada circunstancia eximente, procede en su defecto apreciar la atenuante del artículo 11, como muy cualificada, por lo que procede la casación de la sentencia de instancia en lo que se refiere a este extremo.» (S. T. S. de 22 de abril de 1985.)

**LEY 40/1979, DE 10 DE DICIEMBRE, SOBRE REGIMEN JURIDICO DE CONTROL DE CAMBIOS**

**Artículo 6, A), 1.º. Exportación de moneda sin haber obtenido autorización. Es aplicable la teoría del delito continuado.**

«Que el delito monetario tipificado en el artículo 6, apartado A), número primero de la legalidad vigente, Ley Orgánica 10/83, que legitima, por decirlo de algún modo, los artículos pertinentes de la Ley 40/1979, castiga a quienes, como en el supuesto de autos, exportaren moneda metálica o billetes de banco españoles o extranjeros, sin haber obtenido la preceptiva y previa autorización, configurando el más clásico delito de contrabando monetario, en la estructura de **tipo básico**, ahora por una cuantía de veinticuatro millones seiscientas cincuenta mil pesetas, total de las seis operaciones distintas por el procesado realizadas; hecho, el enjuiciado aquí, explícitamente expuesto en el relato histórico de la sentencia como fiel reflejo de lo acontecido y constitutivo de la modalidad delictiva más simple, más clara y menos conflictiva desde el punto de vista jurídico, en la que ni siquiera planteose problema alguno con la determinación de la cuantía que, en alguna medida y según las circunstancias, deviene en difíciles controversias con base a la cotización de la moneda extranjera en el **momento de realizar los hechos**, de capital importancia cuando de inestabilidad monetaria consecutiva a un proceso de inflación se trata, aunque en el caso contemplado la esencia del recurso planteado, y de su único motivo casacional aducido, lo sea al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento por inaplicación del artículo 69 del Código Penal, o concurso real, conforme al cual se estima por el recurrente que las distintas acciones ejecutadas, seis en total, al estar perfectamente identificadas e individualizadas en fecha, cantidad y destino, deberían haber dado lugar, con la Ley de Control de cambios, a la imposición de tantas penas como delitos integradores de la forma concursal, en lugar de la teoría del delito continuado asumida por la resolución impugnada de acuerdo con los criterios establecidos entonces por esta Sala 2.ª, hoy ya derecho positivo recogido en el artículo 69 bis del Código, posterior a la época en que los sucesos enjuiciados se desarrollan (...). Que la doctrina expuesta permite, en consecuencia, la desestimación del único motivo alegado porque, conforme se deduce del relato fáctico de la instancia, el «iter criminis» refleja un **todo unitario** fraccionado en actos parejos sucesivamente ejecutados cuya voluntad criminal también única, **nunca como intención renovada y distinta**, pues que el procesado, con el deliberado propósito de realizar inversiones en el extranjero mediante la adquisición y disponibilidad de divisas, se puso en contacto con otra persona, ahora no juzgada, con objeto de entregarla distintas cantidades de dinero, en pesetas, que ésta convertiría en moneda extranjera diversa situada ya fuera de España a disposición del procesado, lo que llegó a realizar en poco menos de veintitrés meses, en seis ocasiones, con fechas perfectamente identificadas, por el total económico ya indicado, cuya **importancia económica justifica la mediación temporal que**

entre uno y otro hecho se producía y que en delitos de diversa significación material menos trascendente podría obstaculizar en cierto modo la teoría acogida por la instancia, de otro lado actualizada y condensada ahora, como ya se ha referido, por la actual legislación positiva, sin que, en efecto contrario, quepa acoger la separada penalidad que con relación al artículo 69 se pretende porque la regla general que implica que cada acción constituya un solo delito sufre su excepción, entre otros supuestos, cuando las características apuntadas desemboquen incuestionablemente, y no arbitrariamente, en una sola infracción, pretendiéndose, con la impugnación, forzar la aplicación del repetido precepto a pesar de que el manifiesto y preconcebido plan demandaba sin duda la solución asumida por la instancia, de acuerdo con cuyo único y uniforme propósito criminal se proyectó la escalonada salida de capital, al principio con un transcurso mínimo de tiempo entre unas y otras operaciones, más espaciadas al final, contándose con la colaboración de un también único intermediario que se encargaba de consumar la evasión del dinero aunque su proyección última, o efectos consecuentes, se diversificaran por distintos países.» (S. T. S. de 21 de marzo de 1985.)

## REVISTA DE LIBROS

**COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás Salvador: «Derecho Penal, Parte General», Universidad de Valencia, 1984, 861 págs.**

La presente obra constituye la culminación de la labor comenzada por los profesores Cobo del Rosal y Vives Antón en el año 1980, año en que aparece el tomo I de la obra que comentamos, y cuyo objetivo era dar una visión completa de la Parte General del Derecho Penal (1).

La obra, pues, recoge con ligeras variantes el contenido de los tres tomos aparecidos hasta ahora más la teoría de la pena y de la medida de seguridad, que debería haber sido contemplada en el tomo IV. Razones prácticas han debido inducir a los autores a unificar los cuatro tomos inicialmente previstos en uno solo, que es el que ahora ve la luz.

Sin embargo de lo dicho, es en verdad una nueva edición. Y lo es, porque no sólo añade a lo ya publicado anteriormente, las Partes Tercera y Cuarta, referidas respectivamente a «las consecuencias jurídicas del delito» y a «la peligrosidad», sino también porque se han incorporado al texto primitivo las necesarias modificaciones introducidas por la Ley 8/1983, de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del Código penal. Ello ha hecho, además, que determinadas partes de la obra hayan tenido que ser adaptadas al contenido de dicha reforma, incluso redactadas de nuevo (como el caso fortuito o el error).

En la obra que comentamos, continúan siendo de especial interés las páginas dedicadas a analizar la problemática de las fuentes y la incidencia del principio de legalidad legal en las mismas, así como la interpretación que de todo ello se hace al repasar los preceptos constitucionales con incidencia en el tema. En este apartado, se ratifican en su conocida tesis de reserva absoluta de Ley en materia penal y, por ende, en la necesidad de Ley Orgánica para la totalidad de normas incriminadoras.

Por lo demás, se mantiene la sistemática neoclásica de la edición anterior en la exposición de la «teoría del delito» y, así, el «dolo» equivale a «malaicia» y sigue configurado como una de las dos formas puras de la culpabilidad».

En cuanto a la última parte del libro, ya se anunció que está referida a las consecuencias jurídicas del delito y a la peligrosidad. En ella se formula toda una «teoría de la pena»: concepto, función y fines de la pena, justificación de la misma, clases de penas, sustitución, modificación (teoría general

---

(1) El tomo I publicado en 1980, recoge la «Introducción» y en él se trataban el concepto, el 'ius puniendi', sus límites y los principios penales, la ciencia del Derecho penal, la problemática de las Fuentes y los límites de la norma penal; los tomos II y III publicados en 1981 y 1982, respectivamente, recogían la llamada «teoría del delito» (en el II se contemplaban las cuestiones preliminares y el juicio de antijuridicidad, excepto la ausencia de antijuridicidad, que era el tema con que principiaba el tomo III, en el que, además, se exponía el juicio de culpabilidad, la reprochabilidad y su exclusión, y las formas de aparición del delito).

de las circunstancias), determinación, suspensión, ejecución, exclusión y extinción de la pena y rehabilitación.

Cobo y Vives conciben la pena como retribución, «sin que dicho concepto prejuzgue ni condicione nada en orden a la función de la misma», su función de tutela jurídica se cumple a través de la prevención general y especial. Todo ello hace que la pena se justifique por su utilidad «pero dentro de ciertos límites, en los que se expresa la idea de justicia distributiva propia de un Estado de Derecho»; para Cobo y Vives, la finalidad de tutela y el principio de proporcionalidad, constituyen el fundamento y el límite distributivo de la pena.

En cuanto a los estados peligrosos y las medidas de seguridad, tras analizarse los diversos sistemas (monista, dualista y vicarial) de ejecución de las penas y medidas de seguridad, así como el seguido por la legislación penal española, Cobo y Vives critican el rígido esquema que rige en nuestra legislación tras la reforma de junio de 1983 y se muestran partidarios de un sistema «dualista flexible» cercano al seguido por la reforma penal alemana y tal como se prevé en la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal que publicó el Ministerio de Justicia a finales de 1983. Por lo demás, se muestran decididamente en contra de las llamadas medidas predelictuales, las cuales «no debieran existir ni en el Derecho penal, ni en Derecho alguno».

En suma, el libro de los profesores Cobo y Vives constituye un completo «Manual» de la Parte General del Derecho penal, enriquecido con abundantes referencias a las últimas disposiciones legales, a las previsiones legislativas en la materia y con un amplio soporte bibliográfico. Todo ello hace que sea obligado libro de consulta para cuantos estamos interesados en esta rama del Derecho.

JULIO DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO  
Universidad Autónoma de Madrid

**GARCIA-PABLOS, Antonio: «Problemas actuales de la criminología», Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1984, 309 págs.**

La obra que hoy recensionamos contiene cinco trabajos sobre el saber criminológico. Su autor, el profesor García-Pablos, aborda en ella los temas más acuciantes de la criminología, al tiempo que da cuenta de las orientaciones y tendencias de la opinión científica de nuestro tiempo. Adoptando como postulado la unidad del saber científico, que es un saber total, globalizador en el que no hay lugar para comportamientos estancos, para verdades parciales y contradictorias, que obliga a coordinar los conocimientos procedentes de los diversos sectores y disciplinas, los cinco estudios ofrecen un denominador común: todos ellos han sido llevados a cabo a la luz de los conocimientos interdisciplinarios actuales. En los mismos, como pone de manifiesto el autor, se han ponderado los resultados de la investigación criminológica y, especialmente, los de la Sociología «criminal».

Nos encontramos, pues, ante una obra en la que el delito se concibe como

un fenómeno social complejo, normal, ubicuo, cuyo estudio exige atender a las aportaciones que nos brindan las ciencias sociales. De ahí que no deba de extrañarnos que el centro de la investigación vaya desplazándose de la Biología criminal, o de la Psicología y la Psiquiatría, a la Sociología criminal. El autor se distancia, de este modo, de una concepción «positivista» de la criminología, que él considera trasnochada por considerar el delito como comportamiento disfuncional y minoritario, propio de ciertos sectores asociales y marginales de la población cuya causa se explicaría mediante una fácil referencia a la personalidad «patológica» de su autor (anomalías individuales biopsicológicas) que sería un ciudadano distinto de los restantes ciudadanos «normales» y se desviaría de las definiciones legales precisamente por razón de tales anomalías. Por ello, no debe extrañar que el profesor García-Pablos no comparta los planteamientos criminológicos neolombrosianos que invocan la «autonomía» de las ciencias criminológicas, desde intereses gremiales y con actitudes oscurantistas, y se distancie de los criminólogos que elevan la «verificación del dato» a la función de coartada al servicio de decisiones ideológicas preconcebidas. De ahí que llame la atención sobre la inexistencia de un terreno pacífico y neutro (el del «dato»), contra lo mantenido por los defensores de un empirismo científico y aséptico. La obtención de un dato fiable, es una tarea cada vez más difícil y su interpretación o valoración no lo es menos. Si además es necesario adoptar medidas de política legislativa (criminalizadoras, descriminalizadoras, asistenciales, etc.), eso es algo imposible, dice el autor, desde una actitud neutra, aséptica. Los cinco trabajos que componen la obra parten de estos postulados. Algunos ya había visto la luz con anterioridad y se presentan ahora revisados y actualizados, otros se publican por primera vez.

Los dos primeros («El actual saber jurídico penal y criminológico» y «Evolución del pensamiento criminológico. Crisis del pensamiento criminológico tradicional») son de carácter introductorio. El autor pretende con ellos, pasar revista a los temas que preocupan al jurista y al criminólogo en la actualidad; hacer balance del estado actual de la doctrina científica apuntan las orientaciones más significativas tanto desde el punto de vista metodológico como ideológico. ¿Qué es el crimen y cuál es la actitud social frente al mismo? Qué pautas deben guiar al Estado para su control y cuáles son las coordenadas del paradigma penal son cuestiones que se plantean en el primero de los trabajos. Mientras en el segundo se contrapone el modelo de la Criminología positivista al de la «actual» Criminología, apuntándose como esta última renuncia a las explicaciones «causales» del crimen, insertando éste en una teoría general de la sociedad.

En el tercero de los trabajos se abordan dos problemas desconocidos para la Criminología tradicional: la denominada criminalización primaria, y las técnicas de neutralización o de autojustificación. El primero muestra un desplazamiento del objeto de la investigación criminológica, dado que parte de una nueva concepción del «sistema penal», que se entiende no como complejo estático de normas, sino como complejo dinámico de funciones al que contribuyen las más diversas instancias oficiales: desde el legislador hasta los órganos de la ejecución penal. De ahí que se sostenga la necesidad de admitir que ya el legislador realiza una «selección primaria» (criminalización primaria)

al destacar ciertos comportamientos como delictivos. El análisis de las técnicas de neutralización o de autojustificación implica abordar el conjunto de estrategias que desencadenan los «forjadores de la opinión pública», dirigidas a disimular, enmascarar, degradar o legitimar, incluso el comportamiento criminal, neutralizando la reacción social.

El cuarto trabajo estudia la denominada criminalidad de «cuello blanco» (White-Collar-Crime), término acuñado por Sutherland y con el que se quiere significar la criminalidad de los «poderosos» frente a la criminalidad de los no privilegiados. En este capítulo, el autor, tras estudiar las características de la criminalidad de «cuello blanco» y la trascendencia económica de la misma, nos señala con gran acierto que no existen razones válidas para cuestionar, como en un primer momento se pensó, la procedencia de la pena privativa de libertad a este tipo de delincuentes, ni desde el punto de vista retributivo, ni de la prevención general o especial, debiendo entenderse que rigen los criterios generales sobre la legitimación y eficacia de la pena.

En el último trabajo se analiza la «resocialización» del delincuente. El profesor García-Pablos, si bien mantiene en este terreno una actitud crítica y escéptica, señala que no debe de compartirse la actitud maximalista y utópica de quienes, por exigir lo óptimo no se avienen a lo posible, de ahí que el autor se pronuncie por la progresiva sustitución de la pena por otros controles sociales menos represivos y devastadores, lo que en su opinión no es compatible con reformas parentorias, a corto plazo que neutralicen el impacto demoledor de la pena privativa de libertad. Pero esto no se consigue atribuyendo a la pena unos fines ideales que ni cumple ni puede cumplir, de ahí la necesidad de verificar otras estrategias que no olvidando las necesidades de prevención general, produzcan un efecto menos destructivo que aquélla. Las objeciones a las teorías resocializadoras las condensa el autor, fundamentalmente, en tres. Desde un punto de vista metodológico, considera García-Pablos que se distancian de la realidad al confundir el plano del «ser» con el «deber ser». Desde un punto de vista político, las teorías resocializadoras no limitan el «ius puniendi estatal», sino que legitiman cualquier modelo social con el peligro que ello entraña. Finalmente, desde el ámbito de la política criminal, las teorías resocializadoras reclaman reformas del actual sistema de ejecución de la pena privativa de libertad, pero sin llegar a abordar el problema de fondo: la progresiva sustitución de la pena privativa de libertad por otros controles sociales menos represivos.

Conviene, por último, resaltar que el conjunto de los cinco trabajos sitúan al lector frente a los problemas más interesantes de la moderna criminología. El estilo con que ha sido redactada la obra, el modo de plantear los problemas y las muy cuidadas anotaciones a pie de página hace que nos encontremos ante un libro muy recomendable para todos aquellos que creemos que el problema de la delincuencia debe de abordarse con unas miras más amplias que las que nos brinda la pura dogmática, a la que, sin embargo, le seguimos dedicando la mayor parte de nuestro tiempo, con abandono de otros aspectos sin los cuales el fenómeno social de la delincuencia resulta incomprensible.

CARLOS J. SUÁREZ GONZÁLEZ,  
Profesor Encargado de Curso

**GARCIA VALDES, Carlos: «Teoría de la pena», Editorial Tecnos, Madrid, 1985, 189 págs.**

La Penología es ya indiscutiblemente una disciplina autónoma dentro de las ciencias jurídicas por la especialidad del objeto de su estudio, por la existencia de fuentes y jurisdicción propias y por su producción doctrinal, en constante crecimiento. La «Teoría de la pena», que ahora publica la Editorial Tecnos es una prueba más de la «mayoría de edad» de esta disciplina. Su autor, Carlos García Valdés, profesor titular de Derecho penal y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá de Henares, es hoy un inexcusable punto de referencia en la Penología española, no sólo por la entidad de sus obras publicadas, sino también por el destacado papel que tuvo, desde la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, en la redacción de la Ley Orgánica General Penitenciaria de 1979.

La obra que ahora comento parte de las explicaciones de cátedra del profesor García Valdés en el Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, y de unos apuntes para uso interno de los estudiantes, que tuvieron dos ediciones, bajo el título de «Introducción a la Penología», en 1981 y 1982, y que se agotaron rápidamente. Esta «Teoría de la pena» recoge la sistemática, en lecciones, de la «Introducción a la Penología», pero tiene un espíritu distinto, ya no destinado únicamente a los alumnos. Esta edición se dirige a un público más amplio, tanto especialista (ya haré referencia a las tomas de postura que se realizan en el libro), como no especialista, ya que proporciona una gran información sobre la historia y el estado actual de las sanciones penales.

A lo largo de las diecisiete lecciones de que consta el libro, el profesor García Valdés expone cuál es hoy el sentido de la reacción penal y para una mejor comprensión de la situación actual, dedica también su atención a la historia de las penas. Esta panorámica claramente evolutiva no podía detenerse en las instituciones penológicas hoy dominantes en las distintas legislaciones y, por ello, las últimas lecciones se dedican a los presupuestos y soluciones de la Nueva Penología (lecciones XVI y XVII), estudiándose la situación de crisis de las penas privativas de libertad (lección XIV) y sus posibles medidas sustitutivas.

La presente misión del Derecho penal, decía Roxin, es tratar de impedir que se cometan delitos y, en este sentido, hoy se rechazan mayoritariamente las tesis retribucionistas (p. 14), estableciéndose en las distintas legislaciones, como finalidad de la pena, la prevención general y especial.

Por ello, en la actualidad, la pena de muerte experimenta un claro retroceso en el mundo, ya que no es intimidante (p. 57) y, en el mismo sentido, las penas privativas de libertad se dirigen hacia la reinserción social de los delincuentes, y se destacan los aspectos de tratamiento y resocialización de las distintas penas. En los capítulos IX a XIII de este libro, el profesor García Valdés analiza desde esta perspectiva la Ley General Penitenciaria, comentando sus rasgos más representativos (humanización del sistema penitenciario —p. 116—, estatuto jurídico del recluso —p. 117—, Juez de Vigilancia —pp. 118 y 119—, régimen de cogestión —p. 130—, tratamiento —pp. 143 a 146— o com-

petencias de las Comunidades Autónomas —pp. 149 a 152—), ya que en este libro no es intención del autor realizar los extensos estudios sobre la Ley que hizo en sus «Comentarios a la Legislación Penitenciaria». Tras estudiar la pena de muerte hoy en el mundo (una exhaustiva información en las pp. 33 a 35 y toda la lección IV), y las penas privativas de libertad, la lección XV contempla las penas estrictamente corporales (hoy inexistentes en los Códigos civilizados), las penas restrictivas de libertad, las privativas de derechos, las pecuniarias y las morales (las diversas represiones).

En la primera lección se decía que la pena tiene una existencia universal (p. 11), y ello es una realidad también temporal: todos los países y todos los tiempos han conocido sanciones penales, pero no cabe duda del distinto significado de las penas a lo largo de la historia. La interrelación entre las sanciones, el Derecho penal y las distintas mentalidades históricas recibe también la atención del profesor García Valdés, que quiere —y consigue— captar la compleja significación de cada pena o forma de ejecución penal. Destaco, entre muchos otros datos que se ofrecen en el libro, el proceso de humanización de la ejecución de la pena de muerte que se genera con el Iluminismo (p. 28) y la transformación de la privación de libertad de mera custodia a reacción social sustantiva (p. 74), que se produce entre los siglos XIV y XVI. Este es uno de los aspectos más atractivos del libro que comento (y remito al lector interesado al ensayo «El nacimiento de la pena privativa de libertad», en los «Estudios de Derecho penitenciario», de García Valdés), ya que pone en relación el nacimiento de la pena de prisión con razones de política criminal (notable incremento de la pequeña criminalidad de las masas míseras que recorren toda Europa en los siglos XV y XVI de guerras, pestes y malas cosechas), penológicas (desprestigio de la pena de muerte en una mentalidad humanista y una «mala conciencia» burguesa), socioeconómicas (naciente precapitalismo) e incluso religiosas (mentalidad protestante y tradición canónica que coinciden en buscar el arrepentimiento del culpable a través de la meditación en soledad). García Valdés logra así una explicación global del nacimiento de la pena privativa de libertad que explica las aparentes contradicciones de su origen (prisión de Estado; encarcelamiento con distintos trabajos prisión canónica sin exigencia de trabajo alguno), sin olvidar ninguna de sus manifestaciones. Otra tesis que no realizan esta visión global de la realidad histórica están haciendo, como acertadamente se dice en el libro, «una historia de la prisión sin Derecho penitenciario» (p. 77).

La atención que se dedica a la historia de la prisión tiene muchos más datos relevantes, entre los que quiero citar la figura de Howard (pp. 82-83), los ilustradores cuadros en que se caracterizan los sistemas celular, auburniano y de Elmira (pp. 85-86), y la historia legislativa de la prisión en España, que se realiza en la lección VII, desde la Real Ordenanza de Presidios y Arsenales de 20 de mayo de 1804 a la Ley General Penitenciaria, donde se dedica especial atención al «Código Penitenciario» de 1913 y a la legislación del período republicano.

La última parte del libro parte de la constatación del «fracaso rehabilitador de la privación de libertad clásica», (p. 156), estudiándose otras posibles penas, tanto vigentes (lección XV), como posibles sustitutivos, tema al que actualmen-

te ha dedicado su atención el profesor García Valdés. Criterios «innovadores de tratamiento institucional» que se estudian como eficaces alternativas a la pena de privación de libertad clásica, son la prisión abierta, el arresto fin de semana, la semilibertad, el trabajo correccional, las instituciones probatorias («probation» o condena condicional) y, fundamentalmente, las multas, establecidas conforme al sistema de cuotas.

La completa visión que el profesor García Valdés ofrece en este último libro de la teoría, historia y realidad de las penas hace desear la ampliación de este texto, hacia un «Tratado» que va siendo cada vez más necesario en el Derecho penitenciario, y para el que García Valdés dispone ya de más que suficiente preparación y experiencia.

ESTEBAN MESTRE DELGADO,  
Colaborador del Departamento de Derecho  
Penal. Universidad de Alcalá de Henares

**RODRIGUEZ RAMOS, Luis: «Compendio de Derecho Penal (Parte General)».**  
**Editorial Trivium, Madrid, 1984, 281 págs.**

El «Compendio» que comentamos constituye la tercera y última versión de los «Apuntes de Derecho Penal (Parte General)» del profesor Rodríguez Ramos, que vieron la luz por primera vez a finales de 1978 y dirigidos especialmente a los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. De ahí que se incluya en las primeras páginas de la obra una «Guía didáctica» con la metodología docente a seguir por los alumnos.

El título del libro está correctamente elegido, pues, ciertamente, es un «Compendio» y, como tal, su fin primordial es exponer breve y sumariamente lo más sustancial de la llamada Parte General del Derecho Penal. A estas notas hay que agregar la de exhaustividad, pues no olvida ninguno de los temas importantes que es necesario conocer de la disciplina.

Tras una Introducción, en la que se analizan el concepto y el método del Derecho Penal, la primera parte de la obra está dedicada a explicar las «Fuentes del Derecho Penal»; allí se hace una exposición sucinta, pero clara, de la especial problemática de las fuentes y de la repercusión que el principio de legalidad penal tiene en las mismas, así como de su posible solución tras una interpretación de los preceptos de la constitución española de 1978 relativos al tema. Se continúa con la exposición de los límites temporales y espaciales de la norma penal, añadiendo los referidos a su aplicación a las personas, y se acaba esta Primera Parte con una rápida visión de los precedentes históricos y legislación penal vigente.

La Segunda Parte está referida a «las penas y demás consecuencias del delito». Ahí, se analizan el concepto, los fines, las clases y la aplicación y ejecución de las penas; la extinción de la responsabilidad criminal; el concepto y clases de las medidas de seguridad; y las responsabilidades civiles y costas procesales derivadas de la infracción penal. La tercera y última parte del Compendio es, no sólo la más extensa y completa, sino también la más interesante. En ella, lógicamente, se analizan «el delito y la peligro-

sidad predelictual». Se parte de la definición y clasificación del delito y del tipo (explicando que la tipicidad no es un elemento del delito: «Pretender que la tipicidad sea un elemento más del delito es, gramaticalmente hablando, un 'pleonasmo', es decir, la inclusión de una palabra cuyo significado ya figura en alguna o algunas otras que la acompañan, con el afán de reforzar algún significado, en este caso, con el intento de destacar el carácter cerrado o circunscrito a la legalidad de la antijuricidad penal»), adoptando pues, una concepción tripartita en cuanto a las características básicas del delito: conducta, antijuricidad y culpabilidad.

Siguiendo este esquema, se analiza inmediatamente la conducta (acción en sentido amplio, abarcando tanto la acción como la omisión), la relación de causalidad y la ausencia de conducta; a continuación la antijuricidad y la ausencia de la misma; y seguidamente, la culpabilidad y sus clases, los casos de inimputabilidad y los de ausencia de culpabilidad. Se continúa esta Tercera Parte haciendo referencia al desarrollo del delito (actos preparatorios y formas imperfectas de ejecución); a los problemas de autoría y participación; y a los concursos (de leyes, y real e ideal de delitos). Y, finalmente, se dedican las últimas páginas al tema de las circunstancias atenuantes y agravantes, y al concepto, previsiones legales y crítica de la peligrosidad criminal predelictual.

La necesaria labor de síntesis de este tipo de obras, tan peligrosa por otra parte, ya que toda tarea simplificadora conlleva el riesgo de olvidar el rigor que toda obra científica requiere, está plenamente conseguida. Dicha labor no es nueva para el profesor Rodríguez Ramos, pues había sido puesta de manifiesto en una anterior obra similar (1); por ello, la obra que aquí comentamos resultará de suma utilidad para los alumnos de la Parte General del Derecho Penal y para cuantos, desde otros campos del saber, se acerquen a dicha disciplina con la intención de conocer los postulados y problemas básicos de la misma. Por otra parte, las abundantes y actualizadas referencias bibliográficas que acompañan a cada tema al final de las exposiciones, constituyen el complemento necesario para tal fin.

JULIO DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO  
Universidad Autónoma de Madrid

---

(1) Me refiero al *Compendio de Derecho Penal Español (Parte General)*, de JUAN DEL ROSAL y LUIS RODRÍGUEZ RAMOS, Ediciones Darro, Madrid, 1974.

# REVISTA DE REVISTAS

ALEMANIA, R. F.

## **JURISTISCHE ARBEITSBLÄTTER EN MATERIA PENAL**

Año 1984. Giesecking Verlag. Bielefeld

### **I. PARTE GENERAL**

#### **1. Artículos y colaboraciones cortas.**

**LAUBENTAL, Klaus:** «§ 57a StGB — Aussetzung des Strafrests der Lebenslangen Freiheitsstrafe» (Suspensión del resto de la pena en las penas perpetuas privativas de libertad) (471-475).

Se analiza en este artículo la observación de que la utilización del parágrafo 57a StGB, introducido el 8-12-81, ha puesto de manifiesto que la praxis de suspensión unitaria en las penas perpetuas privativas de libertad no se resolvió satisfactoriamente por el legislador. El autor expone la historia del nacimiento del parágrafo y los requisitos exigidos para beneficiarse de la suspensión del resto de pena, especialmente, y desde un punto de vista crítico, el de la condena mínima exigida de 15 años, la especial gravedad de la culpabilidad y los puntos de partida para su determinación.

**SCHÜLCHTER, Ellen:** «Zusammenhang zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei Fahrlässigkeitstatbeständen» (Relación entre infracción de un deber y resultado en los delitos imprudentes) (673-680).

De la mano de una sentencia de 15-10-81 del BGH (BGHSt 30, 228), Schlüchter expone críticamente los conocidos criterios de imputación objetiva del resultado en casos semejantes, como el de la «novocaina», «pelos de cabra», «ciclista», etc.

**TEUBNER, Ernst:** «Mittelbare Täterschaft bei deliktisch handelndem Werkzeug» (Autoría mediata a través de instrumentos que actúa delictivamente) (144-145).

Se ocupa este artículo de llamado «caso del rival» (BGHSt. 30, 363 ss. = NJW 1982 1164 ss.), comentado previamente por Sippel en NJW 1983 226 ss., a quien Teubner responde críticamente. Se trata de un caso en el que el autor inmediato (instrumento) se hallaba en un error respecto a la posible comisión de un delito de asesinato o lesiones, pero a la vez era culpable de un delito de robo grave. El BGH condena al «hombre de atrás» como autor mediato de asesinato en grado de tentativa. Sippel considera incorrecta esta solución, proponiendo en su lugar la de responsabilidad por inducción. La autoría mediata es afirmada también por Teubner, quien critica a Sippel, ante todo, la inoportunidad de las fuentes de referencia.

**SIPPEL, Kurt:** «Nochmals: Mittelbare Täterschaft bei deliktisch handelndem Werkzeug» (De nuevo: autoría mediate a través de instrumento que actúa delictivamente) (480-481).

Constituye este artículo la reafirmación de Sippel en su opinión (NJW 1983 226) y, en mayor medida, la réplica y aclaración a las críticas sobre las fuentes de información planteadas por Teubner (JA 1984 144).

## 2. Comentarios de sentencias.

**SEIER, J.:** «Unterlassungsbeihilfe durch veräumte Strafanzeige» (Complicidad por omisión a través de omisión de denuncia) (531-533).

- «Fahrlässige Teilnahme an fremder Selbsttötung durch Heroin» (Participación imprudente en suicidio de un tercero por medio de heroína) (533 s.).
- «Der Rechtfertigungsbereich der vorläufige Festnahme» El ámbito de justificación de la detención provisional) (702 s.).

**SONNEN, B.:** «Sozialethische Grenzen der Notwehr». (Límites ético-sociales de la legítima defensa) (439-441).

- «Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme beim Handeltreiben mit Betäubungsmitteln» (Delimitación de autoría y participación en el tráfico de drogas) (700 s.).
- «Folgen tatprovokierenden Verhaltens polizeilicher Lockspitzel» (Consecuencias de una conducta provocadora del hecho por parte de un agente provocador policial) (752-756).

## II. PARTE ESPECIAL

### 1. Artículos y colaboraciones cortas

**BRINGEWAT, Peter:** «Die Wiederverwendung von Herzschrittmachern» (La reutilización de marcapasos) (61-69).

El autor trata de determinar en este artículo si y en qué medida es punible la reutilización de un marcapasos sin haber aclarado previamente al sujeto receptor que se trataba de un instrumento usado. El trabajo toma como base un caso real juzgado en Kóln. Se afirma, como conclusión, la punibilidad de la conducta según los §§ 223 I; 263 I; 25 II; 266 I y 331 I del StGB. Sin embargo, no responde por los §§ 168, 242 I y 246 del StGB. Para el propietario de la empresa dedicada a la reparación y venta de marcapasos, donde el médico lo adquirió, entra en consideración la punibilidad de su conducta en virtud del § 263 (estafa), 266 (abuso de confianza, complicidad) y 331 (soborno).

El autor divide el análisis del caso en los tres apartados siguientes, analizando en cada uno de ellos la posible responsabilidad penal.

## I. LA EXTRACCION DEL MARCAPASOS DEL CADAVER

1. Profanación de cadáveres (§ 168 StGB). La función de protección que constituye este parágrafo no se ve violada a través de la extracción del marcapasos del cadáver en el hospital. El marcapasos no es una parte del cuerpo en el sentido del § 168 I y los fines perseguidos por el médico con dicha extracción excluyen cualquier perturbación de la paz del difunto.

2. Hurto (§ 242 StGB). Se plantea el problema de si la extracción del marcapasos del cadáver del paciente y su posterior entrega para la esterilización y revisión es punible en virtud del citado parágrafo. En particular se pregunta si el marcapasos extraído constituye un objeto de hurto y hasta qué punto en la conducta global del médico se cumplen los requisitos de sustracción (Wegnahme) en el sentido del § 242 I.

a) El marcapasos es un objeto idóneo o apto para el hurto. No pierde su cualidad de cosa al ser implantado en el sujeto siendo éste su propietario. Con su muerte la propiedad se transmite a los herederos o a terceros. Así las cosas la extracción puede constituir un hurto en función de la adecuación del objeto.

b) La extracción y el envío del marcapasos no constituye hurto (aunque Bringewat plantea varias situaciones) por faltar el quebrantamiento de la custodia ajena y, por tanto, la sustracción.

3. Tampoco se cumplen los presupuestos de la apropiación indebida de acuerdo con el § 246 StGB.

## II. LA REUTILIZACION DEL MARCAPASOS USADO

Para que la intervención médica sea impune deben cumplirse algunos requisitos. Entre ellos, y por lo que se refiere a este caso concreto, las aclaraciones previas al paciente del alcance de la operación: implantación del marcapasos. De lo contrario quebraría la eficacia del consentimiento. En el caso se plantea la cuestión de si el médico responde por el § 223 y ss. del StGB, relativos a las lesiones, por no haber declarado al paciente que el marcapasos había sido usado con anterioridad, aunque en el momento de la implantación hubiese sido debidamente revisado. El autor afirma la responsabilidad según el § 223, pero niega al mismo tiempo que el hecho pueda incluirse en el tipo cualificado del § 223 a.

## III. RESPONSABILIDAD POR LAS ACTIVIDADES FINANCIERAS CON MARCAPASOS USADOS

Tanto el médico como el comerciante responden por un delito de estafa del § 263 StGB. No se puede excluir, por otra parte, la responsabilidad del médico por delito de abuso de confianza del § 266 StGB. Según Bringewat sería posible plantear también para ambos una responsabilidad por soborno.

**BRINGEWAT, P.:** «Der Missbrauch von Kreditkarten —straflose oder strafbare Vermögensschädigung?» (Uso indebido de tarjetas de crédito: perjuicio patrimonial punible o impune?) (347-354).

El artículo se ocupa de la problemática del uso indebido de tarjetas de crédito. Destaca que las soluciones dadas frente al problema del uso indebido de cheques no pueden trasladarse a la situación del uso indebido de tarjetas de crédito, sino que para éstas es preciso plantear independientemente las cuestiones de punibilidad. En general se niega por muchas razones una sanción por estafa y se afirma la punibilidad por gestión desleal en el sentido de la alternativa de «abuso» recogida por el § 266 I StGB.

**RANFT, Otfried:** «Grundfälle aus dem Bereich der Vermögensdelikte» (Supuestos básicos en el ámbito de los delitos contra el patrimonio) (1-8; 277-287); 723-732).

Se trata de un amplio trabajo cuyas tres primeras partes se publican en las páginas citadas de la JA 1984 y que desarrolla el siguiente esquema: A. Observaciones previas conceptuales y sistemáticas. I. Delitos contra la propiedad en sentido estricto y en sentido amplio. II. Agrupación según el tipo de ataque sobre el patrimonio. B. Hurto (§ 242 StGB) y Apropiación indebida (§ 246 StGB). I. Características comunes. 1. El concepto «cosa». 2. La característica «ajena». II. § 242 StGB. 1. La característica «sustrae». 2. La característica «intención de hacerla suya» en el sentido del § 242 StGB. III. § 246 StGB. 1. La característica «que él tiene en posesión o bajo su custodia». 2. La característica «se apropia». C. Estafa (§ 263 StGB).

**SONNEN, Bernd-Rüdeger:** «Der Diebsthal nach § 242 StGB» (El hurto según el § 242 StGB) (569-572).

El autor analiza el tema del hurto exponiendo, en primer lugar, de la mano de amplias referencias estadísticas, los aspectos criminológicos y políticocriminales. Seguidamente se refiere a los presupuestos objetivos y subjetivos del tipo. Sin embargo, lo que se trata de destacar ante todo, desde el punto de vista didáctico, es la ayuda de un esquema gráfico («JA-Studienbogen Nr. 2») al que va referido su trabajo.

**WESSELS, Johannes:** «Probleme der Jagdwilderei und ihrer Abgrenzung zu den Eigentumsdelikten» (Problemas de la caza y su delimitación de los delitos contra la propiedad) (221-226).

Problemática sobre la base, fundamentalmente, de si el objeto de la acción en el momento de la realización del hecho es o no «cosa ajena» (en el sentido de los §§ 242, 246, 249, 252, 303 StGB) o «cosa sin dueño» (§ 292 I 2 Alternativa 2 StGB).

## 2. Comentarios de sentencias

**BRINGEWAT, P.:** «Der Kreditkartenmissbrauch ist als Betrug, nich als Untreue Strafbar» (El uso indebido de tarjetas de crédito es punible como estafa, no como gestión desleal) (381 s.).

**SEIER, J.:** «Strafvereitelung durch Zusammenleben mit dem Vortäter» (Frustración de la pena por vivir con el autor anterior) (57 s.).

- «Körperverletzung mit Todesfolge bei Eingreifen eines Dritten» (Lesiones con resultado de muerte en caso de injerencia de un tercero) (176 s.).
- «Strafmilderung bei Mord» (Atenuación de la pena en caso de asesinato) (261 s.).
- «Gewalt nach unredlichen Selbstbedienungstanken» (Violencia posterior a un desleal autoservicio de gasolina) (321 s.).
- «Das Unmittelbarkeitserfordernis bei Raub und räuberische Erpressung» (El requisito de inmediatez en el robo y en el chantaje violento) (441-443).
- «Unzulässige Kreditaufnahme der Geldautomaten» (Percepción ilícita de crédito a través de cajeros automáticos) (611 s.).

**SOLBACH, G.:** «Strafbarkeit eines behandelnden Arztes, der seinen Patienten nach einem Selbstmordversuch bewusstlos antrifft, jedoch nichts zur Rettung unternimmt» (Punibilidad de un médico a cuyo tratamiento está sometido un paciente por encontrar a éste inconsciente después de un intento de suicidio y no hacer nada para salvarle) (756-759).

**SONNEN, B.-R.:** «Die Grenze Zwischen strafloser fahrlässiger Tötung der Leibesfrucht und Strafbarer fahrlässiger Tötung eines Kindes» (El límite entre muerte imprudente impune de un feto y homicidio imprudente punible de un niño) (54-57).

- «Besonders schwerer Fall des versuchten Diebstahls» (Caso especialmente grave de tentativa de hurto) (117 s.).
- «Strafbefreilender Rücktritt von der Verabredung eines Verbrechens» (Desistimiento, eximiente de la conspiración de un delito) (259-261).
- «Weiterveräußerung einer unter Eigentumsvorbehalt gekaufte Ware» (Reenajenación de una mercancía comprada bajo reserva de propiedad) (379 s.).
- «Verhaltenspflichten nach einem Verkehrsunfall» (Deberes de conducta después de un accidente de tráfico) (534-536).

**NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT**

Revista semanal. Año 37, segundo tomo (fascículos 27 a 52, páginas 1489 a 2968). C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. Munich y Frankfurt, 1984

**HENTSCHEL, Peter:** «Die Entwicklung des Strassenverkehrsrechts in Jahre 1983 (El desarrollo del Derecho de la circulación en el año 1983). Páginas 1509-1517.

**SCHULTE, Theo:** «Strafbarkeit der Untreue zum Nachteil einer KG? (Punibilidad de la infidelidad en el manejo de bienes ajenos en perjuicio de una sociedad en comandita?). Págs. 1671-1672.

El autor concluye la imposibilidad de la comisión de este delito del § 266 StGB en perjuicio de una sociedad en comandita, por razones derivadas del Derecho civil y mercantil. Sólo se podría contemplar como perjudicados a los miembros individuales de la sociedad.

**KAISER, Eberhard:** «Zur Unterbrechung der Verfolgungsverjährung, insbesondere in Bussgeldsachen» (La interrupción de la prescripción de la persecución penal, especialmente en asuntos de multa). Págs. 1738-1739.

**MULLER, Rudolf/WABNITZ, Heinz-Bernd:** «Kriminalität oder Grauzone im Gesundheitswesen. Der Zahnarzt- und Dentalbereich» (Criminalidad o zona gris en materia de salud. El ámbito de los dentistas y de la medicina dental). Págs. 1785-1791.

Los autores estudian si, a raíz de la promulgación de dos leyes relativamente recientes, se abren en la República Federal de Alemania nuevas vías de criminalidad económica, en el campo de la medicina dental (laboratorios dentales) y de los dentistas, y analizan dentro de qué tipos penales estarían comprendidas tales conductas criminales.

**MULLER, Gerhard:** «Die 'ganz herrschende Meinung' als Entscheidungsgrund. Zur Prüfungsbedürftigkeit der Rechtsfertigungsthese nach § 218 a StGB» (La «doctrina absolutamente dominante» como fundamento de una sentencia. Acerca de la necesidad de revisión de la tesis de la justificación según el § 218 a StGB). Págs. 1798-1802.

El problema que analiza el autor del artículo tiene su origen en el hecho de que algunos padres hayan reclamado, en la República Federal de Alemania, una indemnización a médicos que de alguna forma (normalmente no informando a la madre de la existencia de uno de los motivos que hacen posible el aborto impune en ese país) imposibilitaron que la madre pudiera optar por la interrupción del embarazo.

Müller parte de que el médico no incurre en responsabilidad alguna por impedir acciones que el ordenamiento jurídico desaprueba. Por tanto, viene a decir, que, sólo si la acción abortiva no realizada estuviera justificada (en el sentido de ser conducta conforme a Derecho, no antijurídica), podría reprocharse al médico el haber impedido su realización.

En algunas sentencias del BGH (Tribunal Supremo Federal alemán) se ha dicho que efectivamente, las indicaciones (las cuatro clásicas) contenidas en el § 218 a StGB suponen, según «doctrina absolutamente dominante», una justificación del aborto en esos casos. El autor del artículo va a oponerse a esta tesis de la justificación (en mi opinión con argumentos de no mucho peso), del siguiente modo:

1. El BGH no prueba que de verdad la tesis de la justificación sea «doctrina absolutamente dominante».

2. Dicha tesis se basa sobre todo en la «voluntad del legislador» y no en una argumentación jurídica seria. Aquí habría un gran campo para la investigación jurídico-penal, pero sobre todo jurídico-constitucional poco trabajado, y en el que la ciencia jurídica debe prestar una mayor atención dirigida al bien jurídico vida.

2. Dicha tesis se basa sobre todo en la «voluntad del legislador» y no en la justificación, porque hay comentaristas del StGB que no apoyan categóricamente la misma y porque no se ha prestado la atención debida al aspecto constitucional, en el que debe servir de pista la sentencia del BVG (Tribunal Constitucional Federal alemán) contra la solución del plazo (Müller no cita, sin embargo, ninguna amplia lista de defensores de la postura contraria o sentencias en tal sentido y, al menos en lo penal, no desciende de los comentarios al StGB).

Estos son los argumentos centrales (los demás giran en torno a ellos) en que se apoya el autor para negar el derecho a indemnización frente a los médicos, en los casos ya mencionados.

**SIPPEL, Kurt/v. SPIEGEL, Hans Ulrich Frhr.:** «Nochmals: Mittelbare Täterschaft bei deliktisch handelndem Werkzeug» (De nuevo: autoría mediata a través de instrumento que actúa delictivamente). Págs. 1866-1867.

Ya dimos noticia de la contestación de v. Spiegel (NJW 1984, págs. 110-111) a Sippel (NJW 1983, pág. 226). Ahora ambos autores tratan de aclarar y defender sus respectivas tesis, sin aportar argumentos de gran interés, en mi opinión, a la discusión sobre el tema de la autoría y su distinción de la participación.

**SCHROTH, Ulrich:** «Notwehr bei Auseinandersetzungen in engen persönlichen Beziehungen» (Legítima defensa en caso de enfrentamientos dentro de relaciones personales estrechas). Págs. 2562-2564.

Informa el autor que es opinión absolutamente dominante el que, en la legítima defensa, son acciones defensivas necesarias todas aquellas que prometen una defensa eficaz y, dentro de éstas, resulten las menos dañosas. Por

ello, el derecho de legítima defensa permite reacciones muy duras, que no concuerdan muy bien con la representación que se tiene de las relaciones personales estrechas, especialmente las de matrimonio, que están construidas sobre la solidaridad.

La cuestión en si y en qué medida debe restringirse dentro de estas relaciones el derecho de legítima defensa. Schroth llega a las siguientes conclusiones:

— Aun cuando el artículo 103 II GG (Ley Fundamental, Constitución de la República Federal de Alemania), que recoge el principio de «núllum crimen», fuera aplicable a las causas de justificación (cosa que al autor no le parece incorrecta), cabrían las restricciones al derecho de legítima defensa, basada en el propio § 32 StGB, que regula tal causa de justificación.

— El derecho de legítima defensa, que puede ser restringido, debe serlo sólo mediante criterios que garanticen el principio de autonomía y la afirmación del Derecho.

— A la hora de establecer el cómo de la restricción en el campo de las relaciones personales estrechas han de rechazarse, por diversos motivos, como criterios de restricción, la frontera inmanente del principio de afirmación del Derecho y la posición de garante frente al agresor.

— La restricción sólo puede llevarse a cabo a través del deber de asistencia (Fürsorgepflicht) en las relaciones personales estrechas, que se funda en la comprensión de las mismas como comunidad basada en la solidaridad. Tal deber sólo existe cuando esas relaciones son estructuralmente pacíficas y desaparece cuando hay un estado de guerra latente, en que un cónyuge tiene que sufrir continuas agresiones antijurídicas del otro, caso en el que desaparece también la comunidad de solidaridad. Por fin, Schroth opta por una de las interpretaciones posibles sobre el modo en que el deber de asistencia limita el derecho de legítima defensa dentro de las relaciones personales estrechas.

**ARBAB-ZADEH, Amir:** «*Ist die zwangsläufige Bluntentnahme nach Trunkenheitsdelikten noch verfassungskonform?*» (*¿Es todavía constitucional la extracción forzosa de sangre tras la comisión de delitos en estado de embriaguez?*). Págs. 2615-2619.

El autor del artículo, doctor en Derecho y en Medicina, estudia la constitucionalidad de la utilización de los nuevos y sofisticados medios de control del contenido de alcohol en la sangre de conductores, en la comisión de delitos bajo influencia de bebidas alcohólicas. Su conclusión es que la utilización forzosa de tales medios no es constitucional, sobre todo por vulnerar el principio de proporcionalidad de medios (art. 2 II 1 GG), al haber medios menos «incisivos», como la clásica prueba del análisis del contenido de alcohol en el aliento del conductor.

**TIEMANN, Susanne:** «*Kriminalität oder Grauzone im Gesundheitswesen*» (Criminalidad o zona gris en materia de salud). Págs. 2621-6222.

La autora se enfrenta así al artículo ya mencionado de Müller/Wabnitz en NJW 1984, págs. 1785-1791.

**KNAUTH, Alfons:** «*Hehlerei an durch Scheckeinreichung erlangten Bargeld?*» (Receptación de dinero en efectivo conseguido a través de la presentación de un cheque?). Págs. 2666-2669.

**WEIDEMANN, Jürgen:** «*Zur Bedeutung der Vorsatzart bei der Frage der Versuchsbeendigung*» (Acerca de la importancia de la clase de dolo para la cuestión de si la tentativa tiene carácter de acabada o no). Págs. 2805-2806.

De la mano de una sentencia del BGH de 14 de febrero de 1984, que resuelve la cuestión de si la tentativa es acabada o no, según el autor actúe con dolo directo o con dolo eventual, el abogado Weidemann analiza este tema, comparando esta sentencia con otra del BGH, publicada en NJW 1983, página 746. La conclusión a que llega es que la diferenciación entre las clases de dolo en el marco de la investigación sobre el carácter acabado o inacabado de la tentativa conduce a error y no debe tenerse en cuenta.

MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA,  
Encargado de Curso de Derecho  
penal. Universidad de León

**ZEITSCHRIFT FÜR DIE GESAMTE  
STRAFRECHTSWISSENSCHAFT (ZStW)**

Tomo 96, 1984, fascículo 1

**KINDHAUSER, Urs Konrad:** «*Der Vorsatz als Zurechnungskriterium*» (El dolo como criterio de imputación).

Sorprende en este artículo tanto el método empleado como las conclusiones a las que llega el autor. En cuanto al método, Kindhäuser se sirve únicamente de argumentaciones de carácter semántico, es decir, basadas en la estructura del lenguaje; deja de lado voluntariamente otro tipo de razonamiento, como pudieran ser los basados en la teoría de la norma, en la antropología o psicología, y en la dogmática, para analizar desde un punto de vista lingüístico el dolo y sobre todo la acción. Para ello, el autor se ha servido sustancialmente de bibliografía escrita en lengua inglesa. El punto de partida de este análisis es la constatación de que las definiciones al uso sobre el dolo (conocer y querer la realización del tipo) no profundizan en estos componentes ni justifican la inclusión del elemento volitivo; por ello un sector doctrinal ha reaccionado contra un concepto de dolo no razonado

ni depurado (Schmidhäuser, Ross, Hruschka). El objetivo de Kindhäuser consiste en demostrar que el querer no es un elemento del dolo.

Para ello necesita dar un rodeo y partir de un concepto (semántico) de acción y, aún más, de un concepto de atribución de acción a un ser humano; la acción no es ni un concepto ontológico —como quería el finalismo— ni un mero movimiento corporal —como quería la teoría clásica del delito—: para demostrar que la acción no es algo ontológico, el autor de este trabajo contrapone la frase «la lámpara da luz» a la frase «A ha engañado a B»; la primera supone un juicio teórico que implica un conocimiento de las condiciones o propiedades de una cosa; sin embargo, la segunda frase sólo tiene sentido desde unas reglas o convenciones no expresadas y por ello recibe el nombre de juicio práctico. Tampoco es la acción un movimiento corporal; pues si así fuera, se produciría el llamado «efecto acordeón», es decir se impediría individualizar la acción dado que se producen innumerables sucesos como consecuencia de la puesta en marcha de un proceso por un movimiento corporal: si alguien aprieta el gatillo de un arma contra una ventana y el proyectil destroza el cristal y alcanza a una persona, se puede decir que el sujeto ha producido daños, pero también que ha matado; ¿cómo determinar entonces si se puede atribuir a ese sujeto una o varias acciones? Por otro lado, un mismo movimiento corporal (por ej.: levantar la mano) puede tener diversos significados (votar en una asamblea, saludar, señalar...), por lo que tampoco sirve para atribuir una acción a un sujeto. El único criterio cierto de la acción es el de la creatividad (*Urheberschaft*).

Es inmanente a la acción un esquema teleológico, una estructura final. Dentro de esta estructura final se aprecia un aspecto objetivo que se concreta en las relaciones del tipo «mediante» (*Dadurch-dass-Relationen*), en las que se expresa la posibilidad objetiva de la realización de un acontecimiento mediante un hacer (por ej.: A mata a B mediante un disparo). Pero también existe un aspecto subjetivo en las relaciones del tipo «para» (*Um-zu-Relationen*), que tienen una función de aclaración, explicando por qué el que actúa hace algo (ej.: A estudia Derecho para ser abogado). Estas relaciones de generación subjetiva se expresan mediante proposiciones o silogismos en que la conclusión se denomina «acción base», en tanto que las acciones de las premisas reciben el nombre de «acción mediadora». Una vez vista la estructura teleológica, en sentido objetivo y subjetivo, de la acción, Kindhäuser indica los elementos de esa estructura: el primer elemento es la contrafactualidad, es decir la creación de una transformación en el mundo; además de este elemento existen tres «controles»: el hacer, el estar en la situación y la aparición del resultado.

A partir de este concepto y de esta estructura de la acción se extraen diversas consecuencias: el elemento volitivo carece de función en la acción, y esto ocurre tanto en el dolo directo (equivalente a nuestro dolo directo de segundo grado como en el eventual: el que incendia una casa sabiendo que hay personas dentro para cobrar el seguro, no se puede decir que quiera matar a esas personas; lo mismo ocurre si se enciende la casa con el mismo fin sin saber con seguridad si en su interior se encuen-

tra alguna persona: el que actúa tampoco *quiere* matarlas. En esto, como en lo que vamos a ver a continuación, las consideraciones del autor de este trabajo se acercan a las que en su día efectuara en España Gimbernat rechazando el elemento volitivo en el dolo directo de segundo grado y en el eventual (Cfr. sus *Estudios de Derecho penal*, 2.<sup>a</sup> ed., 1981, pp. 171-199, especialmente 181-191). Kindhäuser continúa oponiéndose a las expresiones doctrinales más frecuentes referidas al dolo eventual: «aceptar», «estar de acuerdo», «consentir» o «conformarse con», porque, en primer lugar, no pueden equipararse a un «querer» aun «perseguir» o a un «pretender»; tampoco suponen aquellas expresiones un «minus psíquico» frente a éstas: «aceptar» no es una postura que se pueda intensificar progresivamente hasta un querer; en segundo lugar, las formulaciones usuales sobre el dolo eventual hacen referencia a un tercero, no al que actúa (si A quiere tomarse una taza de té, no «acepta» tomársela; se acepta o se conforma uno con que la hija no se case en conformidad a su posición social o que el político de ideología contraria gane las elecciones). Por último, esas expresiones no sirven como criterio de atribución de una acción: si alguien acepta algo, no se aclara lo que hace, pues queda sin responder si, en relación con lo aceptado, hace efectivamente algo. En definitiva: lo decisivo no es la intencionalidad ni el plan del autor: «Nuestra lengua —dice Kindhäuser— no conoce un concepto de querer que no se pueda representar en la forma de relaciones del tipo 'para'». Y puesto que esta teleología forma parte ya de la estructura de la acción, el pretendido elemento volitivo del dolo carece de función. Aceptado esto, el paso siguiente es el rechazo de las comúnmente llamadas clases de dolo; el denominado dolo eventual es por tanto el modelo o base del dolo.

La distinción entre dolo e imprudencia la ve el autor de este artículo no en una diferente estructura de la acción, sino en la forma de control de la acción, que se presenta de forma disyuntiva: como control actual aparece el actuar doloso, como control potencial tendremos el actuar imprudente. «Actúa dolosamente quien parte de que puede verificar un tipo legal mediante su hacer. Actúa imprudentemente, por el contrario, quien podría partir de que puede verificar un tipo legal mediante su hacer». Kindhäuser es consciente de que si se rechaza todo elemento volitivo en el dolo, el problema que automáticamente se plantea es el de su distinción con la culpa consciente; a pesar de ello cree poder resolver la cuestión: la imprudencia consciente se caracteriza por un error en la evitabilidad del resultado (error sobre un poder preventivo); el que actúa se equivoca en relación a su competencia de acción preventiva, pero no en referencia al conocimiento sobre la posibilidad objetiva de la aparición del resultado. Ejemplo: A efectúa un trabajo de soldadura sin tomar medidas de precaución, aunque sabe que cerca de él se encuentran materiales explosivos o aptos para provocar fuego; si A explica que las razones por las que excluía la verificación del resultado consistían en su técnica de soldadura o en sus intentos de evitar las chispas, el juez deberá apreciar imprudencia; pero si A ejecutaba su trabajo «al buen tuntún», sin equivocarse sobre la ausencia de su capacidad para evitar el resultado, entonces el juez deberá estimar una acción dolosa.

Kindhäuser trae a colación el caso de Edipo (error in persona relevante); para analizarlo, contrapone dos frases: «A mató a un extraño» y «A mató a su padre»; en ambos casos la acción base consiste en que A clavó su espada en el corazón de su oponente, pero sólo en la primera frase tenía A la posibilidad de verificar el resultado de la acción de forma controlada; luego únicamente puede atribuirse a A la primera frase, pero no la segunda.

Por último, hay que mencionar otro sector donde resulta de aplicación el modelo teleológico de acción que se propone en este artículo: se trata del problema de la unidad y pluralidad de hechos. Kindhäuser no acepta el criterio usual de individualización del hecho en base a una única «manifestación de voluntad» (así, Maurach) y propone afirmar unidad de hecho cuando dos o más atribuciones de acciones referidas a una persona se encuentran en una conexión de generación y pueden ser verificadas mediante una acción base; por el contrario, y según esto, deberá estimarse pluralidad de hecho si no es posible tal conexión de generación entre dos acciones.

Ante la presente aporación de Kindhäuser seguramente se podrá estar o no de acuerdo, desde su propio punto de partida, con las conclusiones a las que llega; pero hay que reconocer que éste es un trabajo elaborado e importante. Sin embargo, y aquí es donde más dudas le surgen al autor de esta recensión, parece discutible el punto de partida adoptado: analizar la teoría del delito **únicamente** desde una perspectiva semántica puede resultar arriesgado, porque el legislador no sólo se guía por el lenguaje, sino fundamentalmente por razones políticas.

**DOLLING, Dieter: «Die Behandlung der Körperverletzung im Sport im System der strafrechtlichen Sozialkontrolle» (El tratamiento de las lesiones deportivas en el sistema del control social juridicopenal).**

Se aborda en este artículo el problema de los maltratos o lesiones efectuados en el desarrollo de los deportes; cuestión ésta que en España no ha sido tratada por los monografistas más recientes del delito de lesiones (que se han centrado ante todo en el tema del tratamiento médico), por lo que parece conveniente echar una ojeada a la situación doctrinal que se plantea en la República Federal Alemana y que se expone en el trabajo que se recensiona.

En primer lugar analiza Dölling en qué tipo de deportes se originan especiales problemas: los que se ejercitan en yuxtaposición, es decir, sin que los deportistas se enfrenten uno contra otro (por ejemplo: el esquí o la mayoría de los incluidos en el atletismo) no se apartan de las reglas generales sobre las lesiones dolosas o imprudentes, por lo que en ellos resulta posible una responsabilidad penal completa.

No ocurre lo mismo en los deportes de enfrentamiento con peligro de lesiones (entre los que se encuentran el fútbol, el balonmano o el hockey), caracterizados por una lucha que no llega a tener como objetivo la lesión del adversario, pero que conlleva una contraposición física con éste. El Derecho penal tiene que garantizar aquí, por un lado, la salud física de los juga-

dores, pero, por otro, no debe llegar tan lejos en esa protección que impida un desarrollo del juego con cierta libertad. La solución dogmática de las lesiones acaecidas en la práctica de este tipo de deportes ha sido de lo más variada, sustentándose diversas posiciones: la primera y todavía dominante es la que confiere al **consentimiento** los efectos de una causa de justificación; de esta manera serían conformes a Derecho las lesiones debidas a conductas efectuadas según las reglas del juego e incluso algunas conductas antirreglamentarias, con excepción de las dolosas y las debidas a una imprudencia crasa. Dölling rechaza sin embargo, la opinión mayoritaria (e incluso las variantes de ésta) porque presupuesto de toda causa de justificación es una conducta típica, que precisamente falta en los casos en que ni siquiera se infringe el deber de cuidado; por otra parte, en las lesiones causadas imprudentemente el deportista perjudicado en realidad no consiente (ni en la acción ni en el resultado); la postura que justifica las lesiones deportivas mediante el consentimiento deja, por último, sin resolver la pregunta de por qué debe considerarse como un injusto la lesión antirreglamentaria dolosa. Otra opinión sustentada por diversos autores en la primera mitad de este siglo consiste en **negar la tipicidad** de los maltratos corporales realizados en los deportes; pero Dölling resalta lo insatisfactorio de esta solución cuando se producen no meros maltratos corporales (§ 223, I, primer inciso StGB), sino ataques contra la salud (223, 1, segundo inciso StGB) o incluso mermas en la integridad física (§ 224 StGB). Otra vía, propuesta expresamente por Zipf para este problema, es la de la **adecuación social**: para Zipf las lesiones leves producidas por conductas conformes a las reglas del juego o contrarias a ellas con imprudencia simple son adecuadas socialmente y quedan excluidas del injusto; en opinión de Zipf, que evidentemente sigue aquí a Welzel, una conducta es adecuada socialmente cuando se corresponde a la norma de conducta adecuada socialmente. Dölling se opone también a esta interpretación de la adecuación social y resalta la contradicción inserta en la concepción de Zipf: ¿cómo puede estimarse socialmente adecuada una conducta que es considerada por los círculos deportivos como contraria a las reglas y que resulta sancionada reglamentariamente? Una adecuación social configurada de esta manera parece remitirse al grado de frecuencia de una acción, y entonces quedaría sin fundamentar la exclusión de las lesiones graves que, sin darse tanto como las leves, se siguen produciendo en los terrenos de juego. Eser utiliza una vía próxima a la de la adecuación social para las lesiones deportivas: el **riesgo permitido**; según este criterio existe un interés general en el ejercicio de los deportes, interés general que debe prevalecer sobre la sanción penal de las lesiones leves, que conllevaría a la postre la desaparición de los deportes; a través del riesgo permitido, que en definitiva ostenta una estructura de contraposición de intereses, resultan conformes a Derecho las contravenciones leves de las reglas del juego. Es precisamente el carácter de causa de justificación del riesgo permitido, lo que no le resulta satisfactorio a Dölling: pues si se admite, opina él, una causa de justificación para las contravenciones leves, no se entiende entonces que se sanciona reglamentariamente (1). También rechaza el autor del artículo que se recensiona

---

(1) Se hace preciso advertir aquí que es opinión prácticamente unánime

las soluciones basadas en incluir las lesiones deportivas en el **ámbito exento de Derecho** («rechtserlassener Raum») o en **negar la culpabilidad**; la primera, por que genera una amplia inseguridad jurídica sobre los criterios que determinan que una lesión se encuentre fuera del Derecho (2); la segunda, porque no es una respuesta lógica para el problema planteado y que únicamente serviría para casos contados. Por último, Döllin pasa revista a una hipotética **solución procesal**: puesto que las lesiones dolosas e imprudentes son delitos privados, esto es, perseguibles sólo por querella o, únicamente cuando existe un interés público en la persecución, por el Ministerio Fiscal, se podría decir que en la generalidad de los casos tal interés público no se da en las lesiones deportivas; pero esto no le agrada a Dölling, pues a su juicio supondría afirmar que las lesiones deportivas constituyen hechos punibles que no son perseguidos a pesar de la publicidad con que aquéllas se realizan; de esta manera se produciría una desvaloración del concepto de hecho punible, cuya función es la de aclarar los valores básicos de la sociedad al resaltar los atentados más graves a la norma.

Y con esto, llega Dölling a exponer su propia solución consistente en la adecuación social. Partiendo de la opinión de Welzel de que la abstracción de los tipos penales permite incluir en ellos conductas que se mueven en un orden normal de la vida, Dölling piensa que penar estos hechos sería disfuncional en la medida en que supondría sancionar la mayoría; ahora bien, esa adecuación social pertenece al tipo («causa especial de exclusión de la pena») y no constituye una causa de justificación como pensó el creador del finalismo en las ediciones cuarta a octava de su *Lehrbuch* y como

---

en la doctrina alemana que la antijuridicidad es común para todo el ordenamiento jurídico y que en consecuencia toda causa de justificación penal debe implicar asimismo la conformidad en cualquier rama del Derecho o, dicho de otra manera, que no es posible que una conducta justificada penalmente origine, por ejemplo, responsabilidad civil; todo ello se derivaría del principio de la unidad del ordenamiento jurídico; cfr., por todos, JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, t. 1, 1981, trad. Mir y Muñoz Conde, pág. 445. Sin embargo, en la doctrina española un sector sostiene que es posible que una conducta justificada penalmente dé lugar a responsabilidad civil, fundamentándolo en razones politocriminales; en este sentido: QUINTANO, *Comentarios al Código penal*, 2.<sup>a</sup> ed. por Gimbernat, 1966, pág. 291; CÓRDOBA, en *Comentarios al Código penal*, t. 1, 1976, pág. 949 s. (con jurisprudencia de esta dirección); LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 1978, página 117; OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto del Derecho penal*, 1981, página 65; MIR, *Derecho penal* PG, 1984, pág. 6; CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 1984, pág. 317, nota 118. En el sentido de la doctrina dominante alemana: ANTÓN ONECA, *Derecho penal* PG, 1949, págs. 186 y 606; RODRÍGUEZ DEVESÁ, *Derecho penal español*, PG, 8.<sup>a</sup> ed., 1981, págs. 386 y 485; COBO-VIVES, *Derecho penal*, PG, tt. 1 y 2, 2.<sup>a</sup> ed., 1981, pág. 314 (con reservas en t. 3, 1982, pág. 22); SAINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho penal*, PG, t. 2, 1982, pág. 336 s.; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal*, PG, 1978, págs. 343-344 (con matizaciones en «Consideraciones generales sobre la exclusión de la antijuridicidad», en *Libro Homenaje al Prof. J. Antón Oneca*, 1982, pág. 522); CARBONELL, *La justificación penal*, 1982, pág. 180; MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, 1984, pág. 92.

(2) En la doctrina española cfr. sobre esta teoría y las objeciones contra ella: GIMBERNAT, *Estudios de Derecho penal*, 2.<sup>a</sup> ed., 1981, pág. 166 s.; CUERDA RIEZU, ob. cit., pág. 158 ss.

piensa todavía un sector de la doctrina alemana; la adecuación social sirve para reducir los tipos penales al ámbito de aplicación que les corresponde según el sentido y finalidad de las normas jurídico-penales, y por tanto hay que calificarla como un principio de interpretación para los tipos penales; de esta manera intenta el autor de este artículo no exponerse a la crítica que él mismo efectúa contra Zipf, puesto que para la adecuación social no basta la frecuencia de una conducta, sino que debe derivarse de una concepción teleológico-sistemática de los tipos penales y su relación con los órdenes sociales reconocidos jurídicamente. Lo más característico de la forma en que Dölling entiende esta institución reside en lo siguiente: la adecuación social coordina el Derecho penal con otros sectores parciales que regulan fracciones del sistema social; en algunos sectores puede ocurrir que determinados intereses están más expuestos a graves menoscabados que en la vida común, de manera que resultan insoportables en ésta, mientras que en el sector parcial se muestra como un injusto de bagatela que no resulta merecedor de pena. Si el ordenamiento jurídico sancionara penalmente estas lesiones de la misma manera que en la vida común, la funcionalidad del sector deportivo peligraría hasta el punto de poder quedar congelado. No se puede convertir el cuerpo del deportista en un tabú intocable. Esta adecuación social, no obstante, viene enmarcada por ciertos límites.

El tercer grupo de deportes lo constituye los que consisten en un enfrentamiento con finalidad lesiva, cuyo ejemplo más expresivo es el boxeo; en ellos, según Dölling, no puede actuar la adecuación social porque es posible que se produzcan daños muy graves a la salud y porque aquí se alcanza para el afectado el límite de sacrificio a partir del cual ya no le es exigible quedar desprotegido por el Derecho penal.

En opinión del que escribe estas líneas el concepto de adecuación social es circular en un doble sentido: políticamente porque desde la perspectiva de un Estado democrático no se puede dar preferencia a una concepción social, sino que debe prevalecer la concepción de toda la sociedad a través del poder legislativo; éste es pues el que define lo social —en el ámbito penal— mediante la tipificación de lo «asocial»; pero entonces lo adecuado socialmente sería lo atípico y la creación welzeliana no serviría para delimitar los tipos penales: la pescadilla se muerde la cola y estamos como al principio. Y también dogmáticamente la adecuación social tiene carácter circular o tautológico porque en los delitos imprudentes lo adecuado socialmente es lo que no infringe el deber objetivo de cuidado, es decir, lo que ya no constituye una conducta típica y que por tanto, evidentemente, no puede servir para trazar los límites del tipo (3). Ahora bien, si la adecuación social se entiende como un criterio teleológico de interpretación —como propone en este artículo Dölling y un sector de la doctrina (4)— entonces de

(3) Sobre esta circularidad dogmática —resaltada por Armin Kaufmann— cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, *El ejercicio legítimo del cargo*, 1980, pág. 213.

(4) El propio WELZEL, en la última edición de su *Lehrbuch*, modificó en este sentido su parecer inicial. Como criterio de interpretación entienden también la adecuación social: en Alemania, por ej., JESCHEK, ob. cit., página 343 y en España, por ej., MIR PUIG, *Adiciones al Tratado de Jeschek*, t. 1, 1978, pág. 348. Como «causa de atipicidad» la califica Bustos, *Manual de Derecho penal español*, PG, 1984, págs. 219-220.

la opinión originaria de Welzel sólo queda el nombre; pero precisamente si el nombre hace referencia a un contenido distinto; lo más lógico es cambiar la denominación: en este sentido, tal vez fuera preferible hablar del «fin de la norma». Por otro lado, me parece interesante la idea de Dölling de que el Derecho penal deba retroceder en las lesiones deportivas porque ahí bastan las sanciones reglamentarias y porque de otra manera resultarían impracticables los deportes, pero me resultan un tanto arbitrarios algunos de los límites que este autor establece para que no se proteja penalmente el bien jurídico de la salud física, como en el caso de las lesiones con dolo directo de primer grado que sí originarían, según Dölling, responsabilidad penal.

El fascículo se completa con recensiones de obras de la Parte Especial, y de obras de criminología y práctica del procedimiento penal. La parte dedicada a colaboraciones extranjeras comprende artículos sobre aspectos penales o procesales de otros países como Italia, Polonia, Turquía y Japón; se incluye aquí un trabajo dedicado a «La ficción de una ciencia integrada del Derecho penal hacia el final del siglo pasado», y la información sobre el coloquio «Concepto y fundamentos del Derecho penal económico» celebrado en Friburgo en 1982.

ANTONIO CUERDA RIEZU  
Universidad de Alcalá de Henares

## COLOMBIA

### **DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGIA**

Revista del Instituto de Ciencias Penales Criminológicas  
de la Universidad Externado de Colombia

Vol. VII, núm. 23, mayo-agosto 1984

**«Derecho Penal y Criminología», Revista del Instituto de Ciencias Penales Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia, Vol. VII, número 23, mayo-agosto 1984.**

La sección dedicada a Derecho Penal se inicia con «Reflexiones sobre el concepto y los límites de la tentativa» del profesor Novoa Monreal. En él se enjuicia el artículo 22 del CP colombiano que exige para considerar la existencia de la tentativa punible: —el comienzo de la ejecución de hecho punible—, la utilización de una actividad idónea para la consumación de él (lo que conllevaría el rechazo de la tentativa inidónea) —que esta actividad esté inequívoca y objetivamente dirigida a la consumación—, que el sujeto tenga la sostenida voluntad de ejecutar el hecho punible y que la consumación no se produzca por circunstancias ajenas a esa voluntad.

En este estudio se analiza, entre otros aspectos, los resultados desfavorables a que lleva el intento de distinguir con carácter absoluto entre inodoneidad relativa y absoluta de los medios.

«Delitos contra los recursos naturales» del profesor L. C. Pérez, realiza un extenso análisis de la situación actual del medio ambiente, así como de las normas destinadas a su protección, en especial de los artículos 242, que castiga la propagación de enfermedad en los recursos naturales, del artículo 246 respecto a daños en los recursos naturales y del 247, que prevé el delito de contaminación ambiental.

El artículo del profesor L. E. Aldana «Algunas consideraciones en torno a la punibilidad en el nuevo ordenamiento Penal» realiza un examen crítico del sistema de agravantes y atenuantes previsto en el nuevo CP de 1980, a la par que propone determinadas reformas en el mismo.

El profesor Klaus Tiedemann plantea en «La regulación penal en materia de monopolios» la posibilidad de combatir penalmente las limitaciones a la competencia. Para ello realiza un estudio amplio y extenso de los antecedentes y situación actual de la legislación anti-trust en diversos países como Inglaterra, Francia, Alemania..., señalando los vacíos y ausencias en que dicha normativa incurre. Se analiza, asimismo, la diferente problemática que se plantea al respecto en los países de la Europa Occidental y los países en vías de desarrollo.

«Hurto de uso», de Mantilla Jacome, es el artículo con el cual finaliza la sección dedicada a Derecho Penal. En éste se estudia ampliamente el artículo 352 del CP de 1980, que acoge dicho delito. Se plantea al respecto una crítica por su tipificación.

La sección de Criminología contiene en esta ocasión dos artículos: Los abogados y los jueces en la obra de Gabriel García Márquez», de Cancino Moreno, y «La importancia de las "Teorías del sentido común"», en relación con la reinserción social de los liberados», de Smaus Gerlinda.

En este excelente trabajo de Gerlinda Smaus se recoge la investigación llevada a término por el Institut für Rechts-und Sozialphilosophie, de la Universidad de Saarland, donde se examinan las «teorías del sentido común», definidas como «el conocimiento que la población tiene listos respecto de la criminalidad».

En el apartado correspondiente a fenomenología de la criminalidad se observa cómo para la población el concepto de criminalidad está unido a aquellos «hechos cuyos autores pertenecen a los sectores bajos». Respecto a etiología de la criminalidad se señala cómo para la opinión pública ésta va unida al estilo de vida de las capas inferiores, lo que provoca un intento de distanciarse de los miembros del sector inferior ya antes de que éstos sean considerados delincuentes. La prognosis de la criminalidad demuestra cómo no se considera al liberado como un ciudadano «normal» sino que por el contrario éste es considerado como un «delincuente temporalmente libre». Las preguntas relativas a política criminal muestran la existencia de un círculo vicioso en que los jueces opinan que es un problema de la «sociedad», en tanto que ésta opina que es un problema de las instituciones.

Termina este trabajo con unas reflexiones de la importancia de la opi-

nión pública en el ámbito de la política jurídico-penal, así como una propuesta personal por parte de su autora.

Contiene, por último, la revista la habitual sección Bibliográfica y de Jurisprudencia.

ELENA LARRAURI

Universidad Autónoma de Barcelona

## **NUEVO FORO PENAL**

Revista bimestral, año V, mayo-junio 1983, núm. 19

Ed. Temis, Bogotá-Colombia, 1983

Contiene la sección Doctrina un análisis del delito de homicidio en el Código Penal Colombiano a cargo del profesor Gutiérrez Anzola, así como un estudio de la regulación del error en el artículo 40 del mismo, del profesor Velásquez.

Es de señalar en esta sección el artículo del profesor Muñoz Conde «La imputabilidad del enfermo mental», donde el autor critica la aplicación del artículo 8.1 del CPE exclusivamente a los supuestos en que el sujeto tenga perturbadas sus facultades intelectuales (capacidad para conocer la ilicitud de su comportamiento), y volitivas (capacidad de determinar su actividad conforme a ese conocimiento), ya que ello supone seguir operando en base a un concepto de imputabilidad que parte de un ser humano libre, conocedor de lo que es delito y con posibilidad de actuar en base a este conocimiento.

Concepto éste ya superado en el ámbito de la psiquiatría y que tiene su reflejo penal en la consideración de que «no hay una culpabilidad en sí, sino una culpabilidad en relación con los demás».

Se realiza un análisis crítico de las medidas previstas en el segundo párrafo del artículo 8.1 por considerar que se atienden a una posición defensorista, en vez de buscar soluciones al conflicto social planteado por el inimputable.

Debe destacarse en la sección Documentos el artículo «El Derecho Penal conforme a las concepciones modernas», donde el Dr. Gaitán Mahechea realiza un estudio de conceptos, tales como dogmática jurídica, antijuridicidad, acción finalista...

Asimismo, en la sección Foro Histórico, el artículo de Agudelo Betancourt «Alegato sobre el tema de "defensa putativa"», en donde esta problemática es tratada en profundidad en base a un supuesto práctico.

La sección Legislación recoge en esta ocasión el Proyecto de Ley «por la cual se establecen unas contravenciones de policía», destinado a establecer una regulación especial para determinados hechos como el secuestro extorsivo, extorsión y terrorismo.

Contiene, por último, la habitual sección de jurisprudencia.

ELENA LARRAURI

Universidad Autónoma de Barcelona

**NUEVO FORO PENAL**

Revista bimestral, año V, julio-agosto 1983, núm. 20

Ed. Temis, Bogotá-Colombia, 1983

Se inicia en esta ocasión la sección Doctrina con el artículo de Hans-Ulrich Eckert «Formación y retribución en el Derecho Penal». En este excelente estudio, el autor parte de cinco premisas fundamentales destinadas a mostrar la posición estructural existente entre Derecho Peneral y formación. Por su gran interés, merecen destacarse, a nuestro parecer, las siguientes: «Los contenidos educativos son fijados en el derecho penal para finalidades jurídico penales, y no por las ciencias de la educación para lo educativo». Si concepto de «formación penal» se dirige principalmente a la conformación del mal retributivo, que alcanza al autor subjetivamente, como expiación». «La educación pública está en sí en condiciones de reaccionar formativamente frente a la criminalidad; pero, sin embargo, no puede satisfacer los intereses específicos de la prevención general». «Esencialmente no se puede renunciar al funcionamiento del aparato jurídico penal, para lograr un adecuado tratamiento del fenómeno general preventivo». De ahí concluye el autor que las posibilidades formativas sin renunciar a la eficacia preventiva general, pudieran conseguirse en algunos casos, dando mayor relieve al tipo de control jurídico-penal.

El siguiente artículo es «Farmacodependencia», donde el profesor C. A. Giraldo realiza un extenso análisis de los diversos tipos de drogas, así como de sus aspectos socioeconómicos y médico-legales.

En «Dominación política y hegemonía jurídica en el cono sur latinoamericano», de García Méndez se realiza una investigación del autoritarismo de nuevo cuño surgido a partir de los años 70, que en base a la Doctrina de la Seguridad Nacional se caracterizaría por el «intento de institucionalizar dichas relaciones de violencia, así como la participación permanente de las fuerzas armadas en el gobierno, utilizando al derecho (que expresa esas dos realidades) como mecanismo de mediación coactiva para la resolución de las contradicciones...».

A continuación, el autor analiza los mecanismos por los que se produce esta «legitimación» de los régimes autoritarios centrando su análisis en el papel que juega a tales efectos el Derecho. La importancia de este medio es observable, pues si bien se puede afirmar cada vez más su carácter ideológico en el sentido de plasmar los intereses del grupo en el poder, se asiste paralelamente al fenómeno de que el Derecho es cada vez menos ideológico, ya que «lejos de intentar ocultar la brutalidad de la praxis de gobierno, se propone expresarla en forma transparente».

«Apuntamientos sobre el cheque entregado por el autor sin imitación de la firma del titular de la cuenta corriente», J. E. Valencia constituye el penúltimo artículo de esta completa Doctrina, que finaliza con un estudio de Agudelo Betancourt referente a «El retraso mental: un caso de retroactividad del nuevo Código Penal, por favorabilidad, en materia de inimputabilidad».

dad», donde se analiza la problemática planteada en el C. P. de 1936 en relación con la regulación actual establecida por el C. P. de 1980.

Contiene la habitual sección de Foro Histórico, que en este número va referido a la Ley de Amnistía de 1982, recogiéndose dicha ley, decretos y decisiones jurisprudenciales al respecto.

Finaliza la revista con la sección de Jurisprudencia.

ELENA LARRAURI

Universidad Autónoma de Barcelona

## **NUEVO FORO PENAL**

Revista bimestral, año V, septiembre-octubre 1983, núm. 21

Ed. Temis, Bogotá-Colombia, 1983

La sección Doctrina se inicia con el mensaje de Luis Carlos Pérez, dirigido al presidente Belisario Betancourt respecto a «Violaciones al derecho internacional en el Tratado de Extradición con Estados Unidos». A continuación, el artículo del profesor Velásquez, «Consideraciones sobre los principios de la ley penal colombiana» analiza los principios de legalidad, del hecho, de determinación, de la antijuricidad material, de culpabilidad, de favorabilidad, de exclusión de la analogía, de igualdad ante la ley, de la cosa juzgada, del conocimiento de la ley, del juez natural, de la función de la pena y la medida de seguridad, presentes en el Código Penal Colombiano.

H. Londoño, en su ponencia «El escuadrón de la muerte», realiza un examen crítico de la impunidad con que dicha banda actúa.

Por último, «El Derecho Penal Colombiano y la técnica jurídica», de Arismendy Díaz plantea la necesaria fusión en el Derecho Penal Colombiano de la práctica junto con los avances teóricos que en esta materia se están produciendo.

La sección Foro Histórico recoge en este número la Sentencia del Tribunal Superior de Medellín de 14 de julio de 1982.

Contiene asimismo la sección de jurisprudencia, con la que finaliza esta revista.

ELENA LARRAURI

Universidad Autónoma de Barcelona

## **TRIBUNA PENAL**

Revista del Colegio de Abogados Penalistas de Antioquía, núm. 3

Medellín 1985

Esta revista acoge normalmente una primera sección de Derecho Penal, que en este número ha sido sustituida por Derecho Procesal Penal para exponer las ponencias presentadas para la reforma del régimen procesal penal.

La sección segunda de Criminología y Política Criminal se inicia con un artículo de la Dra. Rosa del Olmo, «Aspectos sociopolíticos y económicos de las drogas».

En él se estudia la evolución que ha seguido el tratamiento de la droga hasta llegar a la situación actual en que se produce la identificación de «consumidor-enfermo» y «traficante-delincuente»; identificación, que en palabras de la autora, conlleva el que «se reducirá a prisión al consumidor pobre y no al consumidor rico». En este artículo se estudia asimismo el papel de las drogas en la historia y en el capitalismo actual, en donde éstas han pasado a ser una mercancía que constituye uno de los negocios más rentables de la actualidad. Se analiza también sus consecuencias en el aspecto superestructural, exponiéndose al respecto el papel que ha jugado en su desarrollo lo que se ha denominado industria de la conciencia, la Industria de la Represión Policial y la Industria de la Publicidad. En base a ello se llegaría a la conclusión de que «El beneficio es doble: político y económico, pero ambos están dirigidos a lo mismo: a imponer la dominación de unos grupos sobre otros».

El siguiente artículo del profesor Antonio Beristain «Liberación religiosa en las cloacas carcelarias», incluye un extenso estudio destinado a analizar, estudiar y proponer el camino para el tratamiento de este tema en las instituciones carcelarias.

Por último, se recoge una interesante entrevista del Dr. Pastor Acevedo con el profesor Roberto Bergalli, en donde se exponen temas como el origen de la Criminología Crítica, su relación con otras disciplinas, evolución, etc....

La siguiente sección está dedicada al análisis de jurisprudencia, a la que sigue la sección de Derechos Humanos, que en esta ocasión recoge la Ponencia presentada por la comisión primera en el IV Foro Nacional Derechos Humanos «Por las reformas políticas, sociales y la Paz», celebrado en Bogotá (1984).

La sección V «Documentos» recoge un resumen de las ponencias presentadas en el Congreso por «la modernización de la justicia, la paz y contra el crimen organizado (Asonal judicial)», celebrado en Bogotá (1984).

Finaliza la revista con una sección destinada a Bibliografía.

ELENA LARRAURI

Universidad Autónoma de Barcelona

# INDICE GENERAL DEL TOMO XXXVIII

## AÑO 1985

Páginas

### TOMO XXXVIII - FASCICULO II - MAYO-AGOSTO

#### SECCION DOCTRINAL

<i>La regulación del error de prohibición en el Código penal español y su trascendencia en los delitos monetarios, por José Cerezo Mir</i> ... ... ...	277
<i>El concepto individual de culpabilidad, por Angel Torío López</i> ... ... ...	285
<i>De algunas bases del Derecho penal español, por el profesor Joan J. Queralt.</i>	303
<i>Función y contenido del error en el tipo de estafa, por José Manuel Gómez Benítez</i> ... ... ...	333

#### CRONICAS EXTRANJERAS

<i>Genética humana desde la perspectiva del Derecho alemán, por el profesor Albin Eser</i> ... ... ...	347
--	-----

#### SECCION LEGISLATIVA

<i>Ley Orgánica 2/1985, de 29 de abril, de reforma del Código Penal en materia de delitos contra la Hacienda Pública</i> ... ... ...	365
<i>Ley Orgánica 3/1985, de 29 de mayo, sobre modificación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen</i> ... ... ...	369
<i>Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial</i> ... ... ...	370
<i>Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio de reforma del artículo 417 bis del Código penal</i> ... ... ...	578
<i>Orden de 31 de julio de 1985 sobre la práctica del aborto en centros o establecimientos sanitarios</i> ... ... ...	579

#### CIRCULARES Y CONSULTAS

Circulares, consultas e instrucciones de la Fiscalía General del Estado ...	583
---	-----

#### SECCION DE JURISPRUDENCIA

<i>Comentarios a la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo, Sección dirigida por Santiago Mir Puig</i> ... ... ...	597
<i>Jurisprudencia penal, por Luis Felipe Ruiz Antón</i> ... ... ...	613

#### SECCION DE BIBLIOGRAFIA

Revista de libros ... ... ...	635
Revista de Revistas ... ... ...	643

# ÍNDICE

	<i>Páginas</i>
<b>SECCION DOCTRINAL</b>	
<i>La regulación del error de prohibición en el Código penal español y su trascendencia en los delitos monetarios, por José Cerezo Mir</i> ... ... ...	277
<i>El concepto individual de culpabilidad, por Angel Torío López</i> ... ... ...	285
<i>De algunas bases del Derecho penal español, por el profesor Joan J. Queralt</i>	303
<i>Función y contenido del error en el tipo de estafa, por José Manuel Gómez Benítez</i> ... ... ...	333
<b>CRONICAS EXTRANJERAS</b>	
<i>Genética humana desde la perspectiva del Derecho alemán, por el profesor Albin Eser</i> ... ... ...	347
<b>SECCION LEGISLATIVA</b>	
<i>Ley Orgánica 2/1985, de 29 de abril, de reforma del Código Penal en materia de delitos contra la Hacienda Pública</i> ... ... ...	365
<i>Ley Orgánica 3/1985, de 29 de mayo, sobre modificación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen</i> ... ... ...	369
<i>Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial</i> ... ... ...	370
<i>Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio de reforma del artículo 417 bis del Código penal</i> ... ... ...	578
<i>Orden de 31 de julio de 1985 sobre la práctica del aborto en centros o establecimientos sanitarios</i> ...	579
<b>CIRCULARES Y CONSULTAS</b>	
<i>Circulares, consultas e instrucciones de la Fiscalía General del Estado</i> ...	583
<b>SECCION DE JURISPRUDENCIA</b>	
<i>Comentarios a la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo, Sección dirigida por Santiago Mir Puig</i> ... ... ...	597
<i>Jurisprudencia penal, por Luis Felipe Ruiz Antón</i> ... ... ...	613
<b>SECCION DE BIBLIOGRAFIA</b>	
<i>Revista de libros</i> ... ... ...	635
<i>Revista de Revistas</i> ... ... ...	643

### **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.\* RODRÍGUEZ DEVESÁ, *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**