

SE
CI
E

CONSULTA NUM. 3/1981

NATURALEZA DE LA CANCELACION DE ANTECEDENTES PENALES

EXCMOS E ILMOS. SRES.:

Ante los criterios, esencialmente antitéticos, surgidos entre los funcionarios de esa Fiscalía, y al discrepar V. E. del parecer de la mayoría, con prudencia y celo encomiables, formula, con fecha de 19 de octubre anterior, Consulta en la que da cuenta de las interpretaciones contrapuestas acerca de los efectos y extensión de la cancelación de antecedentes penales una vez promulgada la Ley 81/1978, de 28 de diciembre, por la que se adiciona a los números 14 y 15 del artículo 10 del Código Penal, un párrafo redactado en los siguientes términos: "En los casos en que se hubiera producido cancelación de antecedentes penales en el Registro Central de Pena-

dos y Rebeldes, no serán considerados los mismos, a los efectos de la apreciación de esta agravante, cuando al tiempo de la comisión del delito enjuiciado hubiera transcurrido un tiempo doble del previsto para cada caso por el artículo 118, párrafo tercero, de este Código, computado desde la fecha señalada en el mismo y, como máximo, el plazo de diez años.”

Las interpretaciones propugnadas pueden resumirse del siguiente modo:

La primera entiende que no debe considerarse la agravante de reincidencia una vez transcurrido el plazo máximo de diez años previsto, aunque no se haya obtenido la cancelación, y esgrime como argumento favorable que, de otra manera, se establecería una gran desigualdad, perjudicando a los más débiles y menos formados, desconocedores de la posibilidad de cancelación, por lo que el trámite administrativo que precede a la misma debería iniciarse de oficio.

La segunda entiende, por el contrario, que el precepto legal percitado es terminante al exigir la cancelación de los antecedentes penales, llegando a la conclusión de que es ineliminable que la misma se haya producido y precisamente a instancia del interesado.

La alternativa planteada en Junta de esa Fiscalía debe concentrarse en una solución coincidente con el segundo de los criterios expuestos, fundamentada en las siguientes consideraciones:

A) La extinción de la sanción impuesta en sentencia firme, no elimina, sin más, todas las consecuencias de la pena impuesta, pues la inscripción de la condena permanece en tanto no se haya obtenido la cancelación de los antecedentes. Pero la cancelación, cuyo efecto es la nulidad de la inscripción, no tiene siempre una vigencia temporal incondicionada, sino que, ante la comisión de un nuevo delito, es susceptible de revocación, con efectos “ex tunc”, recobrando los antecedentes penales su vigor.

Este ha sido el sistema normalmente aceptado por nuestro ordenamiento jurídico, en el que la cancelación se ha concebido como figura jurídica condicional, pues en cualquier momento en que se produjera el acontecimiento delictivo constitutivo de la condición, quedaban extinguidos sus efectos. Sin necesidad de acudir a antecedentes legislativos más remotos en la línea apuntada, se halla el artículo 118, párrafo último, del Código Penal de 1944, al declarar que si el rehabilitado cometiera un nuevo delito comprendido en el mismo título que el que originó la inscripción cancelada, recobrará ésta su vigor para los efectos de la reincidencia. La reforma que llevó a efecto la Ley de 20 de diciembre de 1952 se mostró más rigurosa, pues, de una parte, el evento que desencadenaba la revocación de la cancelación era cualquier delito y, de otra, la inscripción de condena recobraba su vigor a todos los efectos. La Ley de 15 de noviembre de 1971, de tono más progresivo, añadió un nuevo párrafo al artículo 118, por el cual la cancelación de los antecedentes quedaba sin efecto únicamente para apreciar las circunstancias de reiteración y reincidencia.

En todas las normas citadas, la cancelación debía ser instada por el condenado.

B) Con la Ley de 28 de diciembre de 1978, a la que se hace referencia en la Consulta, la cancelación continúa siendo una institución sometida a condiciones que sólo alcanza carácter definitivo si se cumple la condición negativa de la no realización de una conducta punible en tiempo determinado, más la positiva de tener satisfechas en lo posible las responsabilidades civiles provenientes de la infracción y además se promueva el expediente cancelatorio por el interesado.

Así, en ella es posible distinguir dos estadios. En uno la cancelación produce sus efectos definitivamente si durante el plazo legal no se ha verificado el evento constitutivo del nuevo delito (*condictio deficit*). En otro, esto es, mientras está transcurriendo el plazo (*conditio pen-*

det), la cancelación es productora sólo de efectos provisionales, pues pesa sobre ellos la eventualidad de la destrucción.

C) Situados ante la cancelación de efectos definitivos, es preciso analizar el tema central de la consulta, que es el siguiente: si transcurridos los plazos que la Ley determina, esos efectos se producen *ipso iure* y sin necesidad de declaración de cancelación, o si es imprescindible la iniciación del expediente dirigido a la obtención de la misma.

El simple transcurso del tiempo no es bastante, ya que, como dijimos, no es el único requisito; a él debe unirse el expediente de cancelación, en el que deberá acreditarse el cumplimiento de las condiciones exigidas para ello. No cabe una cancelación presunta deducida de los simples datos de la hoja histórica penal del reo, pues éstos son insuficientes para acreditar el cumplimiento de *todos* los requisitos exigidos en el artículo 118, como tampoco puede conocerse normalmente el *dies a quo* o inicial del cómputo del plazo exigible para la cancelación, que el citado artículo hace depender de circunstancias de cumplimiento de la pena, que, normalmente, no obran en la causa. En otras palabras, aún para llegar a una cancelación presunta o *ex officio* de los antecedentes, sería menester una investigación complementaria análoga a la que se lleva a cabo en el expediente formal de rehabilitación. En definitiva, tanto el dato temporal como el requisito formal —instar la cancelación y obtenerla— integran el núcleo de la proposición normativa contenida en el artículo 118. La cancelación automática o *ex lege*, lo mismo que la cancelación *ex officio*, son ajenas a nuestro sistema vigente, que, por el contrario, acoge de modo expreso la cancelación a iniciativa del interesado.

Los interesados son, pues, los legitimados para solicitar la cancelación (art. 3.º del Decreto 1.598/1972, de 25 de mayo) y por tales hay que entender únicamente

los condenados (art. 118, párrafo primero del Código Penal), de donde se desprende que responde la cancelación a la naturaleza de un derecho potestativo atribuido al penado y cuyo nacimiento se subordina al transcurso del tiempo que la Ley establece, por lo que sin su ejercicio la cancelación no es posible.

Que lo relevante es la voluntad del sujeto para la eficacia jurídica de la cancelación, lo muestra además la frase *podrán instar*, del artículo 118, párrafo primero, del Código Penal, y si se observan y cumplen los presupuestos exigidos no hay discrecionalidad administrativa, sino obligación de concederla, como se deriva del párrafo segundo del artículo precitado, pues cumplidos aquéllos, la cancelación se obtiene.

D) Esta interpretación de la norma contemplada, es la misma que la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha expresado en reciente sentencia, de 29 de septiembre de 1981, en la que se declara que la premisa fundamental para la aplicación del nuevo precepto —se refiere al introducido por la Ley de 28 de diciembre de 1978—, es que se haya producido la cancelación de los antecedentes, pues, tal como aparece redactado, la rehabilitación no opera automáticamente o legalmente, sino por expediente previo en que se acuerde y conceda la cancelación de antecedentes solicitada. Y concluye la Sentencia así: “mientras no se hubiere producido la cancelación de la inscripción, cualquiera que fuere el tiempo transcurrido, siempre habrán de ser tenidos en cuenta, a efectos de reiteración o reincidencia, los antecedentes que tuviere el reo”.

En igual sentido las sentencias de 20 de octubre de 1981, 7 de marzo de 1981, 16 de junio de 1980, 21 de mayo de 1980 y 21 de diciembre de 1979.

E) Ciertamente que el proyecto de Ley Orgánica del Código Penal, pendiente en las Cortes, con criterio, sin duda más equitativo, coincidente con el mayoritario de esa Fiscalía, da un tratamiento distinto del actual

a la cancelación de antecedentes penales y, así, en el artículo 108 se dice: Por la rehabilitación se extinguen *definitivamente* todos los efectos de la pena; que los condenados que hayan cumplido su pena o alcanzado la remisión condicional de ella, *podrán instar y obtener* del Ministerio de Justicia la cancelación de sus antecedentes penales; se establecen los requisitos indispensables para obtener dicho beneficio, entre ellos el transcurso de los plazos que se fijan en el núm. 3.º del párrafo tercero; y determinando en el párrafo cuarto que “El Ministerio de Justicia *procederá de oficio* a la cancelación de los antecedentes penales cuando transcurriesen los plazos precedentes señalados y dos años más sin que se haya anotado una nueva y posterior condena o declaración de rebeldía del penado”.

Ello viene a confirmar que en tanto no se modifique la redacción actual del artículo 118 del Código Penal, dicho precepto no puede tener otro alcance que el anteriormente consignado: lo contrario significaría una violación expresa del texto legal, no justificable por presuntas motivaciones éticas-jurídicas que acampan fuera de la realidad del ordenamiento jurídico.

En su consecuencia, deberán V. E. y los funcionarios de esa Fiscalía, atenerse a la interpretación anteriormente expresada en el caso consultado y en los supuestos análogos que pudieran presentarse y sea de aplicación el artículo 118 del Código Penal y las disposiciones a que implícitamente se refiere en su vigente redacción.

Dios guarde a V. E. y a V. I. muchos años.

Madrid, 13 de noviembre de 1981.

Excmos. e Iltmos. Sres. Fiscales de las Audiencias Territoriales y Provinciales.