

La entrada en vigor de un nuevo Código penal supone un período de intenso estudio y de asiduo trabajo para los funcionarios del Ministerio Fiscal encargados muy especialmente por precepto imperativo de su Estatuto de vigilar por el cumplimiento de las Leyes referentes a la Administración de Justicia, reclamando en todo momento su observancia.

Seguros estamos de que todos, cumpliendo como siempre saben hacerlo con ese fundamental deber, habrán aprovechado el paréntesis abierto para su vigencia desde que se publicó en el periódico oficial, para hacer un examen de lo más saliente de sus disposiciones, establecer la obligada comparación con las del texto que desaparece y prepararse para hacer frente al interesante período que siempre se abre entre un precepto que nace y otro que muere.

Es precisamente ese período de transición de los más arduos y delicados, en el que nuestra atención debe estar más tensa y apercebida a encauzar los variados problemas de adaptación que se van a presentar.

No olvidemos que nuestro Ministerio, dentro del sistema acusatorio que rige el procedimiento criminal, es siempre el encargado de abrir camino para la aplicación de los nuevos dictados legislativos.

En el transcurso de poco más de un siglo es éste el séptimo Código, a contar del de 1822, que regula cuanto en general se refiere a delitos y penas. Esta sola consideración histórica basta para apreciar su trascendencia.

Por fortuna ese difícil tránsito a que aludíamos se halla facilitado por las normas interpretativas y de adaptación consignadas en el Decreto de 23 de diciembre próximo pasado, una de las cuales, la de su art. 5.º, ha sido ya explicada en su verdadero alcance por Orden de 15 de los corrientes.

* * *

No ha sido elaborado a la ligera este nuevo Código, porque se iniciaron los primeros estudios en el seno de la Sección 3.ª del Consejo Asesor de Justicia, que cuajaron en la Ley de Bases aprobada por las Cortes en julio de 1944, dándoles por fin definitiva forma la competente Comisión de funcionarios judiciales y fiscales designada por Orden de 21 de octubre del citado año, cuya luminosa Exposición de motivos tenemos a la vista.

* * *

La parte esencial de las normas del Decreto de 23 de diciembre último ("B. O." del 13 de enero) radica en la aplicación del principio de la retroactividad de la Ley penal, consagrado en el art. 24 del Código, por virtud del cual este Cuerpo legal debe ser aplicado no sólo a los hechos punibles ocurridos a partir de la fecha de su entrada en vigor, sino también a los que sucedieron antes, siempre que sus preceptos favorezcan a los reos o incluso si las sentencias recaídas fueron ya firmes y las condenas se encontrasen en período de ejecución; pero bien entendido que ese beneficio de retroactividad no alcanza a las penas ya cumplidas, en cuyo sentido se ha de interpretar lo prevenido en el art. 4.º del repetido Decreto.

* * *

Como sería una labor demasiado extensa comentar ahora, una por una, con relación a la futura intervención de los funcionarios fiscales, las acertadas novedades y modificaciones introducidas por la Comisión dictaminadora, nos limitaremos a señalar aquellas de mayor relieve y principalmente de más perentorio conocimiento para ellos al dar principio a su aplicación.

Aunque parezca paradójico, hemos de llamar en primer término la atención sobre el alcance de la Disposición final derogatoria del Código de 1932, y especialmente del párrafo 2.º del art. 604 que la contiene.

Se dice en él que los preceptos de Leyes penales especia-

les incorporados al Código se aplicarán con arreglo a las disposiciones del mismo, quedando subsistentes aquellos otros que no contradigan ni se opongan a lo establecido en el nuevo Cuerpo legal; o lo que es lo mismo, que con tal condición conservarán su vigor cuantos preceptos de esa clase no hayan sido absorbidos en el articulado del Código.

Ello impone una concienzuda labor de comparación y fijación de los preceptos que continúan vigentes dentro de cada una de esas Leyes especiales con relación a la respectiva doctrina proclamada en el texto refundido. Y corresponde esa labor al Fiscal en primer lugar por su colocación en la vanguardia del procedimiento criminal.

En la mencionada Exposición de motivos y en el preámbulo del Decreto de 23 de diciembre, se hace referencia a unas cuantas Leyes especiales incorporadas al Código en todo o en parte.

Entre las totalmente incluídas, figuran, por ejemplo, las de 12 de marzo (de abandono de familia) y 11 de mayo de 1942 (infanticidio), que han tenido una colocación algo complicada en razón de la diversidad de materias que trataban. Así, con el primer artículo de la de 11 de mayo, se ha creado el 2.º Capítulo del Título 8.º del Libro II, con el encabezamiento de Infanticidio, y en el Título 12, que se ocupa de los delitos contra la libertad y seguridad, el Capítulo 3.º se principia con los preceptos un tanto modificados en cuanto a penalidad suavizada de la Ley de 12 de marzo y se termina con el resto del articulado de la de 11 de mayo.

Con ello ambas Leyes especiales han quedado por completo incluídas en el nuevo Código e implícitamente derogadas.

Pero, en cambio, la extensa Ley de Seguridad del Estado no queda completamente absorbida en el Código, según declaración expresa de aquella Disposición final, ni en lo sustantivo ni en lo jurisdiccional, por lo que el Fiscal desde

el primer día de la vigencia del nuevo Código ha de estudiar ambos textos para señalar las prescripciones de esa Ley que hayan quedado vigentes.

Por lo que respecta a las tantas veces citadas Leyes especiales, que vienen a ser como las necesarias válvulas de seguridad, por las que se extiende, sin detrimento de la doctrina general del Código, a los apremios de la política penal de cada momento histórico, conviene tener también muy en cuenta lo que dispone el art. 7.º, que ratifica doctrina que venía proclamada en todos los Códigos anteriores, con el reconocimiento de que los delitos y faltas penados por Leyes especiales no quedan sujetos a las disposiciones del nuevo Código penal.

Ese reconocimiento, demasiado escueto, se amplió muy oportunamente en el de 1928, cuyo art. 4.º declaraba que el Código era supletorio de las Leyes mientras en éstas no se dispusiera lo contrario.

No hace suya tal ampliación el que comentamos de 1944, y es sensible, porque en su Libro 1.º, como pasaba en los ya derogados, se ocupa de Disposiciones generales sobre los delitos y faltas, las personas responsables y las penas, cuyas materias no se tratan en la inmensa mayoría de las Leyes especiales, aplicándose a ellas en la práctica constante, sin embargo. Por eso hubiera estado muy bien que la repetida declaración de 1928 se conservara, para dar a esa práctica una consagración legal.

Dicho se está que los Fiscales no deben olvidar que hay alguna que otra Ley especial que establece sus normas en la materia, excluyentes por ende de las del repetido Libro 1.º del Código. Así, la de Seguridad del Estado dedica el Capítulo 9.º a Disposiciones generales, distintas de las del Código de 1932 entonces vigente y en el Capítulo 10 declara que ni las del Código penal común ni de otras Leyes especiales serán aplicables en cuanto alteren o contradigan los preceptos suyos, que es el caso previsto en el art. 4.º del de 1928.

En ese Libro 1.º del nuevo Código se incluyen algunas declaraciones de principio, de tradicional constancia en los textos de esa categoría jurídica, tales como las de los artículos 1.º, 12, 23 y 24. Una se echa de menos, que se incluyó por razones históricas de momento entre las que figuran en el Título preliminar del Código civil: es la consignada en el artículo 8.º, cuyo carácter exclusivamente penal no necesita defenderse. No tiene razonable explicación que haya permanecido dentro de un Cuerpo legal dedicado por entero al Derecho civil privado, en el transcurso de más de sesenta años. Así se consideró en el de 1928, que la incluyó en su art. 10. El Código de 1932, obedeciendo sin duda al impulso sectario contra el entonces calificado de Código gubernativo, la expulsó de su texto, y hubiéramos querido verla recogida en éste de 1944, porque en rigor de derecho, falta en él y sobra en el Código civil.

* * *

El párrafo 2.º del art. 2.º del nuevo Cuerpo legal encierra una trascendental novedad, recogida del art. 3.º del de 1928, y deberán cuidar los Fiscales de provocar cuando lo estimen oportuno la gestión del respectivo Tribunal de acudir al Gobierno, no sólo cuando, como ya se decía en 1850, 1870 y 1932, de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resultare notablemente excesiva la pena, sino asimismo, si resultare penada una acción u omisión que a su juicio no debiera serlo.

* * *

Procurarán también los Fiscales tener en cuenta el nuevo delito de provocación establecido en el art. 3.º, que fue creado por el Código de 1928 (art. 36) y lo definió en su artículo 43, aunque sin darle entonces el alcance que ahora va a tener, pues se dice en el párrafo 3.º del art. 4.º que si la provocación hubiere sido tan eficaz que a ella hubiere segui-

do la perpetración del delito, deberá aquélla castigarse como inducción.

* * *

Hay un hecho, sancionado como delito en el art. 239 del Código de 1944, que destaca por su singularidad, que le hace merecedor de un breve comentario.

Nos referimos a la blasfemia, que se incluyó en la Ley de Bases para proteger eficazmente la corrección en el lenguaje y en la acción, en cuanto se relaciona con nuestra obligada conducta en la vida social o de relación.

No lo define el legislador; se limita a imponer pena que, en orden a la cuantía o importancia de la blasfemia, puede ser delito, si se realiza por escrito y con publicidad, o con palabras o actos que produzcan grave escándalo público, o bien puede quedar reducida a una falta (art. 567, núm. 1.º), si no reúne aquellos caracteres, reduciéndose a palabras que no produzcan grave escándalo público.

Pero ¿cuándo se blasfema?; ¿cómo se lleva a cabo ese acto verbal o material punible? Es preciso que los Fiscales para acusar, ejercitando la acción correspondiente, y los Tribunales para condenar, sepan en qué consiste la blasfemia.

Buscando precedentes legales, nos remontamos a los Códigos de 1848 y 1850, que dedicaban en su Libro 2.º un Título a los delitos contra la Religión Católica, que era entonces la del Estado; pero en ese Título no se definía ningún acto que pudiera considerarse como una blasfemia. Entonces se la calificaba de falta, y en el núm. 1.º del art. 481, nombrándola expresamente, se decía: "El que blasfemare públicamente de Dios, de la Virgen, de los Santos o de las cosas sagradas, será castigado".

El vocablo no vuelve a encontrarse en el Código de 1870, ni como delito ni como falta, pues hay que tener en cuenta que en aquella fecha, desgraciadamente, el Estado español no tenía oficialmente religión, protegiendo a todos los cultos por igual (Sección 3.ª, Capítulo 2.º, Título 2.º del Libro 2.º del Código).

Al publicarse el Código de 1928, el panorama político había cambiado totalmente y vuelve a figurar una Sección 3.ª del Capítulo 2.º del Título 2.º de su Libro 2.º con la denominación de "Delitos contra la Religión del Estado". Pero entre la variedad de sus figuras delictivas no se cita específicamente la blasfemia, aunque acaso en el art. 274 pudiera fundarse una acción con tal motivo. Como faltas, no tiene tampoco sanción expresa en el art. 793.

En el Código de 1932 vuelve a desaparecer la protección a la Religión Católica, y ni en la Sección dedicada a castigar los delitos relativos a la libertad de conciencia y al libre ejercicio de los cultos, ni en el art. 562, núm. 1.º, aparece citada la blasfemia.

A falta, pues, de una definición legal, será forzoso acudir a lo que sobre el concepto diga nuestro Diccionario de la Real Academia de la Lengua, única autoridad en la materia, hasta tanto que la jurisprudencia vaya lentamente fijándola.

Según el Diccionario, blasfemar es proferir palabras injuriosas contra Dios, la Virgen o los Santos.

Y a esta auténtica definición habrán de atenerse los Fiscales para encuadrar, según los casos, ejercitando la acción correspondiente, el delito o la falta que se haya cometido.

* * *

De verdadera importancia es la facultad concedida a los Tribunales de otorgar por sí o también en ciertos casos por ministerio de la Ley, la condena condicional, con suspensión de la ejecución de la pena.

El Fiscal debe velar constantemente porque se cumplan los requisitos previos para la concesión facultativa, pero todavía ha de prestar, si cabe, mayor atención a los casos excepcionales en que, según el párrafo último del art. 93, puede el Tribunal ampliar el beneficio a las penas hasta de dos años de duración.

* * *

La intervención que el art. 96 concede a la persona ofendida o a su representante legal antes de otorgar el beneficio de la condena condicional en los delitos perseguibles sólo a instancia de parte, no es obstativo, bastando oírle, pero sin tener que someterse a su opinión.

En la Escala General de penas del art. 27 se crea una sin precedentes en los pasados Códigos, que es la de "Pérdida de la nacionalidad española", cuya extensión es muy limitada, pues según el art. 34, corroborado por el 141, sólo se aplicará a los extranjeros naturalizados que se hayan hecho responsables de delitos comprendidos en el Título 1.º del Libro 2.º, es decir, de los que van contra la Seguridad exterior del Estado.

Bien estudiada esta pena, es, en rigor, sólo accesoria del delito principal, y queda al arbitrio del Tribunal su imposición, pero con mayor motivo la intervención del Fiscal en los sumarios respectivos y en el plenario ha de ser activa y vigilante.

Un principio consignado en la Ley de Bases, en relación con la pena de muerte, recoge el Código en sus preceptos: El de que nunca se imponga como única. Con ello contribuye a dar a la penalidad, en sus aspectos más graves, la necesaria elasticidad para que, tanto el Fiscal en su actuación como el Tribunal en su sentencia, aquilaten escrupulosamente cuantas circunstancias se puedan presentar en cada caso y no coloca a los Magistrados ante un precepto categórico insalvable.

Está regulada esa doctrina en la segunda de las reglas del art. 61, y llega hasta a prohibir que se imponga la última pena cuando no hallándose establecida para el delito de que se trata, resultare aplicable por agravación de la pena a él señalada.

El Tan humanitario y equitativo principio tiene su precedente inmediato en el Código de 1928, ya que el de 1932 prescindió doctrinariamente de la pena capital, cuyo reintegro impuso la realidad poco tiempo después.

Respondiendo a un caluroso y general movimiento de opinión, reparador de inconcebibles atropellos, el Poder Público ha restablecido, mejorándolos, en el Código ya vigente, los actos atentatorios contra la Religión Católica y sus Ministros. Ningún comentario instructivo de la conducta a seguir por el Ministerio Fiscal en presencia de alguno de esos delitos requieren la claridad y exactitud con que están precisados en la sección que se les dedica, comprensiva de los arts. 205 al 212, ambos inclusive.

Mención especial merece la ordenación técnica llevada al Código por la Comisión en lo que se refiere a la casuística penalidad que venía imperando en los delitos contra la propiedad calificados como robos y hurtos. Se ha conseguido una categórica y sustancial distinción entre unos y otros. Ya no caben oscilaciones jurisprudenciales.

La barrera formal que los separa se perfila clara y perfecta en las respectivas definiciones, formuladas en los artículos 500 y 514. Puede afirmarse en términos generales que el robo es un acto punible positivo y el hurto negativo, porque este último sólo se da, dentro de la finalidad común de apoderamiento de lo ajeno, cuando falta la nota de violencia o intimidación en las personas o de fuerza en las cosas que caracteriza al primero.

Las diferentes definiciones del art. 508 sobre lo que es casa habitada, sus dependencias y los lugares que no lo son, deben ser objeto de toda la atención del Fiscal cuando tenga que estudiar cada caso para formalizar conclusiones, procu-

rando queden bien precisados los detalles esenciales en la instrucción sumarial.

* * *

La minoría de edad tiene una gran trascendencia en el orden penal, que se refleja bien expresivamente en la mucha extensión que le dedica el nuevo Código, y que también exige de nosotros intensa atención, dada nuestra condición singular de representantes y defensores en muchos momentos de los que se encuentran dentro de ella.

Al menos de dieciséis años le exime de toda responsabilidad criminal su edad (núm. 2.º del art. 8.º), pero bien entendido que en realidad, lo que ocurre es que cesa la competencia de la justicia ordinaria para conocer de su acto punible y pasa a ser el sujeto considerado por la jurisdicción especial de los Tribunales Tutelares.

Ser menor de dieciocho años y mayor de dieciséis atenúa siempre la responsabilidad criminal (núm. 3.º, art. 9.º), con aplicación de la regla optativa del art. 65.

Es imposible, de no doblar la extensión de esta Circular, comentar desde el punto de vista de las obligaciones del Ministerio Fiscal las numerosas sanciones que, tanto en el Libro 2.º como en el 3.º, protegen a los menores de veintitrés años y de doce. Nos interesa, sin embargo, resaltar por su singularidad, del estupro del art. 435, en el que no se precisa que la ofendida sea menor de veintitrés años, excepción única, explicable por el lazo del parentesco, que supone en el culpable indudable superioridad espiritual.

Por cierto que el Código señala bien categóricamente en todos los casos de protección de menores, que la edad que goza de este beneficio llega a los veintitrés años, con lo que se coloca en abierta contradicción con la mayor edad civil, que por Ley de 13 de diciembre de 1943, principia a los veintitún años, antinomia que deberá tenerse muy en cuenta por el Ministerio Fiscal.

* * *

Entre las reglas para la aplicación de las penas en consideración a las circunstancias atenuantes y agravantes, a que se refiere la Sección 2.ª del Capítulo 4.ª del Libro 1.º, figura en el último artículo, que es el 67, una sanción facultativa del Tribunal en la punición de ciertos delitos (contra las personas y su honor, honestidad, libertad y seguridad y propiedad) que tiene los caracteres de una verdadera pena accesoria. Se trata de prohibir al reo que vuelva al lugar en que hubiere cometido el delito, o en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos, dentro del período de tiempo que el mismo Tribunal señale, según las circunstancias del caso.

La facultad aquí concedida al Tribunal envuelve realmente la imposición de una pena de destierro, aunque no se la denomine así, ni se someta a la duración prescrita para tal pena en el art. 30. Tampoco está incluida entre las accesorias de la Escala General del art. 27.

De cualquier manera, el Fiscal, siempre que considere conveniente la aplicación de esa sanción especial, por encuadrar los hechos probados o enjuiciados dentro de las circunstancias exigidas por dicho art. 67, deberá pedirlo así al Tribunal, teniendo en cuenta para no entablar recursos improcedentes, que se trata de una resolución facultativa.

En las normas de aplicación de las penas introduce el Código de 1944, entre otras, dos importantes modificaciones, que requieren la máxima atención de los señores Fiscales en los trámites en que les corresponde la solicitud de sanción para el delito, y son: La amplia facultad que otorga a los Tribunales la regla 4.ª del art. 61 para imponer la pena en el grado que estimen conveniente, cuando no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad, atendidas la mayor o menor gravedad del hecho y la personalidad del delincente; y el sistema seguido de señalar la sanción a cada delito mediante penas completas o grados de la misma pena, de las comprendidas en la Escala General del art. 70, aban-

donando así el que seguía el Código anterior de formar la penalidad con diversos grados de penas distintas.

Para interpretar fielmente el espíritu que anima a esas normas, han de examinar los señores Fiscales en primer lugar, y valorar con cuidadosa atención, aquellas circunstancias del hecho y del culpable que han de servirles para graduar la pena, y no han de limitarse a solicitar la imposición de ésta siempre en el grado medio o en el mínimo, sino que la pedirán en uno u otro grado, y aun en el máximo, según la estimación que hagan de aquellas circunstancias a que alude la Ley. De más sencilla aplicación es la segunda de aquellas normas, y conforme a su claro sentido, los señores Fiscales pedirán en todos los casos con absoluta precisión, por años o meses completos, la pena que a su juicio proceda imponer al culpable del delito calificado, prescindiendo, en cuanto fuera posible, de las fracciones, bien consistan en meses y días o en días únicamente. Así —por vía de ejemplo—, si la pena señalada al delito es la de prisión menor, cuando deban solicitar su imposición en el grado mínimo, la fijarán en uno o en dos años; si en el grado medio, en tres o en cuatro años, y si en el máximo, en cinco o en seis años.

Este criterio, sin embargo, no podrá seguirse en los casos en que se señala al delito un solo grado de una pena determinada, como en los arts. 411, párrafo 2.º; 415; 487, párrafo 3.º, y 506, en relación con el núm. 3.º del 505, entre otros, pues en ellos, como el período de duración debe dividirse en tres partes iguales por mandato del art. 78, y constituir cada una de ellas un grado, al aplicar el que de éstos corresponda, no podrá seguirse ese sistema de prescindir de la fracción, sino que deberá estimarse ésta, porque, de lo contrario, no se conseguiría imponer la pena debida. En el primero de los artículos citados, la pena señalada es el grado máximo de la prisión mayor, que comprende de diez años y un día a doce años, y en consecuencia, el grado mínimo es de diez años y un día a diez años y ocho meses, y el medio, de diez años, ocho meses y un día, a once años y cuatro meses, y el máximo, de once años, cuatro meses y un día, a doce años. Con perfecta claridad se advierte que si al pedir o al impo-

ener la pena se prescinde de la fracción de meses, no puede hacerse aplicación de grado que en cada caso corresponda según las circunstancias que en él concurran. Así, pues, en este supuesto y en todos los análogos, deberá tenerse en cuenta la fracción.

* * *

Como decíamos al principio, se haría interminable esta Circular si tratásemos de dar instrucciones a los funcionarios respecto a todas y cada una de las interesantes materias que han entrado en la refundición y creado el nuevo Código.

Por lo tanto, los Fiscales Jefes de cada Audiencia Territorial harán directamente a este Centro, en días sucesivos, cuantas observaciones estimen oportunas sobre la puesta en marcha del ya vigente Cuerpo legal. A su vez, los Fiscales de las Audiencias Provinciales darán cuenta de las suyas a sus inmediatos Jefes, sin más excepción que la de aquellas de urgente resolución, que podrán elevar inmediatamente a esta Fiscalía, omitiendo siempre su opinión.

De la presente Circular acusará V. recibo, así como de haberla comunicado a sus subordinados.

Dios guarde a V. muchos años.

Madrid, a 31 de enero de 1945.