

CONSULTAS

CONSULTA NUM. 1

Excmo. Sr.:

Se ha recibido en esta Fiscalía su atenta comunicación de 13 de noviembre, que versa, sustancialmente, sobre la interpretación que ha de darse al núm. 2.º del art. 70 del Código penal vigente. Le mueve a consulta la consideración de que habiéndose visto en esa Audiencia diversas causas contra un mismo procesado, que en los distintos sumarios y en sentencias diversas fué condenado a penas privativas de libertad, se pregunta si ha de jugar o no en ellas, pese a tal pluralidad de sumarios, la limitación establecida por el expresado precepto. Con ese motivo recoge algunas declaraciones jurisprudenciales, no siempre presididas por el mismo criterio, y, sobre la base de la posible aplicación, expresa las dificultades que podrían salir al paso de esa interpretación, atendida la fecha de comisión de los delitos, el momento en que haya de entrar en juego la norma legal y aún la persona u organismo encargados de velar por el cumplimiento.

Como V. E. sabe, el núm. 2.º del art. 70 del Código penal mantiene una relación íntima con los dos que le preceden, y todos regulan el llamado concurso real de delitos, por oposición al llamado concurso ideal de que se ocupa privativamente el art. 71. Y no desconoce tampoco que en ese punto, lo mismo la doctrina que las legislaciones positivas mantienen criterios dispares, desde el sistema de acumulación material, caído en desgracia, a los de absorción y acumulación jurídica, que palian, por unas u otras razones, el primero de ellos; aunque sea casi una *communis opinio* la de aplicar uno u otro sistema a las dos variedades del concurso, reservando el de acumulación aritmética para el de naturaleza real, y el de acumulación jurídica para el ideal o formal.

Y eso es lo que en rigor hace el Código vigente, que, cuando se refiere al concurso real, dispone que al culpable de dos o más delitos o faltas se le impongan todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuese posible por la naturaleza y efectos de las mismas (art. 69), y aún señala el orden de cumplimiento según su respectiva gravedad (núm. 1.º del art. 70); y en cambio, cuando se trata del concurso ideal procede de modo distinto, tal como se aprende en el art. 71.

Mas a pesar de esta discriminación, aun tratándose de supuestos evidentes de concurso real, nuestro Código establece una excepción (precisamente la del núm. 2.º del art. 70 que le ofrece dudas) que, por razones muy discutibles, favorece al reo que por un azar haya sido juzgado por diversas infracciones autónomas *en un solo sumario*, dando lugar con ello a una *reincidencia privilegiada* (según frase muy certera de un calificado especialista), por obra de la cual un delincuente habitual deja de serlo, por lo menos, a los efectos punitivos, atendido el hecho, totalmente extraño a su intención y a su voluntad, de que sus fechorías no hayan sido descubiertas hasta un momento determinado. Esta consideración tiene en mi sentir mucha importancia para resolver, desde el punto de vista de los principios, la cuestión propuesta por V. E.

Si hubiéramos de atenernos rigurosamente a la Ley procesal, el fenómeno de acumulación material no se daría en muchos casos, puesto que en ella se previene (art. 300) que *cada delito de que conozca la autoridad judicial será objeto de un sumario*, regla que sólo tiene la excepción de los delitos *propriamente conexos* (art. 17); pero la realidad nos enseña que al amparo de la regla, por todo extremo flexible, del número 5.º de dicho artículo suelen acumularse en un solo sumario hechos no ligados entre sí por ninguna razón analógica, aunque en ellos se dé la condición de que no hubiesen sido hasta entonces objeto de procedimiento. Y son frecuentemente estos casos los que revelan con mayor claridad los extravíos a que puede conducir una interpretación que extre-

ma todavía más la benignidad del precepto contenido en el número 2.º del art. 70, sobre el cual versa su consulta.

En sentir de esta Fiscalía debe resolverse en sentido negativo, estableciendo la tesis de que esa norma sólo es aplicable cuando se trate de delitos que se hayan enjuiciado en un solo sumario y se hayan castigado en una misma sentencia; y ello por las sucintas consideraciones siguientes:

1.º Porque no debiendo perseguirse en un solo sumario, cuando se imputen al encartado varios delitos, más que los ligados entre sí por una *verdadera* razón de conexidad, la práctica contraria, impuesta frecuentemente por razones de economía procesal, ni puede ni debe determinar una subrepticia remisión de la pena impuesta, cuando el criterio general del Código, salvo esa calificadísima excepción, no es favorable a la tesis, según se aprende por la *regla general* establecida en el art. 69.

2.º Porque constituyendo la regla de que se trata un extraordinario beneficio que, lejos de agravar la penalidad por razón de reincidencia, favorece al que ya es reincidente, sólo por la circunstancia, ajena a él, de que los delitos que le son imputables no fueron descubiertos hasta un determinado momento, la interpretación de la norma aplicable debe ser restrictiva, atendida su naturaleza excepcional y el espíritu que la preside; mucho más habida consideración de la jurisprudencia predominante del Tribunal Supremo que, aparte de las sentencias que V. E. invoca (23 de mayo de 1888 y 8 de abril de 1903), tiene hechas parecidas o idénticas declaraciones en la de 12 de diciembre de 1884, que cita V. E. como favorable y en parte no lo es, y que en todo caso, como la más explícita de la sentencia de 14 de noviembre de 1881, estaría rectificada por las dos primeras.

3.º Y, en último término, porque bastaría para evidenciar el error de la tesis adversa las consecuencias que de ella se derivarían, que impediría en muchos casos la rectificación de condenas ya dictadas, y en otros la necesidad de establecer entre los procesos pendientes una anormal relación, sólo para lograr, contra lo que dicta la recta interpretación de

la Ley y el buen sentido, que el núm. 2.º del art. 70 del Código penal tuviese una desmesurada extensión, que no estuvo, ciertamente, en el ánimo del legislador.

En esos términos debe V. E. tener por contestada la consulta que formuló, ateniéndose al criterio expuesto en las causas que se susciten, y recurriendo contra las sentencias en las cuales pueda prevaler el parecer contrario.

Sírvase acusar recibo.

Dios guarde a V. E. muchos años.

Madrid, 30 de noviembre de 1953.

Excmo. Sr. Fiscal de la Audiencia Territorial de

CONSULTA NUM. 2

Ilmo. Sr.:

Me refiero como antecedente a las dos consultas que en relación con la interpretación del novísimo Concordato firmado entre España y la Santa Sede formula V. I. en su comunicación de 25 de enero último, después de conocer el texto de la Circular de S. E. el Ministro de Justicia, que, para cumplimiento, he transcrito a todos los Fiscales Jefes de la Nación. Y le contesto con la mayor brevedad porque así quiero corresponder al celo que V. I. puso en el estudio de ese documento, que para el Ministerio fiscal constituye instrumento de interpretación auténtica de que ha de valerse en su diaria relación con los Tribunales de Justicia.

Ante el caso, poco probable, pero posible, de que se impute claramente a un sacerdote o religioso un delito de los no suscitados a la jurisdicción del fuero secular, y de que el Ordinario se niegue a prestar su consentimiento para proceder, se pregunta V. I. si ha de quedar paralizada la acción penal, o si, por el contrario, el Juez o los Tribunales han de continuar la causa hasta que quede resuelta para sentencia.

Y como estatutariamente es obligatorio para el consultante adelantar su propio parecer, emite V. I. el suyo en el sentido de que en tal hipótesis debe bastar con la notificación al Ordinario, ni más ni menos que cuando se trata de asuntos civiles; por estimar que si, de otro modo se procediese, se privaría de jurisdicción al Tribunal, e indirectamente se le conferiría al Ordinario, pese a la delimitación de campos que paladinamente hace el apartado 4.º del art. 16 del Concordato. No deja de advertir, sin embargo, que para que esa tesis fuese irrefutable habría que borrar la palabra “consentimiento” empleada por el art. 105 del *Codex juris canonici*, que tiene un inequívoco sentido.

Comprendiendo sus razones *dubitandi*, no puedo prestar asentimiento a esa tesis, que va, no ya contra la letra, sino contra el espíritu del Concordato; porque a través de sus preceptos, singularmente del que ha motivado la consulta, podrá V. I. advertir que la legislación concordada constituye una verdadera transacción entre el derecho que a la Iglesia asiste para juzgar clérigos y religiosos y la prestación de su *consentimiento* con objeto de que puedan ser juzgados por los Tribunales laicos en materia criminal, por una parte, y por otra en materias civiles, contenciosas, sociales, etc. Tratándose de éstas, la norma concordada no exige el previo consentimiento; cuando se trata de aquéllas el consentimiento previo constituye para la jurisdicción ordinaria una verdadera condición de procedibilidad, que si no obsta a la incoación del procedimiento, impide proceder contra el clérigo o religioso imputado, sin posibilidad, en caso de negativa, de continuar el procedimiento contra él, ni, por tanto, de procesarlo ni sentenciarlo.

Es de esperar que los Ordinarios usen con moderación de la facultad que muy excepcionalmente les concede el párrafo tercero del apartado 4.º del art. 16; pero si por causas graves negasen el consentimiento, el sumario deberá sobreeserse y archivar-se si no hubiese otros responsables, o continuar con los no amparados por el fuero hasta la terminación de la causa en cuanto a los seculares.

No se me ocultan las dificultades que ello pueda suscitar; pero *eso* es lo que, sin ambigüedades, dice el Convenio, y a él, como Ley del Reino, hemos de atenernos, cuidando sólo de que, al requerir el consentimiento, conozca el Ordinario que ha de prestarlo todas las razones que justifiquen la petición, que nunca habrá de hacerse con ligereza, sino cuando resulte patente la necesidad de proceder, y sea patente asimismo el estrago que una negativa puede producir. Cree esta Fiscalía que es esa una cuestión de táctica judicial, que, diestramente empleada, es seguro que no encontrará dificultades en la paternal comprensión de los señores Ordinarios.

Lo que desde luego no puede hacerse —como V. I. deja translucir en su escrito— es proceder contra el clérigo o religioso *a pesar* de la negativa, y utilizando por analogía las normas propias de los asuntos civiles y, en general, no criminales, que sólo entran en juego por aplicación, exclusiva y excluyente, del núm. 25 del propio artículo XVI; interpretación a todas luces viciosa, que en el fondo equivaldría a una conculcación del Concordato, regulador de una facultad que por excepcional que sea (por eso se habla de motivos graves) constituye una calificada excepción del régimen normal; y facultad cuyo uso no pueden calificar ni contrariar los Tribunales.

Es posible que a V. I. parezca un tanto extraño que para el supuesto de negativa del consentimiento le prevenga que formule petición de sobreseimiento; pero no de otro modo puede ultimarse la tramitación cuando no se llega, porque no puede llegarse, al trámite de calificación, ni por tanto al de sentencia, y aun cuando el caso no sea parejo con el que contempla el núm. 1.º del art. 641 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, si falta una condición para proceder (y eso y no otra cosa es el consentimiento previo) no puede decirse que el delito esté justificado a efectos de punición. Más violenta sería la aplicación del núm. 2.º de dicho artículo, y muchísimo más la de los números 1.º y 2.º del art. 637 de la Ley.

En cambio, la autorización no será necesaria cuando el clérigo o religioso hayan sido reducidos previamente al estado laical, porque esa verdadera degradación, aunque el Sacramento del Orden imprime carácter, restituye al que se encuentra en ese caso al fuero ordinario, sin limitaciones, sólo explicables y sólo pactadas para las situaciones que en ese aspecto pudieran calificarse de ordinarias.

A la razón potísima y convincente que V. I. alega, invocando, por correcta analogía para establecer esa conclusión, el último inciso, párrafo segundo, núm. 5.º del repetidísimo artículo XVI, puede sumar la que deriva de que el propio Concordato tipifica una figura penal para el supuesto de que la Autoridad eclesiástica hubiese prohibido al clérigo o religioso el uso del respectivo hábito, precisamente —aunque así no se diga—, por consecuencia de esa reducción al estado laical. Se trata de ejercitar un privilegio (el llamado del fuero) del que en ningún aspecto pueden gozar los que a juicio de la Iglesia estén incapacitados para disfrutarlo.

Creyendo que con estas consideraciones deyo esclarecidas sus dudas, espero que, si el caso se presentare, se atenga a las instrucciones que le comunico, sin perjuicio de darme conocimiento de todos los casos en que el Concordato se aplique, y del modo como se haga y de las resoluciones que se adopten por los Tribunales en que esa Fiscalía tenga su intervención.

Dios guarde a V. I. muchos años.

Madrid, 3 de febrero de 1954.

Ilmo. Sr. Fiscal de la Audiencia Provincial de

CONSULTA NUM. 3

Ilmo. Sr.:

Recibo y contesto su atenta comunicación sobre el proceso sumario de incapacidad que en el Juzgado de esa ciudad se tramita, en relación con el súbdito cubano don E. Z. B. La

cuestión, aunque revestida de gran aparato, es en el momento actual extremadamente sencilla.

A) El proceso sumario sobre interdicción de locos y dementes tiene la finalidad única de proveer *con urgencia* a aquellas medidas indispensables para definir la situación del incapacitado. Y por tanto, cuando, como en este caso, se actúa arbitrando medidas que tienen carácter provisional y sumario, es indudable la competencia de los Tribunales españoles, sin que en ello tengan la menor relevancia ni el tiempo de que date la residencia en España del señor Z., ni el hecho de que tenga o deje de tener bienes en el país.

Esta tesis no tiene su apoyo legal en el Convenio de La Haya de 17 de julio de 1905, pues en lo que concretamente se refiere a la tutela sobre mayores (locos, dementes, pródigos, etc.), tal Convenio no fué ratificado por España, y sí por Alemania, Hungría, Italia, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumania y Suecia.

Pero, en cambio, la competencia de nuestros Tribunales deriva, inequívocamente, del art. 33 del Real Decreto de extranjería de 17 de noviembre de 1852, que autoriza a los Jueces españoles para proveer interinamente de guardador a los extranjeros incapaces. Y eso, y no otra cosa, es lo que se hace cuando entran en juego los preceptos de los arts. 213 y siguientes del Código civil. Al estatuirlo así, se sigue una corriente unánime en la doctrina y en todas las legislaciones positivas, que además viene impuesta por el buen sentido.

B) Me indica V. I. que, por virtud de esta intervención, el asunto sigue tramitándose por la vía de los incidentes; y aunque reconozco que esta práctica es la comúnmente seguida por obra de una orientación, ya superada, de la antigua jurisprudencia del Tribunal Supremo, hoy hemos de atenernos en ese punto a la doctrina de la sentencia de 5 de mayo de 1949, en que he tenido el honor de ver reflejada, aunque sólo sea parcialmente, la tesis que hubé de esbozar en un trabajo sobre "El régimen procesal de la incapacidad" (*Revista de Derecho Privado*, núm. 357, correspondiente al mes de diciembre de 1946, pág. 897).

El proceso especialísimo que hoy resulta regido, no por la Ley procesal, sino por el Código civil, ni autoriza a transformarlo en un proceso declarativo, ni tiene por qué seguir la vía notoriamente irregular de los incidentes.

Esto que parece no tener importancia, sí puede tenerla para el futuro, porque la declaración que sumariamente se hace, sin *posibilidad de detenerla ni contrariarla, no puede impugnarse lícita y válidamente de otro modo* que en un juicio declarativo ulterior, tal como resulta del art. 219 del Código civil. Y cualquier intento de cambiar ese rumbo ha de encontrar en el Ministerio Fiscal la debida oposición.

C) Aunque con esto queda indicado, por mi parte, lo que pienso en relación con la interesante cuestión suscitada, me ha parecido observar, en las consideraciones hechas por V. L., ciertas dudas en punto a la competencia para conocer del proceso *definitivo* de incapacidad; extremo éste que, de antemano, pretendo también dejar esclarecido.

La aplicación del art. 9.º del Código civil a los extranjeros es cosa resuelta ya por una conocidísima jurisprudencia, por lo cual no cabe duda razonable en punto a que al extranjero (cubano en este caso) le serán aplicables sus propias leyes en punto a su condición y capacidad legal. Pero ello no afecta sino indirectamente al problema jurisdiccional, porque, a tenor del art. 51 de la Ley de Enjuiciamiento civil, la jurisdicción ordinaria española es la única competente para conocer de los negocios civiles que se susciten en territorio español entre españoles, *entre extranjeros*, y entre españoles y extranjeros.

La regla del art. 51 tiene su obligado complemento en el artículo 70 de la propia Ley, y por eso si, llegado el caso de promoverse el juicio declarativo ordinario, se pusiese en duda la competencia de los Tribunales españoles, habría llegado el momento de pronunciarnos sobre esta cuestión. Entonces sería cuando podían jugar otros elementos de juicio, tomando en consideración, con esos dos preceptos procesales, los artículos correspondientes del Real Decreto de extranjería de 17 de noviembre de 1852.

En consecuencia:

a) Es acertada la tesis de que los Tribunales españoles son competentes para hacer la declaración sumaria de incapacidad y subsiguiente constitución de tutela, por lo razonado en el apartado A) de este oficio.

b) La declaración sumaria de incapacidad no puede combatirse de otro modo que mediante un proceso declarativo *ulterior*, y no por obra del art. 1.817 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que es inaplicable porque no se trata de un acto de jurisdicción voluntaria.

c) Si ese juicio *ulterior* se promoviera y volviera a impugnarse la jurisdicción de los Tribunales españoles, deberá V. I. consultar el caso a esta Fiscalía, para que, frente a esa situación, pueda transmitirle las instrucciones adecuadas.

d) Por reputar de verdadero interés el caso, se servirá V. I. indicarme la acogida que su dictamen tuvo, la resolución que en su día recaiga en el expediente y todas las incidencias de esta cuestión que, razonablemente, le movieron a darme conocimiento de ella.

Sírvase acusar recibo.

Dios guarde a V. I. muchos años.

Madrid, 20 de febrero de 1954.

Ilmo. Sr. Fiscal de la Audiencia Provincial de

CONSULTA NUM. 4

Excmo. Sr.:

Contesto la consulta que formula en su comunicación de 5 del actual, y me atengo para contestar al orden en que plantea las cuestiones del modo siguiente:

1.º Es indispensable, en sentir de esta Fiscalía, que el procesado rebelde se presente o sea habido, para que pueda instar en la causa la práctica de cualquiera actuación, pues

hallándose ésta en suspenso en virtud del auto de rebeldía, de acuerdo con lo que dispone el art. 842 de la Ley Procesal —que es el caso de la consulta por haber en el mismo proceso otros procesados presentes—, es necesario abrirlo de nuevo para que pueda actuarse en él, y esto hay que hacerlo cuando el rebelde se presente o sea habido, como ordena el art. 846.

Por esta consideración, si el procesado L. del R. O. no se ha presentado al Tribunal, ni ha sido habido por la fuerza pública, es claro que continúa en rebeldía y el procedimiento sigue en suspenso mientras no cese esa situación.

2.º El Código penal de 1870 disponía en su art. 133 que el tiempo de la prescripción quedaría interrumpido desde que el procedimiento se dirigiera contra el culpable, y volvería a correr de nuevo desde que terminare sin ser éste condenado o se paralizara, a no ser por rebeldía del procesado, y por ello se declaró en sentencias de 20 de noviembre de 1894 y 15 de enero de 1901 que desde el momento que se declaró la rebeldía quedó interrumpida la prescripción, aunque el auto de procesamiento fuera posterior al que declaró rebelde al culpable. Ese precepto del Código de 1870 no fué incluido en el de 1928, que sólo aumentó los plazos de prescripción para los individuos en rebeldía —art. 197—, ni por el de 1932, y también ha sido excluido del art. 113 del vigente de 1944; por lo que hay que estimar que, conforme a éste, la rebeldía no interrumpe la prescripción del delito, y es lógico que así suceda, porque, según se dice antes, el auto declaratorio de aquella situación del culpable interrumpe el procedimiento al acordarse en él la suspensión del curso de la causa respecto al rebelde, por mandato del artículo 842 de la Ley Procesal, y, por tanto, se está en el supuesto de paralización del procedimiento establecido en aquel precepto penal, hoy en vigor.

3.º Suspendido el curso de la causa en relación con el rebelde por el auto que declaró esta situación, no se abre de nuevo para él el proceso sino cuando se presenta o es habido, según ordena el art. 846 de la Ley adjetiva, y como conse-

cuencia de esa situación del procedimiento las actuaciones que se practican en relación con los otros encartados no afectan al rebelde porque no se refieren ni pueden referirse a él para nada, ya que el sumario en relación con él está cerrado, o en suspenso.

Aténgase a estas instrucciones como criterio directivo de su conducta en el caso, y sírvase acusar recibo.

Dios guarde a V. E. muchos años.

Madrid, 10 de marzo de 1954.

Excmo. Sr. Fiscal de la Audiencia Territorial de

CONSULTA NUM. 5.

Ilmo. Sr.:

Oportunamente se recibió en esta Fiscalía la consulta que formuló, al amparo de lo dispuesto en el art. 75 del Reglamento del Ministerio Fiscal, en relación con el sumario número 175 de 1953, por supuesto delito de propaganda ilegal, que se imputa a y a su hijo

Puntualizadas por V. I. todas las circunstancias que en los hechos ocurrieron, como base necesaria para determinar si podían o encajarse dentro de algunas de las figuras de delito que el Código penal tipifica y sanciona, advierte V. I., razonada y razonablemente, que ninguna de ellas conviene al caso suscitado.

Ciertamente que el Fuero de los Españoles, en cuanto garantiza, con las limitaciones que establece, el ejercicio de cultos que no sean los propios de la Religión oficial y, en más amplio sentido, el derecho a la libertad de conciencia, autorizaría a sostener que es ilícita toda infracción de la ley constitucional, o de las normas concordatarias en que se ha reflejado; pero ello no nos basta para la punición del hecho, desde el momento en que en el Capítulo II, Sección 1.ª, Libro II del Código penal se omite toda sanción por las in-

fracciones de esa norma constitucional, en contraste con las dedicadas a los demás delitos cometidos con ocasión del ejercicio de otros derechos de la persona (concretamente los de libre emisión del pensamiento, reunión y asociación).

Tampoco entre los delitos contra la Religión Católica (artículos 205 a 212) existe ninguna figura que, sin forzar la analogía (de aplicación excepcional en materia punitiva), pudiera recoger los hechos denunciados. Las hipótesis previstas en esa Sección, o contemplan actos de fuerza (así, en los supuestos de los arts. 205 y 206), o actividades sacrílegas, que nada tienen que ver con los actos de propaganda (tal ocurre en las situaciones a que atienden los arts. 207 y 208), o velan específicamente por la dignidad del Ministerio sacerdotal católico (art. 210). Y no escarnece la Religión Católica, en el sentido que la palabra se usa en el art. 209, quien no se propone burlarse de ella, infiriéndole injuria o afrenta, sino que se limita a propagar la doctrina de una secta religiosa extraña al dogma católico e infringiendo así un precepto que lo veda.

Menos aún cabe hablar en el caso de un delito de propaganda ilegal, tal como lo concibe, en sus diversas modalidades, el Capítulo XI, Título II, Libro II del Código penal. Se trata en todas ellas de castigar ciertas actividades de orden político o social *stricto sensu*, que atacan gravemente los fundamentos del Estado o perjudican su crédito o autoridad; pero no se sanciona el abusivo ejercicio de un derecho a la propaganda religiosa de que se carece o que, en el mejor de los casos, está limitado por una norma de marcado sabor constitucional. Puestos a discernir el lugar que en una posible reforma del Código debería ocupar un precepto de que hoy evidentemente se carece, parece obvio que por muchas razones —alguna de ellas expuesta por V. I.— no podía ser ni la Sección integrada por los delitos contra la Religión Católica, ni el Capítulo consagrado a la definición de las propagandas ilegales, no en sentido político o social, sino como infracción concreta y punible de las normas que, al reconocer el derecho a la libertad de conciencia, limitan su ejer-

cicio exterior y su pública propaganda en lo que puede atender a la confesionalidad católica del Estado español.

Por lo expuesto sucintamente advertirá V. I. mi absoluta conformidad con su dictamen y la necesidad de que, al evacuar el trámite de instrucción en la causa, solicite V. I. el *sobreseimiento provisional* al amparo del núm. 1.º del art. 641 de la Ley de Enjuiciamiento criminal; determinación más prudente y práctica que la de impetrar un sobreseimiento del núm. 2.º del art. 637 de dicha Ley.

Quedan a salvo, es claro, las facultades de corrección gubernativa, que por el momento podían bastar para atajar la propaganda, siquiera fuera en la medida limitada en que la autoridad de ese orden puede lograrlo, y, además, la facultad, que por mi parte ya he ejercitado, de requerir la atención del Gobierno sobre lo que creo es una laguna legal, para que, *si comparte mi parecer, examine si hechos de esa índole deben ser castigados* y, en caso afirmativo, acometa esa reforma, que realizada a tiempo y con la debida prudencia pudiera evitar en el futuro la reiteración de casos en que, como el presente, pese al reconocimiento de que una actividad es ilícita, no es dado perseguirla ni castigarla por la carencia de un precepto adecuado en el ordenamiento penal.

Sírvase acusar recibo.

Dios guarde a V. I. muchos años.

Madrid, 19 de enero de 1954.

Ilmo. Sr. Fiscal de la Audiencia Provincial de

CONSULTA NUM. 6

Ilmo. Sr.:

Me refiero como antecedente a su comunicación de 14 del actual, en la que, no sin omitir su particular opinión, expresa las dudas que en su ánimo suscita el caso de que al sujeto que fué condenado en causa por hurto a una multa de

1.000 pesetas (porque a la fecha de la comisión del delito tenía diecisiete años de edad, o concurría en él una eximente incompleta) haya de serle aplicada la Ley de 30 de marzo, por obra de la cual, atendida la cuantía de lo substraído y degradado el delito a la condición de falta, deba quedar en definitiva sancionado con la pena de arresto menor, conforme al núm. 1.º del art. 587 del Código penal.

En su sentir, en ese supuesto es procedente la audiencia del condenado, por ser muy probable que prefiera pagar las 1.000 pesetas a que se le condenó por razón del delito que sufrir unos días de arresto menor que, aplicada la nueva Ley, correspondería a la falta que le es imputable. Y aunque —como es natural— tropezaría con dificultades de orden legal para mantener esa tesis, estima, sin embargo, que ello sería posible atendido el espíritu amplio y generoso a que obedece el principio de retroactividad de la Ley penal, más favorable, que mejor pudiera enunciarse, empleando, como V. I. dice, la terminología de Luchini, como principio de ultraactividad de la Ley vieja.

En sentir de esta Fiscalía, discordante con ese parecer, la revisión o rectificación de las sentencias que no están ejecutadas, total o parcialmente, es obligatoria en todo caso en que, conforme a las nuevas normas penales, corresponda al reo la absolución o una sanción más benigna, pero sólo por aplicación taxativa de preceptos que no consienten ni interpretación extensiva, ni mucho menos el ejercicio del arbitrio judicial. Por eso el trámite de audiencia al condenado sólo es posible cuando se trate de penas de distinta naturaleza —art. 4.º del Decreto de 20 de diciembre de 1944—, es decir, en el caso de que la infracción constituya delito y sólo varía la pena a imponer.

Por el contrario —éste es el supuesto—, cuando la infracción merezca la calificación de falta, conforme a las nuevas disposiciones, debe hacerse la rectificación de la sentencia sin oír al condenado, quien no puede optar por el cumplimiento de la pena anterior, por la sencilla consideración de que a su arbitrio no puede quedar la calificación, como deli-

to o falta, del hecho que se sancionó por la sentencia que ahora se revisa o rectifica. Degradado el delito y reducido a la condición de falta, será ésta sancionada con arresto menor en la cuantía que el Tribunal determina. Y aun cuando esta consideración no afecta a lo que —como esencial del criterio de esta Fiscalía se deje establecido— siempre será más beneficioso para él este criterio, porque también es aplicable a las faltas la condena condicional (art. 93 del Código penal), lo mismo que lo sería el arresto sustutorio por insolencia para el pago de la multa que por razón de delito se le impuso.

En ese sentido debe V. I. resolver la cuestión que suscita al tiempo de dictaminar sobre él.

Entretanto, sírvase acusar recibo.

Dios guarde a V. I. muchos años.

Madrid 28 de mayo de 1954.

Ilmo. Sr. Fiscal de la Audiencia Provincial de

CONSULTA NUM. 7

Excmo. Sr. :

Se ha recibido en esta Fiscalía su atenta comunicación de 7 del actual, en relación a un conflicto de jurisdicción promovido por el Ilmo. Sr. Delegado de Hacienda de esa ciudad contra el Tribunal Provincial de lo Contencioso.

Es evidente que esa Fiscalía nada tiene que hacer ni que dictaminar en el conflicto promovido, porque, como V. E. opina, razonable y razonadamente, el ejercicio de la función fiscal en los Tribunales Provinciales de lo Contencioso-Administrativo está atribuida expresamente a los Fiscales de esa jurisdicción (art. 27 del Decreto de 8 de febrero de 1952), y en caso de conflicto entre esos Tribunales y los *ordinarios* (que no es la hipótesis que aquí se dió), esa Fiscalía tendría que intervenir cerca de los segundos, y no de los

primeros. La frase "Fiscal respectivo", que se emplea en la Ley de 17 de julio de 1948, ni puede tener ni tiene otra significación.

Sea o no por los escrúpulos que V. E. apunta, lo único cierto es que V. E. carece de facultades para esa intervención, y así debe exponerlo a la Autoridad que haya requerido su dictamen, con las razones de la abstención. Ni a esa Fiscalía, ni siquiera a ésta, toca suplir un vacío de la Ley, por el hecho de que esa misma institución (la Abogacía del Estado) está encargada de asesorar a los Organismos estatales y provinciales, y ejerza, además, funciones fiscales exclusivas y excluyentes en los Tribunales Provinciales de lo Contencioso-Administrativo.

Sírvase acusar recibo.

Dios guarde a V. E. muchos años.

Madrid, 25 de junio de 1954.

Excmo. Sr. Fiscal de la Audiencia Territorial de