

y cuantas disposiciones contradigan lo establecido en la presente Ley.

Segunda. Los precios contenidos en el Título II de esta Ley podrán ser modificados o derogados por Ley ordinaria de las Cortes Generales.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera. Uno. Los procedimientos en materia de contrabando iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se continuarán y serán resueltos por los trámites y por los órganos establecidos en la legislación vigente en la fecha de comisión del hecho.

Dos. Los recursos interpuestos o que puedan interponerse se tramitarán y resolverán conforme a las normas de competencia y procedimiento por las que se venían rigiendo tales recursos.

Segunda. En todo caso, los proceptos contenidos en la presente Ley tendrán efectos retroactivos, en cuanto favorezcan a los responsables de los actos constitutivos de contrabando a que la misma se refiere, en los términos establecidos por el artículo veinticuatro del Código Penal.

Tercera. Las autoridades, funcionarios y fuerzas a quienes está encomendada la persecución y descubrimiento del contrabando continuarán desempeñando sus cometidos con la organización, dependencia administrativa y facultad y derechos que actualmente tienen reconocidos.

B) CIRCULARES Y CONSULTAS DE LA FISCALIA DEL T. S.

CIRCULAR NUM. 1/1981

EN TORNO AL CARACTER PERIODICO DEL IMPUESTO GENERAL SOBRE EL TRAFICO DE EMPRESAS A LOS EFECTOS DEL ARTICULO 319 DEL CODIGO PENAL

Con la promulgación de la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, se introdujo de modo expreso en nuestro ordenamiento jurídico el llamado «delito fiscal», definido en el artículo 319 del Código Penal. En un orden puramente objetivo, comete este delito «el que defrauda a la Hacienda estatal o local mediante la elusión del pago de impuestos o el disfrute ilícito de beneficios fiscales en una cantidad igual o superior a dos millones de pesetas». De la estricta literalidad del precepto se desprende que es esencial para el nacimiento de la figura de delito la determinación del «quantum» de lo defraudado y a la hora de fijar la entidad de la infracción ejercerá una decisiva influencia la naturaleza del tributo. A estos efectos, el apartado segundo del artículo 319 distingue entre tributos periódicos y tributos no periódicos.

— «En Los tributos que no tengan carácter periódico, la cuantía se entenderá referida a cada uno de los distintos conceptos por los que un hecho imponible es susceptible de liquidación». En tales hipótesis es claro que no deben ser acumulables las distintas cuantías defraudadas correspon-

dientes a distintos tributos no periódicos, habiéndose de entender por tales aquellos que responden a hechos imponibles distintos, cada uno de los cuales sea objeto de una propia y única liquidación.

— «Cuando se trate de tributos periódicos, se estimará como cuantía el importe de lo defraudado en cada período impositivo». La consecuencia es que los tributos periódicos o correspondientes a un mínimo hecho impositivo, sí habrán de acumularse.

Hasta aquí, el tema es pacífico y no ha ofrecido mayores dificultades interpretativas. Mas las Delegaciones de Hacienda, de conformidad con la obligación «ex lege» impuesta por el artículo 37, dos, de la Ley 14-XI-1977, han comenzado a enviar expedientes al Ministerio Fiscal —compuestos por el procedimiento administrativo de liquidación, determinación e investigación del hecho imponible y de la cuantía defraudada por cada concepto contributivo— para la iniciación del oportuno proceso penal a través de denuncia o querrela. El mayor número de expedientes remitidos lo han sido por presuntas defraudaciones del Impuesto General sobre el Tráfico de Empresas; y en el examen que de ellos ha de hacerse, para precisar si los hechos pueden integrarse en el tipo que describe el artículo 319, se ha plantado un problema que se proyecta sobre el elemento objetivo especial de la cuantía de la defraudación, cual es el de si a los efectos del delito fiscal debe considerarse o no como tributo periódico el Impuesto General sobre el Tráfico de Empresas.

Los criterios mantenidos sobre su naturaleza de tributo periódico o tributo no periódico, han sido contrapuestos. De asignársele uno u otro carácter dependerá muchas veces la decisión de iniciar o no el proceso penal, pues sólo la posibilidad de la acumulación de las distintas cuantías defraudadas hará que se rebase la cifra de dos millones, «quantum» ineliminable para desenvolvemos en el área del delito fiscal. En efecto, si se interpreta el artículo 319 conforme a la tesis del tributo periódico, la cuota defraudada, al referirse al período impositivo o al daño natural, normalmente alcanzará la cifra exigida para que el hecho sea delito. Mientras que si se acepta el criterio del tributo no periódico, al tener que considerar cuantía defraudada la correspondiente a cada hecho imponible, y, más aún, a cada concepto por el hecho imponible es susceptible de liquidación, no es fácil que se alcance la cifra prevenida para que el hecho sea delito y no mera infracción tributaria.

En un plano teórico y en trances de determinar la naturaleza periódica o no del Impuesto General sobre el Tráfico de Empresas, puede decirse que hay argumentos paralelos en favor de uno u otro sistema.

En favor de que nos hallamos ante un impuesto no periódico, podrían esgrimirse las siguientes razones:

— El hecho imponible no es el volumen de operaciones de una empresa ni su actividad comercial durante períodos determinados de tiempo, sino cada una de las operaciones de venta o entrega de mercancías mediante precio, ejecuciones de obras, arrendamientos, etc., descritos en el artículo 3.º de la norma reguladora (Decreto 3.314/1966, de 29 de diciembre).

— El impuesto no se devenga periódicamente, sino una vez realizada la correspondiente operación mercantil (art. 8).

— El impuesto se exigirá por cada operación sujeta a gravamen (art. 36).

Como el régimen legal de este impuesto presenta particularidades frente a otros tributos no periódicos, de ellas se extraen los argumentos que conducen a la tesis del impuesto periódico. Son éstos:

— Aunque el hecho imponible está constituido por cada operación sujeta a gravamen, estas operaciones deben realizarse, para quedar sujetas al impuesto, en el ejercicio de una actividad comercial caracterizada por la nota de habitabilidad (art. 1, 1.º, condición segunda), y ésta supone, evidentemente, una actividad que se desarrolla en el tiempo.

— Aunque el impuesto se exige por cada operación sujeta a gravamen, las declaraciones-liquidaciones se deben prestar periódicamente, dependiendo la periodicidad (trimestral, anual) del volumen total de ingresos (art. 38 del Reglamento de 23-XII-1971).

— A causa de la periodicidad de las declaraciones-liquidaciones, éstas contienen el volumen total de ingresos por cada grupo de operaciones —sujeto al mismo tipo impositivo— del que se obtiene la correspondiente cuota tributaria global, referida al total de operaciones realizado en el período correspondiente.

— Como consecuencia asimismo del carácter periódico de las declaraciones, la exacción y gestión tributarias se realizan también periódicamente.

La alternativa argumental de impuesto periódico —impuesto no periódico debe resolverse en favor de la periodicidad del Impuesto General sobre el Tráfico de Empresas—. Si, ciertamente, el artículo 35 de la Ley de 14-XI-1977 distingue entre impuestos periódicos y no periódicos, es también evidente que del tenor de la norma no se obtiene una clara línea diferencial entre los mismos que permita separarlos con nitidez en el ámbito del derecho tributario positivo. Por las consecuencias que la naturaleza del tributo proyecta en la formación de las estructuras punibles, es indispensable integrar ese espacio atendiendo a otros elementos interpretativos.

Es conocido que la nota de periodicidad puede referirse a una de estas dos circunstancias: bien a la actividad sobre la que se asienta el presupuesto de hecho del tributo o a la materialización de la obligación tributaria principal (el ingreso de las cuotas en el Tesoro Público).

1. Desde el primer punto de vista anotado, es preciso distinguir diversas categorías de tributos.

a) Los relativos a hechos imponibles o, más ampliamente, a situaciones que se producen aislada y esporádicamente, sin que sea previsible su repetición o, en todo caso, sin que formen parte de una actividad que «per se» exige la producción de una serie de actos homogéneos que se efectúan en masa: son éstos los tributos que gravan el tráfico patrimonial civil, como el impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, o las transmisiones por causa de muerte, Impuesto sobre sucesiones, etc.

b) Una segunda categoría es la de los tributos que, si bien se devengan por cada operación aislada en virtud de imperativo legal, contemplan y se refieren a una actividad que por sí misma exige una repetición de actos

y una continuidad. Ejemplo relevante de estos tributos es el Impuesto General sobre el Tráfico de Empresas, que, técnicamente, se ha calificado por la doctrina como impuesto sobre el volumen de ventas o sobre la cifra de negocios, lo que pone de relieve la artificiosidad del devengo legal de operación por operación.

c) Un tercer grupo está formado por los tributos cuyo devengo se realiza en unos plazos determinados y con una periodicidad establecida en la ley. Aparecen aquí fundamentalmente el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y el Impuesto sobre Sociedades.

Bajo estos puntos de vista, son tributos periódicos, a efectos del artículo 35 de la Ley de 14-XI-1977 y, por remisión, del artículo 319 del Código Penal, los incluidos en los apartados b) y c). Otra conclusión, aparte de producir una notoria desigualdad en la posibilidad de incriminar los ilícitos fiscales de naturaleza penal, llevaría a resultados inviables, pues la declaración legal del devengo «operación por operación», puede resultar inoperante cuando se trata de operaciones de tracto sucesivo.

2. La anterior conclusión se reafirma si acudimos al régimen de las declaraciones y consiguientes ingresos de las cuotas tributarias en el Tesoro. Para los tributos del apartado a), considerados no periódicos, la obligación tributaria fundamental —la de declarar y, en su caso, ingresar— se impone para ser cumplida en un plazo determinado a partir de un evento concreto e instantáneo. Sin embargo, en los grupos b) y c) el régimen es diferente: la declaración y el ingreso que proceda se han de hacer repetidas y periódicas veces en un tiempo predeterminado, que, normalmente, suele ser trimestral, semanal o anual, englobando todos los flujos de rentas o de ingresos percibidos por el sujeto pasivo en tal período. Todos estos tributos son periódicos.

Obsérvese, además, que en ellos es en el momento en que falta el ingreso cuando se exterioriza la voluntad antijurídica del obligado y no cuando se produce el devengo, de tal forma que antes ni la Administración puede exigir cuota alguna en tanto no haya transcurrido el plazo para efectuarlo, previa la oportuna declaración, ni sería posible proceder contra aquél, dada la falta de conducta irregular.

El Impuesto General sobre Tráfico de Empresas debe calificarse de impuesto periódico y, conforme a lo establecido en el artículo 35, dos, de la Ley de 14-XI-1977, según el cual «el importe de lo defraudado se referirá al año natural», será la suma defraudada en tal lapso de tiempo la que haya de considerarse, sin que deban contemplarse períodos de tiempo inferiores, aunque se trate de declaraciones semestrales o trimestrales, ni tampoco realizarse una imputación estimativa por virtud del mecanismo de la llamada elevación al año u otro análogo.

Madrid, 10 de julio de 1981.

B) CONCRETAS

CONSULTA NUM. 1/1981

LA RESPONSABILIDAD DEL AGENTE PROVOCADOR

Se ha recibido en esta Fiscalía General del Estado consulta de V. I. derivada del contenido de un sumario que se instruye por delito contra la salud pública, en su modalidad de tráfico de estupefacientes. El objeto de su consulta lo centra en una alternativa que consiste, bien en comprender la conducta de determinados miembros de la Policía Judicial en la figura del agente provocador impune, o bien en precisar si la actividad desarrollada se integra en la estructura típica del artículo 344 del Código Penal, delito del que responderían en concepto de autores.

En dos órdenes distintos se analiza el tema: en el general de los presupuestos de la figura del agente provocador y en el particular de los hechos dados.

A) La inducción, aun la indirecta, se concreta siempre en el hecho de instigar a cometer un delito determinado en el futuro y está mediatizada por un delito que subsigue, cuya causa se halla en el consejo eficaz. Si al tiempo de la inducción el delito ya se había cometido o si el inducido había decidido, «ex libera voluntas», perpetrarlo, la conducta del inductor es impune. De igual modo, la provocación a delinquir aparece como incitación «ante delictum», con lo que no se originará la provocación punible en los supuestos de incitación «ex post». La solución es distinta cuando a la porvocación sigue la ejecución (art. 4.º, párrafo tercero, del Código Penal). Mas tratándose no de provocación a delinquir en el futuro, sino de un delito directamente derivado de la conducta actual del provocador, la irresponsabilidad del provocado por hechos ejecutados merced a la actividad desplegada por un agente provocador, es admitida y tiene un doble fundamento: estimar que el error sufrido por el ejecutor material elimina la voluntariedad del acto o entender que se trataría de un supuesto de tentativa inidónea, delito putativo o delito aparente; tal impunidad abarcaría también la conducta del provocador (Sentencias de 26-VI-1950, 27-VI-1967).

Sin embargo, no se sujetan a este tratamiento, con lo que hay responsabilidad para el provocado, aquellos casos en que la provocación vaya encaminada a descubrir delitos ya cometidos (Sentencias de 18-IV-1972, 20-II-1973, 18-IV-1975, 14-VI-1975), sobre todo cuando se trate de infracciones de tracto sucesivo, naturaleza que debe asignarse al tráfico de estupefacientes, y el agente provocador es un funcionario de la Policía Judicial, que, simulando ser comprador, persigue en realidad averiguar los canales a través de los cuales se venía difundiendo la droga por vastas organizaciones. Esta doctrina es, por lo demás, aplicable, como dice la Sentencia de 18-IV-1975, a aquellos supuestos que, por presentar perfiles de más modesto alcance, dejan de ofrecer igual persistencia en la conducta y consiguiente peligrosidad para la salud pública. Además, la conducta del provocado es sanciona-

ble en todo caso si se obtuvo la convicción de que el supuestante provocado era un «omnimodo facturus», es decir, estaba ya resuelto a cometer el delito manifestándose así la provocación como gratuita (Sentencia de 14-VI-1975). Es claro, pues, que instar la venta de estupefacientes (delito provocado) aparentando miembros de la Policía Judicial, su compra, a quien está en posesión de ellos, es acción impune para el agente provocador por razón de conducta justificada, y acción punible para el provocado porque el delito se hallaba ya consumado antes de la provocación en otra modalidad delictiva (tenencia para transmitir).

B) En particular, los hechos fundamento de la Consulta presentan dos cuestiones distintas.

a) Una se halla, desde luego, dentro de los límites de la verdadera figura del agente provocador y conduce a proclamar la impunidad de su conducta.

Nos referimos a los hechos materializados en la «provocación de la venta» de estupefacientes por quienes están en posesión de los mismos. En efecto, si se aparenta la adquisición de aquellos productos determinados en el provocado su entrega o su disposición a transmitirlos, tal conducta es impune para el provocador, pues el provocado no sólo había resuelto cometer un delito, sino que éste se había consumado en uno de los subtipos (es delictiva la tenencia cualificada por eventuales actos de tráfico) y el fin perseguido por el provocador es el descubrimiento de la actividad delictiva, independientemente de que con este acto puedan aclararse otros (el origen de los canales de distribución). Lo mismo cabe decir de la intervención de quien colabora con el provocador realizando materialmente los actos conducentes al descubrimiento.

b) El otro tema que late en la Consulta, al menos parcialmente, se halla fuera del radio de la figura penal del agente provocador impune y se conforma con la estructura delictiva que define y sanciona el artículo 344 del Código Penal. En esta hipótesis, los hechos a valorar son indicativos de que ya no se trata de simular la compra de estupefacientes, sino de «ofrecerlos» en venta por quien actúa en nombre del agente provocador para su entrega al consumidor o al traficante. Y la cuestión, tal como se narra en la Consulta, presenta a su vez dos variantes. Una es la de la oferta de venta sin más finalidad que la de individualizar a posibles delincuentes. Otra, la de oferta de venta real de drogas con el fin de transmitir las mediante precio del que se beneficiarían los agentes de la Policía Judicial. En el primero de estos supuestos es, si se quiere, dudoso que la conducta desarrollada por el agente provocador y sus colaboradores sea impune, porque de modo directo con ella no se origina siempre el descubrimiento de un delito (no es, sin más, acción delictiva el hecho de adquirir estupefacientes, pues el comprador puede no perseguir otra finalidad que su propio consumo). En el segundo, es manifiesto que se dan todos los requisitos de un comportamiento penal típico, bien porque media tenencia en los provocadores con vocación de tráfico o porque se han consumado actos de tráfico efectivo.

El presupuesto de hecho sobre el que se construye la Consulta no cuenta con más apoyatura que las manifestaciones del eventual colaborador de

quienes pueden ser configurados como agentes provocadores; declaraciones que, por lo demás, son realmente antitéticas con las de éstos. Por ello, si como V. I. dice, los hechos expuestos son por ahora únicamente indiciarios y a efectos de Consulta, sin perjuicio de lo que resulte de ulteriores diligencias, también la contestación con base en aquellos hechos se desenvuelve en un plano puramente provisional y virtualmente teórico. Y si en la continuación de la investigación resultaren confirmados los indicios existentes de criminalidad a través de elementos probatorios de otra naturaleza o de intensidad mayor, es claro que se desencadenaría la responsabilidad en concepto de autor, pues habrían desaparecido los presupuestos objetivos y subjetivos condicionantes de la figura jurídico-penal del agente provocador impune.

Madrid, 10 de julio de 1981.

CONSULTA NUM. 2/1981

EL EJERCICIO DE LAS FUNCIONES DEL MINISTERIO FISCAL EN LOS JUZGADOS DE VIGILANCIA PENITENCIARIA

Se ha recibido en esta Fiscalía General del Estado Consulta del Fiscal de Málaga, en la que plantea la siguiente cuestión: si le han de corresponder en exclusividad las funciones propias de nuestro Ministerio ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, creado en aquella capital por acuerdo del Consejo General del Poder Judicial, de 9 de julio de 1981 («Boletín Oficial del Estado» del 22 de julio de 1981), o si, por el contrario, al extenderse la jurisdicción de aquel Juzgado a los establecimientos penitenciarios sitos en las cuatro provincias del territorio de la Audiencia Territorial, deberán ejercerse dichas funciones por cada una de las Fiscalías del territorio y, más concretamente, por la Audiencia que hubiera dictado la Sentencia que originó la ejecutoria.

La Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, creadora de la nueva figura del Juez de Vigilancia, con funciones y jurisdicción propia, no delegada, le confiere expresamente la competencia que hasta ahora tenían los Jueces y Tribunales sentenciadores en la ejecución de las penas privativas de libertad, tanto las directamente impuestas como las sustitutorias de penas pecuniarias. Dedicó tal norma su título V al nuevo órgano jurisdiccional, enunciando el artículo 76 las atribuciones y competencias que le son propias.

Razones de urgencia, de sobra conocidas, han impulsado al Consejo General del Poder Judicial a asignar las funciones de Juez de Vigilancia Penitenciaria a determinados órganos judiciales en tanto se promulgue la Ley Orgánica del Poder Judicial. El pronto funcionamiento de estos Juzgados y el mayor celo en su desempeño, son de la mayor importancia para la Justicia.

El Ministerio Fiscal, en virtud de funciones propias derivadas del artículo 124 de la Constitución y el contenido del Estatuto y Reglamento orgá-

nicos, habrá de intervenir desde el primer momento, en las actividades encomendadas a los nuevos Juzgados, por lo que se les deberá dar traslado inmediato o, en su caso, promoverá las actuaciones, ya sea de oficio o a instancia del interno u otros interesados.

El acuerdo del Consejo General del Poder Judicial, de 9 de julio de 1981, al tiempo que crea los Juzgados de Vigilancia, ordena una peculiar distribución territorial, caracterizada porque en ocasiones no coincide el ámbito territorial que se fija para el Juzgado con la jurisdicción de la Audiencia Territorial y, en algún caso concreto, con el de la Audiencia Provincial.

Por lo expuesto, ha considerado conveniente resolver la Consulta formulada dando, con carácter general, las siguientes instrucciones:

1.º El Fiscal en cuyo territorio esté la sede de un Juzgado de Vigilancia cuya competencia exceda de la jurisdicción de la respectiva Audiencia, elevará, por conducto reglamentario en su caso, propuesta a esta Fiscalía de designación de uno o de varios funcionarios del Ministerio Fiscal de la Fiscalía correspondiente para que, sin exclusividad y por turno u otro sistema de distribución de trabajo, se reparta el que corresponda al Juzgado de Vigilancia.

La Fiscalía General del Estado, a la vista de las propuestas, designará al funcionario o funcionarios que deban atender las funciones del Ministerio Fiscal en los respectivos Juzgados de Vigilancia.

2.º En los casos en que las funciones del Juzgado de Vigilancia recaeren en el Juez de Peligrosidad y Rentabilidad Social, el Fiscal podrá encargar el despacho de los asuntos procedentes del Juzgado de Vigilancia al funcionario o funcionarios afectos a la jurisdicción de peligrosidad, dando cuenta de esta decisión a la Fiscalía General del Estado.

3.º Las Fiscalías de las Audiencias Territoriales de Madrid, Barcelona, Valencia y Sevilla, que tienen en plantilla asignado un funcionario del Ministerio Fiscal con carácter fijo y exclusivo al Juzgado de Peligrosidad, si en éste han reácido las funciones de Juzgado de Vigilancia, designarán a dicho funcionario, a no ser que por vacante o por razones de mayor coordinación y especialidad hagan aconsejable al Fiscal proponer al Abogado Fiscal encargado del despacho de ejecutorias, si lo hubiere.

4.º En el supuesto de que los Juzgados de Vigilancia no extiendan su jurisdicción a mayor ámbito territorial que el de la Audiencia Provincial (Cádiz y Toledo), el Fiscal de la Audiencia hará directamente la designación del funcionario o funcionarios que habrán de despachar el trabajo de los Juzgados de Vigilancia, dando seguidamente cuenta a esta Fiscalía de la designación realizada.

5.º Los Fiscales adscritos a los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria dependerán del Fiscal de la Audiencia donde radique el Juzgado, y sus consultas y propuestas se elevarán a esta Fiscalía General por aquél a través del Fiscal de la Audiencia Territorial cuando su jurisdicción exceda del ámbito provincial.

6.º Los Fiscales a quienes se confíen los asuntos de los Juzgados de Vigilancia, cuidarán de que todas las incidencias de cada expediente y sus principales trámites se reflejen en una carpetilla a custodiar en la Fiscalía

a la que pertenezca, así como en un ficha por cada, interno, con las vicisitudes y cambios que experimente.

7.º En los partes, estadísticos se dará cuenta del trabajo realizado por los funcionarios adscritos a los Juzgados de Vigilancia, con expresión del total de asuntos despachados, distinguiendo si son dictámenes en ejecución de penas de privación de libertad o recursos.

8.º Por el Fiscal adscrito al Juzgado de Vigilancia se realizarán las visitas a los establecimientos penitenciarios con el titular del Juzgado (art. 526 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y disposición transitoria 1.ª de la Ley General Penitenciaria), mas como son compatibles con las vistas comunes, se mantiene en todo su vigor la Circular de esta Fiscalía 3/1978.

Por considerarlo de utilidad y su conocimiento necesario, se adjunta fotocopia de las «Previsiones» que sobre los Juzgados de Vigilancia ha dictado, al amparo del artículo 5 de la Ley Provisional Orgánica del Poder Judicial de 1870, el Excmo. señor Presidente del Tribunal Supremo.

Madrid, 22 de octubre de 1981.

CONSULTA NUM. 3/1981

NATURALEZA DE LA CANCELACION DE ANTECEDENTES PENALES

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 Penados 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 procede 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 instacia 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 18, 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, recobraría 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 desencadena la revocación de la cancelación era cualquier delito y, de otra, la inscripción de condena recobra 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 pendet»), 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 hayan 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 número 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.

Madrid, 13 de noviembre de 1981.