

sona, que adquirirá tal condición por el nacimiento, y legalmente cuando cumpla las exigencias de viabilidad y supervivencia exigidas por la Ley Civil.

Con arreglo a esa misma Ley Civil —artículo 29 del Código— al concebido se le tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables y, evidentemente, nada es más favorable para el «nasciturus» que la conservación de su propia vida intrauterina.

También es de señalar que para la aplicación de la Ley Penal no es de rigor la exigencia del artículo 30 del mismo Código Civil, en cuanto requiere que «sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno». El mismo artículo determina que esas exigencias son solamente «a efectos civiles». Por esto la jurisprudencia penal considera persona a las víctimas de infanticidio, parricidio o asesinato, aunque el sujeto pasivo sea un recién nacido y no se hayan cumplido en él los requisitos necesarios para adquirir la personalidad conforme al citado artículo 30 del Código Civil. Así, pues, el concepto penal de persona y personalidad es mucho más amplio que el de la Ley Civil.

A los efectos penales basta la personalidad potencial y para determinar el supuesto de competencia debe bastar la nacionalidad potencial del feto, que en el concebido por padres españoles será la española, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 17.1 y 2 del Código Civil.

Por otra parte, razones de todo orden aconsejan que esta delicada cuestión sea sometida a la decisión de los Tribunales para dar ocasión a que la jurisprudencia se pronuncie, por lo que conviene plantearla en forma y no sustraer al conocimiento judicial un caso de tanto trascendencia jurídica y sociológica.

Se ha de observar, por último, que el enjuiciamiento de este asunto no corresponde a la Audiencia de Tarragona, pues, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4.1 e) del Real Decreto-ley 1/1977, de 4 de enero, está atribuido a la Audiencia Nacional el conocimiento de todas las causas por delitos cometidos fuera del territorio nacional.

Por consiguiente, esa Fiscalía habrá de limitarse a pedir del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Tortosa que, en cumplimiento de lo establecido en la regla primera del artículo 5.º del citado Real Decreto-ley de creación de la Audiencia Nacional, eleve a dicha Audiencia y en relación con las diligencias previas 144/1978 la exposición a que dicho precepto se refiere.

#### CONSULTA NUM. 6/1978

#### SOBRE DETERMINACION DE LA GRAVEDAD DE LAS PENAS A EFECTOS DE APLICACION DEL PARRAFO SEGUNDO DEL ARTICULO 71 DEL CODIGO PENAL

En consulta formulada por V. E. con fecha 13 de julio plantea la duda que ha suscitado en esa Fiscalía la aplicación del artículo 71 del Código Penal en la calificación de una causa por falsedad y estafa, siendo la primera medio necesario para cometer la segunda.

Señala V. E. que la pena correspondiente al delito de estafa, con arreglo al artículo 528, número 2, del Código Penal, es la de presidio menor, aunque por concurrir la circunstancia de multirreincidencia y por aplicación del artículo 530 del mismo texto la pena que correspondería sería la de presidio mayor. Para la falsedad, conforme al artículo 303 del Código punitivo, la pena señalada es la de presidio menor y multa. Según el parecer que motiva su consulta, la gravedad de las infracciones, a estos efectos, ha de apreciarse tal como los delitos estén penados en el Código, con independencia de la agravante calificada del 530, y, conforme a ese criterio, la pena más grave no sería la del delito de estafa, sino la del delito de falsedad, por lo que la pena máxima a imponer sería la de seis años de presidio menor y multa, criterio que conduce a que castigados conjuntamente los dos delitos resulte inferior la penalidad a la de sólo el delito de estafa, si éste fuera el únicamente enjuiciado, o se castigará por separado.

El problema planteado por V. E. consiste, en definitiva, en la determinación de si las penas a considerar para la aplicación o inaplicación del artículo 71 han de ser consideradas en abstracto y de acuerdo únicamente con las que se fijan para los respectivos tipos de delito, o bien en concreto, es decir, atendiendo a la que corresponda a cada uno de los reos según las reglas que, en cada caso, determinan la sanción individualizada atendiendo al grado de ejecución, forma de participación y circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

Esta Fiscalía, en las Circulares de 10 de enero y 11 de febrero de 1908, apuntó el criterio de la valoración en concreto de las penas, doctrina que ratifica la de 30 de noviembre de 1942.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo, después de diversas resoluciones que vacilan entre uno y otro criterio, ha declarado en sentencia de 1 de julio de 1975 que para la aplicación del artículo 71 las penalidades a comparar deben ser las determinadas en concreto por la aplicación de las reglas para la determinación de la pena y establece que «la manera de realizar la medición concreta en cada caso es sencilla en cuanto a la precisión de la excepción favorable al reo, en orden a fijar la suma de las penas de los diversos delitos, a imponer separadamente, pues se atenderá a la fijada típicamente para cada infracción en el tipo, aplicándose a su vez las reglas generales de penalidad y obteniéndose así el resultado, según el grado delictivo, forma de participación y circunstancias modificativas», añadiendo más adelante que para fijar cuál es la pena más grave «se atenderá la que resulte del juego de las tan citadas reglas generales para determinar la pena, pero operando sólo con la propia de los grados de ejecución, formas de participación y circunstancias atenuantes y agravantes de eficacia excepcional—eximentes incompletas, multirreincidencia, menor edad, etc—», doctrina que coincide con la opinión personal de V. E., tal como la expone al final de su consulta.

Aplicando estos criterios al caso de autos, la pena correspondiente al delito más grave es la de presidio mayor, conforme a lo prevenido en el artículo 528, número 2, en relación con el 530, que en su grado máximo tiene una extensión de diez años y un día a doce años. La pena señalada para el delito de falsedad, conforme al artículo 303, concurriendo la agravante de reiteración, es la de cuatro años, dos meses y un día a seis años.