

Consultas

CONSULTA 1/2004, DE 26 DE NOVIEMBRE, SOBRE LA POSIBILIDAD DE QUE LOS EXPEDIENTES DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA SEAN RESUELTOS MEDIANTE DECRETO DEL SECRETARIO JUDICIAL

La presente consulta tiene por objeto resolver la cuestión relativa a la aplicabilidad, en el momento actual, de la previsión contenida en el recientemente reformado artículo 456 LOPJ, cuyo apartado 3.º reza «*Los Secretarios Judiciales, cuando así lo prevean las leyes procesales, tendrán competencias en las siguientes materias: ... b) Jurisdicción voluntaria, asumiendo su tramitación y resolución, sin perjuicio de los recursos que quepa interponer*».

Esta previsión se completa con lo dispuesto en el apartado 4.º del mencionado precepto, conforme al cual «*se llamará decreto a la resolución que dicte el secretario judicial con el fin de poner término al procedimiento del que tenga atribuida exclusiva competencia, o cuando sea preciso o conveniente razonar su decisión. Será siempre motivado y contendrá, en párrafos separados y numerados, los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho en que se basa*».

A favor de la tesis afirmativa, según la cual los Secretarios podrían ya en este momento resolver mediante decreto los expedientes de jurisdicción voluntaria, se esgrime que la LO 19/2003, de 23 de diciembre, que operó la reforma del citado artículo, entró en vigor el pasado día 16 de enero de 2004, ya que –a falta de mención expresa de la fecha de su entrada en vigor– deviene aplicable la previsión genérica contenida en el artículo 2.1 CC, conforme al cual la mencionada norma, publicada en el BOE de 26 de diciembre de 2003, habría entrado en vigor a los veinte días de su publicación.

De hecho, la presente consulta está motivada por el hecho de que varios órganos judiciales –radicados todos ellos en el territorio de la Fiscalía consultante– han secundado la anterior opinión, y varios expedientes judiciales de declaración de herederos abintestato han sido resueltos mediante decretos dictados por los Secretarios judiciales de dichos órganos.

Sin embargo, tal actuación plantea serias dudas acerca de su adecuación a la legalidad vigente. Estas dudas, unidas a los problemas aplicativos que se derivan de la interpretación apuntada, justifican la oportunidad de la presente consulta.

Es sabido que la doctrina científica procesalista, al igual que el Libro Blanco de la Justicia aprobado por el Pleno del CGPJ el 8 de septiembre de 1997, la Recomendación R (1986) del Consejo de Europa de 16 de septiembre de 1986 y las Resoluciones de la Unión Europea de Secretarios Judiciales de septiembre de 1985 y septiembre de 1987, abogan por una mayor atribución de competencias, incluidas las decisorias,

al Secretario Judicial en los procedimientos judiciales no contenciosos, como el acto de conciliación o los actos de jurisdicción voluntaria, lo que permitiría aliviar la carga de trabajo de los Jueces a la par que aprovechar la formación jurídica de los integrantes de aquel Cuerpo. Asimismo, el Pacto de Estado sobre la Justicia de 28 de mayo de 2001 prevé una redefinición del papel del Secretario Judicial para aprovechar su capacidad y formación, potenciando las funciones de ejecución, realización de bienes y jurisdicción voluntaria. La reforma efectuada por la LO 19/2003 se inscribe en esa línea al regular las funciones del Secretario Judicial.

No obstante, la correcta resolución de la cuestión planteada exige una labor de inteligencia de la norma contenida en el artículo 456, apartado 3 b), LOPJ conforme a los criterios hermenéuticos explicitados en el artículo 3 CC, de modo que una primera aproximación al significado y alcance de la proposición normativa desde una interpretación literal del texto «Los Secretarios Judiciales, cuando así lo prevean las leyes procesales, tendrán competencia en las siguientes materias: ... b) jurisdicción voluntaria...», indica ya con absoluta claridad que se trata de una norma vigente, pero de aplicación futura, ya que habilita al legislador para arbitrar unas competencias, pero no crea originariamente un marco competencial definido y concretado, sino que lo difiere a la futura ley procesal que la desarrolle.

Es obvio que la regulación procesal de los expedientes de jurisdicción voluntaria no contempla todavía la posibilidad de que sean resueltos por los Secretarios Judiciales.

En efecto, la normativa aplicable en la materia sigue siendo el Libro III de la LEC 1881, cuya vigencia fue prorrogada –hasta la entrada en vigor de la futura Ley sobre Jurisdicción Voluntaria– mediante la excepción 1.ª prevista en el apartado primero de la Disposición Derogatoria Única de la Ley 1/2000, de 7 de enero, que aprobó la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Asimismo, los artículos relativos a la conciliación (art. 11 de la LEC 1881) y a la declaración de herederos abintestato (sección 2.ª del Título IX del Libro II de la LEC 1881), pacíficamente considerada ésta como un expediente de jurisdicción voluntaria –pese a estar dichos preceptos formalmente encuadrados en la regulación de la jurisdicción contenciosa–, siguen vigentes en virtud de la excepción 2.ª del mismo apartado, también «hasta la entrada en vigor de la nueva regulación de ambas materias en la Ley sobre Jurisdicción Voluntaria».

Pues bien, en las normas vigentes que regulan con carácter general la jurisdicción voluntaria no sólo no está previsto que los Secretarios puedan resolver los expedientes mediante decreto, sino que incluso de manera expresa se alude a la competencia del Juez para resolverlos (art. 1811 de la LEC 1881).

Y, en particular, los artículos 1818 ss., comprendidos bajo el epígrafe «Disposiciones generales» en el Título I del Libro III, aluden al auto (resolución judicial) que pone fin al expediente y al régimen del recurso de apelación que cabe interponer contra el mismo.

En el supuesto concreto de la declaración de herederos abintestato también la Ley menciona expresamente que será el Juez, a propuesta del Secretario, quien dicte auto haciendo o denegando la declaración (art. 981 de la LEC 1881), al tiempo que prevé los efectos de la firma de la «resolución judicial» (art. 996).

Tampoco han sido objeto de modificación, para acomodarlas a tal posibilidad, las normas referidas a procedimientos de jurisdicción voluntaria dispersas en algunas leyes especiales, tales como la Ley y el Reglamento Hipotecario (v. gr., expedientes de dominio) o la Ley y el Reglamento del Registro Civil.

Desde una interpretación sistemática tampoco parece sostenible –en tanto no se reforme la normativa procesal vigente sobre la materia– defender la competencia actual de los Secretarios para resolver mediante decreto procedimientos de jurisdicción voluntaria, máxime cuando la propia LO 19/2003 que introduce tal previsión, con conciencia de la necesaria reforma ulterior de determinadas normas procesales para su efectiva

aplicación, añade en su Disposición final 2.^a que «en el plazo de un año el Gobierno remitirá a las Cortes Generales los proyectos de Ley procedentes para adecuar las leyes de procedimiento a las disposiciones modificadas por esta Ley». Esta disposición, por otra parte, reitera –en lo que a la necesaria reforma de las normas sobre la jurisdicción voluntaria se refiere– el mandato que en su día ya fue formulado en la Disposición final 18.^a de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, conforme a la cual el Gobierno debería, en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la ley, haber remitido a las Cortes Generales un Proyecto de Ley sobre jurisdicción voluntaria.

Por último, una interpretación lógica del precepto debatido aboga por idéntica resolución. Sostener la inmediata aplicabilidad del precepto cuestionado significaría la derogación tácita (art. 2.2 CC) de la regulación actual de la jurisdicción voluntaria. Estos procedimientos serían de la exclusiva competencia del Secretario Judicial (art. 456.4 LOPJ), sin distinción alguna entre los actos de jurisdicción voluntaria de inequívoca naturaleza jurisdiccional –reservados a los Jueces según los arts. 117.3 y 4 CE y 2.2 LOPJ– y aquellos que carecen de tal carácter, asimismo no se produciría intervención judicial ni en la tramitación ni en la resolución (art. 456.3 LOPJ), y conduciría a la absurda consecuencia de convertir el decreto del Secretario en decisión irrevocable, dado que ni se prevé qué recurso procedería (el artículo sólo contiene una mención genérica a «los recursos que quepa interponer»), ni sería probable admitir la apelación que tiene naturaleza jurisdiccional.

Parece claro, en fin, que la falta de determinación de la vía impugnatoria no se trata de una simple imprevisión legislativa, sino de una laguna intencionada, que obedece al convencimiento de que la norma comentada no podrá ser aplicada en tanto no se apruebe la nueva ley reguladora de la jurisdicción voluntaria, y que corresponderá precisamente a ésta determinar cuál es el recurso procedente contra los decretos de los Secretarios Judiciales que resuelvan los expedientes de jurisdicción voluntaria, así como el régimen de su tramitación.

Por todo ello, y como conclusión, se puede afirmar con toda seguridad que, en el momento actual y en tanto no tenga lugar la tan anunciada reforma de las normas que regulan los procedimientos de jurisdicción voluntaria, éstos no pueden ser resueltos por decreto del Secretario Judicial dictado al amparo del vigente art. 456.3.b) LOPJ, sino que deben concluir en todo caso mediante resolución judicial, por lo que los señores Fiscales deberán adoptar las medidas procesalmente oportunas para evitar o, en su caso, subsanar tales anomalías.

CONSULTA 2/2004, DE 26 DE NOVIEMBRE, SOBRE LA PENA QUE PROCEDE APLICAR CUANDO LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DE REINCIDENCIA CUALIFICADA CONCURRE CON UNA O MÁS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES

I

La reciente reforma del Código Penal, operada por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, ha afectado, entre otras materias, a las reglas de determinación de la pena en función de la concurrencia o no de una o más circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. El artículo 66 CP se ha visto remozado mediante una nueva

redacción que, si bien resuelve algunas lagunas detectadas en la anterior regulación, genera nuevas dudas y dificultades aplicativas.

La actual redacción del artículo 66 CP es la siguiente:

1. *En la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los Jueces o Tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas:*

1.^a *Cuando concorra sólo una circunstancia atenuante, aplicarán la pena en la mitad inferior de la que fije la ley para el delito.*

2.^a *Cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concorra agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes.*

3.^a *Cuando concorra sólo una o dos circunstancias agravantes, aplicarán la pena en la mitad superior de la que fije la ley para el delito.*

4.^a *Cuando concurren más de dos circunstancias agravantes y no concorra atenuante alguna, podrán aplicar la pena superior en grado a la establecida por la ley en su mitad inferior.*

5.^a *Cuando concorra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista por la ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido.*

A los efectos de esta regla no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo.

6.^a *Cuando no concurren atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho.*

7.^a *Cuando concurren atenuantes y agravantes, las valorarán y compensarán racionalmente para la individualización de la pena. En el caso de persistir un fundamento cualificado de atenuación, aplicarán la pena inferior en grado. Si se mantiene un fundamento cualificado de agravación, aplicarán la pena en su mitad superior.*

8.^a *Cuando los Jueces o Tribunales apliquen la pena inferior en más de un grado podrán hacerlo en toda su extensión.*

2. *En los delitos imprudentes, los Jueces o Tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el apartado anterior.*

El principal factor de distorsión del sistema lo constituye la denominada *multirreincidencia* o —con mayor propiedad— reincidencia cualificada, que el propio texto legal define como «circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido ejecutoriamente condenado, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza».

Como acertadamente argumenta la Fiscalía consultante, no se trata de una nueva circunstancia agravante, ya que no ha sido introducida con sustantividad propia en el catálogo de agravantes del artículo 22 CP. Se trata, como se ha apuntado ya anteriormente, de un fundamento o motivo de cualificación de la circunstancia agravante de reincidencia, que permite —con carácter facultativo— la exacerbación de la pena hasta invadir el ámbito propio de la pena superior en grado, «teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido» (regla 5.^a

art. 66 CP). Lo mismo cabe decir del supuesto de hecho previsto en la regla 4.^a del mismo artículo, que permite imponer la pena superior en grado, en su mitad inferior, «cuando concurren más de dos circunstancias agravantes y no concorra atenuante alguna»; tampoco aquí cabe hablar de una nueva agravante, sino de la simple presencia de un motivo cualificado de agravación.

La pregunta que plantea la Fiscalía consultante es, en términos generales, la siguiente. Cuando concurren en un mismo supuesto la reincidencia cualificada y una o más atenuantes, ¿qué regla procede aplicar?: la ya mencionada regla 5.^a del artículo 66, que permite imponer la pena superior en grado; o la regla 7.^a del mismo artículo, la cual prevé, para el caso de que concurren atenuantes y agravantes, la valoración y compensación racional de las mismas, sin que en ningún caso se pueda –contrariamente a lo previsto en la regla 5.^a– superar el límite superior de la pena establecida por la ley.

II

Como argumentos favorables a la aplicación de la regla 5.^a, la Fiscalía consultante expone los siguientes:

En primer lugar, la Fiscalía consultante hace notar que en todas las restantes reglas del artículo 66 CP se hace mención expresa de la necesidad de que deban concurrir o no conjuntamente agravantes o atenuantes. Así, se utilizan expresiones tales como «cuando concorra sólo una circunstancia atenuante» (regla 1.^a); «cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes o una o varias muy cualificadas y no concorra agravante alguna» (regla 2.^a); «cuando concorra sólo una o dos circunstancias agravantes» (regla 3.^a); «cuando concurren más de dos circunstancias agravantes y no concorra atenuante alguna» (regla 4.^a); «cuando no concurren atenuantes y agravantes» (regla 6.^a); «cuando concurren atenuantes y agravantes» (regla 7.^a). Esta exhaustividad en la descripción de los anteriores supuestos podría interpretarse *a contrario* como un deseo de que la regla 5.^a operase, en todo caso, independientemente de la concurrencia o no de una o varias circunstancias atenuantes.

También abonaría esta postura la autonomía conceptual del instituto de la *multi-reincidencia* o reincidencia cualificada, que no es –como ya se ha mencionado *supra*– una agravante en el sentido propio del término. Al no poder encuadrarse con propiedad en el término «agravantes» que emplea la regla 7.^a del artículo 66 CP, esta regla no excluiría de manera absoluta el eventual recurso a la regla 5.^a, que se limita a permitir la elevación de la pena con carácter facultativo. Dado que esta regla no hace ninguna alusión a la posible concurrencia de otras circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, podría invocarse aquí el brocardo clásico *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*, de tal manera que la regla 5.^a devendría *lex specialis* frente a las restantes reglas del artículo 66 CP.

Sin embargo, la anterior no es la tesis que –al menos mayoritariamente– apoya la Fiscalía consultante, que se inclina por considerar de preferente aplicación la regla 7.^a del artículo 66 CP.

Se alega, en primer lugar, el carácter exhaustivo en la descripción de todos los supuestos descritos en las diferentes reglas del artículo 66 CP. Considera la Fiscalía consultante que, si se hubiese querido permitir la agravación cualificada, también en el caso de concurrencia con una o más circunstancias atenuantes, se hubiese debido indicar así de manera expresa en la redacción de la regla 5.^a, introduciendo un inciso del tenor siguiente: «cuando, aun concurriendo circunstancias atenuantes, concorra la agravante de reincidencia con la cualificación...». En realidad este criterio, basado en la exhaustividad de la descripción de los supuestos, es el mismo que –en opinión de los partidarios de la tesis contraria y por motivos totalmente opuestos– debería condu-

cir a la aplicación preferente de la regla 5.^a, como ya se comentó con anterioridad. Esta absoluta discrepancia en cuanto al sentido que cabe extraer de la fórmula de redacción de las restantes reglas revela, en definitiva, una clara insuficiencia del recurso al elemento literal para resolver por sí mismo la duda planteada.

Sin embargo, se aduce también un argumento sistemático, basado en el orden de enumeración de las distintas reglas. De acuerdo con esta tesis, la regla 7.^a vendría a operar como cláusula general de cierre, que completa y da respuesta a todos los casos no previstos con anterioridad, por lo que resultaría la norma aplicable en el caso controvertido.

Por último, no cabe duda de que esta interpretación es más favorable al reo. No obstante, este argumento tampoco es concluyente, porque el principio (*in dubio pro reo*) despliega su genuina virtualidad en el terreno de la valoración probatoria y la destrucción de la presunción de inocencia, y no es una regla absoluta en materia de interpretación normativa.

En consecuencia, resulta más correcto traer a colación lo establecido en el artículo 4.-1.º del Código Penal conforme al cual: «Las leyes penales no se aplicarán en casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas». Y en el artículo 4.2.º del Código Civil, a cuyo tenor: «Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas». Ambos preceptos impedirían aplicar extensivamente la regla 5.^a del artículo 66 del Código Penal, cuando junto a la agravante de reincidencia cualificada se aprecien una o más circunstancias atenuantes, ya que dicha situación de concurrencia está contemplada en la regla 7.^a del mismo artículo, que establece la pena imponible en estos supuestos.

III

En realidad, la cuestión que origina la consulta planteada guarda cierta similitud con el supuesto de hecho que en su día dio lugar a la consulta n.º 2/1997 de esta Fiscalía General. Se planteó en aquel momento cuál era la regla aplicable —conforme a la anterior redacción del artículo 66 CP— en caso de que concurriesen al mismo tiempo una o varias agravantes y dos o más atenuantes o una atenuante muy cualificada: si era la regla 4.^a, conforme a la cual podía rebajarse la pena en uno o dos grados cuando fueran dos o más las circunstancias atenuantes o una sola muy cualificada, sin que se hiciese mención de la eventual concurrencia de una o más agravantes; o la regla 1.^a, que obligaba —cuando concurrieran conjuntamente circunstancias atenuantes y agravantes— a individualizar la pena dentro de los límites señalados por la ley.

Dicha cuestión fue resuelta por la citada Consulta n.º 2/1997 en el sentido de que —en tanto no existiese una línea jurisprudencial clara al respecto— debería aplicarse la regla 1.^a, sin que por tanto fuese posible en ningún caso rebajar la pena en grado.

La Sala 2.^a del Tribunal Supremo, posteriormente, abordó también la cuestión en un sentido diverso, fijando su criterio en el Pleno no jurisdiccional de 27 de marzo de 1998, y ratificándolo posteriormente en numerosas sentencias, como, por ejemplo, las SSTS 475/1998, de 3 de abril; 1117/1999, de 1 de septiembre; 780/2000, de 11 de septiembre; o 1445/2001, de 20 de julio.

La tesis jurisprudencial se puede exponer, básicamente y en términos recogidos por la última de las resoluciones citadas, del siguiente modo: «a) la concurrencia de agravantes y atenuantes inicialmente obliga a la aplicación de la regla 1.^a del artículo 66 CP, en las que unas y otras deben ser objeto de compensación y ponderación; b) si permanece un fundamento cualificado de atenuación debe aplicarse seguidamente la regla 4.^a de dicho precepto (reducción de uno o dos grados); c) si subsiste una atenuación ordinaria como fruto de la compensación, se aplica la regla 1.^a; y d) de ello se sigue que la regla 4.^a del artículo 66, cuando concurren circunstancias agravantes, no obliga pero sí faculta a la imposición a la pena inferior en uno o dos grados».

La reforma de la LO 11/2003 ha acogido el anterior criterio jurisprudencial y lo ha plasmado en la nueva redacción de las reglas del artículo 66 CP. Ahora, conforme a la regla 2.ª del citado artículo, la rebaja de pena en uno o dos grados vinculada a la concurrencia de varias atenuantes o de una muy cualificada se condiciona expresamente a que no concorra agravante alguna. En caso contrario, deviene aplicable la regla 7.ª, que impone la obligación de valorar y compensar racionalmente las atenuantes y agravantes que concurren, si bien prevé que «en el caso de persistir un fundamento cualificado de atenuación aplicarán la pena inferior en grado».

Este problema y su solución, aunque aparentemente puedan distraer la atención de la pregunta concreta que pretende resolver esta consulta, se ha querido traer precisamente a colación porque, más allá de la similitud existente entre ambas cuestiones, el tratamiento y la respuesta dados a la primera de ellas contienen las claves necesarias para abordar correctamente la segunda, que es la que ahora nos ocupa.

Efectivamente, de la corriente jurisprudencial auspiciada por el citado Pleno de 23 de marzo de 1998 y su posterior plasmación legislativa, parece desprenderse con claridad que, siempre que concurren atenuantes y agravantes y estemos dentro del ámbito de aplicación del artículo 66 CP—excepción hecha por tanto del supuesto contemplado en el art. 68 CP—(apreciación de una eximente incompleta, que queda como única *lex specialis* frente a la norma general), se debe hacer inicialmente una ponderación y compensación racional de circunstancias, para a continuación valorar si persisten o no fundamentos cualificados de atenuación o de agravación.

A qué se llama «fundamento cualificado de atenuación» se deduce claramente de la jurisprudencia anteriormente citada. Si, una vez hecha la compensación de circunstancias, permanece una atenuante muy cualificada o dos o más atenuantes que no hayan sido objeto de la mencionada compensación, estaremos en presencia del citado fundamento cualificado de atenuación, expresión que ya ha sido frecuentemente utilizada por el Tribunal Supremo para referirse precisamente a estos casos.

Es novedoso, sin embargo, el concepto «fundamento cualificado de agravación», que introduce también la regla 7.ª del artículo 66. Y es necesariamente novedoso porque con anterioridad a la reforma operada por la LO 11/2003 no existían en nuestro Derecho tales fundamentos cualificados de agravación.

En la regulación actual, sin embargo, no cabe duda de que es fundamento cualificado de agravación, por ejemplo, el hecho de que concurren tres o más circunstancias agravantes y no concorra atenuante alguna, ya que en este caso (regla 4.ª) la pena puede elevarse hasta la mitad inferior de la pena superior en grado.

Pues bien, consideradas así las cosas y recordando lo que se ha dicho inicialmente acerca de la novedosa figura de la *multirreincidencia*, que no es sino una agravante cualificada, estamos en condiciones de afirmar que es una agravante cualificada precisamente porque concurre en ella un «fundamento cualificado de agravación», análogo al previsto en la regla 4.ª citada, con la única diferencia de que no se limita a su mitad inferior la imposición facultativa de la pena superior en grado.

Por otra parte, desde un punto de vista meramente sistemático, no escapa a un perspicaz observador que el orden lógico que siguen las reglas del artículo 66 es el siguiente: la 1.ª y la 2.ª se refieren a la concurrencia exclusivamente de atenuantes; la 3.ª y la 4.ª (y resulta lógico considerar que la 5.ª también), a la concurrencia exclusiva de agravantes; la 6.ª, a la inexistencia de unas y de otras; y la 7.ª, a la concurrencia de ambas.

Por tanto, se puede afirmar que —en todos aquellos casos en que se aprecie la agravante de reincidencia cualificada junto con alguna atenuante— la regla 7.ª deviene ley especial, y consiguientemente de aplicación preferente, frente a la norma general de la regla 5.ª del artículo 66 CP.

Por ejemplo, si concurren al mismo tiempo la agravante de reincidencia cualificada, otra agravante y una atenuante, el juzgador puede valorar racionalmente que estas dos últimas se compensan, pero en tal caso se verá obligado –en virtud de lo previsto en el inciso final de la regla 7.ª del art. 66 y dado que persiste un fundamento cualificado de agravación– a imponer la pena en su mitad superior.

IV

A la vista de todo lo expuesto, cabe establecer las siguientes conclusiones:

1.ª Cuando la circunstancia agravante de reincidencia cualificada definida en la regla 5.ª del artículo 66 CP concorra conjuntamente con una o varias circunstancias atenuantes, será de aplicación la regla 7.ª del artículo 66 CP, que obliga a valorar y compensar racionalmente todas las circunstancias concurrentes.

2.ª Si, como fruto de la citada valoración y compensación racional de circunstancias, persisten motivos para estimar subsistente la agravante cualificada de reincidencia, procederá aplicar la pena prevista en su mitad superior, como dispone con carácter imperativo el inciso final de la mencionada regla 7.ª. En ningún caso será aplicable la pena superior en grado.

3.ª La regla 5.ª del artículo 66 CP sólo será aplicable cuando no concorra ninguna circunstancia atenuante.

CONSULTA 3/2004, DE 26 DE NOVIEMBRE, SOBRE LA POSIBILIDAD DE ADOPTAR LA MEDIDA CAUTELAR DE ALEJAMIENTO EN EL PROCESO DE MENORES

I

La Fiscalía consultante plantea la cuestión de si las medidas cautelares concebidas para la protección de la víctima, previstas en los artículos 13, 544 bis de la LECrim, así como las que pudieran derivarse del procedimiento introducido en el artículo 544 ter, tratándose de delitos de los artículos 57, 153 y 173.2 del Código Penal, son aplicables a aquellos supuestos en que el agresor es un menor de edad y, como tal, sujeto a la jurisdicción de menores.

La Fiscalía consultante, aun sin tomar postura, propone dos posibles soluciones para posibilitar la utilización de tales medidas cautelares: bien considerando que la supletoriedad del Código Penal y de la LECrim proclamada en la Disposición final primera de la LORPM permite su aplicación, bien acomodándolas a las amplias posibilidades que ofrece la medida cautelar de libertad vigilada.

El interés de la consulta planteada va más allá del interrogante puramente académico o especulativo. De hecho, como apunte criminológico que realza la trascendencia de la consulta, debe ponerse de relieve el dato constatable de la incidencia que en el ámbito del Derecho penal juvenil tienen los malos tratos familiares protagonizados por los menores, en la mayoría de los casos adolescentes varones, hacia sus progenitores, normalmente la madre. Tampoco, desgraciadamente, son desdeñables los casos de malos tratos de jóvenes hacia sus compañeras sentimentales.

Sobre su incidencia práctica habla el hecho de que las conclusiones adoptadas en el seno de la Reunión sobre violencia doméstica de Fiscales españoles e iberoamerica-

nos, celebrada en Madrid los días 16 a 18 de octubre de 2002, incluyeran entre sus contenidos una mención directamente relacionada con el problema que suscita la consulta. En línea similar, la conclusión número 20 de las Jornadas de Jueces de Menores celebradas en Madrid los días 22 a 25 de abril de 2001, organizadas por el Consejo General del Poder Judicial, expresamente se pronunció en el sentido de que «*se podría acordar, dentro de una medida cautelar de libertad vigilada y como medio de protección de la víctima, que el menor no pueda acercarse a ella, ya que cabría su adopción como una de las reglas de conducta previstas en el artículo 7.1.h) de la LORPM*».

II

Es cierto, y así se desprende con nitidez del texto vigente y de los debates parlamentarios que precedieron a la aprobación de la LORPM, que el legislador optó decididamente por un catálogo expreso y cerrado de las medidas cautelares utilizables, con la finalidad de reforzar el principio de seguridad jurídica. También es cierto que aquel texto legal, integrado por 64 artículos, regula simultáneamente el Derecho Penal y el Derecho Procesal de Menores, no pudiendo ser considerado como un cuerpo normativo autónomo, completo o autosuficiente. Por el contrario, se integra en el sistema general del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como expresamente previene su Disposición final primera, al disponer que *tendrán el carácter de normas supletorias, para lo no previsto expresamente en esta Ley Orgánica, en el ámbito sustantivo, el Código Penal y las leyes penales especiales, y, en el ámbito del procedimiento, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en particular lo dispuesto para los trámites del procedimiento abreviado regulado en el Título III del Libro IV de la misma*.

La parquedad de las disposiciones de la LORPM hace que tal integración haya de realizarse con frecuencia para colmar lagunas. Pese a todo, esa labor de integración no puede ser interpretada de forma que convierta la supletoriedad en una forzada puerta de acceso directo a la aplicación de cualquier disposición de nuestro sistema penal de adultos en la jurisdicción de menores. La aplicación supletoria nunca puede realizarse *ab integro*, debiendo excluirse en aquellas materias que bien tienen una regulación suficiente en la LORPM, o que bien son incompatibles con sus principios informadores. De acuerdo con esa idea, no cabrá acudir a la legislación de adultos cuando la concreta materia esté regulada en la LORPM incluyendo posibilidades y excluyendo implícitamente otras, conforme al brocardo *inclusio unius, exclusio alterius*. Este principio de lógica tiene una especial incidencia en Derecho Penal y Procesal Penal como decantación del principio de legalidad.

A mayor abundamiento, la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la calidad de ley exigible en medidas restrictivas de derechos fundamentales y sobre el respeto del denominado canon de la previsibilidad, que impone la existencia de una disposición jurídica que habilite a la autoridad judicial para la imposición de la medida en el caso concreto, nos llevaría a la misma conclusión: «no pueden constituir cobertura legal específica... aquellas que habilitan a los órganos judiciales a adoptar esta medida en otros ámbitos jurídicos y conforme a presupuestos diferentes» (STC 169/2001).

Por las razones expuestas, no son aplicables en el proceso penal de menores las disposiciones de los artículos 544 bis y ter LECrim.

III

El artículo 28 LORPM se limita a incluir la medida de libertad vigilada como una de las medidas susceptibles de imponerse cautelarmente durante la sustanciación del proceso de menores. Para concretar su contenido, habremos de acudir a la medida

homónima prevista en el artículo 7.1 de la LORPM, que en su letra h) dispone, en relación con el contenido de la libertad vigilada:

«En esta medida se ha de hacer un seguimiento de la actividad de la persona sometida a la misma y de su asistencia a la escuela, al centro de formación profesional o al lugar de trabajo, según los casos, procurando ayudar a aquélla a superar los factores que determinaron la infracción cometida. Asimismo, esta medida obliga, en su caso, a seguir las pautas socioeducativas que señale la entidad pública o el profesional encargado de su seguimiento, de acuerdo con el programa de intervención elaborado al efecto y aprobado por el Juez de Menores. La persona sometida a la medida también queda obligada a mantener con dicho profesional las entrevistas establecidas en el programa y a cumplir, en su caso, las reglas de conducta impuestas por el Juez, que podrán ser alguna o algunas de las siguientes:

1.^a *Obligación de asistir con regularidad al centro docente correspondiente, si el interesado está en el período de la enseñanza básica obligatoria, y acreditar ante el Juez dicha asistencia regular o justificar en su caso las ausencias, cuantas veces fuere requerido para ello.*

2.^a *Obligación de someterse a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, laboral, de educación sexual, de educación vial u otros similares.*

3.^a *Prohibición de acudir a determinados lugares, establecimientos o espectáculos.*

4.^a *Prohibición de ausentarse del lugar de residencia sin autorización judicial previa.*

5.^a *Obligación de residir en un lugar determinado.*

6.^a *Obligación de comparecer personalmente ante el Juzgado de Menores o profesional que se designe, para informar de las actividades realizadas y justificarlas.*

7.^a *Cualesquiera otras obligaciones que el Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, estime convenientes para la reinserción social del sentenciado, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.*

La configuración legal de la medida de libertad vigilada introduce grandes posibilidades de versatilidad, pues además de su plurifuncionalidad (opera como medida principal, como medida cautelar, integra el segundo período de internamiento, puede funcionar como mecanismo para controlar la suspensión de condena y puede utilizarse en su caso como complementaria de otra medida) tiene un contenido abierto a través de la posibilidad de imposición de las reglas de conducta.

La flexibilidad del régimen de la libertad vigilada se potencia aún más con la cláusula abierta que introduce el n.º 7, que permite establecer otras reglas de conducta no previstas, innominadas, con tal de que cumplan dos requisitos: 1) que estén orientadas a la reinserción social y 2) que no atenten a la dignidad del menor como persona. Esta limitación implica la exclusión de reglas de conducta que puedan incorporar contenidos ofensivos al honor del menor y reglas de conducta no compatibles con la edad o evolución o desarrollo del mismo.

Cabe ya sentar una primera conclusión: puede dotarse a la medida cautelar de libertad vigilada del mismo contenido que potencialmente puede tener la medida principal de libertad vigilada, pues parece claro que el artículo 28 LORPM está realizando una remisión al artículo 7.1.h) del mismo texto normativo, ya que es el único precepto que define el contenido de la libertad vigilada en el ordenamiento penal.

A la vista del amplio abanico de posibilidades que ofrece la medida cautelar de libertad vigilada, a través de las reglas de conducta se podrá materializar cautelarmente el alejamiento del menor maltratador respecto de su víctima.

También en determinados supuestos la adopción de la medida cautelar de convivencia con otra persona, familia o grupo educativo podrá ser útil para alejar al infractor de la víctima.

Cabrá, pues, imponer cautelarmente una regla de conducta consistente en la prohibición de aproximarse a la víctima o acercarse a determinados lugares, en el bien entendido de que el cauce formal para conseguir esos objetivos habrán de ser las medidas cautelares expresamente previstas en la LORPM, concretamente la de libertad vigilada.

La imposición del alejamiento no ha de privar a la medida cautelar de libertad vigilada de su esencia educativa, orientación imprescindible de las medidas en Derecho Penal de Menores, pues tal regla de conducta ha de ser acompañada por el contenido nuclear de la medida, que habrá de girar en torno al programa de intervención elaborado por el profesional encargado de la ejecución, en el que deberán incluirse las correspondientes pautas socioeducativas y la planificación del seguimiento y control del menor sometido a procedimiento [arts. 7.1.h) LORPM y 18.2 del Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley].

El Reglamento de la Ley Penal del Menor, que entrará en vigor a los seis meses de su publicación (*vid.* Disposición final única), regula por remisión (*vid.* arts. 22 y 18) la ejecución de la medida cautelar de libertad vigilada. Con el fin de lograr cuando sea necesario la máxima celeridad en la ejecución material del alejamiento será de aplicación lo previsto en el apartado 3.º del artículo 18 *sensu contrario*. Este precepto dispone que *si con la medida se hubiera impuesto al menor alguna regla de conducta que requiera para su cumplimiento un programa o recurso específico, éste se elaborará o designará por la entidad pública y se adjuntará al programa individualizado de ejecución de la medida*. Como quiera que el alejamiento como regla de conducta no precisa para su ejecución de programa o recurso específico de la entidad pública, podrá inmediatamente procederse a su ejecución sin necesidad de esperar a la propuesta y aprobación del programa.

Cuando las circunstancias concurrentes lo aconsejen, cabrá solicitar la medida de libertad vigilada acompañada de la correspondiente regla de conducta de alejamiento respecto de menores internados cautelarmente a los que vaya a concederse algún permiso de salida conforme al artículo 49 del Reglamento, en relación con esos períodos en los que disfrute del permiso, a fin de garantizar en todo caso la seguridad de la potencial víctima. Ello, claro es, salvo que lo precedente sea denegar el permiso a la vista del pronóstico de peligrosidad de reincidir en el maltrato.

IV

Conviene recordar que estas medidas cautelares, en tanto no son privativas de libertad, no precisan una tramitación tan compleja ni tienen límites temporales tan estrictos.

En cuanto al tiempo de duración de las medidas cautelares de libertad vigilada y convivencia, la LORPM no establece limitaciones temporales expresas, a diferencia de las rígidas previsiones del internamiento, lo que llevó en su día a la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000 a mantener que *«no tienen fijado un plazo límite de duración y podrán prolongarse hasta la sentencia sin necesidad de prórroga expresa»*. En todo caso se ordena a los Fiscales evitar *«su prolongación innecesaria, instando su alzamiento tan pronto desaparezca la causa justificadora de las mismas»*. Estas conclusiones serán de aplicación al supuesto analizado.

En relación con el procedimiento para imponer estas medidas, habrá de considerarse vigente lo establecido en la Circular respecto a las medidas de libertad vigilada o convivencia con otra persona, familia o grupo educativo en general: *«el artículo 28.1*