

LA MEDIDA DE ALEJAMIENTO EN LA VIOLENCIA DOMÉSTICA PROTAGONIZADA POR MENORES

PATRICIA VILÁN LORENZO

Abogada

I.- INTRODUCCIÓN: OBJETO DE INVESTIGACIÓN

El estudio de la violencia doméstica puede parecer un falto de originalidad, pero no lo es cuando se trata de estudiar aspectos de la violencia doméstica protagonizada por menores de edad.

La mayoría de las veces, los malos tratos en el ámbito familiar se circunscriben al supuesto de violencia de género, en los que un marido o un novio violento golpean física y/o psíquicamente a su pareja; también es frecuente que la víctima sea un menor. No obstante, últimamente están adquiriendo cierto protagonismo las noticias en las que el empleo de la violencia tiene como protagonistas a un menor y como víctimas a sus progenitores o hermanos o hermanas. Se trata de situaciones de violencia doméstica, en la que los menores de edad son sujetos activos y que han llevado al legislador a reaccionar ante esa delincuencia en función de las circunstancias concurrentes y con poco criterio, como será analizado.

El estudio de la violencia doméstica protagonizada por menores de edad, delito menos grave que exige el empleo de violencia o intimidación, según establece el artículo 9.2 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal del Menor (en adelante, LORPM), constituye, entonces, el objeto de estudio de este trabajo, además de las medidas a imponer en tales supuestos, como el internamiento en régimen cerrado -cuyo segundo período se cumple en libertad vigilada- y el alejamiento.

II.- CUESTIONES GENERALES SOBRE LA REGULACIÓN PENAL DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA:

1) Regulación penal anterior a la ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre: Desventajas

La violencia en el ámbito conyugal y, por extensión, la que recaía sobre hijos y esposa, se combatía preferiblemente a través de los tipos comunes de delitos de lesiones y amenazas, entendiéndose por lesiones aquellos menoscabos de la integridad psíquica o física que exigiesen objetivamente para su sanidad más de una asistencia médica o tratamiento médico o quirúrgico. De ser víctimas de la violencia los menores o incapaces, era posible agravar la pena a tenor de lo dispuesto en el art. 148 del Código Penal (en adelante, CP).

De no existir menoscabo de la integridad corporal o la salud psíquica o, existiendo, sin precisar de un tratamiento para su sanidad, se acudía a sancionar la agresión física como faltas de malos tratos descritas en el art. 617.1 y 2 del CP. Este precepto castigaba al que, por cualquier medio o procedimiento, causase a otro una lesión que no estuviese definida como delito en el CP y golpease a otro o lo maltratase sin causarle lesión; las penas eran de arresto de uno a tres fines de semana o multa de diez a treinta días. Se producía una especial agravación en los supuestos de violencia doméstica, pero realmente de mínimo efecto sancionador, al establecer la ley orgánica 14/1999, de 9 de junio que, cuando el ofendido fuese una de las personas a las que se refiere el art. 153 del CP, la pena sería la de arresto de tres a seis fines de semana o multa de uno a dos meses, teniendo en cuenta la posible repercusión económica que la pena impuesta pudiese tener para la propia víctima o para el conjunto de la unidad familiar.

Al lado de los tipos comunes, la ley orgánica 14/1999, de 9 de junio de 1999, modificó el CP en materia de protección de las víctimas de malos tratos con un tipo especial previsto en el art. 153 del CP; reguló la violencia habitual. Así, se sancionaba la violencia física o psíquica sobre un círculo de sujetos (cónyuges, ex cónyuges o exconvivientes, relaciones paterno-filiales o relaciones sustitutivas, ascendientes o incapaces), siempre que esa violencia se realizase con habitualidad. El propio precepto daba una definición auténtica de habitualidad, entendiéndose por este concepto un número de actos de violencia que resultasen acreditados y con proximidad temporal entre los mismos, con independencia de que dicha violencia hubiese sido ejercida sobre las mismas o diferentes personas y hubiesen sido o no objeto de enjuiciamiento anterior.

El art. 153 del CP establecía una regla concursal entre el delito de violencia doméstica y los diferentes atentados contra la integridad corporal, salud física o mental. Las penas previstas eran de seis meses a tres años, sin perjuicio de las que correspondían a los delitos y faltas en que se hubiesen concretado los actos de violencia física y psíquica. Tanto el bien jurídico protegido por el delito previsto en el art. 153 del CP como el concepto de habitualidad eran polémicos, lo que redundaba en la solución concursal que había de aplicarse entre las diversas acciones y las manifestaciones del resultado.

A lo ya expuesto, cabe añadir que el problema ubicaba en que la regulación anterior a la solución actual presentaba una serie de desventajas:

1^a) Que no se podían adoptar medidas cautelares de protección en los casos de faltas de malos tratos, de forma que las quejas más frecuentes eran las relativas al fracaso de las medidas de protección previstas en el art. 544 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim.) cuando el hecho se había tipificado como falta, cuestión que fue subsanada con la introducción del art. 544 ter de la misma norma por la ley 27/2003, de 31 de julio¹.

¹ Art. 544 bis: En los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el art. 57 del CP, el Juez o Tribunal podrá, de forma motivada y cuando resulte estrictamente necesario al fin de protección de la víctima, imponer cautelarmente al inculpado la prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local o Comunidad Autónoma. En las mismas condiciones podrá imponerle cautelarmente la prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales o Comunidades Autónomas o de aproximarse o comunicarse, con la graduación que sea precisa, a determinadas personas. Para la adopción de estas medidas, se tendrá en cuenta la situación económica del inculpado y los requerimientos de su salud, situación familiar y actividad laboral. Se atenderá especialmente a la posibilidad de continuidad de esta última, tanto durante la vigencia de la medida como tras su finalización. En caso de incumplimiento por parte del inculpado de la medida acordada por el Juez o Tribunal, éste convocará la comparecencia regulada en el art. 505 para la adopción de la prisión provisional, de la orden de protección prevista en el art. 544 ter o de otra medida cautelar que implique una mayor limitación de su libertad personal, para lo cual se tendrán en cuenta la incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias, sin perjuicio de las responsabilidades que del incumplimiento pudieran resultar.

Art. 544 ter: El Juez de Instrucción dictará orden de protección para las víctimas de violencia doméstica en los casos en que, existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el art. 173.2 del CP, resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección reguladas en este artículo. La orden de protección será acordada por el Juez, de oficio o a instancia de la víctima o persona que tenga con ella alguna de las relaciones indicadas en el apartado anterior o del Ministerio Fiscal. Sin perjuicio del deber general de denuncia previsto en la LECrim., las entidades u organismos asistenciales, públicos o privados, que tuvieran conocimiento de alguno de los hechos mencionados deberán ponerlos inmediatamente en conocimiento del Juez de guardia o del Ministerio Fiscal, con el fin de que se pueda incoar o instar el procedimiento para la adopción de la orden de protección. La orden de protección podrá solicitarse directamente ante la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal o bien ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, las oficinas de atención a la víctima o los servicios sociales o instituciones asistenciales dependientes de las Administraciones públicas. Dicha solicitud habrá de ser remitida de forma inmediata al Juez competente. En caso de suscitarse dudas acerca de la competencia territorial del Juez, deberá iniciar y resolver el procedimiento para la adopción de la orden de protección el Juez ante el que se haya solicitado ésta, sin perjuicio de remitir con posterioridad las actuaciones a aquél que resulte competente. Los servicios sociales y las instituciones referidas anteriormente facilitarán a las víctimas de la violencia doméstica a las que hubieran de prestar asistencia la solicitud de la orden de protección, poniendo a su disposición con esta finalidad información, formularios y, en su caso, canales de comunicación telemáticos con la Administración de Justicia y el Ministerio Fiscal. Recibida la solicitud de orden de protección, el Juez de guardia convocará a una audiencia urgente a la víctima o su representante legal, al solicitante y al agresor, asistido, en su caso, de abogado. Asimismo, será convocado el Ministerio Fiscal. Cuando, excepcionalmente, no fuese posible celebrar la audiencia durante el servicio de guardia, el Juez ante el que hubiera sido formulada la solicitud la convocará en el plazo más breve posible. En cualquier caso, la audiencia habrá de celebrarse en un plazo máximo de 72 horas desde la presentación de la solicitud. Durante la audiencia, el Juez de guardia adoptará las medidas oportunas para evitar la confrontación entre el agresor y la víctima, sus hijos y

2ª) El escaso tiempo por el que la víctima tenía concedidas las medidas de protección, ya que, y de acuerdo con lo dispuesto en el art. 962 de la LECrim., se podía acudir a un juicio de faltas rápido motivado por la necesidad de obtener una sentencia lo más inmediata posible que permitiese dictar algunas de las medidas previstas en el art. 57 del CP².

los restantes miembros de la familia. A estos efectos, dispondrá que su declaración en esta audiencia se realice por separado. Celebrada la audiencia, el Juez de guardia resolverá mediante auto lo que proceda sobre la solicitud de la orden de protección, así como sobre el contenido y vigencia de las medidas que incorpore. Sin perjuicio de ello, el Juez de Instrucción podrá adoptar en cualquier momento de la tramitación de la causa las medidas previstas en el art. 544 bis. La orden de protección confiere a la víctima un estatuto integral de protección que comprenderá las medidas cautelares de orden civil y penal contempladas en este artículo y aquellas otras medidas de asistencia y protección social establecidas en el ordenamiento jurídico. La orden de protección podrá hacerse valer ante cualquier autoridad y Administración pública. Las medidas cautelares de carácter penal podrán consistir en cualesquiera de las previstas en la legislación procesal criminal. Sus requisitos, contenido y vigencia serán los establecidos con carácter general en esta ley. Se adoptarán por el Juez de Instrucción atendiendo a la necesidad de protección integral e inmediata de la víctima. Las medidas de naturaleza civil deberán ser solicitadas por la víctima o su representante legal o bien por el Ministerio Fiscal, cuando existan hijos menores o incapaces, siempre que no hubiesen sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil, y sin perjuicio de las medidas previstas en el art. 158 del Código Civil. Estas medidas podrán consistir en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinar el régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios. Las medidas de carácter civil contenidas en la orden de protección tendrán una vigencia temporal de 30 días. Si dentro de este plazo fuese incoado a instancia de la víctima o de su representante legal un proceso de familia ante la jurisdicción civil, las medidas adoptadas permanecerán en vigor durante los 30 días siguientes a la presentación de la demanda. En este término, las medidas deberán ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el Juez de Primera Instancia que resulte competente. La orden de protección será notificada a las partes y comunicada por el Juez inmediatamente, mediante testimonio íntegro, a la víctima y a las Administraciones públicas competentes para la adopción de medidas de protección, sean éstas de seguridad o de asistencia social, jurídica, sanitaria, psicológica o de cualquier otra índole. A estos efectos, se establecerá reglamentariamente un sistema integrado de coordinación administrativa que garantice la agilidad de estas comunicaciones. La orden de protección implicará el deber de informar permanentemente a la víctima sobre la situación procesal del imputado, así como sobre el alcance y vigencia de las medidas cautelares adoptadas. En particular, la víctima será informada en todo momento de la situación penitenciaria del agresor. A estos efectos, se dará cuenta de la orden de protección a la Administración penitenciaria. La orden de protección será inscrita en el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica. En aquellos casos en que, durante la tramitación de un procedimiento penal en curso, surja una situación de riesgo para alguna de las personas vinculadas con el imputado por alguna de las relaciones indicadas en este artículo, el Juez o Tribunal que conozca de la causa podrá acordar la orden de protección de la víctima con arreglo a lo establecido en los apartados anteriores.

² El art. 57 del CP recoge las siguientes medidas: Prohibición del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, que impide al penado residir o acudir al lugar en que se haya cometido el delito o a aquél en el que residan la víctima o sus familiares si fueren distintos; prohibición de aproximarse a la víctima o aquellos de sus familiares y otras personas que determine el Juez o Tribunal, que impide al penado acercarse a ellos en cualquier lugar donde se encuentre, así como acercarse a su domicilio o a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso respecto a los hijos el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiese reconocido en la sentencia civil hasta el total cumplimiento de la pena; prohibición de comunicarse con la víctima u otras personas que determinen el Juez o Tribunal, que impide al penado establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informativo o telemático, contacto escrito verbal o visual.

Sólo a partir de 2003, estas medidas podían imponerse también, en el caso de las faltas descritas en el art. 617 del CP, por un período de seis meses.

3ª) Que, pese a la celebración del juicio de faltas, si la sentencia era recurrida, la víctima se quedaba sin medidas de protección hasta que la Audiencia Provincial resolvía el recurso, ya que, al no poder imponerse medidas cautelares previas, podía encontrarse con que, en un período de dos meses, no operaban las medidas de protección.

Lo anterior significa que, pese a los buenos propósitos de la ley 14/1999, de 9 de junio, existía una laguna que todavía no había sido resuelta.

4ª) El elevado índice de hechos que eran incoados como juicios de faltas. Como consecuencia, y fruto de los trabajos desarrollados por el Observatorio contra la Violencia Doméstica, el Consejo General del Poder Judicial dictó la Instrucción 3/2003, que permitió la concentración y acumulación de las denuncias por malos tratos en un mismo Juzgado para, de ahí, deducir la aplicación de la habitualidad y, en consecuencia, la incorporación de un procedimiento por delito que llevase aparejada la imposición de medidas cautelares.

5ª) Por último, según entiende ALBERT PÉREZ, el antiguo art. 425 del CP no regulaba el maltrato familiar a los ascendientes, por lo que el menor no era sujeto activo respecto de sus padres, aunque sí de su pareja e hijos y, dado que la ley orgánica 4/1992, de 5 de junio, reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores, establecía su ámbito de actuación hasta los 16 años, prácticamente, no existían supuestos de maltrato familiar en el ámbito de la jurisdicción de menores^{3, 4}.

2) Situación actual: *I*ter legislativo hasta la publicación de la ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre

En materia penal, según ACALE SÁNCHEZ, la ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, ha culminado una trayectoria legislativa que comenzó en el año 1989, cuando fue actualizado el CP por la ley orgánica 3/1989, de 21 de julio, introduciendo el delito de malos tratos físicos en el ámbito familiar, con el fin, según su propia Exposición de Motivos de “mejorar la deficiente protección de los miembros físicamente más débiles del grupo familiar”⁵.

³ ALBERT PÉREZ, Silvia, La protección de las víctimas de violencia familiar en la jurisdicción de menores, Editorial Sepín, octubre, 2004, pág. 21.

⁴ Antiguo art. 425 del CP: El que, habitualmente y con cualquier fin, ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad, así como sobre los hijos sujetos a la patria potestad o pupilo menor de edad o incapaz sometido a su tutela o guarda de hecho será castigado con la pena de arresto mayor.

⁵ ACALE SÁNCHEZ, María, La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal, Editorial Reus, SA, Madrid, 2006, págs. 11-14.

Pero como la reforma era claramente insuficiente, la siguiente reforma que se llevó a cabo con la entrada en vigor del CP de 1995, introdujo ya a los ascendientes como sujetos pasivos del delito de maltrato, ampliando, así, los supuestos de violencia familiar en la jurisdicción de menores (art. 425 del CP), que, a su vez, fue reformado por la ley orgánica 14/1999, de 9 de junio, reforma amplia que afectó a las conductas típicas y a los sujetos y que introdujo la posibilidad de que el alejamiento pudiese ser impuesto como pena y como medida cautelar, aunque sólo para los delitos.

Cuatro años después, la ley orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, vino a introducir una nueva reforma, con medidas preventivas, con medidas asistenciales y de intervención social a favor de la víctima y también con medidas legislativas orientadas a disuadir de la comisión de los delitos de violencia de doméstica, incrementado de manera coherente y proporcionada su penalidad e incluyendo, según la Exposición de Motivos de la misma ley, todas las conductas que pudiesen afectar al bien jurídico protegido. Así, las conductas que habían sido consideradas hasta ese momento en el CP como falta de lesiones, cuando se cometen en el ámbito doméstico, pasaron a considerarse delitos, con lo que se abrió la posibilidad de imponer pena de prisión y, en todo caso, la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas. Y en segundo lugar, respecto a los delitos de violencia doméstica cometidos con habitualidad, se amplió el círculo de sus posibles víctimas, se impuso, en todo caso, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas y se abrió la posibilidad de que el Juez o Tribunal sentenciador acordase la privación de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento.

Por otro lado, la ley orgánica 15/2003, de 15 de noviembre, reformó varios preceptos del CP relativos a la violencia de género. La finalidad de esta reforma fue mejorar la protección de todas aquellas personas que, con independencia de su sexo y de su relación, formasen parte de una relación familiar.

Finalmente, la ley orgánica 27/2003, de 31 de julio, introdujo la llamada orden de protección a través del art. 544 ter de la LECrim.

Y así se llegó a la ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, que ha introducido cambios en el ordenamiento jurídico penal y procesal penal sumamente importantes, sobre todo por dar a la agresión del hombre a la mujer una respuesta punitiva especial, subdividiendo en dos grupos la unidad familiar: la mujer agredida por el hombre y el resto de individuos.

Como reflexión, puede decirse que, en materia de violencia doméstica, la legislación ha evolucionado: desde los malos tratos a los más débiles del grupo familiar del año 1989 hasta la ampliación del círculo de sujetos pasivos, introduciendo el alejamiento como pena y como medida cautelar, convirtiendo faltas en delitos y diferenciando entre malos tratos y maltrato habitual, además de proteger especialmente a la mujer agredida por el hombre con relación al resto de posibles sujetos pasivos.

3) La violencia doméstica protagonizada por menores

La violencia doméstica puede parecer un tema falto de originalidad actualmente por los innumerables estudios que se han dedicado, pero no lo es con relación a los menores. Respecto de éstos, es un tema extraño, aunque cada vez son más las historias de violencia doméstica protagonizadas por menores, sobre todo las de menores que son violentos con sus padres. Ése constituye el objeto de estudio de este trabajo, la violencia doméstica, delito menos grave que exige el empleo de violencia o intimidación, según establece el artículo 9.2 de la LORPM, protagonizada por menores de edad, y las medidas a imponer en esos supuestos, como el internamiento en régimen cerrado -cuyo segundo período se cumple en libertad vigilada- y el alejamiento.

Antes de analizar las bases sustantivas y procesales de la responsabilidad del menor por este tipo de delitos, centremos en adelantar algunas consideraciones sobre la tipificación de lo que se denomina violencia doméstica en el CP de 1995.

4) Tipos penales relacionados con la represión de la violencia doméstica:

a) Protección de la salud e integridad físicas

1. Los delitos de lesiones de los arts. 147 y 148 del CP

El CP castiga, en su art. 147, al que, por cualquier medio o procedimiento, cause a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico, no considerando tratamiento médico la simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión. En el párrafo segundo del mismo precepto, se contempla el tipo atenuado, cuando el hecho cometido sea de menor gravedad, atendiendo al medio empleado o al resultado producido.

Por otro lado, el art. 148 del CP incrementa la pena para las lesiones del párrafo primero del art. 147 antes citado, atendiendo al resultado causado o al riesgo producido, cuando:

1. En la agresión se hubiesen utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosos para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado.
2. Si hubiesen mediado ensañamiento o alevosía.
3. Si la víctima fuese menor de doce años o incapaz.
4. Si la víctima fuese o hubiese sido esposa o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia.

5. Si la víctima fuese una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

2. Art. 153 del CP

El CP castiga el delito de maltrato no habitual en su art. 153. El precepto castiga al que, por cualquier medio o procedimiento, causase a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en el CP o golpease o maltratase de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor. El párrafo segundo recoge un supuesto atenuado cuando la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuese alguna de las personas a que se refiere el art. 173.2 del CP (que será analizado después), exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo. Y en el párrafo tercero impone en su mitad superior las penas para los tipos de estos dos párrafos, cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 del CP (alejamiento) o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza. Pero, no obstante lo previsto en los apartados anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado.

3. Art. 173.2 del CP

Este precepto proscribire el delito de maltrato habitual, es decir, reprime la reiteración de la conducta de maltrato. En concreto, castiga al que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados. Todo ello, sin perjuicio de las penas que pudiesen corresponder a los delitos o faltas en que se hubiesen concretado los actos de violencia física o psíquica. Además, impone las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 del CP (alejamiento) o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza.

A mayor abundamiento, es preciso indicar que el propio precepto establece en su pá-

rafo tercero que, para apreciar la habitualidad, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores.

b) Protección de la salud e integridad psíquicas

Es necesario analizar la tortura en primer lugar porque no se puede negar que existe una íntima vinculación entre el delito de malos tratos y aquella, pese tratarse de figuras diferentes, y así entiende esa vinculación nuestro CP, cuando regula esa figura delictiva dentro del Título VII, denominándolo “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”.

La tortura ha existido desde los albores de la humanidad, pero hoy, y fundamentalmente desde el comienzo del siglo XX, busca técnicas que provoquen graves sufrimientos en el sujeto pasivo, pero que le dejen las menores huellas posibles. El torturador busca la reducción a la nada de la víctima, rompiendo su equilibrio emocional y utilizando más la tortura psicológica que la física, pues mediante aquella se consigue el sufrimiento de la víctima y se oculta mejor ese sufrimiento.

Según el criterio de RODRÍGUEZ MESA, tres son los requisitos esenciales para poder hablar de la existencia de un delito contra la integridad moral, un delito de maltrato, cuales son:

- * Los padecimientos físicos o psíquicos vejatorios que sufre la víctima.
- * Que la conducta del maltratador tenga como finalidad doblegar y vejar la voluntad de la víctima.
- * Y que aquella origine un especial sufrimiento o humillación⁶.

En la actualidad, los malos tratos ya no son una modalidad atenuada de la tortura - postura que era defendida tradicionalmente por la doctrina-, sino conceptos diferentes, puesto que la tortura, tal y como indicó la Asamblea General de la ONU el 9 de diciembre de 1975, no tiene que comportar necesariamente las notas de vejación y humillación propias del maltrato.

A mayor abundamiento, y según también el criterio de RODRÍGUEZ MESA, los

⁶ RODRÍGUEZ MESA, M^a José, Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos, Editorial Comares, Granada, 2000, pág. 31.

conceptos de tratos inhumanos o degradantes son diferentes: Hay trato inhumano cuando se inflige un sufrimiento de elevada intensidad y trato degradante cuando se trata al sujeto por debajo de su condición de persona. Nuestra Constitución de 1978, en el art. 15, establece que nadie puede ser sometido a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes, y pese a que el TS ha entendido que se protege el derecho a no ser torturado, la autora citada dice que parece que la conducta se prohíbe por afectar a la integridad física y moral, con lo que lo que se está protegiendo, en realidad, es el derecho a la integridad personal, consustancial al hecho de vivir física y moralmente con integridad⁷.

Al respecto, y siguiendo a CUERDA ARNAU, con relación a las sentencias del denominado “caso Jokin”, debe admitirse el concurso de infracciones, no de normas, entre el delito contra la integridad moral del art. 173.1 y el delito de lesiones psíquicas del art. 147.1, ambos del CP, ya que la misma conducta (el comportamiento de acoso sobre Jokin) había afectado a dos bienes jurídicos diferentes, a saber, la inviolabilidad de la persona y la salud mental, tratándose de dos infracciones distintas que se hallan en concurso real (art. 177 del CP)⁸.

La jurisprudencia se ha manifestado también sobre las lesiones psíquicas y así, el TS, en sentencia de 30 de octubre de 1994, ratificó la absolución de instancia, incidiendo en que el delito de lesiones es un delito de resultado y no de peligro, por lo que es necesario acreditar unos daños psíquicos que tienen que ir más allá de las simples carencias o desfases sociales y superar los meros desajustes afectivos o emocionales. Igualmente, en la sentencia de 27 de octubre de 1995, se dijo que el menoscabo no debe alcanzar la gravedad de una enfermedad mental, sino una alteración relevante del equilibrio psíquico. Más recientemente, pero no en relación a los menores, la sentencia del TS de 23 de noviembre de 2005 señaló que, para que la lesión psíquica alcance autonomía típica, debe reunir dos requisitos: a) Un elemento objetivo, la agresión fuera de lo normal por su intensidad y duración que todo hecho ilícito lleva implícito y que precise de tratamiento médico y b) Un elemento subjetivo, que haya sido abarcado por el dolo del autor, por su conocimiento del peligro concreto de que pudiese producir una alta probabilidad del resultado.

La conclusión es entonces que, respecto de la protección de la salud e integridad psíquicas, tortura y malos tratos son conceptos diferentes, ya que la tortura no tiene por qué implicar vejación y humillación, que sí son características del maltrato; además, es posible apreciar la concurrencia de dos delitos: uno de lesiones psíquicas del art. 147.1 del CP y otro contra la integridad moral del art. 173.1 de la misma norma, en situación de concurso de infracciones del art. 177 del CP.

⁷ RODRÍGUEZ MESA, M^a José, ob. cit., pág. 31.

⁸ GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis y CUERDA ARNAU, M^a Luisa (Coordinadores), Estudios sobre la responsabilidad penal del menor, Colección Estudios Jurídicos Universidad Jaume I, 2006, págs. 186-190.

III.- PARTE SUSTANTIVA:

1) Tipos penales especialmente relacionados con la expresión violencia doméstica

Sin pretender ser exhaustivos, es necesario precisar los tipos penales que este concepto encierra. Son los siguientes: Lesiones (arts. 147, 148 y 153 del CP), malos tratos (art. 153 del CP), amenazas (arts. 153, 169-171 y 620 del CP), coacciones (arts. 172 y 620 del CP) y maltrato habitual (art. 173.2 del CP). A los efectos de este trabajo, nos centraremos en los arts. 147, 148, 153 y 173.2 del CP.

2) Regulación del art. 153 del CP

a) Conducta típica

Consiste en causar un menoscabo psíquico o una lesión que no sea delito, golpear o maltratar de obra, sin causar lesión, a las personas que han sido especificadas con anterioridad.

b) Bien jurídico protegido

El art. 153 del CP se sitúa dentro de las lesiones, y parece que no es más que el resultado de haber elevado a la categoría de delito las conductas que antes eran constitutivas de faltas de lesiones y amenazas.

En ese sentido, NÚÑEZ CASTAÑO critica su ubicación sistemática, puesto que no ha hecho más que convertir en delito lo que, en realidad, no es más que una falta de malos tratos. Esta autora aviva la polémica doctrinal, pues considera que, con relación al art. 153 del CP, estos actos de violencia lesionan una pluralidad de bienes jurídicos de los que la persona es titular y que, o bien el bien jurídico protegido es distinto de la salud e integridad o bien se están elevando a la categoría de delito violencias contra las personas que realmente son constitutivas de falta⁹.

Para BOLDOVA PASAMAR y RUEDA MARTÍN, si el delito del art. 153 del CP se sitúa dentro de las lesiones, es porque el bien jurídico que protege es la salud física y mental¹⁰.

⁹ NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, "El delito de malos tratos: una reforma anunciada", conferencia impartida en el III Congreso sobre los malos tratos, Marbella, 2003, págs. 11 y 12 de la ponencia.

¹⁰ BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel y RUEDA MARTÍN, M^a Ángeles, El nuevo tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar, afectivo o similar tras las reformas de 2003 del Código Penal español, en Revista de Derecho Penal y Criminología, nº 14, UNED, Madrid, 2004, págs. 15-18.

c) Sujetos

De manera genérica, es necesario analizar quiénes, según la doctrina, pueden ser los sujetos activo y pasivo del delito del art. 153 del CP, para poder, después, analizar en concreto al menor como sujeto activo del mismo delito.

Pero antes, y siguiendo a LUZÓN PEÑA, debe realizarse una pequeña referencia a la clasificación entre delitos:

* Comunes, que no requieren cualificación en el autor de los mismos.

* Especiales, que exigen condiciones, relaciones o cualificación en el sujeto activo. Estos últimos, a su vez, se subdividen en:

a) Delitos especiales propios, cuando no cuentan con una conducta paralela de delito común.

b) Delitos especiales impropios, cuando cuentan como un tipo común paralelo¹¹.

Así las cosas, OLMEDO CARDENETE configura al art. 153 del CP como un delito especial, pues se exige que entre los sujetos activo y pasivo existan o hayan existido algún tipo de relaciones, entendiéndose este delito como especial propio¹².

De la misma opinión son BOLDOVA PASAMAR y RUEDA MARTÍN, puesto que sujetos activo y pasivo tan sólo pueden serlo las personas con las condiciones personales que determina el tipo penal ya visto¹³.

Así las cosas, la conducta del art. 153 del CP consiste en causar un menoscabo psíquico o una lesión que no sea delito, golpear o maltratar de obra, sin causar lesión, a las personas que especifica el propio precepto. Por tanto, el bien jurídico protegido es la salud física y mental de los siguientes sujetos pasivos (se trata de un delito especial propio):

- Quien sea o haya sido esposa o mujer ligada al sujeto activo por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor: es decir, castiga la violencia de género.

- Quien sea alguna de las personas a que se refiere el art. 173.2 del CP, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior: es decir, castiga la violencia doméstica.

¹¹ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, Curso de Derecho Penal, Parte General I, Editorial Universitas, SA, Madrid, 1996, págs. 304 y 305.

¹² OLMEDO CARDENETE, Miguel, ob. cit., págs. 463-472.

¹³ BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel y RUEDA MARTÍN, M^a Ángeles, ob. cit., págs. 15-18.

· Cuando el delito se perpetre en presencia de menores o usando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 del CP o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza: es decir, castiga la violencia asistencial.

3) Regulación del art. 173.2 del CP

a) Conducta típica

Para CONDE-PUMPIDO, el art. 173.2 del CP recoge la conducta que consiste en el ejercicio de violencia física o psíquica sobre las personas a las que se refiere el propio precepto, debiendo ser esa violencia física o psíquica habitual, notoria y persistente, como exigió el TS en las sentencias de 3 de octubre y de 14 de noviembre de 2001¹⁴.

En una línea distinta, OLMEDO CARDENETE, aunque con relación al antiguo art. 153 del CP -hoy, 173.2-, entiende que se caracteriza porque el agresor ejerce habitualmente violencia sobre la víctima, siendo entonces un delito de resultado.

Con relación a la violencia psíquica, dejando aparte los problemas probatorios que pudiesen existir, incluye este autor los comportamientos que deterioran progresivamente la personalidad y autoestima de la víctima y las conductas vejatorias o humillantes, pero no debe identificarse con la agresión a la integridad física ni con los insultos o injurias, puesto que, según él, es necesario que los actos de violencia psíquica sean interpretados restrictivamente¹⁵.

BOLDOVA PASAMAR Y RUEDA MARTÍN consideran que el art. 173.2 del CP es un delito de peligro abstracto, que consiste en el peligro de menoscabo de la integridad corporal y salud de las personas que integran el núcleo de convivencia donde el autor desarrolla su violencia. Así, este peligro consiste en la probabilidad de que la reiteración de las agresiones provoque a las víctimas graves estados de desequilibrio psíquico y emocional, afectando a la salud mental de las mismas, sin olvidar el peligro abstracto para su integridad moral. Estos autores dicen que el TS (sentencias de 24 de junio de 2000, 25 de octubre de 2001, 22 de enero de 2002 y 18 de abril de 2004), ha considerado que el bien jurídico protegido es la paz familiar, de forma que el delito atenta contra las relaciones familiares. Entienden, además, que la situación de agresión permanente no es el resultado material del delito, sino una consecuencia de la habitualidad¹⁶.

Con relación al posible consentimiento de la víctima, para TAMARIT SUMALLA,

¹⁴ CONDE-PUMPIDO, Cándido, ob. cit., págs. 538 y 539.

¹⁵ OLMEDO CARDENETE, Miguel, ob. cit., págs. 473-526.

¹⁶ BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel y RUEDA MARTÍN, M^a Ángeles, ob. cit., págs. 18-27.

quien considera elemento fundamental del tipo la habitualidad, al tratarse de un delito contra la incolumidad moral no constitutivo de lesiones, ese consentimiento de la víctima excluye la tipicidad, lo que no implicaría un defecto de protección en caso de perdón al agresor, puesto que se sigue tratando de un delito público¹⁷.

b) Bien jurídico protegido

NÚÑEZ CASTAÑO aplaude la ubicación sistemática del art. 173.2 del CP (dentro del Título VII, dedicado a la tortura y otros delitos contra la integridad moral), entendiéndolo que responde mejor a la *ratio criminis* de esta figura delictiva, es decir, sancionar el continuo clima de violencia y humillación que se ha venido produciendo en el seno familiar¹⁸.

Para esta autora, en el art. 173.2 del CP se protege un bien jurídico distinto, cual es la integridad moral, infligiendo al sujeto pasivo un sentimiento de humillación o vejación a través de la violencia psíquica y física, entendida esta integridad moral como el derecho de toda persona a recibir un trato acorde con su condición de ser humano libre y digno y ver respetadas su voluntad y libertad. Así, el legislador ha creado un tipo penal basado en el plus de desvalor que radica en la habitualidad de los comportamientos realizados y en los vínculos entre los sujetos implicados, pero, según esta autora, hubiese sido suficiente con establecer circunstancias agravantes, genéricas o específicas, para cada una de las figuras delictivas que pudiesen verse implicadas¹⁹.

Para CONDE-PUMPIDO, el bien jurídico protegido no sólo será la dignidad de la persona, sino también la integridad y la salud personal²⁰.

Para TAMARIT SUMALLA, es la integridad moral el bien jurídico protegido por el art. 173.2 del CP²¹.

De la misma opinión son BOLDOVA PASAMAR y RUEDA MARTÍN²².

Igualmente, RODRÍGUEZ MESA, quien considera que el bien jurídico protegido por todo el Título VII del CP (“De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”) es la integridad moral, recogido en el art. 15 de nuestra Constitución de 1978 para tutelar

¹⁷ TAMARIT SUMALLA, Josep M^a, Comentarios al nuevo Código Penal (QUINTERO OLIVARES, director), Editorial Aranzadi, Pamplona, 1996, págs. 745, 746 y 862.

¹⁸ NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, ob. cit., págs. 11 y 12.

¹⁹ NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, ob. cit., págs. 11 y 12 de la ponencia.

²⁰ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido (director), Código Penal comentado, Editorial Bosch, Barcelona, 2004, pág. 482.

²¹ TAMARIT SUMALLA, Josep M^a, ob. cit., pág. 744.

²² BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel y RUEDA MARTÍN, M^a Ángeles, ob. cit., págs. 15-18.

todos aquellos elementos que componen la personalidad humana. Así, la integridad física y la moral forman el concepto de integridad personal protegido por la Constitución de 1978. Ese bien jurídico es, por tanto, un derecho fundamental, un derecho subjetivo válido en las relaciones entre particulares y un elemento esencial del ordenamiento jurídico, precisamente, por su carácter de derecho fundamental. Esta autora entiende que, siendo un derecho de la personalidad, es inherente a la persona y absolutamente indisponible o, lo que es lo mismo, no susceptible de renuncia²³.

Por otro lado, esa integridad moral, considera la autora, que no es más que el conjunto de facultades que constituyen la esencia de la persona, su integridad anímica o espiritual, es una realidad perteneciente a la esfera más íntima de la persona y necesaria para conseguir la libertad moral -o la meta a lograr por cada individuo-. Así, el contenido de la integridad moral consiste en la inviolabilidad de la conciencia y en el respeto a la condición de persona que tienen todos los seres humanos, lo que impide que puedan ser degradados. Dado el principio de intervención mínima que rige en nuestro sistema penal, la integridad moral sólo se protege frente a la tortura y los tratos degradantes -así, el art. 173.2 del CP-. Según lo ya expuesto, si la integridad moral consiste en la inviolabilidad de la conciencia y el derecho a recibir un trato acorde a la condición de ser humano, con la inviolabilidad de la conciencia se protegería la libertad para tomar decisiones y para ponerlas en práctica, de forma que el art. 173.2 del CP se limita a los comportamientos dirigidos a doblegar la voluntad del sujeto y a causarle una vejación a través de un trato degradante. Así, el derecho a la integridad moral es el derecho de todo ser humano al equilibrio físico y psíquico necesario para lograr su desarrollo como persona, de forma que la salud y la integridad física quedarían excluidas del concepto aquí manejado y resultarían penas separadamente, según el criterio del art. 177 del CP²⁴.

La autora recoge en su trabajo las dos teorías sobre la delimitación del bien jurídico protegido por el art. 173.2 del CP, que son:

* La de aquellos autores que opinan que la integridad moral es igual a la integridad física y la salud física y mental. Esta postura es criticada por RODRÍGUEZ MESA porque utiliza un concepto de integridad moral demasiado restrictivo; así, si la Constitución de 1978 lo ha reconocido al margen de la integridad física es porque con él se protege algo más que con aquella, aparte de que implica algo más que lo meramente psicológico, pues garantiza todo el aspecto anímico de la persona y, si la voluntad del legislador hubiese sido la contraria, hubiese utilizado el término “psíquico” o “mental”.

²³ RODRÍGUEZ MESA, M^a José, ob. cit., págs. 144 y ss. y 177 y ss.

²⁴ Art. 177 del CP: Si en los delitos descritos en los artículos precedentes, además del atentado a la integridad moral, se produjere lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, se castigarán los hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos o faltas cometidos, excepto cuando aquél ya se halle especialmente castigado por la Ley.

* La que aquellos autores que entienden que la integridad moral se conecta con los aspectos más esenciales del ser humano, incluida la dignidad, recogida también en la Constitución de 1978, en su art. 10, y que se sustenta como la base de los derechos personalísimos, inherente a todos ellos. Y así, nuestro TC define la integridad moral como el derecho a la no intervención no consentida en el espíritu de una persona y conectada con la dignidad, aún siendo derechos distintos, pues la dignidad es un concepto más amplio que la integridad moral.

BOLDOVA PASAMAR Y RUEDA MARTÍN plantean una cuestión de gran relevancia, puesto que consideran que, con la ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, se ha producido un cambio respecto de la anterior regulación, por la referencia específica al género de la víctima, fundamentada en la mayor vulnerabilidad de la misma, lo que plantea dudas constitucionales en relación con el derecho fundamental a la igualdad del art. 14 de la Constitución de 1978²⁵.

c) Sujetos

Con ánimo de no reproducir los comentarios relativos a cuando el sujeto activo de la infracción penal es un menor de edad, sí es necesario hacer referencia a lo que la doctrina opina sobre los posibles sujetos activo y pasivo del tipo del art. 173.2 del CP. Así, CONDE-PUMPIDO lo configura como un delito especial propio²⁶.

De la misma opinión es OLMEDO CARDENETE, quien también entiende que se trata de un delito especial propio. Este autor critica dos cuestiones que plantean problemas interpretativos:

*En primer lugar, que se haya olvidado el legislador de incluir a los hijos propios con los que no se convive porque, por ejemplo, se ha sido privado de la patria potestad, incluyendo, en cambio, a los ascendientes del cónyuge o conviviente que convivan con el agresor en la cláusula “persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar”.

*En segundo lugar, que no se pueden considerar incluidas las lesiones que se produzcan, como consecuencia del ejercicio habitual de la violencia, a las personas que, no siendo destinatarias directas de los actos violentos, son testigos de éstos (por ejemplo, los hijos)²⁷.

También BOLDOVA PASAMAR y RUEDA MARTÍN entienden que el art. 173.2

²⁵ BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel y RUEDA MARTÍN, M^a Ángeles, ob. cit., pág. 14.

²⁶ CONDE-PUMPIDO, Cándido, ob. cit., pág. 538.

²⁷ OLMEDO CARDENETE, Miguel, ob. cit., págs. 463-472

del CP es un delito especial propio, puesto que sujetos activo y pasivo tan sólo pueden serlo las personas con las condiciones personales que determina el tipo penal²⁸.

En concreto, son:

1º Personas unidas por relaciones de noviazgo, conyugales y análogas a estas últimas, ya sean presentes o pasadas, incluyendo matrimonios y parejas de hecho heterosexuales y homosexuales.

2º Relaciones entre el sujeto activo y sus ascendientes, descendientes o hermanos propios o del cónyuge o conviviente.

3º Relaciones entre el sujeto activo y menores o incapacitados vinculados a él mediante la convivencia o sujetos a su patria potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de su cónyuge o conviviente.

4º Relaciones entre el sujeto activo y personas sometidas a custodia o guarda en centro públicos o privados.

5º Cualquier otra relación integrada en el núcleo de convivencia de familiar del sujeto activo²⁹.

Por tanto, el delito del art. 173.2 del CP castiga la violencia física y psíquica, ejercida de forma habitual sobre las personas a las que se refiere el propio precepto, es decir, sobre sea o haya sido cónyuge del sujeto activo o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con el sujeto activo convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados. Por tanto, se trata de un delito especial propio, que protege la integridad física y moral de los sujetos pasivos citados o, lo que es lo mismo, su integridad personal.

4) El menor como sujeto activo de los tipos penales relacionados con la violencia doméstica

Respecto del menor como sujeto activo, es necesario explicar, en primer lugar, qué

²⁸ BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel y RUEDA MARTÍN, M^a Ángeles, ob. cit., págs. 18-27.

²⁹ BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel y RUEDA MARTÍN, M^a Ángeles, ob. cit., págs. 18-27.

se entiende por menor: La Convención de los Derechos del Niño de 1989 entiende por niño todo ser humano menor de 18 años, salvo que, por la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

En nuestro país, la mayoría de edad se alcanza también a los 18 años (arts. 12 de la Constitución de 1978, 322 del Código Civil (en adelante, CC) y 19 del CP). Igualmente, la LORPM establece la mayoría también en esa edad, permitiendo la intervención penal en los menores a partir de los 14 años, por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el CP (art. 1 de la LORPM).

La LORPM establece incluso el régimen jurídico para los menores de 14 años, en concreto, en su art. 3, que dice que les serán aplicables las normas sobre protección de menores del CC y demás disposiciones vigentes; todo ello, de acuerdo con la ley orgánica 1/1996, de 15 de enero.

COLÁS TURÉGANO considera que los menores de catorce años a los que se les impute la comisión de un ilícito penal serán sometidos a un régimen de protección, bien en su entorno familiar, bien a cargo de las instituciones administrativas pertinentes³⁰.

Polémica resulta la opinión de DOLZ LAGO, quien entiende criticable que la LORPM no haya previsto expresamente la posibilidad de un internamiento de menores de 14 años que hayan cometido crímenes graves -como actos de terrorismo o asesinato-, pues entiende que dichos actos serían exponentes de su desequilibrio mental³¹.

Para el cómputo de la edad, la Circular 1/2000 de la Fiscalía General del Estado considera que no es de aplicación el art. 315 del CC, que incluye completo el día de nacimiento, sino que la edad debe computarse de momento a momento y, así, en caso de duda, aplicarse el principio del Derecho Penal *favor minoris*. Respecto de las infracciones penales continuadas, entiende la Fiscalía que debe atenderse a la edad del sujeto en el momento de la comisión de cada una de las infracciones; que el delito permanente sólo podrá ser enjuiciado por la jurisdicción de menores cuando el sujeto no hubiese rebasado la edad de 18 años antes de eliminarse la situación ilícita y, por último, que en los casos en que el comportamiento o el resultado rebasen esa edad, debe atenderse al momento de la acción u omisión y no al del resultado.

Con la reforma que de la LORPM ha hecho la ley orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, el menor que, internado en un centro de menores, haya cumplido 18 años, podrá pasar

³⁰ COLÁS TURÉGANO, Asunción, "Aspectos penales característicos de la delincuencia juvenil", Estudios sobre la responsabilidad penal del menores, (GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis y CUERDA ARNAU, María Luisa/Coordinadores), Colección Estudios Jurídicos Universidad Jaume I, Castellón, 2006, pág. 95.

³¹ DOLZ LAGO, Manuel Jesús, Comentarios a la legislación penal de menores, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 49.

a cumplir la medida impuesta en un centro penitenciario si así lo determina, por auto motivado, el Juez de Menores competente, una vez oídos el Ministerio Fiscal, el letrado del menor, el Equipo técnico y la entidad pública de protección de menores, siempre que la conducta del menor internado no responda a los objetivos propuestos en la sentencia (art. 14.2).

Lo anterior significa que el ámbito de la LORPM se extiende a los menores, de edades comprendidas entre los 14 y los 18 años, siendo así que los menores de 14 años serán objeto de protección familiar o administrativa (nunca penal, aunque hubiesen cometido graves delitos; la comisión de graves crímenes por menores de 14 años no significa que tengan ninguna enfermedad mental y, aun en el caso de apreciar que la tuviesen, su internamiento penal no sería la solución). Los mayores de 18 años se someterán al CP y a las leyes penales especiales.

Respecto del posible sujeto pasivo, ALBERT PÉREZ distingue:

1º) Cuando sea sujeto pasivo el progenitor del menor o convivientes de uno de los progenitores. En este supuesto, en la mayoría de los casos el menor se halla en una situación de riesgo, incluso de desamparo, por lo que el progenitor que no puede hacerse cargo de aquél debe solicitar la intervención inmediata de los Servicios Sociales, para adoptar las resoluciones de declaración de desamparo y tutela automática del art. 172 del CC, que dispone que la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores, cuando constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal y notificando en legal forma a los padres, tutores o guardadores, en un plazo de cuarenta y ocho horas, y, siempre que sea posible, en el momento de la notificación se les informará a los padres, tutores o guardadores, de forma presencial y de modo claro y comprensible, de las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y de los posibles efectos de la decisión adoptada³².

Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.

La asunción de la tutela atribuida a la entidad pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria. No obstante, serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en representación del menor y que sean beneficiosos para él.

³² ALBERT PÉREZ, Silvia, ob. cit., págs. 24-29.

Cuando los padres o tutores, por circunstancias graves, no puedan cuidar al menor, podrán solicitar de la entidad pública competente que ésta asuma su guarda durante el tiempo necesario.

La entrega de la guarda se hará constar por escrito, dejando constancia de que los padres o tutores han sido informados de las responsabilidades que siguen manteniendo respecto del hijo, así como de la forma en que dicha guarda va a ejercerse por la Administración.

Cualquier variación posterior de la forma de ejercicio será fundamentada y comunicada a aquéllos y al Ministerio Fiscal.

Asimismo, se asumirá la guarda por la entidad pública cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda.

La guarda asumida a solicitud de los padres o tutores o como función de la tutela por ministerio de la ley, se realizará mediante el acogimiento familiar o el acogimiento residencial. El acogimiento familiar se ejercerá por la persona o personas que determine la entidad pública. El acogimiento residencial se ejercerá por el director del centro donde sea acogido el menor.

Se buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a ese interés, su reinserción en la propia familia y que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona.

Y si surgiesen problemas graves de convivencia entre el menor y la persona o personas a quien hubiese sido confiado en guarda, aquél o cualquier persona interesada podrán solicitar la remoción de ésta.

Así las cosas, asumida la tutela por la entidad pública y acordado el acogimiento, en su caso, desaparece la situación de riesgo inminente para la víctima del maltrato.

2º) Cuando el sujeto pasivo sea persona distinta al titular de la patria potestad o guarda, como la pareja, hijos o hermanos del menor. En tales supuestos, resulta evidente que nos existe situación de desamparo para el menor autor del maltrato, por lo que ha de primar la protección de la víctima. Éste es el supuesto de aplicación de las medidas cautelares del art. 28 de la LORPM que veremos, fundamentalmente la de alejamiento. El problema se plantea entonces respecto de quién será el Juez competente para la adopción de las medidas de orden civil antes citadas, ¿será el Juez de Menores?, se pregunta ALBERT PÉREZ. Para esta autora, sí lo será respecto de las medidas más urgentes, al amparo de lo dispuesto en el art. 158 del CC, que permite la adopción de cualesquiera disposiciones que el Juez considere oportunas, dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, a fin de apartar a un menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

Tales medidas son:

1. Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del menor, en caso de incumplimiento de este deber por sus padres.

2. Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los menores perturbaciones dañosas, en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda.

3. Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes:

1º) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.

2º) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiese expedido.

3º) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.

4. En general, las demás disposiciones que el juez considere oportunas.

Sin embargo, esta solución tampoco resuelve la protección de las víctimas de forma total, ya que deja fuera aquellos supuestos en los que no exista descendencia en común, que son mayoritarios. En estos casos, según ALBERT PÉREZ, la víctima habrá de acudir a la jurisdicción civil.

Por tanto, los posibles sujetos pasivos son:

* Los progenitores del menor sujeto activo: Éste se hallará en situación de desamparo, debiendo intervenir los Servicios Sociales.

* Quienes no lo sean; en este supuesto, no existe desamparo para el menor y procede aplicar las medidas cautelares del art. 28 de la LORPM.

4) Bases de la responsabilidad penal de los menores (art. 5 de la LORPM)

La responsabilidad penal de los menores, al igual que la de los mayores, se funda en la realización de un comportamiento típico, antijurídico, culpable y punible. Y así, el art. 5.1 de la LORPM dispone que los menores serán responsables con arreglo a dicha ley cuando hayan cometido los hechos a los que se refiere el art. 1 de la misma -es decir, los tipificados como delitos o faltas en el CP y en las leyes especiales- y no concurren en ellos ninguna de las causas de exención o extinción de la responsabilidad criminal previstas en el CP vigente. Además, se aplicarán medidas terapéuticas de internamiento terapéutico y tra-

tamiento ambulatorio a los menores que se hallen en las situaciones descritas en los arts. 20.1º, 20.2º y 20.3º del CP³³.

DOLZ LAGO entiende que este precepto ha excluido la aplicación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal atenuantes y agravantes, dado que lo importante son las circunstancias personales, psicológicas, familiares, educativas y sociales contenidas en el informe del Equipo técnico³⁴.

IV.- PARTE PROCESAL:

1) Problemática

Según DOLZ LAGO, las tendencias internacionales sobre justicia de menores señalan como objetivo de esta justicia tanto la protección del interés superior del menor como el garantizar el orden pacífico de la sociedad. Así, la regla 1.4 de las “Reglas Mínimas para la Administración de la Justicia de Menores”, aprobada por la Asamblea General de la ONU el 29 de noviembre de 1989 -y en la misma línea que sigue después el Dictamen del Comité Económico y Social de la UE, de 15 de marzo de 2006- subraya la concepción de la justicia de menores como parte integrante del proceso de desarrollo nacional de cada país y que deberá administrarse en el marco general de justicia social para todos los menores, de manera que contribuya a la protección de los jóvenes y al mantenimiento del orden pacífico de la sociedad³⁵.

Lo anterior significa que el procedimiento de menores constituye una *rara avis* en nuestro ordenamiento jurídico procesal. Se divide en dos fases, aunque existe también una fase intermedia, bien diferenciadas: La instrucción, dirigida por el Fiscal de Menores, y la de audiencia, dirigida por un Juez especializado, encargado también de garantizar los derechos fundamentales del menor a lo largo de todo el proceso. Además, ambas figuras tienen como apoyo la labor de un Equipo especializado, adscrito al propio Juzgado de Menores, y que se encargará de elaborar un informe sobre la situación personal, familiar y educativa del expedientado. Y todos ellos no pueden perder de vista que, tanto la LORPM como la reforma que de la misma llevó a cabo la ley orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, gozan de

³³ El art. 20.1º, 2º y 3º del CP se refiere a cuando concurren en el menor, como causas de exención de responsabilidad criminal, cualquier anomalía o alteración psíquica que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a dicha comprensión; el trastorno mental transitorio no provocado por aquél con el propósito de cometer el delito y cuya comisión no hubiese previsto o debido prever; la intoxicación plena por el consumo de cualquier tipo de sustancias o la influencia de un síndrome de abstinencia que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar con arreglo a dicha comprensión y las alteraciones en la percepción que hayan provocado gravemente una alteración de su conciencia de la realidad por existir desde el nacimiento o desde la infancia.

³⁴ DOLZ LAGO, Manuel Jesús, ob. cit., pág. 98.

³⁵ DOLZ LAGO, Manuel Jesús, “Menores, víctimas y esperanzas”, artículo publicado en el diario “El País”, 8 de julio de 2007, pág. 15.

naturaleza sancionadora y educativa y velan porque permanezca intacto el superior interés del menor, aunque en la última reforma se haya incidido más en el carácter sancionador.

2) Derechos del menor imputado

Según GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, la intervención del menor en el proceso debe tener lugar desde el mismo inicio del expediente, ya que con el decreto de incoación, aquél adquiere formalmente la condición de imputado³⁶.

Así, sus derechos, según reza el art. 22 de la LORPM, son los siguientes:

a) Derecho a ser informado de los derechos que le asisten desde el principio del expediente.

b) Derecho a la asistencia letrada, sea el proceso por delito o por falta, y a la representación por procurador. Si el menor y sus representantes legales no lo designan en un plazo de tres días desde que fuesen requeridos -ahora por el Fiscal y no por el Secretario del Juzgado- para ello, se designará uno del turno de oficio. En todo caso, el letrado del menor deberá actuar en provecho del mismo, protegiendo su interés en ser reeducado y reinserido socialmente.

En cuanto a la intervención del procurador, la LORPM nada dice, pero según esta autora, aun pudiendo el letrado asumir la representación del menor hasta la fase de apertura de juicio oral, deberá ser preceptiva la intervención de este profesional desde la presentación del escrito de alegaciones.

Como consecuencia de la designación de letrado, el menor tiene derecho a mantener una entrevista reservada con aquél incluso antes de prestar declaración, ya que así lo ha introducido el nuevo art. 17.2 de la ley orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, así como también puede entrevistarse con el mismo después de la declaración.

c) Derecho a solicitar la práctica de diligencias de investigación y a intervenir en las que se realicen, según el art. 22.1.c) de la LORPM, considerando que se ha mantenido un cuidado excesivo en el control y garantías respecto de los actos de investigación que inciden sobre derechos fundamentales del menor.

Con relación a la intervención del Ministerio Fiscal sobre la actividad del menor durante la instrucción, es absoluta, de forma que hasta las peticiones del menor dirigidas al Juez de Menores han de pasar por el filtro del instructor, aunque, según GARCÍA-

³⁶ GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, Gemma, El proceso penal de menores, Editorial Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007, pág. 58.

ROSTÁN CALVÍN, presentados los escritos de alegaciones, el Juez habrá de tomar una decisión acerca de las diligencias denegadas por el Ministerio Fiscal.

d) Derecho de audiencia. Y no sólo ante el Juez de Menores, sino también ante el Ministerio Fiscal, de forma que, si la conclusión hubiese terminado sin haber tomado declaración al menor, los Jueces de Menores han declarado la nulidad del decreto de conclusión de la incoación, retrotrayendo las actuaciones hasta el momento en que debió tomarse tal declaración, con la excepción, según la autora, de que ya hubiese prestado declaración en sede policial asistido de letrado y en presencia de sus representantes legales y si los hechos son claros y presta su declaración de forma libre y espontánea.

e) Derecho a la asistencia afectiva, personal, psicológica y por parte del Equipo del Juzgado de Menores³⁷.

3) Especial referencia a la detención de un menor imputado por un delito de violencia doméstica

En relación con este derecho, es importante decir que la detención del menor debe practicarse, además de con todas las garantías y derechos del art. 520 de la LECrim., en la forma que menos le perjudique, de manera que, mientras dure, deberá hallarse en dependencias adecuadas y separadas de las de los mayores de edad -según DOLZ LAGO, debería ser en centros de recepción de menores- y deberá recibir los cuidados, protección y asistencia social, psicológica, médica y física que requiera³⁸.

³⁷ DOLZ LAGO, Manuel Jesús, Comentarios a la legislación penal de menores, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 98.

³⁸ Art. 520 de la LECrim: 1. La detención y la prisión provisional deberán practicarse en la forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación y patrimonio. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos. Dentro de los plazos establecidos en la presente Ley, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la Autoridad judicial. 2. Toda persona detenida o presa será informada, de modo que le sea comprensible, y de forma inmediata, de los hechos que se le imputan y las razones motivadoras de su privación de libertad, así como de los derechos que le asisten y especialmente de los siguientes:

a. Derecho a guardar silencio no declarando si no quiere, a no contestar alguna o algunas de las preguntas que le formulen, o a manifestar que sólo declarará ante el Juez.

b. Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

c. Derecho a designar Abogado y a solicitar su presencia para que asista a las diligencias policiales y judiciales de declaración e intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto. Si el detenido o preso no designara Abogado, se procederá a la designación de oficio.

d. Derecho a que se ponga en conocimiento del familiar o persona que desee, el hecho de la detención y el lugar de custodia en que se halle en cada momento. Los extranjeros tendrán derecho a que las circunstancias anteriores se comuniquen a la Oficina Consular de su país.

e. Derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete, cuando se; trate de extranjero que no comprenda o no hable el castellano.

f. Derecho a ser reconocido por el Médico forense o su sustituto legal y, en su defecto, por el de la Institución en que se encuentre, o por cualquier otro dependiente del Estado o de otras Administraciones Públicas.

Esta detención no podrá, además, exceder de 24 horas -no 72 y sin perjuicio de los supuestos especiales de delitos de terrorismo-; a partir de ahí, el menor deberá ser puesto en libertad o a disposición del Ministerio Fiscal, quien, en otras 48 horas, deberá resolver sobre la puesta en libertad, desistimiento del expediente o incoación del mismo, poniendo al menor a disposición del Juez de Menores, instando ante el mismo la adopción de las medidas cautelares que considere oportunas³⁹.

4) La víctima en la LORPM

El art. 25 de la LORPM, dedicado a la acusación particular, establece que podrán personarse en el procedimiento como acusadores particulares, a salvo de las acciones para exigir responsabilidad civil, las personas directamente ofendidas por el delito, sus padres, sus herederos o sus representantes legales si fuesen menores de edad o incapaces, con las facultades y derechos que derivan de ser parte en el procedimiento, entre los que están, entre otros, los siguientes:

- a. Ejercitar la acusación particular durante el procedimiento.
- b. Instar la imposición de las medidas a las que se refiere la ley.
- c. Tener vista de lo actuado, siendo notificado de las diligencias que se soliciten y acuerden.
- d. Proponer pruebas que versen sobre el hecho delictivo y las circunstancias de su comisión, salvo en lo referente a la situación psicológica, educativa, familiar y social del menor.
- e. Participar en la práctica de las pruebas, ya sea en fase de instrucción ya sea en fase de audiencia; a estos efectos, el órgano actuante podrá denegar la práctica de la prueba de careo, si esta fuese solicitada, cuando no resulte fundamental para la averiguación de los hechos o la participación del menor en los mismos.
- f. Ser oído en todos los incidentes que se tramiten durante el procedimiento.
- g. Ser oído en caso de modificación o de sustitución de medidas impuestas al menor.

3. Si se tratare de un menor de edad o incapacitado, la autoridad baja cuya custodia se encuentre el detenido o preso notificará las circunstancias del apartado 2.d) a quienes ejerzan la patria potestad, la tutela o la guarda de hecho del mismo y, si no fueran halladas, se dará cuenta inmediatamente al Ministerio Fiscal. Si el detenido menor o incapacitado fuera extranjero, el hecho de la detención se notificará de oficio al Cónsul de su país.

³⁹ DOLZ LAGO, Manuel Jesús, ob. cit., pág. 98.

- h. Participar en las vistas o audiencias que se celebren.
- i. Formular los recursos procedentes.

Una vez admitida por el Juez de Menores la personación del acusador particular, se le dará traslado de todas las actuaciones sustanciadas y se le permitirá intervenir en todos los trámites en defensa de sus intereses.

Al respecto, GÓMEZ COLOMER entiende que la víctima es parte penal en el procedimiento de menores, no un tercero ni un coadyuvante, parte acusadora que incluso puede pedir medidas con relación al menor. Entiende ese autor que con su escrito de alegaciones puede contribuir a la fijación del hecho criminal imputado de manera más adecuada que el Ministerio Fiscal, ya que es la víctima del delito⁴⁰.

Así las cosas, el proceso de menores tiene dos fases: una de instrucción, dirigida por el Ministerio Fiscal, y otra de audiencia, dirigida por el Juez de Menores; ambos se ven apoyados por el Equipo adscrito al propio Juzgado de Menores.

En el caso de que un menor se vea implicado en un expediente de reforma, goza de los derechos propios de todo imputado, aunque, en la práctica y porque la LORPM no lo exige, no está representado por procurador.

Por último, la víctima puede ejercer como acusadora en este proceso, a salvo la posibilidad de exigir responsabilidades civiles.

5) Las medidas cautelares de los arts. 17, 28 y 29 de la LORPM

El art. 17 de la LORPM, modificado por la ley orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, dispone que las autoridades y funcionarios que intervengan en la detención de un menor deberán practicarla en la forma que menos perjudique a éste y estarán obligados a informarle, en un lenguaje claro y comprensible y de forma inmediata, de los hechos que se le imputan, de las razones de su detención y de los derechos que le asisten, especialmente los reconocidos en el art. 520 de la LECrim., así como a garantizar el respeto de los mismos.

También deberán notificar inmediatamente el hecho de la detención y el lugar de la custodia a los representantes legales del menor y al Ministerio Fiscal. Si el menor detenido fuera extranjero, el hecho de la detención se notificará a las correspondientes autoridades consulares cuando aquél tuviese su residencia habitual fuera de España o cuando así lo so-

⁴⁰ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, “Juez y partes en la propuesta de reforma de 2005/2006 del proceso penal de menores”, Estudios sobre la responsabilidad penal del menores, (GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis y CUERDA ARNAU, María Luisa/Coordinadores), Colección Estudios Jurídicos Universidad Jaume I, Castellón, 2006, pág. 345.

licitasen el propio menor o sus representantes legales. El precepto dispone también que toda declaración del detenido, se llevará a cabo en presencia de su letrado y de aquéllos que ejerzan la patria potestad, tutela o guarda del mismo, de hecho o de derecho, salvo que, en este último caso, las circunstancias aconsejen lo contrario. En defecto de estos últimos, la declaración se llevará a cabo en presencia del Ministerio Fiscal, representado por persona distinta del instructor del expediente. El menor detenido tendrá derecho a la entrevista reservada con su abogado con anterioridad y al término de la práctica de la diligencia de toma de declaración. Mientras dure la detención, los menores deberán hallarse custodiados en dependencias adecuadas y separadas de las que se utilicen para los mayores de edad y recibirán los cuidados, protección y asistencia social, psicológica, médica y física que requieran, habida cuenta de su edad, sexo y características individuales. La detención de un menor por funcionarios de policía no podrá durar más tiempo del estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos y, en todo caso, dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, el menor detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición del Ministerio Fiscal (se aplicará, en su caso, lo dispuesto en el art. 520 bis de la LECrim., atribuyendo la competencia para las resoluciones judiciales previstas en dicho precepto al Juez de Menores)⁴¹.

Cuando el detenido sea puesto a disposición del Ministerio Fiscal, éste habrá de resolver, dentro de las cuarenta y ocho horas a partir de la detención, sobre la puesta en libertad del menor, sobre el desistimiento al que se refiere el precepto siguiente o sobre la incoación del expediente, poniendo a aquél a disposición del Juez de Menores competente e instando del mismo las oportunas medidas cautelares.

El Juez competente para el procedimiento de *habeas corpus* en relación a un menor será el Juez de Instrucción del lugar en el que se encuentre el menor privado de libertad; si no constase, el del lugar donde se produjo la detención y, en defecto de los anteriores, el del lugar donde se hayan tenido las últimas noticias sobre el paradero del menor detenido. Y cuando el procedimiento de *habeas corpus* sea instado por el propio menor, la fuerza pública responsable de la detención lo notificará inmediatamente al Ministerio Fiscal, además de dar curso al procedimiento conforme a la LORPM.

⁴¹ Art. 520 bis: Toda persona detenida como presunto partícipe de alguno de los delitos a que se refiere el art. 384 bis (es decir, integrada en banda armada, elementos terroristas o rebeldes) será puesta a disposición del Juez competente dentro de las setenta y dos horas siguientes a la detención. No obstante, podrá prolongarse la detención el tiempo necesario para los fines investigadores, hasta un límite máximo de otras cuarenta y ocho horas, siempre que, solicitada tal prórroga mediante comunicación motivada dentro de las primeras cuarenta y ocho horas desde la detención, sea autorizada por el Juez en las veinticuatro horas siguientes. Tanto la autorización cuanto la denegación de la prórroga se adoptarán en resolución motivada. Detenida una persona por los motivos expresados en el número anterior, podrá solicitarse del Juez que decrete su incomunicación, el cual deberá pronunciarse sobre la misma, en resolución motivada, en el plazo veinticuatro horas. Solicitada la incomunicación, el detenido quedará en todo caso incomunicado sin perjuicio del derecho de defensa que le asiste. Durante la detención, el Juez podrá, en todo momento, requerir información y conocer, personalmente o mediante delegación en el Juez de Instrucción del partido o demarcación donde se encuentre el detenido, la situación de éste.

El art. 28 de la LORPM, también modificado por la ley orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, establece que el Ministerio Fiscal, cuando existan indicios racionales de la comisión de un delito y el riesgo de eludir u obstruir la acción de la justicia por parte del menor o de atentar contra los bienes jurídicos de la víctima, podrá solicitar del Juez de Menores la adopción de medidas cautelares para la custodia y defensa del menor expedientado o para la debida protección de la víctima. Tales medidas cautelares podrán consistir en internamiento en centro, libertad vigilada, prohibición de comunicarse o aproximarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez y convivencia con otra persona, familia o grupo educativo. El Juez resolverá tomando en especial consideración el interés del menor y después de oír a su letrado, al Equipo técnico y a la entidad pública de protección de menores. Termina diciendo el precepto que el tiempo máximo de la medida cautelar no podrá exceder de seis meses, pudiendo ser prorrogada por otros tres a instancia del Ministerio Fiscal y que el tiempo de cumplimiento de las medidas cautelares se abonará en su integridad para el cumplimiento definitivo de las medidas a imponer en la causa.

Por otro lado, el art. 29 de la LORPM establece que, si a lo largo de la instrucción, el Ministerio Fiscal acreditase que el menor se encuentra en cualquiera de las situaciones, ya explicadas, descritas en el art. 20.1º, 2º y 3º del CP, se instarán las actuaciones precisas para su protección y custodia con arreglo a las normas civiles, sin perjuicio de que concluyese la instrucción y de que se solicitase, en su caso, alguna medida terapéutica para el menor con arreglo a la propia LORPM.

La posibilidad de adoptar una medida cautelar de alejamiento en el proceso de menores se estipula de forma expresa desde la reforma de 2006, aunque esta posibilidad ya la recogía la Fiscalía General del Estado, en la Consulta 3/2004, de 26 de noviembre. Y todo ello por 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, y los casos de malos tratos de jóvenes hacia sus compañeras sentimentales.

Así, la Fiscalía consultante, aún sin tomar postura, proponía dos posibles soluciones:

a) Bien considerando que la supletoriedad del CP y de la LECrim., proclamada en la DF 1ª de la LORPM, permitía su aplicación.

b) Bien acomodándola a las amplias posibilidades que ofrecía la medida cautelar de libertad vigilada.

a) Considerando la supletoriedad del CP y de la LECrim: Pese a ser cierto que el legislador había optado 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 no podía ser considerado como un cuerpo normativo autónomo, completo o autosuficiente, sino que se integraba en el sistema general del CP y de la LECrim.

b) El art. 28 de la LORPM, antes de la reforma de la ley por la ley orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, se limitaba a incluir la medida de libertad vigilada como una de las medidas susceptibles de imponerse cautelarmente durante la sustanciación del proceso de menores, y su configuración legal introducía grandes posibilidades de versatilidad, pues además de su plurifuncionalidad -operaba como medida principal y como medida cautelar, integraba el segundo período de internamiento, podía funcionar como mecanismo para controlar la suspensión de condena y podía utilizarse, en su caso, como complementaria de otra medida- tenía un contenido abierto a través de la posibilidad de imposición de las reglas de conducta: La flexibilidad del régimen de la libertad vigilada se potenciaba aún más con la cláusula abierta que introduce la regla número 7 del art. 7.1.h) de la LORPM, que permite establecer otras reglas de conducta no previstas, innominadas, con tal de estar orientadas a la reinserción social y que no atenten a la dignidad del menor como persona. Y así, según la Fiscalía General del Estado, se concluye que 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 art. 28 de la LORPM estaba realizando una remisión al art. 7.1 h) del mismo texto, 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 ofrecía la medida cautelar de libertad vigilada, a través de las reglas de conducta se podía materializar cautelarmente el alejamiento del menor maltratador respecto de su víctima. Cabía, pues, imponer cautelarmente una regla de conducta consistente en la prohibición de aproximarse a la víctima o acercarse a determinados lugares, entendiéndose que el cauce formal para conseguir esos objetivos habrán de ser las medidas cautelares expresamente previstas en la LORPM, concretamente, la de libertad vigilada.

En cambio, en cuanto al tiempo de duración de las medidas cautelares de libertad vigilada y convivencia, la Fiscalía General del Estado mantuvo que “no tienen fijado un plazo límite de duración y podrán prolongarse hasta la sentencia sin necesidad de prórroga expresa”, aunque ordenando a los Fiscales evitar su prolongación innecesaria, instando su alzamiento tan pronto desaparezca la causa justificadora de las mismas.

Según DE URBANO CASTRILLO y DE LA ROSA CORTINA, estas medidas tienen como fin garantizar la sujeción del presunto culpable al proceso y reparar las consecuencias económicas del delito⁴².

Estos dos autores han estudiado este tipo de medidas que el Juez puede adoptar, estructurándolas de la siguiente forma:

⁴² DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, La responsabilidad penal de los menores, Editorial Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007, págs. 167-185.

a) Concepto. Son actos que tienen por objeto garantizar el normal desarrollo del proceso y, por tanto, la eficaz aplicación del *ius puniendi*.

b) Características. Son las siguientes:

- * Instrumentalidad, ya que están vinculadas a la suerte del proceso principal.
- * Oficialidad, dada la naturaleza pública de los derechos e intereses que actúan en el proceso penal.
- * Jurisdiccionalidad, puesto que son actos propios de la potestad jurisdiccional de los jueces y tribunales, en concreto, de los Jueces de Instrucción, en España.
- * Provisionalidad, cuanto que sólo subsisten en tanto que subsistan los presupuestos que las han justificado.
- * Homogeneidad, ya que participan de la misma naturaleza de las medidas ejecutivas a las que preordenan.
- * Contradicción, sujetas a un debate contradictorio de las partes.
- * Y revocabilidad, dado que se pueden modificar en base a las nuevas circunstancias del proceso.

c) Presupuestos. Son dos:

- * *Fumus boni iuris*, esto es, la existencia de un juicio de probabilidad sobre la responsabilidad penal y civil de la persona sujeta a la medida.
- * *Periculum in mora*, para contrarrestar el peligro de fuga que pudiese existir por lo largo del proceso.

d) Clases. Las medidas cautelares pueden ser personales (que tratan de asegurar la presencia del imputado en el proceso) y reales (que tratan de asegurar las posibles responsabilidades económicas derivadas del hecho delictivo que puedan declararse en la sentencia).

e) Efectos: Aseguran la presencia del imputado, protegen la producción de las pruebas, previenen la comisión de nuevos delitos, pueden contrarrestar la alarma social e impiden la suspensión del juicio por la ausencia del acusado.

f) En especial, en el proceso penal de menores, como ya hemos visto, hay que tener en cuenta los arts. 17, 28 y 29 de la LORPM, además del Reglamento de desarrollo de la

misma norma, de 30 de julio de 2004, en cuyos arts. 18, 19 y 22 se contienen también disposiciones aplicables a esta materia.

Así las cosas, las medidas cautelares a adoptar sobre los menores presuntos responsables penalmente son:

* La detención (que se hará de la forma que menos le perjudique, no podrá durar más de 24 horas en sede policial, sólo permite su cacheo y aseguramiento físico cuando fuese estrictamente necesario y que implica el derecho del menor de entrevistarse reservadamente con su letrado antes y después de la práctica de la toma de declaración).

* El internamiento (cuya ejecución corresponde a la Administración autonómica penitenciaria, que aplica el régimen disciplinario del centro y que también puede ser terapéutico, cuando concurren las circunstancias del art. 20.1º, 2º, y 3º del CP, en cuyo caso el menor debe seguir el programa elaborado por la entidad pública de protección de menores).

* La libertad vigilada (que consiste en controlar la libertad del menor, haciendo un seguimiento de sus actividades, y que le obliga a seguir las pautas educativas que señale la entidad pública o el profesional asignado para su seguimiento, pudiendo el Juez señalar una serie de reglas de conducta, tales como la obligación de asistir a un centro docente, la de someterse a programas formativos, la de comparecer en el Juzgado de Menores y otras que no atenten contra la dignidad del menor).

* El alejamiento (que consiste en la prohibición de aproximarse a la víctima, sus familiares y otras personas que determine el Juez, así como a su domicilio, centro docente, de trabajo y otros frecuentados por aquéllas y también en la prohibición de comunicarse con estas personas por cualquier medio, informático, telemático, escrito, verbal o visual).

* La convivencia de tipo familiar.

* Y las medidas terapéuticas que exijan los casos de exención de responsabilidad criminal.

Estas medidas, según los autores citados, son *numerus clausus* y su contenido está delimitado por ley.

Dentro del proceso de menores, el Juez podrá, cuando existan indicios racionales de la comisión de un delito y riesgo de fuga o de atentar contra los bienes de la víctima, adoptar las medidas cautelares que recoge la LORPM, teniendo en consideración el especial interés del menor. Aunque nada diga la propia ley, tales medidas deben ser homogéneas con relación a las definitivas y están sujetas a los límites del art. 9 de la LORPM. Finalmente, el catálogo de medidas cautelares no es cerrado, ya que el Juez tan sólo se halla limitado por el respeto a la dignidad del menor.

V.- CONSECUENCIAS JURÍDICAS:**1) Catálogo formal de medidas**

La LORPM recoge el catálogo de medidas a imponer al menor en su art. 7, que no olvida que, para elegir la más adecuada, se debe atender, de modo flexible, a la prueba y valoración jurídica de los hechos pero, sobre todo y especialmente, a la edad, a las circunstancias familiares y sociales, a la personalidad y al interés del menor, manifestados en los informes de los Equipos técnicos y de las entidades públicas de protección de menores; debiendo el Juez de Menores motivar en la sentencia las razones por las que aplica una medida determinada y el plazo de duración de la misma. Todo ello sin perder de vista que el art. 8 de la misma norma recoge claramente la aplicación del principio acusatorio.

El catálogo de las medidas de la LORPM es el siguiente:

a) Internamientos en régimen cerrado, semiabierto y abierto e internamiento terapéutico (ya sea cerrado, semiabierto o abierto). Los internamientos constarán de dos períodos: el primero en el centro y el segundo en libertad vigilada, en la modalidad elegida por el Juez de Menores.

b) Permanencia de fin de semana.

c) Tratamiento ambulatorio.

d) Asistencia a un centro de día.

e) Libertad vigilada.

f) Prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez de Menores.

g) Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo.

h) Prestaciones en beneficio de la comunidad.

i) Realización de tareas socio-educativas.

j) Amonestación.

k) Privación del permiso de conducir ciclomotores o vehículos a motor o del derecho a obtenerlo o de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas.

l) Inhabilitación absoluta.

(Las medidas a y b son privativas de libertad y las otras no privativas).

En cuanto a las reglas para su determinación, según el art. 9.3 de la LORPM, la duración de las medidas no podrá exceder de dos años, las prestaciones en beneficio de la comunidad no podrán exceder de cien horas y las permanencias de fin de semana no podrán exceder de ocho fines de semana. Todo ello sin perder de vista las reglas especiales que contiene el art. 10 de la misma norma (que serán citadas más adelante) y los arts. 11 (relativo a la pluralidad de infracciones) y 47.2 (sobre la posible refundición de medidas por el Juez de Menores). Y cuando los hechos sean constitutivos de falta, sólo se podrán imponer las medidas de libertad vigilada hasta seis meses; amonestación y permanencia de fin de semana hasta cuatro fines de semana; prestaciones en beneficio de la comunidad hasta cincuenta horas; privación de todo tipo de licencias administrativas hasta un año y alejamientos y realización de tareas socio-educativas hasta seis meses.

En cuanto a la posible modificación de la medida, el art. 13 de la LORPM dispone que el Juez competente para la ejecución (es decir, el que dictó la primera sentencia condenatoria firme), por auto motivado, de oficio o a instancia de parte y previa audiencia del letrado del menor y del Ministerio Fiscal y, en su caso, de la entidad pública de protección de menores, podrá dejar sin efecto la medida impuesta, reducir su duración o sustituirla por otra, siempre que tal modificación redunde en el interés del menor y se haya expresado a éste de forma suficiente el reproche merecido por su conducta.

Por último, y en cuanto a la prescripción, el art. 15 de la LORPM establece que las medidas de duración superior a los dos años prescribirán a los tres años; las demás, a los dos, a salvo la amonestación, prestaciones en beneficio de la comunidad y permanencia de fin de semana, que prescribirán al año.

2) El art. 9 de la LORPM

Según este precepto, la aplicación de las medidas se atenderá a las siguientes reglas:

1. Cuando los hechos cometidos sean calificados de falta, sólo se podrán imponer las medidas de libertad vigilada hasta un máximo de seis meses, amonestación, permanencia de fin de semana hasta un máximo de cuatro fines de semana, prestaciones en beneficio de la comunidad hasta cincuenta horas, privación del permiso de conducir o de otras licencias administrativas hasta un año, la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez hasta seis meses, y la realización de tareas socio-educativas hasta seis meses.

2. La medida de internamiento en régimen cerrado sólo podrá ser aplicable cuando:

a. Los hechos estén tipificados como delito grave por el CP o las leyes penales especiales.

b. Tratándose de hechos tipificados como delito menos grave, en su ejecución se haya empleado violencia o intimidación en las personas o se haya generado grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas.

c. Los hechos tipificados como delito se cometan en grupo o el menor pertenezca o actúe al servicio de una banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedican a la realización de tales actividades.

3. La duración de las medidas no podrá exceder de dos años, computándose, en su caso, a estos efectos el tiempo ya cumplido por el menor en medida cautelar. La medida de prestaciones en beneficio de la comunidad no podrá superar las cien horas. La medida de permanencia de fin de semana no podrá superar los ocho fines de semana.

4. Las acciones u omisiones imprudentes no podrán ser sancionadas con medidas de internamiento en régimen cerrado.

5. Cuando en la postulación del Ministerio Fiscal o en la resolución dictada en el procedimiento se aprecien algunas de las circunstancias a las que se refiere el art. 5.2 de esta Ley (es decir, las del art. 20.1, 2 y 3 del CP), sólo podrán aplicarse las medidas terapéuticas descritas en el art. 7.1. d y e.

GÓMEZ RIVERO entiende que, más allá del límite genérico representado por el interés del menor, el art. 9 de la LORPM restringe las posibilidades de elección del Juez de Menores a tres supuestos, que claramente respetan la lectura más garantista del principio de proporcionalidad. Estos tres supuestos son:

- a) Las medidas limitadas a aplicar en caso de que el menor cometa una falta.
- b) Las limitaciones ya vistas, cuando se trate de la medida de internamiento en régimen cerrado.
- c) Y que las acciones u omisiones imprudentes no puedan ser sancionadas con medidas de internamiento en régimen cerrado⁴³.

⁴³ GÓMEZ RIVERO, M^a del Carmen, La nueva responsabilidad del menor: Las leyes orgánicas 5/2000 y 7/2000, en Revista de Derecho Penal, nº 9, Editorial La Ley, Madrid, 2002, pág. 14.

3) Criterios de determinación de las medidas y principios inspiradores: Críticas

Entienden DE URBANO CASTRILLO y DE LA ROSA CORTINA que la legislación de menores se caracteriza porque no atribuye a cada tipo penal una medida concreta, sino que prevé éstas, de modo general, en el art. 7 de la LORPM y da pautas para su aplicación en el Título II de la misma norma⁴⁴.

Como veremos, dentro de ciertos límites conectados con el principio de proporcionalidad, la elección cuantitativa y cualitativa de la medida a imponer depende más de las circunstancias personales del menor que de la entidad del ilícito cometido y así se desprende claramente del contenido del art. 7.3 de la LORPM, cuando dice que, para la elección de la medida adecuada, se deberá atender de modo flexible, no sólo a la prueba y a la valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, a las circunstancias familiares y sociales, a la personalidad y al interés del menor, puestos de manifiesto los dos últimos en los informes de los Equipos técnicos y de las entidades públicas de protección y reforma de menores cuando éstas hubiesen tenido conocimiento del menor por haber ejecutado una medida cautelar o definitiva con anterioridad.

El Juez, además, deberá motivar en la sentencia las razones por las que aplica una determinada medida, así como el plazo de duración de la misma, a los efectos de la valoración del mencionado interés del menor. Por eso existen reglas especiales, o principios inspiradores, que limitan ese posible arbitrio para el Juez, que serán analizadas con posterioridad. Y así, el Derecho Penal juvenil parece acercarse a un derecho penal de autor, con carácter educativo.

El único límite que la LORPM parece establecer es que no puede imponerse en una misma resolución más de una medida de la misma clase (art. 7.4 *in fine* de la LORPM).

A mayor abundamiento, siguiendo a los mencionados autores, los límites reales son los siguientes:

1º) Derivados del principio acusatorio, y que son: que para que pueda tener lugar el enjuiciamiento del menor, es necesario que la acusación se promueva por el Ministerio Fiscal; que el Juez no puede condenar por delito distinto del que hubiese sido objeto de acusación o a persona distinta del acusado; que se prohíbe la denominada *reformatio in peius*, es decir, que el apelante condenado no puede ver agravada la condena impuesta en la primera instancia, salvo que el acusador haya interpuesto también recurso; que el Juez no podrá apreciar circunstancias agravantes no imputadas por las acusaciones; que es a la parte acusadora a la que corresponde aportar las correspondientes alegaciones y pruebas del proceso y, sobre todo, el contenido del art. 8 de la LORPM (que se denomina ya “principio

⁴⁴ DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, ob. cit., págs. 80-97.

acusatorio”), cuando dispone que el juez no podrá imponer una medida que suponga una mayor restricción de derechos ni por un tiempo superior a la medida solicitada por el Ministerio Fiscal o por el acusador particular; que tampoco podrá exceder la duración de las medidas privativas de libertad contempladas por la LORPM en el art. 7.1.a) -internamiento en régimen cerrado-, b) -internamiento en régimen semiabierto-, c) -internamiento en régimen abierto-, d) -internamiento terapéutico- y g) -permanencia de fin de semana-, en ningún caso, del tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad que se le hubiese impuesto por el mismo hecho, si el sujeto, de haber sido mayor de edad, hubiese sido declarado responsable, de acuerdo con el CP.

2º) Derivados del principio de proporcionalidad, a apreciar por el Juez de Menores, debiendo atender, cuando se trate de medidas de internamiento, en relación a las circunstancias concretas de cada caso (de participación, modificativas de la responsabilidad, *iter criminis*), cuál hubiese sido la pena privativa de libertad máxima si el autor hubiese sido mayor de edad, no a la pena *in abstracto* (así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, de 12 de Julio de 2001). Éste será entonces el límite máximo en cuanto al tiempo, que la medida no podrá superar.

3º) Derivados de que el hecho sea calificado de falta: Del art. 9.1 de la LORPM, se desprende que, cuando los hechos cometidos sean calificados como tal, sólo se podrán imponer las medidas de libertad vigilada hasta un máximo de seis meses (libertad vigilada que ya solicitaba la Fiscalía General del Estado, en su Memoria del año 2003), amonestación, permanencia de fin de semana hasta un máximo de cuatro, prestaciones en beneficio de la comunidad hasta cincuenta horas, privación del permiso de conducir o de otras licencias administrativas hasta un año, prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez hasta seis meses y realización de tareas socio-educativas hasta seis meses.

4º) Derivados de la posibilidad de imponer la medida de internamiento en régimen cerrado. En concreto, se trata de los que establece el art. 9.2 de la LORPM, sólo aplicable cuando:

a) Los hechos estén tipificados como delito grave por el CP o las leyes penales especiales.

b) Tratándose de hechos tipificados como delito menos grave, en su ejecución se haya empleado violencia o intimidación sobre las personas o se haya generado grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas.

c) Los hechos tipificados como delito se cometan en grupo o el menor perteneciese o actuase al servicio de una banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades.

5º) Derivados de la comisión de delitos graves, cometidos con violencia o intimidación, o grave riesgo para las personas y por bandas. En este supuesto, el art. 10.1 de la LORPM prevé que el Juez, oído el Ministerio Fiscal, las partes personadas y el Equipo técnico, actuará conforme a las reglas siguientes:

a) Si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviese catorce o quince años de edad, la medida podrá alcanzar tres años de duración. Si se tratase de prestaciones en beneficio de la comunidad, dicho máximo será de ciento cincuenta horas y de doce fines de semana si la medida impuesta fuese la de permanencia de fin de semana.

b) Si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviese dieciséis o diecisiete años de edad, la duración máxima de la medida será de seis años o, en sus respectivos casos, de doscientas horas de prestaciones en beneficio de la comunidad o permanencia de dieciséis fines de semana.

En este supuesto, cuando el hecho revista extrema gravedad, el Juez deberá imponer una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a seis años, complementada sucesivamente con otra medida de libertad vigilada con asistencia educativa hasta un máximo de cinco años -en este caso, la medida se acerca mucho al concepto tradicional de pena, aunque sólo si los hechos revisten especial gravedad y así se aprecie expresamente en la sentencia.

A los efectos previstos en el párrafo anterior, se entenderán siempre supuestos de extrema gravedad aquéllos en los que se apreciase reincidencia.

6º) Derivados de que concurran los supuestos de los delitos del art. 10.2 de la LORPM, es decir, cuando se trate de delitos de los arts. 138 del CP (homicidio), 139 (asesinato), 179 (violación), 180 (agresión sexual y violación cualificadas), 571 a 580 (terrorismo) o cualquier otro delito sancionado en el CP con pena de prisión igual o superior a quince años.

En estos supuestos, el art. 10 de la LORPM dispone que el Juez deberá imponer las medidas siguientes:

a) Si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviese catorce o quince años de edad, una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a cinco años de duración, complementada, en su caso, por otra medida de libertad vigilada de hasta tres años.

b) Y si al tiempo de cometerlos el menor tuviese dieciséis o diecisiete años de edad, una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a ocho años de duración, complementada, en su caso, por otra de libertad vigilada con asistencia educativa de hasta cinco años. En este supuesto, sólo podrá hacerse uso de las facultades de modificación, suspensión o sustitución de la medida impuesta cuando haya transcurrido, al menos, la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta.

Por último, en el caso de que el delito cometido sea alguno de terrorismo de los arts. 571-580 (terrorismo) del CP, el Juez también impondrá al menor una medida de inhabilitación absoluta por un tiempo superior, entre cuatro y quince años, al de la duración de la medida de internamiento en régimen cerrado impuesta, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, al número de los cometidos y a las circunstancias que concurren en aquél.

Los Tribunales (así la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 18 de febrero de 2004), han entendido que, en estos supuestos de delitos de gravedad, la medida prevista se apoya en la necesidad de que el menor sienta el reproche social hacia un comportamiento que atenta gravemente contra derechos esenciales, sirviendo, además, como mecanismo de prevención general; y todo ello, sin olvidar el superior interés del menor.

Concluyen DE URBANO CASTRILLO y DE LA ROSA CORTINA, que esta regla de determinación de la medida no es aplicable a la agresión sexual simple del art. 178 del CP.

7º) Derivados del hecho de que se trate de acciones u omisiones imprudentes, en cuyo caso, según el art. 9.4 de la LORPM, no se podrán imponer medidas de internamiento en régimen cerrado, por lo que resulta criticable, según los autores citados, que se permita la imposición de los otros internamientos y que nada se diga en cuanto al posible límite temporal de la medida.

8º) Derivados de la concurrencia de las eximentes del art. 20.1º, 2º, y 3º del CP: En este supuesto, al menor le serán aplicables las medidas de internamiento terapéutico o tratamiento ambulatorio.

PÉREZ MACHÍO entiende que la LORPM articula un sistema de responsabilidad penal en consonancia con las garantías derivadas del respeto a los derechos constitucionales, al interés del menor y al principio de flexibilidad en la adopción y ejecución de las medidas, ambos recogidos en el art. 7 de la ley citada⁴⁵.

Con relación al principio del interés superior del menor, concepto jurídico indeterminado que constituye el principio fundamentador e inspirador de la LORPM, esta autora entiende que debe ser delimitado en su contenido, sin exceder los límites de los principios de legalidad y seguridad jurídica y que responde a condiciones preventivo-especiales, orientadas a la reinserción social del menor.

Respecto del principio de flexibilidad, que tiene por objetivo facilitar la elección de la medida que mejor se ajuste a la personalidad del menor y las características del hecho

⁴⁵ PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel, *El tratamiento jurídico-penal de los menores infractores*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 78-86.

cometido por éste, PÉREZ MACHÍO dice que exige una renuncia a la estricta vinculación entre el delito cometido y su consecuencia jurídica.

Los pilares de este principio son:

a) La finalidad de prevención especial, ya que las medidas, que responden a una clara finalidad educativa de reeducación y reinserción social, tienden a que los menores lleguen a ser competentes socialmente.

Además, desde un punto de vista material, la LORPM adopta la prevención especial en dos aspectos muy concretos: Cuando el menor se somete a un tratamiento educativo (en cuyo caso, se le aplica una respuesta educativa que reconforta a la sociedad y refuerza la confianza en el correcto funcionamiento del ordenamiento jurídico, intentando conseguir que el menor no delinca más) y, ante el supuesto de fracaso o rechazo del tratamiento, cuando se establece una medida de carácter más punitivo.

b) El principio de proporcionalidad entre el hecho delictivo y la sanción aplicable al mismo, reinterpretado en virtud del principio del superior interés del menor. Así, el Derecho Penal juvenil rompe con el principio de proporcionalidad, más propio de un sistema retributivo y puramente sancionador, aunque para esta autora, la total omisión del principio de proporcionalidad hubiese contribuido a un mejor entendimiento del sistema de responsabilidad de los menores, en cuya base no figura, al menos de manera formal, el mencionado principio⁴⁶.

Así, PÉREZ MACHÍO entiende que el sistema de medidas de la LORPM debería basarse en las Reglas que la ONU concretó en Beijing, con el compromiso de los Estados de que el confinamiento de los menores se usase como último recurso y por el más breve plazo posible, así como la necesidad de buscar otras medidas alternativas (incluso esos principios han sido asumidos por algunos de nuestros tribunales, como la Audiencia Provincial de Badajoz, que, en sentencia de 14 de septiembre de 2006, afirmó que era oportuno citar la Recomendación 87/20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, que establecía que “Considerando que los jóvenes son seres en evolución y que, por consiguiente, todas las medidas adoptadas respecto de ellos deberían tener un carácter educativo; Considerando que las reacciones sociales ante la delincuencia juvenil deben tener presente la personalidad y las necesidades específicas de los menores y que éstos necesitan intervenciones y, si procede, tratamientos especializados que se inspiren principalmente en los principios contenidos en la Declaración de los Derechos del Niño promulgada por la ONU. Convencidos de que el sistema penal de los menores debe seguir caracterizándose por su objetivo de educación y de inserción social”). No obstante, de la redacción del art. 9.2 de la LORPM ya comentado parece desprenderse que el internamiento es medida que se sitúa

⁴⁶ PÉREZ MACHÍO, ob. cit., págs. 131-146.

en un primer plano frente a otras menos restrictivas y de mejor contenido educativo, de forma que, si el sustrato de tales medidas se encuentra en la gravedad de los hechos, habida cuenta la culpabilidad del autor de los mismos, el pretendido talante educador y resocializador de la LORPM cede ante posturas claramente retributivas y punitivas del más tradicional Derecho Penal, basado en la proporcionalidad y en la sanción entendida como castigo, no como medida educativa. Y así, el interés del menor se convierte en un criterio secundario y en un principio al que el Juez no puede atender directamente.

A mayor abundamiento, y a pesar de la insistencia normativa de desarrollar actividades educativas, terapéuticas, laborales y rehabilitadoras favorecedoras de la integración del menor infractor en la sociedad, el contenido de la LORPM tropieza con un escollo reglamentario que no concreta los criterios ni los modelos de intervención y actuación con los menores necesitados de tales medidas.

Esta autora culmina con la idea de que el establecimiento de un sistema dualista, basado en penas (inspiradas en la culpabilidad del menor, tales como el internamiento o la libertad vigilada) y medidas (inspiradas en la peligrosidad del menor, puesta de manifiesto en la comisión del ilícito penal, tales como el internamiento terapéutico y el tratamiento ambulatorio) permitiría una mejor comprensión del sistema de responsabilidad creado por la LORPM.

Por otro lado, GONZÁLEZ CUSSAC considera que las medidas sancionadoras de la LORPM tienen una naturaleza similar a la de las medidas de protección del Derecho Civil y así, la convivencia con otra persona, familia o grupo educativo es similar al acogimiento familiar y, aunque tienen como presupuesto la comisión de un hecho delictivo y se imponen de forme coactiva como sanción y reproche por la conducta realizada, estas medidas de protección son consecuencia de una situación de desamparo o riesgo para el menor⁴⁷.

Según lo expuesto, para la adopción de las medidas por el Juez de Menores, los principios inspiradores de la LORPM son, fundamentalmente y entre otros: El respeto al interés superior del menor, la consideración de sus circunstancias personales, el principio de flexibilidad, el carácter educativo de la ley y el principio acusatorio. No obstante, se inspira en exceso en el principio de proporcionalidad, más propio de un Derecho Penal sancionador y de carácter retributivo, es decir, más propio de un proceso penal de adultos.

⁴⁷ GONZÁLEZ CUSSAC y CUERDA ARNAU (Coordinadores), ob. cit., págs. 207 y 208.

4) Algunas medidas a considerar:

a) El internamiento en régimen cerrado

Para DE URBANO CASTRILLO y DE LA ROSA CORTINA, la medida de internamiento sólo ha de ser impuesta en aquellos supuestos en los que no es factible una alternativa, ya que no se debe olvidar que los internamientos prolongados en el tiempo generan desarraigo y pueden provocar nuevos problemas estando en libertad⁴⁸.

Entienden estos dos autores que el internamiento debe tener una función puntual, no debe ser un fin en sí mismo, siendo el contexto ideal para cortar la carrera delictual del menor y separarlo temporalmente de su entorno habitual. Y en él es fundamental el papel del educador encargado del programa de rehabilitación del menor.

Conforme al art. 7.2 de la LORPM, todo internamiento consta de dos períodos: El primero se lleva a cabo en el centro -cerrado, cuando se cometiesen delitos graves o menos grave con violencia o intimidación contra las personas o con grave riesgo para su vida o integridad física o menos graves cometidos en grupo o por medio de banda- y el segundo se desarrolla en libertad vigilada, en la modalidad elegida por el Juez en la sentencia. En ésta, además, han de establecerse ambos períodos y su duración, que no podrá exceder del tiempo que se expresa en los arts. 9 y 10 de la LORPM y que ya han sido comentados.

Esta forma de internamiento implica la residencia obligatoria en un centro, donde se desarrollan actividades formativas educativas, laborales y de ocio.

GÓMEZ RIVERO, en cuanto a la duración de las medidas, y siguiendo el criterio del “Grupo de Estudios de Política Criminal”, considera que el límite de cualquier medida debería ser el de tres años, sin superar en ningún caso, los dos años cuando se tratase del internamiento en régimen cerrado.

Esta autora critica el incremento que, respecto de la originaria LORPM, se ha producido para la duración de la medida de internamiento en régimen cerrado, con el argumento de que el reto es desafectar al menor de las circunstancias y condicionantes promotores de su desarraigo social, algo que mal puede suplirse con el empeño de elevar la duración de la medida. En realidad, y siempre según la autora citada, con esa reforma de la primitiva LORPM por la ley orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, se intentó saciar la ira y el malestar social ante algunas muertes cometidas por menores de edad, incluso al precio de minimizar las pretensiones resocializadoras de los menores⁴⁹.

⁴⁸ DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, ob. cit., págs. 71-73.

⁴⁹ GÓMEZ RIVERO, M^a del Carmen, ob. cit., págs. 23-26.

b) La medida de alejamiento

Incorporada a la LORPM por la reforma de la ley 8/2006, de 4 de diciembre, se trata de una medida que impide al menor aproximarse a la víctima, a sus familiares y a otras personas que determine el Juez, así como a su domicilio, centro docente, de trabajo y otros frecuentados por aquéllas y también que prohíbe comunicarse con estas personas por cualquier medio, informático, telemático, escrito, verbal o visual.

En realidad, según DE URBANO CASTRILLO y DE LA ROSA CORTINA, carece de contenido educativo, no siendo más que una traslación del art. 48 del CP (que regula la privación del derecho a residir en determinados lugares, la prohibición de aproximación y comunicación y el uso de medios electrónicos para el control de tales medidas), siendo así que debería haber sido una regla de conducta vinculada a la libertad vigilada: Así lo recomendaba el Consejo Fiscal, en su informe al Anteproyecto de la reforma de la ley, de 28 de diciembre de 2005⁵⁰.

Considera TAPIA PARREÑO de aplicación el art. 64 de la ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, en cuanto a que el Juez acuerde el uso de instrumentos con la tecnología adecuada para verificar de inmediato el cumplimiento de la orden de alejamiento⁵¹.

Es importante decir que, pese a ser una novedad importante, antes de la citada reforma de 2006, los Tribunales imponían el alejamiento como regla de conducta de la medida de libertad vigilada e, incluso, de forma autónoma. Así, sirva como ejemplo la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 31 de enero de 2006, que condenó a un menor como autor de dos delitos de los arts. 173.2 y 153 del CP, a una medida de libertad vigilada con la regla de conducta de cumplimiento de una medida de alejamiento y prohibición de acercarse a más de 300 metros de donde habitase la víctima, al permitirlo la redacción abierta del art. 7.1.h) de la anterior LORPM (antes de la reforma de la ley orgánica 8/2006, de 4 de diciembre). Razonaba el Tribunal que el sometimiento a dicha regla de conducta va encaminado a encauzar adecuadamente la evolución del menor infractor, al mismo tiempo que cumple la función de proteger a la víctima.

5) Especial referencia a la libertad vigilada

Según entienden DE URBANO CASTRILLO y DE LA ROSA CORTINA, consiste en una medida que, durante un período de tiempo predeterminado -el suficiente para posibilitar una intervención mínimamente estable-, se somete al menor a un seguimiento y control de sus actividades y a una intervención socio-educativa a través de un profesional

⁵⁰ DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, ob. cit., págs. 67-69.

⁵¹ TAPIA PARREÑO, Jaime, Recientes reformas en materia de protección de menores víctimas penales, La Ley, año XXVIII, 20 de febrero de 2007.

asignado al efecto; y todo ello en su propio medio, por lo que es fundamental, para su éxito, una adecuada coordinación con la familia⁵².

Es una de las medidas más usadas en el Derecho Penal de menores, con un evidente contenido educativo, tendente a remover los obstáculos que se detecten en el menor y que le han impedido un adecuado avance en su proceso de inserción en la sociedad y asunción de normas.

Esta medida es adecuada para menores que requieran una intervención temporal prolongada, con el fin de ayudarles a recobrar hábitos normalizados y educativos, alejándoles de situaciones de riesgo, pero sin perturbar su vida familiar ni desarraigarlos de su hábitat.

En ella es esencial la figura del técnico educador que sea designado por la entidad pública, quien se encargará de elaborar los informes periódicos de seguimiento de la evolución del menor y dar cuenta de ellos al Juez, respetando, en todo caso, sus derechos no limitados en el fallo, en especial, el derecho a la intimidad e inviolabilidad del domicilio y correspondencia; para ello, el educador debe elaborarse un programa individualizado de ejecución de la medida.

La libertad vigilada ha de orientarse a tratar que el menor asuma las consecuencias de su conducta, a que la familia se implique en el control de aquél y en imponer horarios y hábitos de vida adecuados, a lograr su asistencia regular al centro de estudios o al centro de formación prelaboral, a seleccionar su círculo de amistades y a administrar adecuadamente su tiempo libre.

Y, además, el Juez puede, además, imponer reglas de conducta -todas las del art. 7 de la LORPM-siempre que están orientadas a la reinserción social y no sean atentatorias de la dignidad del menor como persona.

No obstante, para GÓMEZ RIVERO, el rendimiento de esta medida descansa en que no haya sido el entorno del menor el que le haya impulsado a delinquir, sino que la desviación de su conducta se encuentre en otros factores externos. Por eso presupone la colaboración del menor y de su familia, en especial de los padres, además de muchos otros profesionales, fundamentalmente el denominado “delegado asistencial del menor” (al que antes hemos llamado técnico educador). Éste debe estar geográficamente cerca del menor, debería ser el que se desplazase al entorno del chico/a, y no a la inversa, debe tratarse de un profesional cualificado (educadores, sociólogos y psicólogos) y debe plasmar el seguimiento del menor en sus informes, emitidos de forma periódica y continuada, sin afectarle negativamente en caso de ser desfavorables⁵³.

⁵² DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, ob. cit., págs. 64-66.

⁵³ GÓMEZ RIVERO, M^a del Carmen, ob. cit., págs. 20-21.

La Audiencia Provincial de Barcelona, en sentencia de 7 de septiembre de 2000, consideró la medida de libertad vigilada como la más idónea de cara a la futura reinserción educativa del menor sujeto de autos, finalidad que es, según la AP, la que persigue el sistema y no, en cambio, la de proporcionalidad entre el hecho y la sanción o cualquier otra propia del Derecho Penal de adultos.

Las tres medidas que han sido objeto de estudio más minucioso en este trabajo son las de:

* Internamiento, medida que, siempre con un fin educativo, debería ser usada sólo en el caso de que no exista otra alternativa (debe ser excepcional); no obstante, con la reforma efectuada por la ley orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, el legislador la ha ampliado de forma excesiva.

* El alejamiento, que carece de contenido educativo, por lo que debería haberse mantenido como una regla de conducta; con el problema añadido que plantea su control, ya que la LORPM no establece de forma expresa las medidas telemáticas del art. 48 del CP.

* Y la libertad vigilada, que es medida claramente educativa, aunque muy dependiente, en cuanto a su éxito, de la colaboración del menor y de su familia y de la figura del educador.

6) Modificación y sustitución de la medida (arts. 13 y 51 de la LORPM)

El art. 13 de la LORPM dispone que el Juez competente para la ejecución, mediante auto motivado, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del letrado del menor, previa audiencia de éstos e informe del Equipo técnico y, en su caso, de la entidad pública de protección o reforma de menores, podrá, en cualquier momento, dejar sin efecto la medida impuesta, reducir su duración o sustituirla por otra, siempre que la modificación redunde en el interés del menor y se exprese suficientemente a éste el reproche merecido por su conducta.

Y el art. 51.1 de la LORPM establece que, durante la ejecución, el Juez podrá, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, del letrado del menor o de la Administración competente y oídas las partes, así como el Equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, dejar sin efecto la medida impuesta o sustituirla por otra que se estime más adecuada, por tiempo igual o inferior al que reste para su cumplimiento, siempre que la nueva medida pudiese haber sido impuesta inicialmente, atendiendo a la infracción cometida.

Para DE URBANO CASTRILLO y DE LA ROSA CORTINA, ambos preceptos se tratan claramente de una manifestación del principio de flexibilidad antes expuesto⁵⁴.

⁵⁴ DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, ob. cit., págs. 105-106.

Por último, para PÉREZ MACHÍO, el presupuesto de estas formas de individualización de las medidas no es más que la necesidad de integrar socialmente al menor por vía de la educación, en busca de cambios que repercutan en su futura adaptación. Pero el problema está en que las características y los límites de las medidas modificadas o sustituidas se desconoce, aunque la elegida debería ser menos restrictiva de derechos que la inicialmente adoptada⁵⁵.

7) La mayoría de edad

El art. 5.3 de la LORPM dispone que las edades indicadas en el articulado de la ley se han de entender siempre referidas al momento de la comisión de los hechos, sin que el hecho de haberse rebasado las mismas antes del comienzo del procedimiento o durante la tramitación del mismo tenga incidencia alguna sobre la competencia atribuida por la misma a los Jueces y Fiscales de Menores.

Sin embargo, según entienden DE URBANO CASTRILLO y DE LA ROSA CORTINA, una vez impuesta la medida, el cumplimiento de ciertas edades ha de tener trascendencia en la ejecución de la misma⁵⁶. Por tal motivo, resulta de importancia la dicción del art. 14 de la LORPM (que, en todo caso, es una norma excepcional, según criterio del Consejo Fiscal, en su Informe al Anteproyecto de la reforma de la LORPM, de 28 de diciembre de 2005), cuando dice que:

a) Cuando el menor a quien se le hubiese impuesto una medida de las establecidas en la ley alcanzase la mayoría de edad, continuará el cumplimiento de la medida hasta alcanzar los objetivos propuestos en la sentencia en que se le impuso, conforme a los criterios expresados en los preceptos anteriores de la LORPM. Regla general que sigue, por tanto, el criterio del art. 5.3 antes mencionado.

b) Cuando se trate de la medida de internamiento en régimen cerrado y el menor alcance la edad de dieciocho años sin haber finalizado su cumplimiento, el Juez de Menores, oído el Ministerio Fiscal, el letrado del menor, el Equipo técnico y la entidad pública de protección o reforma de menores, podrá ordenar, en auto motivado, que su cumplimiento se lleve a cabo en un centro penitenciario, conforme al régimen general previsto en la Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979, de 26 de septiembre (en adelante, LOGP), si la conducta de la persona internada no responde a los objetivos propuestos en la sentencia. Esta posibilidad sólo es aplicable a supuestos de internamiento en régimen cerrado, no semiaabierto, abierto o terapéutico.

⁵⁵ PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel, ob. cit., págs. 103-105.

⁵⁶ DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, ob. cit., págs. 106-110.

Entiende CABEZAS SALMERÓN que este precepto constituye un retorno al denominado Derecho Penal de autor, ya que al menor no se le está castigando por el hecho delictivo que cometió⁵⁷.

c) Cuando las medidas de internamiento en régimen cerrado sean impuestas a quien haya cumplido veintiún años de edad o, habiendo sido impuestas con anterioridad, no hayan finalizado su cumplimiento al alcanzar la persona dicha edad, el Juez de Menores, oídos el Ministerio Fiscal, el letrado del menor, el Equipo técnico y la entidad pública de protección o reforma de menores, ordenará su cumplimiento en centro penitenciario conforme al régimen general previsto en la LOGP, salvo que, excepcionalmente, entienda, en consideración a las circunstancias concurrentes, que procede la utilización de las medidas previstas en los arts. 13 y 51 de la LORPM -es decir, modificación o sustitución de la medida- o su permanencia en el centro en cumplimiento de tal medida, cuando el menor responda a los objetivos propuestos en la sentencia. Al igual que ocurre con la regla anterior, sólo es aplicable a supuestos de internamiento en régimen cerrado, no semiabierto, abierto o terapéutico.

Finalmente, cuando el menor pase a cumplir la medida de internamiento en un centro penitenciario, quedarán sin efecto el resto de medidas impuestas por el Juez de Menores que estuviesen pendientes de cumplimiento sucesivo o que estuviese cumpliendo simultáneamente con la de internamiento, si éstas no fuesen compatibles con el régimen penitenciario, todo ello sin perjuicio de que, excepcionalmente, proceda la aplicación de los arts. 13 y 51 ya citados.

d) La medida de internamiento en régimen cerrado que imponga el Juez de Menores, en su caso, se cumplirá en un centro penitenciario conforme al régimen general previsto en la LOGP siempre que, antes del inicio de la ejecución de dicha medida, el responsable hubiese cumplido ya, total o parcialmente, bien una pena de prisión impuesta con arreglo al CP, o bien una medida de internamiento ejecutada en un centro penitenciario. Y de nuevo esta regla es sólo es aplicable a supuestos de internamiento en régimen cerrado, no semiabierto, abierto o terapéutico.

Respecto de todas estas opciones, es importante decir que ya la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 1 de octubre de 2004, había considerado que la remisión a centros penitenciaros de ejecutoriados de la LORPM no era contraria al principio de reincidencia ni a los fundamentos educativos que inspiran la mencionada ley.

En relación a la mayoría de edad, es necesario citar la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, de 26 de enero de 2007, que estableció el principio que el propio Tribunal denominó “rehabilitación” de la minoría de edad, de forma que a fin de conseguir la

⁵⁷ CABEZAS SALMERÓN, Jordi, “Reforma de la LORPM: Comentarios críticos”, *Revista Economist and Jurist* n° 107, 2007, págs. 30-34.

eficacia de la medida impuesta, a un mayor de edad se le sigue considerando a todos los efectos menor hasta que alcanza la edad de 23 años. Y si quebranta la medida impuesta, se le seguirá tratando como si se tratase de un menor de edad, puesto que ésa ha sido la voluntad del legislador, es decir, extender la eficacia de la LORPM a personas que, por su edad, en principio, no estarían ya incluidas dentro de su ámbito de aplicación. Y el motivo no es más que el hecho de que la verdadera naturaleza de la ley es sancionadora y educativa, prevaleciendo, por encima de todo, el interés tuitivo y de protección del menor, criterio que ha de tenerse en cuenta a lo largo de la ejecución de las medidas que se impongan, incluso aunque el menor adquiriera la mayoría de edad, dado que, a los efectos de la aplicación de la medida, es como si se tratase de un menor de edad. Implicaría una quiebra de tal principio el que, caso de quebrantar la medida, ya no se le tratase como a un menor, sino que se dedujese testimonio contra él y se le juzgase conforme a la legislación penal de mayores por un posible delito de quebrantamiento de condena. El caso contrario podría significar una interpretación extensiva de la norma en contra del reo, interpretándola *in malam partem*, en perjuicio del reo, algo que está proscrito en el ordenamiento jurídico penal, en el que siempre debe prevalecer el principio de *in dubio pro reo*.

No obstante, no todas las Audiencias Provinciales siguen ese mismo criterio: No lo comparten, por ejemplo, las de Badajoz (sentencia de 14 de septiembre de 2006) y de Baleares (sentencia de 18 de abril del mismo año).

A modo de resumen, parece razonable el criterio de la Audiencia Provincial de Valladolid, en cuanto considera los principios de especial interés del menor y su necesaria protección.

VI.- CONCLUSIONES

Con este trabajo se ha intentado contestar a varias cuestiones relacionadas con la violencia doméstica protagonizada por menores de edad.

* En primer lugar, de forma general se ha reflejado la evolución de la regulación penal de la violencia doméstica en nuestro ordenamiento jurídico, fundamentalmente hasta la ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre. Lo esencial es que se ha ampliado el círculo de sujetos pasivos, se ha introducido el alejamiento como pena y como medida cautelar, se han convertido figuras que eran constitutivas de falta en delitos (protegiendo a la mujer agredida por el hombre respecto de otros sujetos pasivos) y se ha diferenciado entre el delito de malos tratos (art. 153 del CP, que protege la salud física y mental de las víctimas) y el de maltrato habitual (art. 173.2 del CP, que protege su integridad personal).

* Ya específicamente, en segundo lugar, se ha llegado a la conclusión de que el menor puede ser sujeto activo de delitos cuando tenga entre 14 y 18 años, es decir, que su responsabilidad se fundamenta en la realización de un comportamiento típico, antijurídico, culpable y punible, tipificado como delito o falta en el CP y en las leyes especiales, siem-

pre que no concurran en él ninguna de las causas de exención o extinción de la responsabilidad criminal previstas en el CP.

* En tercer lugar, que, respecto del delito de violencia doméstica protagonizada por un menor de edad, los posibles sujetos pasivos pueden ser sus progenitores (en cuyo caso, el menor se hallará en situación de desamparo, exigiéndose entonces la intervención de los Servicios Sociales) y quienes no lo sean (no existiendo desamparo para el menor en este supuesto y pudiendo ser aplicadas, cuando existan indicios racionales de la comisión de un delito y riesgo de fuga o de atentar contra los bienes de la víctima y teniendo en consideración el especial interés del menor, las medidas cautelares que regula la LORPM, como el internamiento, la libertad vigilada y la medida de alejamiento, medidas que tendrán una duración de seis meses y que admiten una única prórroga de otros tres meses más. De cualquier forma, el catálogo de medidas cautelares de la LORPM no es cerrado, ya que el Juez tan sólo está limitado por el respeto a la dignidad del menor).

* En cuarto lugar, las medidas que el Juez de Menores puede adoptar en sentencia respecto de un menor sujeto activo de violencia doméstica son:

a) El internamiento, medida que es excepcional y que debería ser usada sólo en el caso de que no exista otra alternativa y siempre con fin educativo. No obstante, con la reforma efectuada por la ley orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, el legislador la ha ampliado de forma excesiva, con la intención de endurecerla y acallar así presiones sociales.

b) El alejamiento, que carece de contenido educativo, por lo que debería haberse mantenido como una regla de conducta vinculada a la libertad vigilada. Esta medida plantea el problema añadido de su control, ya que la LORPM no recoge expresamente las medidas telemáticas del art. 48 del CP.

c) La libertad vigilada, que constituye propiamente una medida claramente educativa y que depende, en cuanto a su éxito, de la colaboración del menor y su familia y de la figura del educador.

* Por último, que en el proceso de menores que regula la LORPM son esenciales las figuras del menor (quien goza de los derechos propios de todo imputado), el Juez de Menores (que ha de dictar su resolución considerando, fundamentalmente, los siguientes principios: el respeto al interés superior del menor, la consideración de sus circunstancias personales, el principio de flexibilidad, el carácter educativo de la ley y el principio acusatorio), el Equipo adscrito al Juzgado de Menores, la víctima (quien puede ejercer como acusadora en el proceso, pero sin poder exigir responsabilidades civiles), el educador encargado de controlar la medida de alejamiento y la entidad pública de protección de menores.

VII.- BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, María. La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal, Editorial Reus, SA, Madrid, 2006.

ALBERT PÉREZ, Silvia. La protección de las víctimas de violencia familiar en la jurisdicción de menores, Editorial Sepín, octubre, 2004.

BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel y RUEDA MARTÍN, M^a Ángeles. El nuevo tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar, afectivo o similar tras las reformas de 2003 del Código Penal español, en Revista de Derecho Penal y Criminología, n^o 14, UNED, Madrid, 2004.

CABEZAS SALMERÓN, Jordi. Reforma de la LORPM: Comentarios críticos, Revista Economist and Jurist n^o 107, 2007.

COLÁS TURÉGANO, Asunción. “Aspectos penales característicos de la delincuencia juvenil”, Estudios sobre la responsabilidad penal del menores, (GONZÁLEZ CUSAC, José Luis y CUERDA ARNAU, María Luisa/Coordinadores), Colección Estudios Jurídicos Universidad Jaume I, Castellón, 2006.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido. Código penal comentado, Editorial Bosch, Barcelona, 2004.

DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y DE LA ROSA CORTINA, José Miguel. La responsabilidad penal de los menores, Editorial Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007.

DOLZ LAGO, Manuel Jesús. Comentarios a la legislación penal de menores, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

-“Menores, víctimas y esperanzas”, artículo publicado en el diario “El País”, 8 de julio de 2007.

GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, Gemma. El proceso penal de menores, Editorial Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007.

GIMÉNEZ GARCÍA, Joaquín. La habitualidad en el maltrato físico y psíquico, Cuadernos de Derecho Judicial del CGPJ, Editorial CENDOJ, Madrid, 2001.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. “Juez y partes en la propuesta de reforma de 2005/2006 del proceso penal de menores”, Estudios sobre la responsabilidad penal del menores, (GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis y CUERDA ARNAU, María Luisa/Coordinadores), Colección Estudios Jurídicos Universidad Jaume I, Castellón, 2006.

GÓMEZ RIVERO, M^a del Carmen. La nueva responsabilidad del menor: Las leyes orgánicas 5/2000 y 7/2000, en Revista de Derecho Penal, nº 9, Editorial La Ley, Madrid, 2002.

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis y CUERDA ARNAU, María Luisa (Coordinadores). Estudios sobre la responsabilidad penal del menor, Colección Estudios Jurídicos Universidad Jaume I, Castellón, 2006.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Curso de Derecho Penal, Parte General I, Editorial Universitas, SA, Madrid, 1996.

NÚÑEZ CASTAÑO, Elena. El delito de malos tratos: una reforma anunciada, conferencia impartida en el III Congreso sobre los malos tratos, Marbella, 2003.

PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel. El tratamiento jurídico-penal de los menores infractores, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

OLMEDO CARDENETE, Miguel. Comentarios al Código Penal, Tomo I, (COBO DEL ROSAL, director, y otros), Editorial Edersa, Madrid, 1999.

RODRÍGUEZ MESA, M^a José. Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos, Editorial Comares, Granada, 2000.

TAMARIT SUMALLA, Josep M^a. Comentarios al nuevo Código Penal (QUINTERO OLIVARES, director, y otros), Editorial Aranzadi, Pamplona, 1996.

TAPIA PARREÑO, Jaime. Recientes reformas en materia de protección de menores víctimas penales, La Ley, año XXVIII, 20 de febrero de 2007.