



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

DICTAMEN 2/2013, SOBRE LAS POSIBILIDADES DE APLICACIÓN CAUTELAR DE DETERMINADAS MEDIDAS NO MENCIONADAS EN EL ART. 28 LORPM

I.-PLANTEAMIENTO II.-EXCLUSIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES NO RELACIONADAS EN EL ART. 28 LORPM III.- POSIBILIDAD DE IMPONER DETERMINADAS CAUTELARES NO MENCIONADAS EN EL ART. 28 LORPM COMO REGLAS DE CONDUCTA DE UNA LIBERTAD VIGILADA III.-1 Centro de día III.-2 Tratamiento ambulatorio III.-3 Prohibición de conducir ciclomotores y motocicletas de hasta 125 cms³ IV.-CONCLUSIONES

I.-PLANTEAMIENTO

En los informes para la Memoria anual de la FGE se vienen suscitando, por parte de algunas Secciones provinciales de Menores, distintas cuestiones en relación al elenco de medidas cautelares imponibles contempladas en el art. 28 LO 5/2000.

Así, por parte de la Sección de Córdoba se ha llegado a sugerir la conveniencia de una reforma legislativa del art. 28 LORPM para dar cabida a la medida de asistencia a centro de día como medida cautelar, al no estar prevista expresamente en dicho precepto.

En Tenerife, la interposición en el año 2011 de un recurso por la Sección de Menores, contra una resolución jurisdiccional en contrario, permitió que se estimase por la Audiencia Provincial la posibilidad de imponer con carácter cautelar la medida de tratamiento ambulatorio (art. 7.1 e LORPM).

Distintos aspectos referidos a las medidas cautelares han sido tratados ya por parte de esta Unidad en Dictámenes anteriores (Dictamen 6/2010, *sobre el abono de medidas cautelares y la liquidación de condena*; Dictamen 8/2010, *sobre la intervención del representante de la entidad pública en la comparecencia para la*



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

adopción de medidas cautelares del art. 28.2 de la LORPM; Dictamen 3/2012, sobre control en las Secciones de Menores de expedientes con medidas cautelares).

Se vuelve a abordar este tema, ahora desde la perspectiva de la posibilidad de adoptar o no determinadas medidas no aludidas en el art. 28 LORPM, indicando pautas de actuación en cumplimiento de las funciones de dirección y unificación de criterios atribuidas en la Instrucción 3/2008, *sobre el Fiscal de Sala Coordinador de Menores y las Secciones de Menores*.

II.-EXCLUSIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES NO RELACIONADAS EN EL ART. 28 LORPM:

En alguna ocasión –más en el ámbito doctrinal que en la práctica forense- ha llegado a cuestionarse si las medidas cautelares imponibles se reducen a las enumeradas en el art. 28 de la LORPM o, por el contrario, podría aplicarse también alguna otra de las previstas con carácter general en el art. 7 del mismo texto legal.

La respuesta a tal planteamiento es que, en principio, no caben otras medidas cautelares que las relacionadas en dicho art. 28 LORPM.

Tal aserto encuentra su justificación en la literalidad del precepto, en sus antecedentes legislativos y en la propia finalidad de la norma.

Desde un punto de vista puramente gramatical, la alusión expresa a unas medidas cautelares concretas y determinadas (internamientos; libertad vigilada; convivencia con otra persona, familia o grupo educativo y prohibición de aproximarse o comunicarse con otra persona –esta última a partir de la LO 8/2006-) excluye, desde una óptica de estricta legalidad y seguridad jurídica, cualquier otra



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

medida no mencionada explícitamente.

Los antecedentes legislativos del precepto, a su vez, avalan tal interpretación literal.

El texto del Anteproyecto de 1997 y el proyecto de Ley de 1998 no contenían una relación de medidas cautelares imponibles, pues el art. 28.1 se limitaba a consignar que *el Ministerio Fiscal podrá solicitar del Juez de Menores, en cualquier momento, la adopción de medidas cautelares para la custodia y defensa del menor expedientado*. Únicamente se mencionaban los internamientos en el nº 2, exigiendo para su adopción la celebración de una comparecencia en en términos esencialmente iguales a los de la redacción definitiva.

La relación de medidas imponibles se introdujo por vía de enmiendas al texto del art. 28 del Proyecto. Entre las aprobadas estuvo la nº 187 del Grupo Parlamentario Catalán, que adicionó al art. 28.1 la enumeración de las medidas susceptibles de ser adoptadas: *dichas medidas podrán consistir en internamiento en centro en el régimen adecuado, libertad vigilada, o convivencia con otra persona, familia o grupo educativo*. Sin embargo, se rechazó la enmienda 147 del Grupo Parlamentario Socialista al Título III que pretendía incluir expresamente, entre las que podían acordarse, aparte del internamiento (también de fin de semana y en centro socio-sanitario), la asistencia a centro de día, la privación del permiso de conducir, el tratamiento externo en centro médico y otras reglas de conducta.

Posteriormente, tras la reforma por la LO 8/2006 de 4 de diciembre se intercaló en esa enumeración del art. 28.1 la referencia a *la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez*. La inclusión expresa de esta última medida



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

obedeció a la idea de despejar cualquier tipo de dudas sobre su aplicabilidad en la legislación de menores, incorporándose tanto al catálogo general de medidas del art. 7.LORPM (7.1. i), como a la relación de medidas cautelares. Con anterioridad, no obstante, se venía imponiendo en la práctica, y ya la Fiscalía General del Estado en su Consulta 3/2004, de 26 de noviembre, *sobre la posibilidad de adoptar la medida cautelar de alejamiento en el proceso de menores*, tuvo ocasión de pronunciarse en sentido positivo sobre la aplicabilidad de esta medida como regla de conducta dentro del marco de una libertad vigilada.

El carácter de *numerus clausus* de las medidas cautelares del art. 28 de la LORPM queda reafirmado, además de por la literalidad de la norma y los antecedentes legislativos, por la propia naturaleza de las medidas previstas como cautelares frente al resto de las relacionadas con carácter general en el art. 7.1 LORPM. Muchas de las medidas de dicho art. 7.1 no tendrían sentido alguno como cautelares (vgr. unos servicios en beneficio de la comunidad, permanencias de fin de semana o una amonestación).

Así se ha entendido en la práctica jurisdiccional generalizada de los Juzgados de Menores. Como caso absolutamente excepcional y aislado cabe mencionar el AAP Álava, Secc. 2ª, nº 3/2011, de 11 de enero, confirmando la resolución del Juzgado que impuso a tres menores unas permanencias de fin de semana con carácter cautelar, en contra del criterio de la Fiscalía que entabló recurso de apelación. Dicho supuesto aparece reseñado en la Memoria de la FGE de 2011 en términos críticos, por lo que tiene *de peculiar y hasta cierto punto de insólito*.

III.- POSIBILIDAD DE IMPONER DETERMINADAS CAUTELARES NO MENCIONADAS EN EL ART. 28 LORPM COMO REGLAS DE CONDUCTA DE



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

UNA LIBERTAD VIGILADA:

Que las medidas cautelares enumeradas en el art. 28.1 LORPM constituyan un elenco cerrado, no veda, sin embargo, la facultad de imponer, con carácter cautelar y como reglas de conducta de una libertad vigilada, determinadas obligaciones que se corresponden en esencia y finalidad con otras medidas no relacionadas en ese precepto.

Esta vía interpretativa la abrió, en su momento, la Consulta 3/2004, *sobre la posibilidad de adoptar la medida cautelar de alejamiento en el proceso de menores*, que admitió su imposición como regla de conducta de una libertad vigilada, aun cuando –como se refería *supra*- dicha medida no se introdujese expresamente en la LORPM hasta la reforma por LO 8/2006.

La Consulta 3/2004, partiendo de que el legislador optó en la LORPM por un *catálogo expreso y cerrado de las medidas cautelares utilizables*, entendía, no obstante, que la amplitud de contenidos de la libertad vigilada, especialmente a través de las reglas de conducta previstas o susceptibles de establecerse al amparo de la cláusula abierta del art. 7.1.7ª, habilitaba la imposición de la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima.

La regla innominada contemplada en el art. 7.1 h 7ª (*y cualesquiera otras obligaciones que el Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, estime convenientes para la reinserción social del sentenciado, siempre que no atenten contra su dignidad como persona...*) abre un amplio campo de posibilidades que facultan la imposición del alejamiento y dejan abierta la puerta a otros contenidos, alguno de los cuales coincidirían sustancialmente con el de ciertas medidas que, aun no contempladas en la relación del art. 28.1 LORPM, sí pueden tener sentido con carácter cautelar.



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

En concreto, cabría la imposición, sin que, en sentido estricto, respondan en cada caso a su *nomen iuris* respectivo, de reglas de conducta que impliquen la asistencia a un centro de día, la sumisión a tratamiento ambulatorio o la prohibición de conducir ciclomotores.

III.-1 Centro de día:

Doctrinalmente se ha discutido la opción legislativa de diferenciar como medidas distintas la libertad vigilada y la asistencia a centro de día. Incluso puede presentar problemas delimitar esta última medida de las tareas socioeducativas (art. 7.1. I), si se tiene en cuenta que éstas muchas veces se realizan en un centro de día. En esa línea se ha planteado, *de lege ferenda*, como opción más consecuente, que las tres medidas se integrasen en una sola de libertad vigilada, con diferentes contenidos y amplitud, según las necesidades de cada caso.

El art. 7.1. f) LORPM señala que el sometido a la medida de centro de día residirá en su domicilio y acudirá a *un centro, plenamente integrado en la comunidad, a realizar actividades de apoyo, educativas, formativas, laborales o de ocio*.

La única justificación, al menos aparente, de su articulación como medida autónoma, respecto a la libertad vigilada, podría ser la esbozada en la Exposición de Motivos cuando se dice que *sirve al propósito de proporcionar al menor un ambiente estructurado durante buena parte del día, en el que se lleven a cabo actividades socio-educativas que puedan compensar las carencias del ambiente familiar de aquél*.

Aun con eso su diferencia respecto a la libertad vigilada es más nominativa que real, pues, por encima de la distinción terminológica, no supone sino una forma de desarrollar la libertad vigilada cuando las necesidades del menor así lo



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

requieren, sirviendo el centro como lugar para la realización de unas actividades regladas fuera de su ambiente habitual.

De esta manera, y aunque la medida de centro de día no esté expresamente contemplada en el art. 28.1 LORPM, cuando las circunstancias del caso lo precisen, podrá postularse, y el Juez imponer, conforme a la regla del art. 7.1 h 7ª LORPM, una libertad vigilada cautelar con la obligación de asistir a un centro de esas características (arts. 7.1 f LO 5/2000 y 17 RD 1774/2004, de 30 de julio) donde el menor pueda realizar *actividades de apoyo, educativas, formativas, laborales o de ocio*.

III.-2 Tratamiento ambulatorio:

El art. 29 de la LORPM, bajo la rúbrica *las medidas cautelares en caso de exención de responsabilidad*, dispone que *si en el transcurso de la instrucción que realice el Ministerio Fiscal quedara suficientemente acreditado que el menor se encuentra en situación de enajenación mental o en cualquiera otra de las circunstancias previstas en los apartados 1º, 2º o 3º del art. 20 del Código Penal vigente, se adoptarán las medidas cautelares precisas para la protección y custodia del menor conforme a los preceptos civiles aplicables, instando en su caso las actuaciones para la incapacitación del menor y la constitución de los organismos tutelares conforme a derecho, sin perjuicio todo ello de concluir la instrucción y de efectuar las alegaciones previstas en esta Ley conforme a lo que establecen sus arts. 5.2 y 9, y de solicitar, por los trámites de la misma, en su caso, alguna medida terapéutica adecuada al interés del menor de entre las previstas en esta Ley*.

Este es uno de los preceptos de la LORPM que más acerbos reprobaciones ha suscitado. La escasa virtualidad práctica de esta norma trae causa de su equívoca redacción y la confusión entre conceptos de reforma y protección.



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

La propia Circular 1/2007 de la FGE, tras subrayar sus deficiencias conceptuales, entiende que el art. 29 LORPM *ni regula propiamente medidas cautelares, ni las medidas a que hace referencia son susceptibles de ser adoptadas por el Juez de Menores en el curso del expediente de reforma del menor...*

No obstante, dicha Circular, siguiendo las líneas esbozadas en la Circular 1/2000 deja sentado que puede acordarse, con carácter cautelar, la medida de internamiento en centro terapéutico, si bien no con apoyo en el art. 29 sino en el 28.1 LORPM, en base a la alusión de este último artículo a que los internamientos tendrán lugar en cada caso en un centro de *régimen adecuado*.

Las dos Circulares citadas admiten la posibilidad de la medida de tratamiento ambulatorio, pero como medida tuitiva susceptible de adoptarse en el propio expediente de reforma al amparo del art. 158 del CC.

Sin embargo, el art. 29 de la LORPM, -y las interpretaciones contenidas en las Circulares 1/2000 y 1/2007-, remiten a situaciones de total inimputabilidad.

En esos casos las únicas medidas imponibles con carácter definitivo son las terapéuticas de internamiento o tratamiento ambulatorio, conforme a la previsión contenida en el art. 9.5 LORPM (vid. Circular 3/2013, *sobre criterios de aplicación de las medidas de internamiento terapéutico en el sistema de justicia juvenil*).

Los casos de inimputabilidad absoluta, sin embargo, resultan excepcionales. Lo más frecuente en la práctica son las situaciones de exención parcial de imputabilidad, o incluso de menores imputables en los que pueden observarse trastornos diversos o adicciones que precisen de abordaje terapéutico. Para estos supuestos son igualmente precisas, o especialmente recomendables, las medidas terapéuticas de los arts. 7.1, d) y e) LORPM.



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Si la medida indicada en los casos de inimputabilidad parcial o imputabilidad con trastornos o adicciones fuese la de tratamiento terapéutico externo, la ausencia de una mención específica en el art. 28 de la LORPM a la medida de tratamiento ambulatorio no es óbice para que pueda solicitarse y adoptarse como regla de conducta de una libertad vigilada.

Aunque debe propugnarse su imposición también por la vía del art. 7.1- h 7ª LORPM, este precepto no es el único fundamento para sostener la aplicación como cautelar del tratamiento ambulatorio.

Aún salvando las distancias con la homónima medida de seguridad no privativa de libertad prevista en el CP, la posibilidad de sumisión a tratamiento médico resulta intrínseca a la naturaleza de la libertad vigilada, como lo evidencia el tenor del art. 106.1 k) CP. Dicho precepto contempla expresamente como una de las obligaciones sujetas a control judicial, *la de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico*.

Asimismo, hay que tomar en cuenta el carácter específicamente complementario de otras medidas que suele tener la de tratamiento ambulatorio, tal y como resulta de su definición legal en el art. 7.1 e): *esta medida podrá aplicarse sola o como complemento de otra*.

En tal sentido debe citarse el Auto nº 432/2011 de 23 de junio, de la Sección 5ª de la AP de Tenerife, que acogió semejantes argumentos y revocó el dictado por el Juzgado de Menores que rechazaba adoptar el tratamiento ambulatorio como medida cautelar, al entender que no estaba comprendido en el catálogo de medidas cautelares del art. 28.1 LORPM.

Frente a esa resolución, la Sección 5ª de la APST estimó el recurso del MF, entendiendo que *ello nos lleva por coherencia del sistema, o desde un*



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

punto de vista sistemático, a no considerar compartimento estanco en cuanto a su naturaleza de medida definitiva, la sumisión a tratamiento, pues en defensa e interés del menor cabe imponer cualquier regla de conducta que no atente a su dignidad, y ésta precisamente no lo hace, cuando a mayor abundamiento es consentida por el propio menor,...

A propósito de esto último y aun cuando se adopte como regla de conducta de una libertad vigilada, cuando consista en tratamiento de deshabituación precisará el consentimiento previo del menor para su imposición (7.1- e LORPM), debiendo ser interrogado por el Fiscal acerca de su aceptación (Circular 1/2000 FGE).

III.-3 Prohibición de conducir ciclomotores y motocicletas hasta 125 cms³:

La medida de privación del permiso de conducir ciclomotores y vehículos a motor o del derecho a obtenerlo, prevista en el art. 7.1 n) de la LORPM, tiene escasa incidencia en la práctica diaria.

Las razones derivan, por un lado, de la imposibilidad de obtener permiso de conducción de vehículos a motor hasta los dieciocho años, limitándose la obtención de licencias administrativas, durante la minoría de edad, al permiso AM para conducir ciclomotores desde los quince años y al permiso A1 para conducir motocicletas de hasta 125 cms³ (art. 4.2 RD 808/2009, de 8 de mayo).

De otro lado, como se refleja en las Memorias de la FGE, de las modalidades de delitos contra la seguridad vial cometidos por adolescentes, la conducción sin permiso (art. 384, párrafo segundo CP) es la que domina abrumadoramente las estadísticas.

Precisamente para esta última tipología resulta contraproducente la



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

medida de prohibición de obtener el permiso de conducir, pues se trataría precisamente de lo contrario: de incentivar al menor para que obtenga el permiso correspondiente una vez alcanzada la edad reglamentaria. Así se acordó en la Conclusión 18ª de las Jornadas de Fiscales Delegados de Menores (Toledo, 17 y 18 de octubre de 2011): *en el delito contra la seguridad vial de conducción sin permiso o licencia (art. 384 CP) no se solicitará medida de privación del derecho a conducir vehículos de motor o ciclomotores pues, al no estar prevista la pena correlativa en el tipo del CP, se vulneraría el principio de no discriminación del menor infractor en relación con el adulto. Además dicha medida resultaría incongruente con la finalidad última pretendida de que el menor obtenga esa habilitación administrativa.*

Pero fuera de esos casos, aún con escasa frecuencia, pueden plantearse situaciones en la práctica que hagan aconsejable prohibir circular cautelarmente a un menor que posea permiso AM para conducir ciclomotores o A1 para motocicletas de 125 cms³. Piénsese, por ejemplo, en un adolescente que con ocasión de disfrutar de un permiso de tales características cometiese alguna de las conductas de conducción temeraria o con manifiesto desprecio por la vida, tipificadas en los arts. 380 y 381 CP, o reiterase comportamientos delictivos de esta clase.

En una primera aproximación podría pensarse también que la ausencia de la privación de licencias dentro del elenco de medidas del art. 28 LORPM vedaría su imposición como cautelar. Este razonamiento podría quedar avalado incluso por los antecedentes legislativos pues, como antes se indicó, fue rechazada una enmienda que tenía por objeto la mención expresa tanto de la privación de licencias, como del centro de día, el tratamiento médico externo y otras reglas de conducta.

Sin embargo, tal y como se veía en los anteriores supuestos, la falta de



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

alusión expresa no impide su aplicación si tenemos en cuenta en este caso, además, la particular idiosincrasia de esta medida, concebida en la LORPM esencialmente como accesoria.

Esa naturaleza accesoria se pone de relieve expresamente en la Exposición de Motivos de la LO 5/2000, cuando se dice que la privación de permisos y licencias es *una medida accesoria que se podrá imponer en aquellos casos en los que el hecho cometido tenga relación con la actividad que realiza el menor y que ésta necesite autorización administrativa*. Parecidos términos contiene la definición legal del art. 7.1 n) LORPM.

Por tanto, en esta clase de supuestos puede imponerse la privación del permiso correspondiente como medida accesoria de alguna de las cautelares expresamente contempladas en el art. 28 LORPM, tanto privativas de libertad como de medio abierto, singularmente la libertad vigilada.

Además, si la medida adoptada fuese una libertad vigilada cautelar, puede establecerse como regla de conducta, en base también al art. 7.1 h) 7ª LORPM, prohibir al menor la conducción de ciclomotores o motocicletas, según los casos. Dicha prohibición es igualmente congruente con la configuración legal de la medida de seguridad de libertad vigilada en el CP, en cuyo art. 106.1 h) se consigna como una de las obligaciones que se pueden imponer por el Juez: *la prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza*.

Todo lo referido respecto a la privación de permisos es igualmente predicable, por los mismos fundamentos, para las privaciones de licencias administrativas de caza o uso de cualquier tipo de arma.



**FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO**

IV.-CONCLUSIONES:

1ª Las medidas cautelares enumeradas en el art. 28.1 LORPM constituyen un catálogo expreso y cerrado (Consulta 3/2004 FGE), que no impide, sin embargo, aplicar, con carácter cautelar y como reglas de conducta de una libertad vigilada, determinadas obligaciones que se corresponden en esencia y finalidad con otras medidas no relacionadas en ese precepto.

2ª Aun cuando en el art. 28.1 de la LO 5/2000 no se mencione la medida de centro de día, cuando fuese adecuada a las circunstancias del menor podrá imponérsele, conforme al art. 7.1 h) 7ª LORPM, una libertad vigilada cautelar con obligación de asistir a un centro donde pueda realizar actividades de apoyo, educativas, formativas, laborales o de ocio.

3ª En casos de inimputabilidad parcial o imputabilidad plena acompañada de trastornos o adicciones, si la medida indicada fuese la de tratamiento terapéutico externo, puede igualmente adoptarse como regla de conducta de una libertad vigilada, con apoyo en el art. 7.1 h 7ª LORPM) y en el carácter complementario que tiene de otras medidas según su definición legal (art. 7.1 e LORPM).

4ª En supuestos de comisión por parte de menores, que disfruten del permiso AM para conducir ciclomotores o A1 para motocicletas de hasta 125 cms³, de delitos contra la seguridad vial que por su gravedad o reiteración aconsejen que se le impida cautelarmente continuar circulando, podrá acordarse esa prohibición como accesoria de alguna de las medidas cautelares previstas en el art. 28 LORPM y, en el caso de la libertad vigilada, también como regla de conducta de la misma.



**FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO**

Fiscal de Sala
Coordinadora de Menores