



DOCUMENTO ANALIZADO

Consulta 3/2004, de 26 de noviembre, sobre la posibilidad de adoptar la medida cautelar de alejamiento en el proceso de menores

1. NORMAS INTERPRETADAS POR LA CONSULTA

Arts. 7.1 y 28 de la LO 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los menores, en su redacción original, anterior a su reforma por LO 8/2006

Arts. 13, 544 bis y 544 ter de la LECrim.

2. AFECTADO POR:

2.1 LEGISLACIÓN:

1. LO 8/2006, de 8 de diciembre, que modificó los arts 7.1 y 28 LORPM

2.2 JURISPRUDENCIA:

2.3 DOCTRINA FGE:

Circular 1/2007, de 23 de noviembre, sobre criterios interpretativos tras la reforma de la Legislación Penal de Menores de 2006.

Circular 1/2010, de 23 de julio, sobre el tratamiento desde el sistema de justicia juvenil de los malos tratos de menores contra sus ascendientes.

3. EXPLICACIÓN DE LA AFECTACIÓN

1. El texto de la LO 5/2000, que entró en vigor el 13 de enero de 2001, no preveía expresamente, entre las posibles medidas a imponer al menor infractor, la del alejamiento de su víctima, ni dentro del catálogo general de medidas del art. 7.1, ni dentro de las enumeradas como cautelares en el art. 28.1 (internamiento en centro en el régimen adecuado, libertad vigilada, o convivencia con otra persona, familia o grupo educativo). La Consulta planteaba si era posible solicitar el alejamiento como medida cautelar, bien por aplicación supletoria de la LECrim o como una regla de conducta de la libertad vigilada, conforme al art. 7.1 h).
2. La Consulta 3/2004 resuelve la cuestión entendiendo que la LORPM prevé un *numerus clausus* o *catálogo expreso y cerrado de medidas cautelares*. Sin embargo, esa consideración no impide que, como regla de

conducta de una libertad vigilada, al amparo de la cláusula abierta del 7.1.7.^a, no se pueda imponer una prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima. La Consulta recomendaba también para acordarla la celebración de una comparecencia en los términos prevenidos en el art. 28.2 LORPM para los internamientos, pues aun cuando no fuese medida privativa de libertad sí implica una mayor restricción de derechos que una libertad vigilada sin tal regla de conducta.

3. La reforma de la LORPM por LO 8/2006, que introduce expresamente el alejamiento, tanto dentro del catálogo de medidas generales del art. 7.1, como cautelar del art. 28 LORPM, hizo que las previsiones de esta Consulta perdieran vigencia.

4. Actualmente habrá de estarse a las pautas, respecto de esta medida, dispuestas en la Circular 1/2007 (Apdos. II.2 y VI.3). No obstante, esta Circular, como la posterior 1/2010 (*sobre el tratamiento desde el sistema de justicia juvenil de los malos tratos de menores contra sus ascendientes*) recomiendan que no se adopte como medida (ni definitiva ni cautelar) con carácter autónomo, sino dentro de una libertad vigilada, con el fin de dotar de contenidos educativos al alejamiento. Igualmente siguen insistiendo en que se celebre para acordarla –aunque no esté previsto expresamente en la Ley- una comparecencia en los términos prevenidos en el art. 28.2 LORPM.

FICHA ELABORADA POR LA UNIDAD COORDINADORA DE MENORES DE LA FGE

TEXTO DE LA CONSULTA ANALIZADA

Consulta 3/2004, de 26 de noviembre, sobre la posibilidad de adoptar la medida cautelar de alejamiento en el proceso de menores

I

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

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

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

Sobre su incidencia práctica habla el hecho de que las conclusiones adoptadas en el seno de la Reunión sobre violencia doméstica de Fiscales españoles e iberoamericanos, celebrada en Madrid los días 16 a 18 de

octubre de 2002, incluyeran entre sus contenidos una mención directamente relacionada con el problema que suscita la consulta. En línea similar, la conclusión número 20 de las Jornadas de Jueces de Menores celebradas en Madrid los días 22 a 25 de abril de 2001 organizadas por el Consejo General del Poder Judicial, expresamente se pronunció en el sentido de que *"se podría acordar, dentro de una medida cautelar de libertad vigilada y como medio de protección de la víctima, que el menor no pueda acercarse a ella, ya que cabría su adopción como una de las reglas de conducta previstas en el art. 7. 1. h) de la LORPM"*.

II

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

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

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

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

III

El art. 28 LORPM se limita a incluir la medida de libertad vigilada como una de las medidas susceptibles de imponerse cautelarmente durante la sustanciación del proceso de menores. Para concretar su contenido habremos de acudir a la medida homónima prevista en el art. 7.1 de la LORPM, que en su letra h) dispone, en relación con el contenido de la libertad vigilada:

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

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

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

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

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

5.ª Obligación de residir en un lugar determinado.

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

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

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

La flexibilidad del régimen de la libertad vigilada se potencia aún mas con la cláusula abierta que introduce el n.º 7, que permite establecer otras reglas de conducta no previstas, innominadas, con tal de que cumplan dos requisitos: 1) que estén orientadas a la reinserción social y 2) que no atenten a la dignidad del menor como

persona. Esta limitación implica la exclusión de reglas de conducta que puedan incorporar contenidos ofensivos al honor del menor y reglas de conducta no compatibles con la edad o evolución o desarrollo del mismo.

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

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

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

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

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

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

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

maltrato.

IV

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

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

En relación con el procedimiento para imponer estas medidas, habrá de considerarse vigente lo establecido en la Circular respecto a las medidas de libertad vigilada o convivencia con otra persona, familia o grupo educativo en general: *"el art. 28.1 no exige la celebración de una comparecencia, pero sí la preceptiva audiencia del Letrado del menor, del Equipo Técnico y de la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, audiencia que podrá verificarse por trámite escrito. En el caso de que el menor sea detenido por la Policía y puesto a disposición del Fiscal, si éste no tiene intención de solicitar la medida cautelar de internamiento habrá de poner en libertad al detenido dentro del plazo de 48 horas a contar desde el momento de la detención y posteriormente solicitar del Juez la adopción de la medida de libertad vigilada o de convivencia con otra persona, familia o grupo educativo si las considera apropiadas para la custodia y defensa del menor."*

Sin perjuicio de entender aplicables estos criterios, no puede desconocerse que como norma general, por las implicaciones de la medida y su complejidad y con la finalidad de valorar adecuadamente el interés del menor, será aconsejable la celebración de comparecencia cuando vaya a solicitarse el alejamiento como regla de conducta de la libertad vigilada.

Cierto es que en algunos supuestos la adopción de la medida puede llevar aparejada una situación de riesgo o desprotección para el menor. Sin embargo, la necesaria protección de la víctima en los casos en los que así se ponga de manifiesto, puede traer consigo la ineludible postulación de un alejamiento. En estos casos, los problemas de protección pueden ser abordados con las previsiones generales de nuestro ordenamiento: bien comunicándolo a la Entidad Pública de Protección de Menores para que adopte las medidas de protección procedentes (arts. 17 y 18 LO 1/96, de 15 de enero, de protección jurídica del menor y arts 172 y ss CC), bien instando una medida de protección ante el propio Juez de Menores conforme a lo previsto en el art. 158 CC.

Conviene, por último, recordar a los Sres. Fiscales que a los efectos de un adecuado control de la medida cautelar impuesta, es preciso mantener la vigencia del mandato que se contenía en la Instrucción 2/2000, de 27 diciembre sobre *"Aspectos organizativos de las Secciones de Menores de los Fiscales ante la entrada en vigor de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores"*. Entonces se estableció la necesidad de llevanza de un Libro de menores sujetos a medidas con el fin de asegurar el control de los menores contra los que se

acuerde medidas cautelares durante la tramitación del expediente, sean constitutivas o no de privación de libertad así como la necesidad de que el fiscal instructor, responsable del seguimiento de la situación personal del menor, de *“tramitación preferente al expediente con menor sometido a medidas”*, reflejara en la carátula inicial la medida cautelar adoptada.

Los Sres. Fiscales deberán pues extremar las precauciones en la adopción, seguimiento y control de esta medida cautelar al afectar al derecho a la libertad personal del sometido a ella.

Podemos, pues, a modo de conclusiones establecer las siguientes:

- 1.º Las medidas cautelares aplicables en el proceso penal de menores son las expresamente previstas en los arts. 28 y 29 LORPM.
- 2.º Dentro de la medida cautelar de libertad vigilada cabe imponer cualquier regla de conducta que respete las exigencias legales establecidas en el art. 7.1. h).
- 3.º Cabe imponer el alejamiento del menor maltratador respecto de la víctima como regla de conducta de la medida cautelar de libertad vigilada, orientada ésta globalmente al interés del menor dentro del contexto del proceso educativo del mismo.
- 4.º La medida cautelar de libertad vigilada acompañada de la regla de conducta consistente en el alejamiento respecto de la víctima no estará temporalmente limitada, pudiendo mantenerse durante todo el curso del proceso hasta la sentencia firme, sin perjuicio de la obligación de los Fiscales de evitar su prolongación innecesaria, instando su alzamiento tan pronto desaparezca la causa justificadora de las mismas.

