

La jurisdicción de menores ante la violencia de género

Las reformas legislativas, penales y procesales que se vienen realizando en el ámbito de la violencia de género, han supuesto un endurecimiento de las penas, mayores garantías para la seguridad y protección de la víctima y un reforzamiento de su posición jurídica.

Cuando el autor del delito de violencia de género es un menor de 18 años, la competencia para su enjuiciamiento corresponde a los Jueces de Menores conforme a las disposiciones de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores. En determinados sectores sociales hay una sensación de impunidad frente a la justicia de menores. Existe el convencimiento de que si el autor del delito es un menor de edad, la reacción del sistema es prácticamente inexistente y la víctima carece de protección.

Para comprender la respuesta que se da en este ámbito, debemos conocer que esta jurisdicción tiene unos principios y características distintas a los de la jurisdicción de adultos. Como se afirma en la Recomendación 87 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, los jóvenes son seres en evolución y por tanto, todas las medidas adoptadas respecto de ellos deberían tener un carácter educativo. Así ocurre en nuestra legislación, donde las medidas que pueden imponerse a los menores infractores, forman parte de un régimen de sanciones específico, con una finalidad educativa y que se adoptan valorando fundamentalmente su interés.

Palabras clave: 1 Responsabilidad 2 Protección 3 Reinserción 4 Educación 5 Rehabilitación.

El menor de edad autor de la conducta violenta

La violencia de género también es una realidad entre los menores de edad. Pueden ser autores de violencia frente a mujeres que sean o hayan sido sus cónyuges o frente a las que estén o hayan estado ligadas a ellos por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia. Conforme al art. 48 del Código Civil puede contraer matrimonio el menor a partir de los 14 años, con dispensa del Juez de Primera Instancia, con justa causa y a instancia de parte.

En el año 2008 las causas incoadas en la Comunidad de Madrid por delitos de violencia ejercida en el ámbito doméstico y violencia de género, han registrado el dramático y preocupante incremento del 44,60 %. Ciertamente es que fundamentalmente el incremento ha sido en el maltrato familiar ascendente, en el número de menores que agreden a sus padres. Pero también es notorio el aumento de denuncias formuladas por mujeres frente a sus parejas menores de edad a lo largo de los últimos años.

Antes de exponer la respuesta que ofrece nuestra legislación, es necesario conocer cómo está configurada nuestra jurisdicción penal de menores, a qué modelo de tratamiento de justicia juvenil se adscribe. Es necesario para

comprender hasta qué punto la respuesta de la justicia de menores ante la violencia de género es y puede ser o no ser la misma a la de la jurisdicción de adultos.

La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en adelante LORRPM, se aplica para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales. La propia ley define la naturaleza de su procedimiento como “formalmente penal pero materialmente sancionador-educativo”. Se considera al menor responsable penalmente de sus actos y de las consecuencias que acarrearán y la respuesta del sistema es eminentemente educativa.

La LORRPM, dentro de los diversos modelos de tratamiento de la delincuencia juvenil, responde al denominado “modelo mixto”, con elementos del modelo educativo y fundamentalmente del modelo de responsabilidad. El modelo de responsabilidad se introduce en el derecho español siguiendo las directrices marcadas por la normativa relativa a la justicia de menores emanada de la ONU y del Consejo de Europa: las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, “Reglas de Beijing”, de 1985; las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil, “Directrices de Riad”, de 1990; las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, de 1990; la Recomendación nº 87 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil y la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989. Estas disposiciones determinaron el abandono del modelo tutelar que era el vigente en España, reflejado en el Texto Refundido de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores aprobado por Decreto de 11 de junio de 1948. El modelo tutelar a diferencia del de responsabilidad, consideraba al menor que cometía un delito como a una víctima merecedora de protección, un enfermo social, mezclándolo y confundiéndolo con otros menores desprotegidos y no reclamaba para él el reconocimiento de los derechos y garantías que sí se reivindicaban para los adultos en los procedimientos penales. La LO 5/2000, se aleja de esta consideración, acerca la justicia juvenil a la justicia penal de los adultos, al reconocer a los menores los mismos derechos y garantías constitucionales y procesales que a los mayores de edad. También el menor va a ser tratado como responsable de sus actos y de las consecuencias sociales que estos tienen.

En la Exposición de Motivos de la Ley 5/2000 se proclama que el principio fundamental es el interés del menor, interés que se considera coincidente con el interés prioritario para la sociedad y para el Estado, por encima del derecho de los perjudicados. También declara el principio de que la responsabilidad penal de los menores presenta frente a la de los adultos un carácter primordial de intervención educativa que trasciende a todos los aspectos de su regulación jurídica y que determina considerables diferencias entre el sentido y el procedimiento de las sanciones en uno y otro sector, sin perjuicio de las garantías comunes a todo justiciable.

Por tanto la redacción originaria de la ley refleja un modelo de justicia que, partiendo de la responsabilidad de los menores, reconoce las garantías constitucionales en el proceso. Se introducen una amplia gama de medidas,

permitiendo diversas alternativas para abordar desde un punto de vista educativo la situación de un menor que ha cometido un hecho delictivo.

Sin embargo durante los últimos años, en las sucesivas reformas de la LO 5/2000, se ha producido una revisión gradual de estas afirmaciones. Ocurre en España lo que se aprecia también en otros países europeos, una tendencia al endurecimiento del derecho penal de menores. Ahora en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/2006, de reforma de la LO 5/2000, se afirma que: "El interés superior del menor, que va a seguir primando en la Ley, es perfectamente compatible con el objetivo de pretender una mayor proporcionalidad entre la respuesta sancionadora y la gravedad del hecho cometido".

La filosofía de la ley se basa en el carácter educativo de la medida y del procedimiento, y flexibilidad en la adopción y ejecución de la medida, teniendo en cuenta la evolución del menor. También en los principios de intervención mínima y de oportunidad. Este último, que constituye una excepción al principio de legalidad, permite al Ministerio Fiscal desistir del ejercicio de la acción penal, bajo determinados requisitos, con independencia de que se haya acreditado la comisión de un delito y la participación del menor.

Nos encontramos con un procedimiento en que frente al menor que comete un delito de violencia de género, o de cualquiera otra naturaleza, pretende su reinserción, su reeducación, mediante medidas individualizadas de carácter educativo y en el que se excluyen respuestas ejemplarizantes -la prevención general- y retributivas, finalidades tradicionales de las penas.

La víctima de un delito de violencia de género, ¿está desprotegida en la jurisdicción de menores?

En el ámbito de la violencia de género las reformas que se vienen realizando en los últimos tiempos tratan de reforzar la posición de la víctima. Muestra de ello es la Ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, ley que aborda con decisión la respuesta punitiva que deben recibir todas las manifestaciones de violencia que esta Ley contempla.

El artículo 17 de la Ley Integral afirma que todas las mujeres víctimas de violencia de género, con independencia de su origen, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, tienen garantizados los derechos reconocidos en la Ley. Esta afirmación, ¿vale también cuando el autor de la agresión es un menor con edad comprendida entre los 14 y los 18 años?; ¿es la misma la posición de la mujer víctima de violencia de género, son los mismos sus derechos cuando el autor de la agresión es un menor en ese tramo de edad, que cuando es un mayor de edad? o ¿existe un trato discriminatorio cuando el autor de la agresión no ha superado los 18 años?.

La personación de la víctima de violencia de género

El ordenamiento español se caracteriza porque no existe monopolio de la acción penal por parte del Ministerio Fiscal, sino que la acción penal es pública, pudiendo ejercitarla todos los ciudadanos españoles (art. 101 LECrim y art. 125 CE). Pero, a diferencia de lo que constituye la regla general en nuestro sistema procesal penal, en el proceso de menores se ha prohibido —

hasta la reforma de la LO 5/2000 operada por la LO 15/2003— el ejercicio de la acción penal a cualquier particular, sea o no ofendido por el delito, ostentando el Ministerio Fiscal el monopolio.

El que la víctima del delito cometido por un menor pueda tener intervención activa en el proceso como acusación particular ha sido y es una cuestión controvertida con detractores y defensores. La posición de la víctima es una posición difícil en esta jurisdicción. Su fin prioritario, la reeducación y reinserción del agresor, no tiene por qué ser compartido por la víctima. Por el contrario, la perjudicada legítimamente puede reclamar su intervención en el proceso, exclusivamente para obtener la satisfacción del daño o agravio recibido y lograr su debida protección.

Tradicionalmente en España la jurisdicción de menores ha actuado ignorando a la víctima, considerada un elemento que no era compatible con el sistema de justicia diseñado. Más aún, la presencia e intervención activa de la víctima ha estado expresamente prohibida en el proceso de menores. Ha estado prohibida en todos los textos anteriores a la LO 15/2003. Desde los que a primeros del siglo XX crearon tribunales específicos para niños, la Ley de bases sobre organización y atribuciones de tribunales para niños, publicada el 15 de agosto de 1918, objeto de sucesivas reformas hasta llegar al Texto Refundido de la legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores, hasta 1992, en que se publicó la ley 4/92, de 5 de junio, reguladora de la competencia y el procedimiento en los juzgados de menores. En todos estos textos se reservó exclusivamente el ejercicio de la acción penal y la iniciativa procesal al Ministerio Fiscal y se mantuvo la prohibición del ejercicio de acciones por particulares.

La incorporación de la acusación particular se produce por primera vez en el Anteproyecto de Ley Orgánica Penal Juvenil y del Menor de 27 de abril de 1995, que establecía en su art. 43.2 que junto al Ministerio Fiscal podía personarse como acusador el ofendido por el delito, que tendría la naturaleza de acusador particular. Ese precepto fue muy criticado por la doctrina y este anteproyecto acabó sin ver la luz.

La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, fue publicada en el BOE de 13 de enero de 2000, y entró en vigor el 13 de enero de 2001.

En el art. 25 de la ley se afirmó textualmente que en este procedimiento “no cabrá en ningún caso el ejercicio de acciones por particulares”. El ejercicio de la acción penal era monopolio del Ministerio Fiscal, si bien se permitía a los particulares perjudicados por el delito participar en cierto modo en el proceso -con mayor o menor amplitud según ciertas circunstancias-, pero sin otorgarles la consideración de parte. La LO 5/2000 justificaba la decisión adoptada de la siguiente forma: “Se pretende impedir todo aquello que pudiera tener un efecto contraproducente para el menor, como el ejercicio de la acción por la víctima o por otros particulares”. Es con la reforma operada por la LO 15/2003 cuando se permite el ejercicio de la acusación particular en el proceso penal de menores. Esta reforma obedece sobre todo a la necesidad de dar una mayor protección a la víctima y sus intereses, protección que hasta entonces se estaba cuestionando en numerosos medios de comunicación y sectores de la sociedad, a raíz de determinados delitos de gravedad que fueron cometidos por menores y que tuvieron una gran repercusión mediática.

El nuevo art. 25 contiene una regulación de la acusación particular sin límites que puede ser ejercida por los directamente ofendidos por el delito, sus padres, herederos o representantes legales.

La reforma de la LORPM operada por LO 8/2006 supone un nuevo paso en esta línea de reforzamiento de la posición de la víctima. Ahora el perjudicado, se haya o no personado en el procedimiento, debe ser notificado de aquellas resoluciones que afecten a sus intereses: es preceptivo comunicar a la víctima los actos procesales que puedan afectar a su seguridad, conforme a lo dispuesto en el nuevo art. 4 LORPM. También el art. 4, obliga expresamente al Ministerio Fiscal y al Juez de Menores a velar en todo momento por la protección de los derechos de las víctimas y de los perjudicados por las infracciones cometidas por los menores y que de manera inmediata se les instruya de las medidas de asistencia a las víctimas que prevé la legislación vigente.

Por tanto actualmente la víctima de un delito de violencia de género puede tener una intervención activa en el proceso de menores, puede personarse como acusación particular, en idéntica posición a la que puede ostentar en la jurisdicción de adultos. Y tiene el derecho a estar informada durante todo el proceso de las resoluciones que se adopten y puedan afectar a sus intereses y seguridad, aunque no se haya personado en el procedimiento.

Medidas cautelares para la debida protección de la víctima

En la justicia penal de menores, la instrucción de las causas corresponde al Ministerio Público, asumiendo el Juez, en esa fase del proceso, el papel de juez de garantías. El Ministerio Fiscal no puede adoptar medidas tendentes a la protección de la víctima que restrinjan o limiten derechos fundamentales del menor expedientado. El art. 23.3 de la LO 5/2000 dispone que el Ministerio Fiscal no podrá practicar por sí mismo diligencias restrictivas de derechos fundamentales, sino que habrá de solicitar del Juzgado la práctica de las que sean precisas para el buen fin de las investigaciones.

En materia de medidas cautelares, la LO 5/2000 no había previsto expresamente medidas específicas de protección o seguridad para las víctimas. Ahora con la reforma de la LO 8/2006 se añade como causa para adoptar una medida cautelar, el riesgo de atentar contra bienes jurídicos de la víctima y se incorpora como nueva medida autónoma, la prohibición al menor infractor de aproximarse o comunicarse con la víctima o su familia u otra persona que determine el Juez. Respecto de la legitimación de la acusación particular para solicitar del Juez la adopción de medidas cautelares, la LO 8/2006 dispone en relación a la medida de internamiento, que el Juez de Menores resolverá, a instancia del Ministerio Fiscal o de la acusación particular. Y en la práctica, respecto del resto de medidas cautelares, también se ha consolidado la plena legitimación de la Acusación Particular para instarlas.

Ante un delito de violencia de género la primera medida es garantizar la seguridad de la víctima. Las medidas cautelares aparecen reguladas en un solo artículo, el art. 28 de la LORRPM. El art. 29 se refiere al supuesto específico en que concurran en el agresor circunstancias de exención de la responsabilidad penal. Dichas medidas cautelares son cuatro: internamiento en centro en el régimen adecuado, libertad vigilada, prohibición de aproximarse o comunicarse 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.

Estas medidas tienen unas características propias que las distinguen de las del proceso de adultos. Para su adopción es preciso valorar el superior interés del menor que es el principio fundamental en este ámbito del Derecho. Lo que en cada caso constituya el interés del menor, será analizado con criterios profesionales por los equipos técnicos que asesoran a Jueces y Fiscales de Menores y que deberán informar sobre la situación educativa, psicológica, familiar del menor, entorno social y sobre cualquier otra cuestión relevante a estos efectos. También será analizado por los representantes de las entidades públicas de protección y reforma de menores de las Comunidades Autónomas, cuando tengan información sobre el menor por haber cumplido previamente alguna medida. El párrafo tercero del apartado primero del artículo 28 dispone que el Juez, oído el letrado del menor, así como el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, que informarán especialmente sobre la naturaleza de la medida cautelar, resolverá sobre lo propuesto tomando en especial consideración el interés del menor.

Por tanto, ha de valorarse el interés del menor expedientado a la hora de resolver sobre el hecho mismo de la adopción de una medida cautelar y sobre la elección de la concreta medida de entre las previstas en la Ley.

1. Peculiaridades del internamiento en protección de la víctima

La medida cautelar que implica privación de libertad es la medida de internamiento. Al regular las medidas del mismo nombre imponibles en sentencia, el art. 7 dispone que el internamiento en centro determina que el menor sometido a esta medida residirá en el centro y desarrollará en el mismo las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio. El modelo de responsabilidad al que se adscribe la LO 5 /2000 reduce la posibilidad de adoptar la medida de internamiento a supuestos excepcionales. Conforme a los compromisos internacionales suscritos por España, esta medida ha de ser adoptada siempre con carácter restrictivo. Así lo disponen entre otras, los art. 37 b y c de la Convención de Viena sobre los derechos del niño, el art. 13,1 de las Reglas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores de 1984, Reglas de Beijing, las Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa y la Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de junio de 2007, sobre la delincuencia juvenil, el papel de las mujeres, la familia y la sociedad.

En este sentido el apartado segundo del art. 28, tras la reforma 8/2006, exige para la adopción de la medida cautelar de internamiento atender a la gravedad de los hechos, valorando también las circunstancias personales y sociales del menor, la existencia de un peligro cierto de fuga, y, especialmente, el que el menor hubiera cometido o no con anterioridad otros hechos graves de la misma naturaleza. La Fiscalía General del Estado en la Instrucción 10/2005, de 6 de octubre, respecto de la medida de internamiento, indica, que la aplicación de esta medida debe necesariamente restringirse, teniendo en cuenta los principios de excepcionalidad, proporcionalidad, subsidiariedad y provisionalidad, que si rigen en el proceso penal en general, en el especial de menores aún tienen mayor rango y operatividad.

El Internamiento en régimen cerrado, es la medida cautelar más restrictiva, de naturaleza similar a la prisión provisional de los artículos 503 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por ello la aplicación de dicha medida se debe regir por los principios y garantías que el Tribunal Constitucional ha establecido para la prisión provisional; y, respecto a ésta el citado Tribunal ha señalado que es exigible para su adopción, junto a la previsión legal que permite adoptarla, una razón que la justifique constitucionalmente, debiendo ser adoptada con carácter excepcional dado su carácter limitador de un derecho fundamental. La ley contempla especiales requisitos para la adopción de esta medida, recogidos en la regla segunda del art. 9. Entre otros supuestos -los no mencionados son extraños a los delitos objeto de estudio- menciona el art. 9 los siguientes: cuando los hechos estén tipificados como delito grave por el Código Penal o las leyes penales especiales; o tratándose de hechos tipificados como delito menos grave, que 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.

El Internamiento en régimen semiabierto implica para el menor una menor restricción de su derecho a la libertad, pues aunque tiene la obligación de residir en el centro, existe la posibilidad de poder realizar fuera del mismo alguna o algunas de las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio establecidas en el programa individualizado de ejecución de la medida. Por último el Internamiento en régimen abierto supone para el menor residir en el centro como domicilio habitual, con sujeción al programa y régimen interno del mismo pero llevar a cabo todas las actividades del proyecto educativo en los servicios normalizados del entorno. Es de resaltar que en estos casos el menor gozará, pese al carácter cautelar de la medida, de un régimen de permisos de salida ordinarios, lo que deberá ser valorado a la hora de su adopción.

Respecto del internamiento terapéutico, dispone la ley que en los centros en los que se ejecute una medida de internamiento terapéutico en régimen cerrado, semiabierto o abierto se realizará una atención educativa especializada o tratamiento específico dirigido a personas que padezcan anomalías o alteraciones psíquicas, un estado de dependencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en la percepción que determinen una alteración grave de la conciencia de la realidad.

El tiempo máximo de la medida cautelar de internamiento será de seis meses, y podrá prorrogarse, a instancia del Ministerio Fiscal, previa audiencia del letrado del menor y mediante auto motivado, por otros tres meses como máximo. Son unos plazos breves, comparados con los de duración de la prisión preventiva en la LECrm. En el proceso de menores, el tiempo es fundamental, pues el efecto educativo que se pretende que provoque en el menor infractor podría verse frustrado si no existe inmediatez entre el hecho y la sanción a imponer en sentencia.

2. Libertad vigilada en protección de la víctima

La segunda medida es la Libertad vigilada. En esta medida se mantiene al menor en su medio y se realiza un seguimiento de su actividad y de su asistencia a la escuela, al centro de formación profesional o al lugar de trabajo, según los casos, procurando ayudarle a superar los factores que

determinaron la infracción cometida. Asimismo, esta medida obliga 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. El menor sometido a la medida también queda obligado 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. Obligación de asistir con regularidad al centro docente correspondiente, si el menor está en edad de escolarización obligatoria, y acreditar ante el Juez dicha asistencia regular o justificar en su caso las ausencias, cuantas veces fuere requerido para ello.
2. Obligación de someterse a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, laboral, de educación sexual, de educación vial u otros similares.
3. Prohibición de acudir a determinados lugares, establecimientos o espectáculos.
4. Prohibición de ausentarse del lugar de residencia sin autorización judicial previa.
5. Obligación de residir en un lugar determinado.
6. Obligación de comparecer personalmente ante el Juzgado de Menores o profesional que se designe, para informar de las actividades realizadas y justificarlas.
7. Cualesquiera otras obligaciones que el Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, estime convenientes para la reinserción social del menor, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.

En cuanto a las circunstancias de la ejecución de la medida de libertad vigilada, el art. 18 del RD 1774/2004 dispone que una vez designado el profesional encargado de la ejecución de la medida y notificada la designación al juzgado de menores, se entrevistará con el menor al efecto de elaborar el programa individualizado de ejecución de la medida. En el programa individualizado de ejecución de la medida, el profesional expondrá la situación general detectada, los aspectos concretos referentes a los ámbitos personal, familiar, social, educativo, formativo o laboral los que se considera necesario incidir, así como las pautas socioeducativas que el menor deberá seguir para superar los factores que determinaron la infracción cometida. También propondrá la frecuencia mínima de las entrevistas con el menor, que posibiliten el seguimiento y el control de la medida, sin perjuicio de otras que puedan mantener el profesional y el menor en el curso de la ejecución, cuando el primero las considere necesarias. Si con la medida se hubiera impuesto al menor alguna regla de conducta que requiera para su cumplimiento un programa o recurso específico, éste se elaborará o designará por la entidad pública y se adjuntará al programa individualizado de ejecución de la medida.

La medida de libertad vigilada, en palabras de la consulta 3/2004 de la Fiscalía General del Estado, introduce grandes posibilidades de versatilidad, pues tiene un contenido abierto a través de la posibilidad de imposición de las reglas de conducta.

La flexibilidad del régimen de la libertad vigilada, prosigue la mencionada consulta, se potencia aún más con la cláusula abierta que introduce el núm. 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.

3. La prohibición de aproximarse o comunicar con la víctima

La medida cautelar de prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez impedirá al menor acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como a su domicilio, a su centro docente, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos. La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que se determine, impedirá al menor establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual.

La reforma 8/2006 introduce la medida cautelar de prohibición de acercamiento y comunicación y la regula igual que está contemplada en el art. 48 CP, pero omitiendo la previsión de su apartado 4.º, conforme a la cual el juez o tribunal podrá acordar que el control de estas medidas se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan. Para la Circular 1/2007 la falta de previsión legal respecto de los mecanismos para asegurar su efectividad hace improcedente que estas prohibiciones puedan ser supervisadas mediante mecanismos de control electrónico, salvo que el sometido a la medida voluntariamente accediera a ello. También se ha omitido la posibilidad de un alejamiento consistente en la privación del derecho a residir, así como de acudir a determinados lugares que aparece prevista en el nº 1 del art. 48 del CP. Estas modalidades podrán no obstante acordarse por medio de las reglas de conducta de la libertad vigilada, como también es posible a través de una regla de conducta imponer al menor la obligación de residir en un determinado lugar.

Sin embargo la reforma 8/2006 en este sentido no ha supuesto un cambio sustancial. Pues antes de ella se venía adoptando la medida cautelar de alejamiento, tal como estaba prevista en el art. 544 bis LECrim, como regla de conducta dentro de la medida de libertad vigilada.

4. Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo

Mediante esta medida cautelar el menor debe convivir, durante el período de tiempo establecido por el juez, con otra persona, con una familia distinta a la suya o con un grupo educativo, adecuadamente seleccionados para orientar a aquél en su proceso de socialización.

5. La Orden de Protección en el proceso penal de menores

En el ámbito de la jurisdicción de adultos a través de la orden de protección, la víctima puede lograr un estatuto integral de protección. Esta protección permite la adopción de medidas cautelares de naturaleza penal y también civil. La víctima con la orden estimatoria de protección puede acudir a las

diferentes administraciones solicitando el resto de medidas, sociales, asistenciales, jurídicas, económicas y laborales que están previstas en el ordenamiento jurídico.

La LORRPM no contempla un sistema integral de protección similar al derivado de la orden de protección. Se cuestiona si las medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas, contenidas en la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, son aplicables en el proceso penal de menores. La ley Orgánica 1/2004, nada dice al respecto cuando el delito de violencia de género es cometido por un menor. La Disposición Final Primera de la LORRPM otorga carácter supletorio a la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Algún autor y alguna resolución aislada - auto nº 391/04 de la Sección Tercera de la AP Girona de veintidós de junio de dos mil cuatro- consideran de aplicación en el procedimiento de menores lo dispuesto en el artículo 544 ter sobre la orden de protección para las víctimas de la violencia de género.

La doctrina mayoritaria y la práctica no han acogido esta interpretación. Las medidas cautelares están expresamente reguladas en la LORRPM y por tanto no procede acudir en esta materia a las disposiciones de la LECrM. Además la LO 8/2006, de 4 de diciembre, entre otros artículos, ha reformado el art. 28, ha introducido la medida de alejamiento y ha modificado los requisitos de las cautelares para proteger a la víctima, sin hacer la menor referencia a la orden de protección.

La Consulta 3/2004 de la Fiscalía General del Estado en este sentido y respondiendo al planteamiento de si las medidas cautelares concebidas para la protección de la víctima, previstas en los arts. 13, 544 bis de la LECrM, 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, concluye en sentido negativo, por considerar que las medidas cautelares aplicables en el proceso penal de menores son las expresamente previstas en los arts. 28 y 29 LORPM. Y que la aplicación supletoria de la LECrM. "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".

Todas las medidas cautelares de naturaleza penal del art. 544 bis LECrM como son la prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local o Comunidad Autónoma, la prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales o Comunidades Autónomas o de aproximarse o comunicarse con determinadas personas, pueden acordarse en el proceso de menores, bien con la medida cautelar de alejamiento, o con los alejamientos impuestos como reglas de conducta a través de la medida cautelar de libertad vigilada. Por tanto ante un delito de violencia de género cometido por un menor, se puede instar y obtener las mismas medidas cautelares penales que en el procedimiento de adultos. Más aún, las medidas cautelares en la jurisdicción de menores tienen un valor reforzado, porque si esas prohibiciones se acuerdan dentro de la medida de libertad vigilada, existirá la garantía añadida que ofrece una intervención socioeducativa con el agresor. Y también un control más exhaustivo, pues el técnico de la libertad vigilada va a ofrecer información periódica sobre el cumplimiento de la

misma, sobre la actitud y evolución del expedientado durante la ejecución de la medida. Lo cual no ocurre en la jurisdicción de adultos.

Sin embargo las medidas de naturaleza civil tales como 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 no pueden ser resueltas en la jurisdicción de menores pues la LO 5/2000 no prevé competencia alguna del Juez de Menores para la adopción de medidas de naturaleza civil.

Existen además las medidas del art. 158 del Código Civil. Este artículo contempla una serie de medidas que podrían ser necesarias para proteger al hijo de la víctima y agresor, entre las que se citan : “las destinadas a asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber por sus padres”, “ las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda” y “las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas”. Existen opiniones a favor de la posibilidad de ser acordadas por el Juez de Menores pues el párrafo último de dicho precepto dice que todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria.

Sin embargo también hay argumentos en contra de que estas medidas puedan ser dispuestas por el Juez de Menores, pues son en definitiva medidas ante una situación de desprotección del hijo de la pareja y el Juez de Menores no asume funciones de protección en caso de desamparo En este sentido, en el sistema diseñado en la LORRPM, hay una separación entre las áreas de Protección y de Reforma. La Ley trata de superar la confusión que existía con la antigua Ley de Tribunales Tutelares de Menores entre menores que habían cometido una infracción criminal y los menores que se encontraban en una situación de necesidad de protección, confusión que tantas consecuencias negativas trajo. La competencia del Juez de Menores según el art. 1 y 2 de la Ley lo es para conocer de los hechos cometidos por los mayores de catorce años y menores de dieciocho constitutivos de delito o falta. A diferencia de la competencia del Juez de Menores, al Ministerio Fiscal sí le corresponden esas actuaciones de protección. Según el art. 6 de la LORRPM además de las funciones instructoras, al Ministerio Fiscal le compete “la defensa de los derechos que a los menores reconocen las leyes, y la vigilancia de las actuaciones que deban realizarse en su interés”. El Juez de Menores no puede acordar otras actuaciones de carácter protector diferentes a las previstas en los arts. 28 y 29 de la LORRPM. Incluso en los casos en que el menor expedientado, como consecuencia de la ejecución de la medida cautelar acordada por el Juez, quedase en situación de desamparo, es el Ministerio Fiscal el que deberá instar las medidas de protección adecuadas. De este modo el art. 7 de la LORRPM, conforme a la redacción dada por LO 8/ 2006, dispone que si como consecuencia de las reglas de conducta que se hubieran acordado en el ámbito de una medida de libertad vigilada o como consecuencia de la medida de prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima, si estas medidas implicasen una situación de desprotección para el menor infractor, derivada de la imposibilidad de continuar viviendo con sus padres, tutores o guardadores, el Ministerio Fiscal “deberá remitir testimonio de los particulares a la entidad pública de protección del menor, y dicha entidad deberá promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquél, conforme a

lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996. Es decir las medidas de protección no deben ser acordadas ni instadas por el juez, sino que será el Ministerio Fiscal el que asume la obligación de dar traslado a la entidad pública de protección del menor. Y ello pese a que la referida LO1/1996, de Protección Jurídica del Menor, atribuye competencia a cualquier autoridad que tenga conocimiento de una situación de desprotección social del menor.

Por tanto no es posible adoptar las medidas civiles previstas en el art. 544 ter de la LECrim y en los arts. 65 y 66 de la LO 1/2004 y art. 158 del Código Civil por lo que será necesario acudir a otro órgano jurisdiccional para ello, sin perjuicio de que el Ministerio Fiscal inste las medidas de protección que considere oportunas en relación a los supuestos del art. 158 del Código Civil.

Pese a ello, mediante las medidas previstas en el art. 28 de la LO 5/2000, las diversas formas de internamiento, con la medida de prohibición de aproximación y comunicación con la víctima, la libertad vigilada combinada con las reglas de conducta, se asegura a la víctima una protección eficaz. Protección reforzada gracias a la intervención terapéutica que se va a prestar en el centro de internamiento o mediante la acción del educador o delegado en el cumplimiento de la medida cautelar.

Protección de la víctima durante la celebración del juicio

Aunque la regla general es la publicidad del acto del juicio, en interés de la víctima y también del menor imputado el Juez podrá acordar que las sesiones del juicio no sean públicas (art.35 LORRPM)

Son muy frecuentes los casos en que los delitos o faltas cometidos por los menores se producen frente a otros menores de edad. Las víctimas cuando son menores de edad deben contar con una protección añadida en virtud, entre otros, del art. 39 de la Convención de los Derechos del Niño y el art. 3 de la Ley de Protección Jurídica del Menor. La previsión del actual art. 25 LORRPM permite que los intereses de las menores víctimas puedan ser defendidos por sus representantes legales dentro de este proceso, sin que esto excluya su intervención directa como ofendidas, debiéndose garantizar su derecho a ser oídas, art. 9 de la Ley de Protección Jurídica del Menor, y todos los demás que las leyes les otorgan, como el derecho a la intimidad, honor y propia imagen del art. 4 LOPJM y 16 CDN.

La LO 8/2006, introdujo modificaciones en la LECrm que afectan entre otras, a la cuestión que nos ocupa, al tratamiento de la mujer –en general y especialmente si es menor de edad- víctima de un delito de violencia de género cometido por un menor de edad.

- Si la víctima es menor de edad su declaración se llevará a cabo evitando la confrontación visual de ella con el inculpado utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba (art. 448 y 707 LECrm).

- Podrá acordarse que su comparecencia se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido en aquellos supuestos en que la comparecencia resulte gravosa o perjudicial, y, especialmente, cuando se trate de una menor (artículo 731 bis LECrm.)

- Toda declaración de un menor podrá realizarse ante expertos y siempre en presencia del Ministerio Fiscal. Quienes ejerzan la patria potestad, tutela o

guarda del menor podrán estar presentes, salvo que sean imputados o el juez, excepcionalmente y de forma motivada, acuerde lo contrario. El juez podrá acordar la grabación de la declaración.

Medidas definitivas en sentencia

En la Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de junio de 2007 se recuerda que en materia de delincuencia juvenil, el desarrollo del procedimiento judicial y su duración, la elección de la medida que ha de adoptarse, así como su posterior ejecución deben guiarse por el principio del interés superior del menor.

Las medidas que pueden imponerse en sentencia, son las analizadas como medidas cautelares (internamientos, libertad vigilada, prohibición de aproximación o comunicación con la víctima y convivencia con otra persona, familia o grupo educativo), y además: tratamiento ambulatorio, asistencia a un centro de día, permanencia de fin de semana, prestaciones en beneficio de la comunidad, realización de tareas socio-educativas, amonestación, privación del permiso de conducir ciclomotores y vehículos a motor, o del derecho a obtenerlo, o de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas e inhabilitación absoluta.

En la jurisdicción de adultos la pena por la comisión de un delito es la establecida en el respectivo tipo penal y la resultante de las reglas generales y especiales para la aplicación de las penas de los art. 61 y ss del Código Penal. Sin embargo en la jurisdicción de menores existe una gran flexibilidad en la elección de la medida. En este ámbito se ha de atender de modo flexible, no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor. Los equipos técnicos adscritos funcionalmente a Jueces y Fiscales de Menores van a orientar sobre qué interesa al menor en cada momento del procedimiento, para lo cual emitirán informes sobre su situación psicológica, educativa y familiar, así como sobre su entorno social, y en general sobre cualquier otra circunstancia relevante. No obstante este principio de flexibilidad en la elección de la medida ha sido limitado en las sucesivas reformas de la LO 5/2000, de tal modo que actualmente en determinados casos, como cuando el hecho sea de extrema gravedad, cuando los hechos sean constitutivos de algunos delitos como los de homicidio, asesinato y agresiones sexuales tipificados en los artículos 138, 139, 179 y 180 del Código Penal, o de cualquier otro delito que tenga señalada en el Código o en las leyes penales especiales pena de prisión igual o superior a quince años, el Juez deberá imponer necesariamente la medida de internamiento en régimen cerrado. Y, en este último supuesto, si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere dieciséis o diecisiete años de edad sólo podrá hacerse uso de las facultades de modificación, suspensión o sustitución de la medida cuando haya transcurrido al menos, la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta.

El Juez debe 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 y puede imponer una o varias medidas de las previstas en la Ley con independencia de que se trate de uno o más hechos, pero, en ningún caso, puede imponer a un menor en una misma resolución más de una medida de la misma clase. Además podrá suspender la ejecución del fallo en la propia sentencia o en un auto

motivado cuando esta sea firme, estableciendo las condiciones a las que se somete la suspensión.

El principio de flexibilidad también opera durante la ejecución. El juez podrá dejar sin efecto la medida o sustituirla por otra que se estime más adecuada por tiempo igual o inferior al que reste para su cumplimiento, cuando la modificación redunde en interés del menor y se exprese suficientemente el reproche que merece su conducta. Es decir existe flexibilidad para adaptar la medida en cada momento a la evolución educativa del menor.

Conclusión

Detrás de la violencia que se produce en un considerable número de parejas adultas, hay una historia de malos tratos iniciada en la adolescencia. En la jurisdicción de menores existen por un lado mecanismos para garantizar a la víctima una urgente protección. Por otro lado, respecto del menor autor de los hechos, el legislador ha optado por la prevención especial, porque la respuesta sea responsabilizadora, educativa y resocializadora. La incoación de un expediente a un menor por un delito de violencia de género, a diferencia de lo que ocurre en la jurisdicción de adultos, permite una rápida intervención llevada a cabo por especialistas en las áreas de educación y formación. Esta intervención precoz permitirá detectar los factores de riesgo en el proceso evolutivo del menor y las causas que han podido favorecer la comisión de los hechos. Todo ello con el objetivo de responsabilizarle y evitar una cronificación de conductas violentas, por lo que se abre una puerta a la posibilidad de cambio.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Carrera Doménech Jorge**. 2005 "La orden de protección en el marco de la justicia penal de adolescentes". Publicación: Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales núm. 3/2005 Parte Comentario Editorial Aranzadi, SA, Pamplona.
- De la Rosa Cortina José Miguel**. 2008. "Medidas cautelares en protección de la víctima y proceso penal de menores". Diario La Ley, Nº 6927, Sección Doctrina, 17 Abr. 2008, Año XXIX, Editorial LA LEY.
- Díaz Nieto, Óscar**, 2008, "Violencia de pareja entre adolescentes". Empleo y Seguridad Social. Viceconsejería de Justicia de Vizcaya
- Mingo Basail, M^a Luisa**, 2004. "Posición de las víctimas en el proceso penal de menores. De la prohibición a la aceptación de la acusación particular". Diario La Ley, nº 6099, año XXIV, 4 octubre 2004.
- Ornosa Fernández, María Rosario**. 2005 "Derecho penal de menores", Editorial Bosch .

