

CIRCULAR 1/2010

SOBRE EL TRATAMIENTO DESDE EL SISTEMA DE JUSTICIA JUVENIL DE LOS MALOS TRATOS DE LOS MENORES CONTRA SUS ASCENDIENTES

I.- Introducción II.-El principio de celeridad en la tramitación de los expedientes. III.- Fase de instrucción III.-1 Iniciación. Recepción de la *notitia criminis* III.-2 Medidas cautelares III.-2.1 Ideas generales III.-2.2 La Libertad vigilada III.-2.3 Alejamiento III.-2.4 Convivencia con grupo familiar o educativo III.-2.5 Internamiento cautelar III.-2.6 Otras medidas III.-3 Diligencias de investigación III.-4 Principio de oportunidad y soluciones extrajudiciales IV.- Calificación jurídica de los hechos V.- Fase de audiencia VI.- Medidas imponibles VII.- Fase de ejecución VIII.- Conclusiones

I.- INTRODUCCIÓN

En el ámbito del Derecho penal juvenil los malos tratos familiares protagonizados por los menores están proliferando últimamente de forma que como mínimo cabría calificar de preocupante. Ya la Consulta de la Fiscalía General del Estado 3/2004, de 26 de noviembre subrayaba como apunte criminológico, *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...*

Haciéndose eco de esta realidad y tratando de escudriñar sus causas, la conclusión nº 21 de las 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 destacaba que *entre las causas de la violencia de adolescentes contra sus progenitores se encuentran las siguientes: una*

sociedad permisiva que educa a los niños en sus derechos, pero no en sus deberes, donde ha calado de forma equívoca el lema “no poner límites” y “dejar hacer”, abortando una correcta maduración, así como el hecho de que hay padres que no sólo no se hacen respetar, sino que menoscaban la autoridad de los maestros, la policía o de otros ciudadanos cuando en defensa de la convivencia reprenden a sus descendientes.

En efecto, las causas de estos comportamientos violentos radican en deficiencias del proceso educativo de sus autores, más que en otras causas habitualmente asociadas a la delincuencia juvenil como puedan ser las relacionadas con la marginalidad. La etiología de estos comportamientos suele corresponder a la ausencia de unos patrones o reglas de conducta adecuados en el núcleo familiar, sin imposición de límites y normas, generando carencias educativas (teoría de la laxitud) o a una desacertada combinación de estilos educativos sancionadores y permisivos, que dan lugar en ocasiones a que el menor no acepte ningún control. No se trata de un fenómeno asociado exclusivamente a las denominadas *broken families*, ni a familias desestructuradas, no siendo por ello infrecuente que el menor maltratador esté integrado en familias con nivel económico y social medio y alto.

Desde el punto de vista sociológico se ha apuntado que este tipo de maltrato se da fundamentalmente en casos de adolescentes masculinos en familias monoparentales, que se han criado solo con su madre y hacia la que adoptan posturas patriarcales y machistas.

No obstante, se está detectando una evolución en el perfil del menor maltratador desde el punto de vista del sexo: mientras que sigue siendo mayoritariamente la madre la víctima, cada vez se tiende a una mayor equiparación entre el número de victimarios hijos e hijas.

Suelen detectarse ciertas peculiaridades en este tipo de criminalidad. Se trata normalmente de adolescentes cuyos padres sienten la imposibilidad absoluta de enfrentarse a las situaciones que se han generado, y que pasan de comportamientos desobedientes a comportamientos claramente agresivos y violentos hacia sus padres y entorno más inmediato. Aunque existen menores maltratadores que cometen otros delitos, la mayoría circunscriben su actividad delictiva a la violencia en el ámbito doméstico para con los miembros de su entorno familiar. Es por ello esencial la existencia de recursos específicos para estos menores que permitan también un tratamiento individualizado y focalizado hacia la singular problemática que presentan.

Deben en todo caso discriminarse los supuestos en los que el menor incurre en conductas de maltrato propiamente delictivas, de aquellas otras que, reflejando un conflicto o crisis familiar, no son susceptibles de tipificación penal y correlativamente impiden cualquier intervención desde el ámbito de la justicia juvenil. Son frecuentes las denuncias que relatan problemas conductuales atípicos (inasistencia a los centros de enseñanza, incumplimiento de los horarios establecidos por los progenitores, ausencia absoluta de disciplina en el seno del hogar, fugas etc...). Estos supuestos, que podrían englobarse dentro del grupo de comportamientos etiquetados por la doctrina anglosajona bajo la categoría de *status offenders* y que permitían la intervención del sistema de reforma en los modelos tutelares, han sido definitivamente desterrados de nuestra justicia juvenil tras la derogación de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores.

En estos casos debe optarse por la derivación hacia las instituciones de protección de menores, evitando la confusión entre la esfera sancionadora educativa y la esfera protectora.

Por otra parte, no es infrecuente que los ascendientes víctimas de maltrato acudan a la Fiscalía en demanda de orientación, sin voluntad de formular denuncia y judicializar el conflicto. Dado que algunas Comunidades Autónomas disponen de programas para abordar, al margen del proceso penal, los problemas de agresividad de los adolescentes hacia sus ascendientes, las Secciones de Menores deberán disponer de toda la información sobre estos programas extrajudiciales a fin de orientar en su caso a quienes puedan ser sus destinatarios.

El fenómeno de los malos tratos de los menores hacia sus ascendientes suele venir precedido de un proceso dilatado en el tiempo y que en sus primeras fases se integra por conductas que aun no teniendo relevancia penal, ponen de manifiesto una situación de riesgo que debe ser abordada desde los servicios sociales e instituciones de protección de menores, y en el que las intervenciones a través de terapias familiares pueden tener una eficacia preventiva indiscutible. La intervención terapéutica en las primeras fases puede evitar las posteriores actuaciones -siempre más traumáticas- desde el sistema de Justicia Juvenil.

Por ello, cuando un menor de edad inferior a los 14 años sea denunciado por la comisión de estos hechos, ha de tenerse en cuenta que, pese a la exención legal de responsabilidad penal, puede concurrir un importante factor de riesgo que debe atenderse desde el sistema de protección con todos los recursos que en cada territorio autonómico estén disponibles y en la idea de que las intervenciones precoces son siempre más eficaces. Así, en todo caso antes de archivar las diligencias por ser el denunciado menor de 14 años, se informará a los padres o representantes legales de la existencia de programas extrajudiciales de posible aplicación y se ponderará la necesidad de remitir testimonio a la Entidad Pública de protección para la valoración y remedio de la situación de riesgo apreciada.

Queda al margen de la presente Circular el tratamiento de los supuestos de violencia de género en la jurisdicción de menores, teniendo en cuenta que tal manifestación delictiva, cuya incidencia en la jurisdicción especial es mucho menor, presenta unos perfiles que hacen aconsejable su tratamiento diferenciado.

Igualmente, por las mismas razones, no se abordan otras manifestaciones de violencia doméstica como puede ser el maltrato entre colaterales.

II.-EL PRINCIPIO DE CELERIDAD EN LA TRAMITACIÓN DE LOS EXPEDIENTES.

El principio de celeridad es uno de los principios nucleares en la ordenación del sistema de justicia juvenil. Por las propias características de los destinatarios del proceso de menores, éste debe ser especialmente ágil y breve. En tanto la Justicia de menores tiene por objeto educar, la necesidad de conectar temporalmente la consecuencia jurídica (medida) con el hecho cometido (delito o falta) es esencial. No puede demorarse el proceso, pues ello usualmente genera el incumplimiento de los objetivos perseguidos e intervenciones inútiles o incluso contraproducentes. La filosofía socializadora que inspira el Derecho penal de menores impone la necesidad de celeridad. El transcurso del tiempo es vivido en la psique del menor de forma radicalmente distinta. Las dilaciones en este proceso especial son mucho más perturbadoras que en el proceso de adultos.

Ya el art. 22 del Reglamento de la antigua Ley de Tribunales Tutelares de Menores disponía al respecto que *las actuaciones se practicarán en el plazo más breve posible y se pondrá especial empeño en emplear fórmulas sencillas y sumarias*. Este principio es asumido en el art. 40 de la Convención de los

Derechos del Niño de 1989 que exige que “la causa será dirimida sin demora...”; en el punto 32 de las Reglas de Beijing que postula que los casos se “tramitarán desde el comienzo de manera expedita y sin demoras innecesarias”; en la Recomendación nº 87(20) del Comité de Ministros del Consejo de Europa que se propone “asegurar una justicia de menores más rápida, evitando retrasos excesivos, para que ella pueda tener una acción educativa eficaz” y en el art. 10.2 b) del Pacto Internacional de 19 diciembre 1966 de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que “los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento”. Recientemente insiste en esta idea el punto 14 de la Recomendación Rec (2003)20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa *sobre nuevas formas de la delincuencia juvenil y el papel de la justicia juvenil*, subrayando la necesidad de combinar la celeridad con los requerimientos del proceso debido. En la misma línea se sitúa la Observación General nº 10(2007) del Comité de Derechos del Niño, en su punto 52.

Tal principio -pese a no ser expresamente asumido- tiene un claro reflejo en la LORPM, que regula de forma estricta los plazos para las distintas actuaciones procesales. La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000 ya declaraba al respecto que *...el proceso penal que tiene por sujeto pasivo al menor de edad exige una actitud institucional que huya de la conformista aceptación de que los plazos legales resultan, al fin y a cabo, inexigibles.*

Además del respeto a los plazos legalmente previstos, la fase de instrucción debe ser muy breve y simplificarse al máximo, y ello pese a que la LORPM no establece ningún límite temporal expreso para su sustanciación.

Si estas consideraciones son aplicables a cualquier procedimiento sustanciado conforme a la LORPM, cuando los hechos investigados son relativos a violencia doméstica, deben alcanzar la máxima exigibilidad.

En efecto, en este tipo de delitos habitualmente la denuncia es el corolario de una larga cadena de hechos que desembocan en situaciones familiares insostenibles necesitadas de una intervención inmediata.

A fin de preservar la celeridad en la tramitación deberá reflejarse en la carátula inicial que el delito investigado se refiere a violencia doméstica y las Sras./Srs. Fiscales imprimirán la mayor agilidad a todos los trámites y fases procesales, instando también a los Equipos Técnicos a la elaboración más pronta posible del informe previsto en el art. 27.1 de la LORPM.

Esta necesidad de intervención inmediata debe tener también reflejo en la utilización de medidas cautelares en protección de la víctima. Cuando ésta toma la decisión -ciertamente difícil- de denunciar a un ser querido, lo hace como *última ratio* y en la confianza de que va a obtener -al menos- protección de la Autoridad Pública. Defraudar esas moderadas expectativas puede generar la inhibición de la víctima ante ulteriores requerimientos para que colabore con la Administración de Justicia.

III.- FASE DE INSTRUCCIÓN

III.-1 Iniciación. Recepción de la *notitia criminis*

Además de los supuestos de denuncias expresas de progenitores o vecinos podrá venirse en conocimiento de este tipo de hechos por la recepción de partes médicos de los hospitales.

Suele ser relativamente frecuente que se presenten sucesivas denuncias ante la reiteración de hechos violentos. Ello puede -y debe- generar una investigación de los nuevos hechos delictivos, siendo necesario como regla general que se tramiten en el mismo expediente, para facilitar una respuesta global armónica y coherente con la problemática que presente el menor.

En cuanto al momento procesal a partir del cual no será posible acumular hechos, es de interés el texto del Proyecto de LORPM, que daba pautas claras al respecto: "se incoará un expediente por cada menor expedientado, en el cual se incluirán todos los hechos realizados por el mismo, así como los hechos conexos cometidos durante la instrucción. De igual modo se tramitarán las diligencias en el Juzgado de Menores". Parece claro que lo más conveniente al interés del menor es que, en la medida de lo posible, en el mismo procedimiento se acumulen los distintos hechos que le sean imputados, con el fin de dar una respuesta conjunta y proporcionada. La fragmentación y multiplicación de procedimientos es sin duda indeseable. Estos principios sin embargo deben compatibilizarse con la necesidad de racionalizar la tramitación de los procedimientos, por lo que ha de llegar un momento procesal a partir del cual debe cesar la posibilidad de acumular. Tratando de alcanzar una solución equilibrada, ponderando los intereses en conflicto, deberá dejarse abierta la posibilidad de acumular durante toda la instrucción. Finalizada ésta, ya no debe retrotraerse el procedimiento, pues se generarían retrasos y posibles indefensiones en cuanto a la concreción de la imputación. En todo caso, para unificar la respuesta educativo-sancionadora deberá, en fase de ejecución, si el nuevo expediente desemboca en una nueva sentencia condenatoria, promoverse un incidente de acumulación.

No cabe duda que la solicitud de adopción de una orden de protección frente a un menor por presuntos malos tratos, pese a su ineficacia para abrir el procedimiento previsto en el art. 544 ter LECrim, ajeno al ámbito de la LORPM,

será perfectamente admisible como vehículo transmisor de la *notitia criminis* a efectos de abrir el procedimiento de menores.

En los supuestos en los que el menor sea detenido, la previsión de notificación inmediata al Fiscal del hecho de la detención y del lugar de custodia, contenida en el art. 17.3 LORPM, adquiere toda su significación. Esta notificación tiene en general una extraordinaria importancia, pues a su través puede -y debe- el Fiscal controlar la legalidad de la detención, de modo que si considera que, a la vista de la escasa gravedad del delito cometido o de las circunstancias personales, familiares o sociales del menor lo procedente es la inmediata puesta en libertad, debe ordenarlo así a la Fuerza actuante, sin dilatar tal decisión al momento de la puesta a disposición.

Pues bien, en los supuestos de detención por violencia contra los ascendientes, el Fiscal que reciba la notificación deberá exigir de la Fuerza actuante que le comunique todos los datos relevantes de los que se ha hecho acopio, a fin de instar la puesta a disposición o la libertad del detenido. Si los hechos tienen suficiente entidad será conveniente, como pauta general, ordenar a la Fuerza actuante la puesta a disposición del menor. Esta puesta a disposición traerá también importantes beneficios, en relación con la rápida tramitación del expediente y a fin de calibrar la conveniencia de adoptar una medida cautelar, a cuyos efectos será también conveniente realizar una instrucción acelerada en la propia guardia, oyendo en declaración no sólo al menor detenido sino también a los familiares afectados y posibles testigos de los hechos.

III.-2 Medidas cautelares

III.-2.1 Ideas generales

La tendencia en pro de los derechos de la víctima en el proceso penal de menores, ya patente en la redacción original de la LORPM e incrementada en la reforma introducida por LO 15/2003, de 25 noviembre, ha recibido un nuevo impulso con la reforma operada por LO 8/2006, de 4 de diciembre, hasta el punto de que el fortalecimiento de ésta es la clave de bóveda de la modificación legal.

Esta tendencia tiene también traducción específica en cuanto a la tutela cautelar. La reforma 8/2006 dispone en su Exposición de Motivos que *se incorpora como causa para adoptar una medida cautelar el riesgo de atentar contra bienes jurídicos de la víctima, y se establece una nueva medida cautelar consistente en el alejamiento de la víctima o su familia u otra persona que determine el juez.*

En efecto, el art. 28 LORPM, en su nueva redacción incorpora como específica finalidad de la tutela cautelar en el proceso penal de menores *el riesgo de atentar contra los bienes jurídicos de la víctima.*

La imperiosa necesidad de dar en estos supuestos de violencia familiar una respuesta rápida -sin perjuicio de la necesidad de analizar cada caso concreto- hace generalmente aconsejable adoptar una medida cautelar.

Incluso podría decirse que en los supuestos de malos tratos habituales la tutela cautelar, pese a su carácter instrumental, es mas importante que la tutela declarativa que pueda otorgarse en la sentencia de fondo, pues en los primeros momentos del procedimiento, cuando el maltratado se decide a dar el

paso y denunciar los hechos, el riesgo de que las agresiones se intensifiquen se incrementa considerablemente, por lo que las primeras medidas de protección pueden ser vitales.

Con la presentación de la denuncia el conflicto familiar adquiere una nueva dimensión. Los niveles previos de tensión emocional se alteran y a menudo se incrementan como consecuencia de las primeras intervenciones de las instancias públicas. Este factor debe igualmente ser valorado, a la hora de promover la adopción de una u otra medida cautelar.

A tales efectos puede acudir a una pluralidad de medidas cautelares, cuya concreta selección habrá de tamizarse a través del principio del superior interés del menor y de las necesidades de protección de las víctimas.

Es importante subrayar que las medidas cautelares no privativas de libertad no están sometidas a un plazo límite de duración, pudiendo prolongarse hasta la sentencia sin necesidad de prórroga expresa. Por tanto, estas medidas podrán mantenerse -y ello debe ser lo usual- durante toda la instrucción y fase de enjuiciamiento, así como durante la fase de impugnación si la sentencia es condenatoria, hasta la firmeza de la misma. Todo ello ha de entenderse sin perjuicio de dejarlas sin efecto en cualquier momento anterior en cuanto se desvanezcan los indicios o los factores socioeducativos y familiares que motivaron su adopción, a cuyo fin será esencial un riguroso control de las vicisitudes de la causa.

La especificidad de esta modalidad de tutela cautelar, no orientada a neutralizar el riesgo de fuga sino a iniciar una inaplazable intervención educativa con el menor, hace de todo punto improcedente la fijación en la resolución judicial de plazos breves de extensión temporal. Es más, la predeterminación temporal de la duración de la medida cautelar en medio

abierto resulta incompatible con su carácter cautelar, provisional e instrumental y con su especial dimensión educativa.

A los efectos de un adecuado control de la medida cautelar impuesta debe mantenerse 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, impliquen o no privación de libertad, así como la necesidad de que el Fiscal instructor, responsable del seguimiento de la situación personal del menor, dé tramitación preferente al expediente con menor sometido a medidas y refleje en la carátula inicial la medida cautelar adoptada.

Por otro lado, la víctima de violencia doméstica en el proceso penal de menores tendrá derecho a estar informada de los actos procesales -y por ende de la adopción de medidas cautelares y de su cese- cuando puedan afectar a su seguridad. Establece expresamente el párrafo quinto del art. 4 LORPM que *el secretario judicial deberá comunicar a las víctimas y perjudicados, se hayan o no personado, todas aquellas resoluciones que se adopten tanto por el Ministerio Fiscal como por el Juez de Menores, que puedan afectar a sus intereses*.

III.-2.2 La Libertad vigilada

Como tuvo ocasión de pronunciarse 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* “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” y “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.”

Tras la reforma 8/2006 expresamente se acoge dentro de la regulación de la medida de libertad vigilada una cláusula para evitar el efecto “desamparo” que esta medida pudiera arrastrar al alejar al menor de su núcleo familiar, por lo que puede decirse que la Ley sigue admitiendo el alejamiento a través de las reglas de conducta de la libertad vigilada.

En los casos en los que el menor sujeto a la medida de libertad vigilada –cautelar o definitiva- sea destinatario a su vez de un acogimiento residencial acordado por la Entidad Pública de Protección de Menores, puede ser aconsejable que a través de las reglas de conducta de la medida de reforma se le imponga la obligación de residir en el centro de protección. De esta forma se refuerza el respeto en el cumplimiento de la medida tutelar. Deberá en todo caso quedar claro que tal regla de conducta tendrá su vigencia subordinada al mantenimiento de la medida de protección por la Entidad Pública competente.

Otras reglas de conducta que pueden ser especialmente aconsejables serán las de obligación de seguir una terapia familiar, o una terapia de desintoxicación, en su caso; la obligación de acudir al centro educativo o a talleres y las reglas tendentes a lograr una debida estructuración del ocio y tiempo libre.

III.-2.3 Alejamiento

Cabrá también optar por el alejamiento *strictu sensu*, pues el nuevo art. 28 LORPM dispone que las medidas cautelares “podrán consistir en...prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez”.

La medida del mismo nombre imponible en sentencia dibuja con mayor nitidez sus contornos, y así el art. 7 dispone en su letra i) que esta medida impedirá al menor acercarse a las víctimas “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 determine el juez o tribunal, impedirá al menor establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual”.

Para dar una solución a los efectos de desamparo o de riesgo que pudiera generar esta medida se establece que si la misma *implicase la imposibilidad del menor 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.*

En este punto la Circular 1/2007, de 26 de noviembre, *sobre criterios interpretativos tras la reforma de la Legislación Penal de Menores de 2006* considera con carácter general preferible articular el alejamiento a través de la libertad vigilada, al entender que ésta “tiene un mejor anclaje con los principios inspiradores de la LORPM, pues adoptado bajo el paraguas de la libertad

vigilada podrá revestirse de unos contenidos educativos de los que carece el puro y simple alejamiento”.

En otro punto, la misma Circular 1/2007 considera que *el contenido del alejamiento cautelar puede integrarse bien por la prohibición de aproximarse, bien por la prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez, bien por ambas... Si en el caso concreto se considera que el alejamiento cautelar debiera tener otros contornos (v.gr. prohibición de residencia) habrá de articularse a través de la medida cautelar de libertad vigilada.*

Las peticiones de alejamiento de los familiares, tanto en la modalidad cautelar como en la medida definitiva, deberán incorporar una cláusula para facilitar las terapias familiares, pieza básica en la ejecución de las mismas. A tal fin, cuando se solicite el alejamiento, ya como medida autónoma, ya como regla de conducta de la libertad vigilada, deberá simultáneamente interesarse que en la resolución acordándolo se haga constar que la medida no excluirá los contactos del menor con la familia cuando los técnicos encargados de la ejecución los consideren convenientes con el fin de desarrollar terapias familiares.

III.-2.4 Convivencia con grupo familiar o educativo

Un buen número de Fiscalías en sus respectivas Memorias coinciden en señalar la gran efectividad de esta medida tanto en su dimensión cautelar como propiamente sancionadora-educativa para los supuestos de delitos de violencia doméstica cuando es necesario extraer al menor del domicilio, si no procede el ingreso en régimen de internamiento.

Esta medida, de nuevo en sus dos dimensiones, puede combinarse con la de alejamiento, de modo que a la vez que se pacifica la crisis familiar, se dota a las víctimas de un instrumento protector.

La convivencia con grupo familiar puede articularse, cuando las circunstancias familiares lo permiten, colocando al menor en un hogar distinto dentro de su familia extensa, lo que, para determinados supuestos puede ser una solución de fácil ejecución, eficaz a los fines perseguidos y escasamente traumática tanto para el menor como para su familia nuclear.

Cuando no es posible o adecuada la convivencia con grupo familiar dentro de la familia de los menores, la medida puede articularse por medio de pisos de convivencia, recursos residenciales a medio camino entre la libertad y el internamiento en centro, normalmente integrados en la vecindad, en los que tras un período de observación, se establece un programa de actividades en las que se incluye la educación reglada, de una u otra índole, y el tratamiento psicológico adecuado a la problemática del menor, en el que también se integra posteriormente al núcleo familiar.

A la adopción de esta medida cautelar deben hacerse extensivas las pautas que para el alejamiento cautelar se impartieron desde la Fiscalía General del Estado en la Consulta 3/2004, de 26 de noviembre, *sobre la posibilidad de adoptar la medida cautelar de alejamiento en el proceso de menores*: “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”. La celebración de esta comparecencia viene, en este caso, especialmente indicada, además, por la necesidad de calibrar *la predisposición mostrada por el menor para la convivencia y, en su caso, la opinión de los representantes legales* (art. 19.3 Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el

que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en adelante RLORPM).

Aunque la voluntad conforme del menor no es exigencia legal para la imposición de la convivencia, su concurrencia será decisiva en el éxito de una intervención de fuerte contenido terapéutico. Por ello, a la hora de optar por esta medida y para optimizar un recurso generalmente escaso, las Sras./Sres. Fiscales valorarán debidamente el grado de asentimiento del menor.

III.-2.5 Internamiento cautelar

La medida de internamiento, tanto en su vertiente cautelar como en su modalidad de medida definitiva, debe utilizarse como *ultima ratio*.

Esto no obstante, al igual que ha ocurrido con la reforma de la prisión provisional en el proceso penal de adultos, tras la nueva redacción que la LO 8/2006 ha dado al art. 28 LORPM cabe adoptar la medida cautelar con fundamento en la protección de la víctima. En efecto, la Circular 1/2007 opta por una exégesis flexible del nuevo art. 28 LORPM, declarando que *interpretando sistemáticamente los apartados primero y segundo del nuevo art. 28, y de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre los fines de las medidas cautelares, puede entenderse que serán fines susceptibles de ser perseguidos con el internamiento cautelar el de evitar nuevos atentados contra bienes jurídicos de la víctima.*

En todo caso la aplicación de la medida cautelar de internamiento, especialmente en su modalidad de cerrado, habrá de restringirse conforme a 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.

III.-2.6 Otras medidas

Si bien debe partirse de que no cabe aplicar las disposiciones del art. 544 ter LECrim al proceso penal de menores, ni en cuanto al procedimiento ni en cuanto a las medidas cautelares susceptibles de ser acordadas (vid. Consulta 3/2004), las eventuales lagunas derivadas de esta interpretación pueden colmarse con la aplicación del art. 158 CC para *apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios*, pues de acuerdo con el párrafo último de dicho precepto todas las medidas que contempla *podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria*. Además debe recordarse que el contenido de estas medidas puede ser muy amplio, no estando *a priori* cerrado, pues se introduce al final una cláusula *-disposiciones que considere oportunas-* de *numerus apertus*.

Cabe también en los supuestos en los que se detecta la imposible convivencia del menor con los padres, si no procede una medida cautelar propiamente penal, promover una guarda judicial con ingreso del menor en un centro de acogida, conforme a los arts. 158 y 172.2 CC.

III.-3 Diligencias de investigación

No ha de olvidarse que si el menor es detenido, su declaración no deberá tener lugar con asistencia de sus representantes legales (art. 17.2 LORPM), si éstos son los denunciadores, pues concurriría una situación de flagrante conflicto de intereses, debiendo suplirse tal asistencia conforme a las vías ordinarias.

Desde una perspectiva criminológica, las Sras./Sres. Fiscales habrán de tener presente que en el supuesto ordinario de recepción de la *notitia criminis*, esto es, la denuncia de los progenitores-víctimas de los malos tratos, deberán

desplegar toda la sensibilidad requerida en el tratamiento de unas personas que normalmente, cuando dan el paso de denunciar a sus descendientes, se encuentran totalmente desbordadas, derrotadas e impotentes, conscientes de su fracaso como padres y con un dolor insondable por denunciar a su hijo. Ilustrativa resulta la observación contenida en la Memoria de la Fiscalía General del Estado correspondiente a 2001, que reseñaba cómo para estos casos alguna Fiscalía había propuesto hablar de "padres desamparados." Es en estas situaciones donde la función que el EOMF asigna al Fiscal de velar por la protección procesal de las víctimas (art. 3.10) adquiere sus más altas cotas de exigibilidad.

III.-4 Principio de oportunidad y soluciones extrajudiciales

En primer lugar debe partirse de que difícilmente cabrá aplicar el desistimiento del art. 18 LORPM, teniendo en cuenta que normalmente concurrirá violencia o intimidación, -lo que ya excluye la posibilidad de su utilización- y además a la vista de que en estos casos precisamente es la corrección en el ámbito familiar la que falla estrepitosamente.

La reparación extrajudicial no debe descartarse *a priori*, pues, acompañada de algunas obligaciones para el menor, en supuestos con pronóstico favorable, puede ser una solución idónea, siempre susceptible de ser revocada si el denunciado incumple sus obligaciones o incurre en nuevas conductas de maltrato.

En ocasiones estará especialmente indicado el compromiso de asistencia del menor y de su grupo familiar a psicoterapia, bien sea al Centro de Salud Mental que le corresponda o a otra institución privada, siempre que pueda constatarse la efectiva asistencia y la progresión o regresión en la evolución de las relaciones domésticas.

Los mecanismos de justicia restaurativa pueden aplicarse en las manifestaciones leves o iniciales de malos tratos. En todo caso en estos supuestos habrá de trasladarse a los menores incurso en expedientes por malos tratos el mensaje nítido de que cualquier otro rebrote será objeto de una respuesta de mayor intensidad; simultáneamente habrá de hacerse saber a la víctima que no ha de dudar en poner en conocimiento de la Fiscalía cualquier ulterior conato violento, trasladándole la confianza en las instituciones.

En caso de reincidencia deberá incorporarse al nuevo expediente testimonio de lo actuado en el anterior que hubiera desembocado en la reparación extrajudicial. Los hechos respecto de los que se llevó a cabo la reparación no podrán ser tenidos en cuenta a la hora de elaborar las alegaciones ni para graduar la respuesta educativo sancionadora en el nuevo expediente, pero podrán ser un elemento a valorar para calibrar la situación familiar y para contextualizar los nuevos hechos.

La utilización de la conciliación en supuestos de escasa entidad exige que exista un ambiente de calma y un deseo común de poner fin a la situación. No habrá de acudir a la misma si se detecta una situación de fuerte desequilibrio entre los afectados. Por ello, no deberá utilizarse ni cuando el menor maltratador no exteriorice su firme propósito de cesar en sus actos ni cuando el maltratado, por el daño sufrido y por la razonada falta de esperanza en la mediación, se encuentre psicológicamente inhabilitado para tomar parte en el proceso.

La opción por la utilización de las soluciones extrajudiciales en estos casos, ciertamente residual por las propias dimensiones del conflicto subyacente, deberá en todo caso ir precedida por un riguroso estudio de las circunstancias psico socio educativas del menor y de su familia.

IV.- CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS

Debe aquí especialmente hacerse un recordatorio a la reciente Consulta nº 1/2008 conforme a la que *en el supuesto de que las conductas tipificadas en los artículos 153.2º y 173. 2º se cometan contra ascendientes, descendientes y hermanos, por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, entenderán como requisito necesario para la calificación de los hechos como delito que exista convivencia entre el autor y la víctima. Cuando no concurra dicho requisito los hechos a que se refiere el mencionado artículo se calificarán como falta.*

V.- FASE DE AUDIENCIA

Si los denunciantes-testigos son los progenitores del menor contra el que se dirige el procedimiento, no podrán estar presentes desde el inicio de la audiencia como acompañantes y representantes del menor (art. 35.1 LORPM), sino que habrán de aguardar fuera de la sala hasta tanto depongan como testigos.

VI.- MEDIDAS IMPONIBLES

Desde la perspectiva de la finalidad esencialmente educativa de la intervención de la Justicia Juvenil, la idea-fuerza que preside el contenido de las medidas a imponer a menores incurso en violencia doméstica es la del respeto a los bienes jurídicos de sus ascendientes y la exclusión radical de la violencia o la intimidación como formas de solución de conflictos.

Debe también partirse de la necesidad de que el informe del Equipo Técnico sea especialmente completo y riguroso, constatando la situación

familiar y del menor no sólo en el momento del hecho sino la evolución seguida y situación en el momento del enjuiciamiento, a fin de que pueda orientar la mas acertada selección de la medida a imponer. A estos efectos, la percepción directa del Fiscal, a través de la intermediación en la declaración del menor y de sus familiares puede ayudar a comprender el problema (y su posible solución) en toda su dimensión.

La nueva regulación del art. 153.2 CP, tipo básico en el tratamiento de la violencia familiar, elevando a la categoría de delito infracciones antes consideradas faltas, posibilita en estos casos la imposición de medidas tales como la de libertad vigilada con la obligación de no acercarse a determinada persona o lugar, en una duración suficiente para asegurar la efectividad del tratamiento, bien la medida de convivencia con grupo educativo.

Recordemos que este tipo castiga a los que por cualquier medio o procedimiento causaren a otro de los familiares y asimilados mencionados menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión.

En estos casos la pena prevista para el maltratador adulto es la prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años.

En este contexto, debe tenerse presente que en teoría cabría imponer a un menor por este delito incluso internamiento en centro cerrado, pues conforme al art. 9.2b LORPM tal medida tendría acomodo pese a ser delito menos grave si en los hechos se han empleado en su ejecución violencia o intimidación en las personas. Sin embargo, debe en estos casos tenerse presentes las limitaciones derivadas del principio de proporcionalidad,

expresamente asumido por el apartado segundo del art. 8 LORPM, con el *plus* derivado de que la pena prevista para los adultos en el Código Penal se acompaña de la alternativa de trabajos en beneficio de la comunidad. Ello debe llevar a una aplicación excepcional de las medidas de internamiento en estos supuestos, y en todo caso a una limitación de un año en su imposición.

Tales consideraciones no son trasladables ni a la medida de convivencia con otra persona, familia o grupo educativo (que no debe ser considerada como privativa de libertad) ni a las de libertad vigilada o alejamiento.

Incluso cuando se aplique la medida de internamiento, el programa individualizado de su ejecución debe abordar el conflicto familiar subyacente y las estrategias para tratar de superarlo.

Cualquiera que sea la medida que se imponga, puede ser combinada con la de privación de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas, ya que, conforme al art. 3.1 de la Ley 1/1970, de 4 de abril *de Caza* “el derecho a cazar corresponde a toda persona mayor de catorce años que esté en posesión de la licencia de caza y cumpla los demás requisitos establecidos en la presente Ley”.

En la mayoría de los supuestos, los menores maltratadores no suelen cometer actos delictivos fuera de su entorno familiar, por lo que generalmente será aconsejable acudir a medidas no privativas de libertad como la convivencia con grupo familiar o educativo, libertad vigilada o alejamiento, siendo adecuado para muchos de estos supuestos complementar tales medidas con la de tratamiento terapéutico de tipo ambulatorio. A tales efectos debe recordarse que tras la reforma 8/2006 no existen obstáculos para imponer mas de una medida por un mismo hecho.

La medida de libertad vigilada sin alejamiento puede ser una opción cuando el deterioro familiar no haya alcanzado un grado tal que impida la convivencia en la propia familia, aunque esta opción debe ser rigurosamente fundamentada, teniendo en cuenta que si la situación es grave puede contribuir a la cronificación del problema que pretende solucionar.

Todo lo expuesto no impide para que en supuestos de habitualidad o extrema violencia, puedan aplicarse otras medidas.

Lo que no resulta aconsejable es que, ante la ausencia de recursos *ad hoc* y con el fin de articular alguna respuesta retributiva, se acuda a las medidas de internamiento en centros de reforma cuando éstos no sean adecuados para la intervención socioeducativa que la situación concreta demanda.

La experiencia demuestra que este tipo de menores requieren recursos específicos para su educación y socialización. En los supuestos de carencia de tales recursos, sin perjuicio de optar por utilizar alguna alternativa avalada por el Equipo Técnico, esta circunstancia habrá de ponerse en conocimiento del Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma, a fin de que se practiquen las gestiones precisas ante las autoridades respectivas para subvenir a las necesidades detectadas (art. 18.3 EOMF). En caso de que las gestiones sean infructuosas, tales deficiencias habrán de comunicarse al Fiscal de Sala Coordinador de Menores.

Dando por reproducidas las consideraciones realizadas en el apartado dedicado a las medidas cautelares, debe destacarse como una medida aconsejable, especialmente para supuestos menos graves o incipientes de maltrato familiar, el tratamiento terapéutico, integrado por intervenciones tanto

con el menor como con la propia familia, con medidas educativas, psicoterapia y actuaciones de orientación y apoyo.

A la hora de optar por la medida de convivencia en grupo educativo, habrá de tenerse especialmente en consideración si el perfil del menor se adecua a este tipo de medida no privativa de libertad. Debe partirse de que esta medida está especialmente indicada en los supuestos en que la violencia intrafamiliar, sin revestir caracteres especialmente graves, hace inviable por el momento la convivencia en el seno de la familia. Además, el menor destinatario de la misma no debe presentar una especial conflictividad ni -por lo general- estar inmerso en conductas delictivas en otros ámbitos fuera de su entorno familiar. Del mismo modo debe ponderarse que en la mayoría de las Comunidades Autónomas se trata de un recurso escaso.

Esta medida debe imponerse en extensión temporal adecuada para permitir que despliegue su dimensión terapéutica y socializadora. De acuerdo con criterios técnicos comúnmente aceptados, no deberá solicitarse la medida de convivencia con grupo educativo por un período de tiempo inferior a diez o doce meses. Será especialmente conveniente que se solicite junto con la medida de convivencia la de libertad vigilada, a ejecutar tras la finalización de la primera. Si el menor pasa, al finalizar la medida, sin un período transitorio o adaptativo, a integrarse de nuevo en su familia, hábitat donde precisamente se ha generado el conflicto, el riesgo de reincidencia se incrementa. La LORPM atribuyó una nueva función a la libertad vigilada, al concebirla como un último período de la medida de internamiento, partiendo de que no es conveniente que el menor se enfrente directamente a la vida en libertad sin ningún tipo de apoyo o de control. Se configura este segundo período como un puente o un tránsito controlado desde el internamiento hasta la plena reincorporación a su entorno. Este mismo esquema, *mutatis mutandis* sería aplicable a la medida de convivencia en grupo educativo, cuya eficacia práctica demanda la posibilidad

de verificar a su término, un seguimiento efectivo de la persistencia de los objetivos logrados. Es por ello muy importante contar, al finalizar el cumplimiento de la medida, con el refuerzo educativo que puede articularse a través de la libertad vigilada, en orden a garantizar, cuando ello es aún posible, la normal reintegración del menor en el seno familiar, y en todo caso, su acceso a la autonomía personal y a la socialización.

Cuando los hechos sean susceptibles de tipificarse como de maltrato habitual (art. 173.2 CP) castigado para mayores de edad con pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años, cabrá aplicar incluso la medida de internamiento en centro cerrado si se ha empleado violencia o intimidación en las personas. Pero esta solución también deberá utilizarse solamente cuando sea estrictamente necesaria y no sea desaconsejada por el informe del Equipo Técnico.

VII.- FASE DE EJECUCIÓN

En primer lugar, en supuestos de medidas privativas de libertad, no cabe descartar la utilización de la suspensión de la ejecución del fallo, pues para determinados supuestos puede ser especialmente educativo y socializador otorgar una segunda oportunidad al menor maltratador. En estos casos habrá de tenerse especial cuidado a la hora de fijar las condiciones a las que se subordina el beneficio: en primer lugar ha de condicionarse a que el menor no sea condenado en sentencia firme por delito cometido durante el tiempo que dure la suspensión; además el menor debe asumir el compromiso de mostrar una actitud y disposición de reintegrarse a la sociedad, no incurriendo en nuevas infracciones, y finalmente debe como regla general establecerse “la aplicación de un régimen de libertad vigilada durante el plazo de suspensión o la obligación de realizar una actividad socio-educativa, recomendada por el

equipo técnico o la entidad pública de protección o reforma de menores en el precedente trámite de audiencia, incluso con compromiso de participación de los padres, tutores o guardadores del menor, expresando la naturaleza y el plazo en que aquella actividad deberá llevarse a cabo”. (art. 40.2 c) LORPM). El inciso final de este precepto ofrece una vía adecuada para promover la necesaria implicación de los progenitores en la resolución del conflicto.

Es conveniente que los programas individualizados de ejecución de las medidas impuestas tengan presente la peculiaridad del delito cometido de modo que se orienten a respuestas educativas o a terapias proyectadas sobre las relaciones familiares. Incluso en ocasiones habrá de contemplar el programa la participación de los familiares o personas afectadas, cuando se haya reiniciado o vaya a reiniciarse la relación subyacente, con el objetivo último de que el restablecimiento de las correspondientes relaciones se lleve a cabo neutralizando el riesgo de recidivas en los comportamientos patológicos del menor. Por ello, las Sras./Sres. Fiscales habrán de promover tales inclusiones en los programas individualizados y habrán de controlar con rigor la efectiva ejecución conforme al programa. Debe recordarse que de acuerdo con el art. 44.2 c) para ejercer el control de la ejecución, corresponde especialmente al Juez de Menores aprobar los programas de ejecución de las medidas y que conforme al mismo precepto, el Fiscal está legitimado para instar tal control (art. 44.2 LORPM).

La ejecución habrá de ser esencialmente dinámica, muy atenta a la evolución del menor durante el desarrollo del cumplimiento de la medida, de manera que puedan, en su caso, activarse los mecanismos derivados del principio de flexibilidad: reducción, cancelación anticipada o modificación (arts. 13 y 51 LORPM). Para ello debe exigirse la rigurosa aplicación del art. 44. d) LORPM, conforme al que para ejercer el control de la ejecución, corresponde especialmente al Juez de Menores conocer de la evolución de los menores

durante el cumplimiento de las medidas a través de los informes de seguimiento de las mismas. Del mismo modo habrá de ser exigida la periodicidad en la emisión de los informes prevista en el art. 13 RLORPM e incluso podrán exigirse informes adicionales, como autoriza el apartado cuarto del mismo precepto. Todos estos informes habrán de ser remitidos y estudiados por las Sras./Sres. Fiscales (art. 49 LORPM).

Las Sras./Sres. Fiscales velarán por el adecuado ejercicio de esta atribución jurisdiccional, conforme expresamente autoriza el art. 44.2 LORPM.

La dimensión terapéutica de la medida, cualquiera que sea la que se haya impuesto, debe estar orientada al restablecimiento de la normalidad en las relaciones familiares. A tales efectos es de vital importancia la progresiva recuperación de tales vínculos, con arreglo a la evolución del menor y de la situación familiar. Por ello será conveniente ir acordando paulatinamente los contactos familiares, la menor o mayor intimidad de los espacios en que se producen y su menor o mayor duración.

En relación con las previsiones del art. 51 de la LORPM ha de subrayarse la necesidad de no precipitar la modificación de la medida. Los avances en la terapia familiar deben ser interpretados desde una dimensión global del problema y no necesariamente desde la óptica del menor o de su familia, evitando incurrir en el riesgo de que progresos no suficientemente consolidados lleven a la finalización anticipada del tratamiento con el consiguiente riesgo de regresión.

En todo caso, en los incidentes de reducción, cancelación anticipada o modificación previstos en el citado artículo, habrá de darse entrada, de haberse personado, a la acusación particular, pues el propio tenor del art. 25 g) LORPM da cobertura a tal intervención.

En relación con la posibilidad de sustituir la medida en medio abierto impuesta en supuestos de quebrantamiento debe recordarse la vigencia de las conclusiones adoptadas en la Circular 1/2009, *sobre la sustitución en el sistema de justicia juvenil de medidas no privativas de libertad por la de internamiento en centro semiabierto, en supuestos de quebrantamiento*. Especialmente debe tenerse presente que conforme a la reseñada Circular “cuando se imponga la medida de internamiento en régimen semiabierto en sustitución de la medida no privativa de libertad, aunque subsiste la previsión contenida en el art. 50.3 LORPM (remisión de testimonio de los particulares relativos al quebrantamiento), habrá de ponderarse la conveniencia de optar entre la incoación de expediente por tal delito y el desistimiento en las Diligencias Preliminares. Teniendo en cuenta que el quebrantamiento es un delito menos grave en el que no concurre violencia o intimidación en las personas y que ordinariamente los hechos anteriormente cometidos no serán de la misma naturaleza, lo más aconsejable será el desistimiento por cumplirse las exigencias impuestas en el art. 18 LORPM para la aplicación del principio de oportunidad. Es este un recurso legal particularmente recomendable en estos casos en los que el menor infractor ha sido ya objeto de una intervención reforzada mediante el incidente de sustitución”.

Si del informe final de ejecución previsto en los art. 53 LORPM y apartado 5 del art. 13 RLORPM se desprendiera que el menor sigue incurso en los factores de riesgo que le llevaron al maltrato doméstico, tales circunstancias habrán de ser comunicadas por el Juzgado a la víctima, a los efectos de que la misma pueda adoptar las medidas de autoprotección que estime oportunas. Esta garantía adicional para la víctima deriva tanto de la nueva redacción del art. 53.1 LORPM, que prevé la notificación a la víctima del auto de archivo de la causa una vez concluida la ejecución, como de la declaración general de información a las víctimas contenida en el párrafo quinto del art. 4 LORPM.

En estos supuestos de pronóstico negativo, en tanto en cuanto pueden tener impacto en la estructura familiar, generando cuanto menos una situación de riesgo, habrá también de activarse el mecanismo previsto en el art. 53.2 LORPM: *el Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del letrado del menor, podrá instar de la correspondiente entidad pública de protección o reforma de menores, una vez cumplida la medida impuesta, que se arbitren los mecanismos de protección del menor conforme a las normas del Código Civil, cuando el interés de aquél así lo requiera.*

VIII.- CONCLUSIONES

1º Deben discriminarse los supuestos en los que el menor incurre en conductas de maltrato típicas, de aquellos otros que, reflejando un conflicto o crisis familiar, no son susceptibles de subsunción penal y correlativamente impiden cualquier intervención desde el ámbito de la justicia juvenil. En estos casos debe optarse por la derivación hacia las instituciones de protección de menores, evitando la confusión entre la esfera sancionadora educativa y la esfera protectora.

2º Cuando los ascendientes víctimas de maltrato acudan a la Fiscalía en demanda de orientación, sin voluntad de formular denuncia, se les orientará puntualmente sobre los programas desplegados en cada territorio autonómico para abordar, preventivamente y al margen del proceso penal, los problemas de agresividad de los adolescentes hacia sus ascendientes. La existencia de tales programas se tomará especialmente en consideración a la hora de remitir a la autoridad administrativa de protección de menores, testimonios de las denuncias formuladas contra menores de 14 años por violencia contra sus ascendientes, como indicador de su situación de riesgo.

3º El principio de celeridad es uno de los principios nucleares en la ordenación del sistema de justicia juvenil. Si tal principio puede entenderse aplicable a cualquier procedimiento sustanciado conforme a la LORPM, cuando los hechos investigados son relativos a violencia doméstica, el mismo debe alcanzar una tonalidad especialmente intensa en cuanto a su riguroso seguimiento, pues en este tipo de delitos habitualmente la denuncia es el corolario de una larga cadena de hechos que desembocan en situaciones familiares insostenibles necesitadas de una intervención inmediata.

A fin de preservar la celeridad en la tramitación deberá reflejarse en la carátula inicial que el delito investigado se refiere a violencia doméstica.

4º La imperiosa necesidad de dar en estos supuestos de violencia familiar una respuesta rápida –sin perjuicio de la necesidad de analizar cada caso concreto- hace generalmente aconsejable adoptar alguna de las medidas cautelares previstas en la LORPM. La concreta selección de la medida a aplicar habrá de tamizarse a través del principio del superior interés del menor y de las necesidades de protección de las víctimas, conforme a los presupuestos y requisitos previstos en los arts. 28 y 29 LORPM.

5º La solicitud de adopción de una orden de protección frente a un menor por presuntos malos tratos, pese a su ineficacia para abrir el procedimiento previsto en el art. 544 ter LECrim, es perfectamente admisible como vehículo transmisor de la *notitia criminis* a efectos de abrir el procedimiento de menores.

6º La medida de convivencia con grupo familiar o educativo puede tener gran efectividad tanto en su dimensión cautelar como propiamente sancionadora-educativa para los supuestos de delitos de violencia doméstica

cuando es necesario extraer al menor del domicilio, si no procede el ingreso en régimen de internamiento.

7º Las medidas cautelares no privativas de libertad no están sometidas a un plazo límite de duración, pudiendo prolongarse hasta la sentencia sin necesidad de prórroga expresa. Por tanto, estas medidas podrán durar durante toda la instrucción y la fase de enjuiciamiento, así como durante la fase de impugnación si la sentencia es condenatoria, hasta la firmeza de la misma. Todo ello ha de entenderse sin perjuicio de dejarlas sin efecto en cualquier momento anterior en cuanto se desvanezcan los indicios o los factores socioeducativos y familiares que motivaron su adopción, a cuyo fin se torna esencial el riguroso control de las vicisitudes de la causa. Debe considerarse que la predeterminación temporal de la duración de la medida cautelar en medio abierto es incompatible con su carácter cautelar, provisional e instrumental y con su especial dimensión educativa.

8º Las peticiones de alejamiento de los familiares, tanto en la modalidad cautelar como en la medida definitiva, deberán incorporar una cláusula para facilitar las terapias familiares, pieza básica en la ejecución de las medidas. A tal fin, cuando se solicite el alejamiento, ya como medida autónoma, ya como regla de conducta de la libertad vigilada, deberá simultáneamente interesarse que en la resolución acordándolo se haga constar la posibilidad de los contactos del menor con la familia cuando los técnicos encargados de la ejecución los consideren convenientes para el desarrollo de terapias familiares.

9º La aplicación de la medida cautelar de internamiento, especialmente en su modalidad de cerrado, habrá de restringirse conforme a 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.

10º La víctima de violencia doméstica en el proceso penal de menores tendrá derecho a estar informada de los actos procesales –y por ende de la adopción de medidas cautelares y de su cese- cuando puedan afectar a su seguridad.

11º Si el menor es detenido, su declaración no deberá tener lugar con asistencia de sus representantes legales (art. 17.2 LORPM), si éstos son los denunciadores, pues concurriría una situación de flagrante conflicto de intereses, debiendo suplirse tal asistencia conforme a las vías ordinarias.

12º No cabrá aplicar el desistimiento del art. 18 LORPM, teniendo en cuenta que normalmente concurrirá violencia o intimidación, -lo que ya excluye la posibilidad de su utilización- y además a la vista de que en estos casos precisamente es la corrección en el ámbito familiar la que falla estrepitosamente.

13º Cabrá, residualmente y en los supuestos de menor entidad, aplicarse una reparación extrajudicial pues, acompañada de algunas obligaciones para el menor, en supuestos con pronóstico favorable, puede ser una solución idónea, siempre susceptible de ser revocada si el denunciado incumple sus obligaciones. En todo caso, tal solución deberá ir precedida y avalada por un riguroso estudio de la situación familiar.

14º Si los denunciadores-testigos son los progenitores del menor contra el que se dirige el procedimiento, no podrán estar presentes desde el inicio de la audiencia como acompañantes y representantes del menor (art. 35.1 LORPM), sino que habrán de aguardar fuera de la sala hasta tanto depongan como testigos.

15º Cualquiera que sea la medida que se imponga, puede ser combinada con la de privación de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas.

16º En la mayoría de los supuestos, los menores maltratadores no suelen cometer actos delictivos fuera de su entorno familiar, por lo que generalmente será aconsejable acudir a medidas no privativas de libertad como la convivencia con grupo familiar o educativo, libertad vigilada o alejamiento, siendo adecuado para muchos de estos supuestos complementar tales medidas con la de tratamiento terapéutico de tipo ambulatorio. A tales efectos debe recordarse que tras la reforma 8/2006 no existen obstáculos para imponer mas de una medida por un mismo hecho.

17º La experiencia demuestra que este tipo de menores requieren recursos específicos para su educación y socialización. En los supuestos de carencia de tales recursos, sin perjuicio de optar por utilizar alguna alternativa avalada por el Equipo Técnico, habrán de ser puestos en conocimiento del Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma, a fin de que se practiquen las gestiones precisas ante las autoridades respectivas para subvenir a las necesidades detectadas (art. 18.3 EOMF). En caso de que las gestiones sean infructuosas, tales deficiencias habrán de comunicarse al Fiscal de Sala Coordinador de Menores.

18º No deberá solicitarse la medida de convivencia con grupo educativo por un período de tiempo inferior a diez o doce meses. Será especialmente conveniente que se solicite junto con la medida de convivencia la de libertad vigilada, a ejecutar tras la finalización de la primera. Si el menor pasa, al finalizar la medida, sin un período transitorio o adaptativo, a integrarse de nuevo en su familia, núcleo donde precisamente se ha generado el conflicto, el riesgo de reincidencia se incrementa. La LORPM atribuyó una nueva función a

la libertad vigilada, al concebirla como un último período de la medida de internamiento, partiendo de que no es conveniente que el menor se enfrente directamente a la vida en libertad sin ningún tipo de apoyo o de control. Se configura este segundo período como un puente o un tránsito controlado desde el internamiento hasta la plena reincorporación a su entorno. Este mismo esquema, *mutatis mutandis* sería aplicable a la medida de convivencia en grupo educativo, pues es conveniente contar, al finalizar la misma, con un refuerzo educativo a través de la libertad vigilada en orden a facilitar la más eficaz socialización del menor en el seno familiar.

19º Debe partirse de la conveniencia de que los programas individualizados de ejecución de las medidas impuestas tengan presente la peculiaridad del delito cometido de modo que se orienten a respuestas educativas o a terapias proyectadas sobre las relaciones familiares. Las Sras./Sres. Fiscales habrán de promover tales inclusiones en los programas individualizados y habrán de controlar con rigor la efectiva ejecución conforme al programa.

20º Si del informe final de ejecución previsto en los art. 53 LORPM y apartado 5 del art. 13 del Reglamento 1774/2004, de 30 de julio se desprendiera que el menor sigue incurso en los factores de riesgo que le llevaron a cometer actos de violencia doméstica o, tales circunstancias habrán de ser comunicadas por el Juzgado a la víctima, a los efectos de que la misma pueda adoptar las medidas de autoprotección que estime oportunas.

En estos supuestos de pronóstico negativo, en tanto en cuanto pueden tener impacto en la estructura familiar, generando cuanto menos una situación de riesgo, habrá también de activarse el mecanismo previsto en el art. 53.2 LORPM, comunicando la situación a la Entidad Pública de Protección de Menores.

En razón de todo lo expuesto, con el propósito de abordar eficazmente la problemática derivada de la comisión por menores de delitos de malos tratos contra sus ascendientes, las Sras. /Sres. Fiscales se atenderán en lo sucesivo a las prescripciones de la presente Instrucción.

Madrid, a 23 de julio de 2010
EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO

**EXCMOS. E ILMOS. SRES. FISCALES SUPERIORES Y FISCALES JEFES
PROVINCIALES.**