

## Los jóvenes maltratadores ante la justicia. El papel de la Fiscalía

El **Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal**, en la redacción dada por la Ley 14/2003 atribuye al Fiscal la función de ejercer en materia de responsabilidad penal de menores las funciones que le encomiende la Ley “debiendo orientar su actuación a la satisfacción del interés superior del menor”. Este inciso, pone de relieve el especial cuidado del legislador en dejar claro desde el primer momento cuál ha de ser el norte del Fiscal en estos procedimientos. Ello se ve reforzado por la reforma llevada a cabo en el año 2006 de la **LORPM** que otorga al Fiscal múltiples cometidos.

El menor puede ser sujeto activo de delitos de violencia de género y de **violencia doméstica**. Esta última se desarrolla en el ámbito intrafamiliar con cualquiera de los miembros de la unidad familiar (progenitores, ascendientes, hermanos...), mientras que en el ámbito estricto de los menores, **la violencia de género** se circunscribiría a aquellas conductas delictivas reguladas en el artículo 1 de la L.O 1/04 de 28 de diciembre que un menor varón cometa respecto de una mujer con la que mantenga o haya mantenido relaciones afectivas, independientemente de la edad que ésta tenga.

La reforma de la LORPM operada por LO 8/2006, incorpora una nueva medida al catálogo general. En efecto, regula **el alejamiento** o la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez.

**Palabras clave:** Ministerio Fiscal, violencia doméstica, violencia de género, alejamiento, responsabilidad penal.

### SUMARIO:

- I) LA FUNCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL.
- II) LEGISLACIÓN REGULADORA DE LOS MENORES: LEY ORGÁNICA 5/2000, DE 12 DE ENERO Y LEY ORGÁNICA 8/2006, DE 4 DE DICIEMBRE, POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY ORGÁNICA 5/2000, DE 12 DE ENERO, REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES.
- LA FUNCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL
- III) EL MENOR COMO SUJETO ACTIVO DE LOS DELITOS DE MALTRATO
- IV) EL MENOR COMO SUJETO ACTIVO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO
- V) EL MENOR COMO SUJETO ACTIVO DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA.

### I) La función del ministerio fiscal

El Fiscal, se ha dicho, es el defensor de la Sociedad, encarnando ante la jurisdicción la defensa de los derechos fundamentales, actuando como *custos legis*, al velar por el cumplimiento de la Ley, como *patronus libertatis* al actuar en defensa de los derechos fundamentales y como *defensor communitatis*, cuando enarbola como propio ante la Administración de Justicia el interés público y social. El Fiscal es, pues, institucionalmente,

defensor de los derechos de todos los ciudadanos, pero en tanto es encargado de cuidar del funcionamiento eficaz de los mecanismos de protección de los menores, es con especial intensidad defensor de los derechos de los éstos.

Si las funciones que la Constitución atribuye al Fiscal son todas de enorme calado ético, no puede por menos considerarse que, dentro de las que se inscriben en la promoción de los derechos de los ciudadanos y en la satisfacción del interés social, las más sensibles y necesarias son las relacionadas con los menores, toda vez que éstos, por propia definición, necesitan de otros para obtener amparo. Esta función es tradicional del Fiscal. Ya el Estatuto de 1926 le atribuía la representación y defensa de los menores. El Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal expresamente confiere al Fiscal la función de intervenir en los procesos civiles que determine la Ley cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación. Puede también decirse que el Fiscal, en este ámbito, es el “abogado de oficio” de los menores. Es sin duda el más noble cometido que el ordenamiento atribuye al Fiscal, al que además le impone el mandato de guiarse siempre por el superior interés del menor.

La Ley Penal del Menor, que otorga al Fiscal múltiples cometidos, antes que ninguna otra impone al mismo la obligación de velar por la defensa de los derechos que a los menores reconocen las leyes. El Estatuto Orgánico, en la redacción dada por la Ley 14/2003 atribuye al Fiscal la función de ejercer en materia de responsabilidad penal de menores las funciones que le encomiende la Ley “debiendo orientar su actuación a la satisfacción del interés superior del menor”. Este inciso, pone de relieve el especial cuidado del legislador en dejar claro desde el primer momento cuál ha de ser el norte del Fiscal en estos procedimientos.

Por tanto, en el Derecho Penal Juvenil, el Fiscal habrá de realizar un esfuerzo para cohonestar sus funciones de investigación y de postulación de medidas con sus funciones como *patronus libertatis* del menor y habrá de tener siempre presente la filosofía que inspira a la Ley: la apuesta por la imposición de medidas preferentemente en medio abierto, con aplicación restrictiva de las medidas privativas de libertad, la utilización de las alternativas al proceso formalizado (mediación, reparaciones extrajudiciales), el uso inteligente del principio de oportunidad y el respeto al derecho del menor a un proceso con todas las garantías. El Fiscal habrá de postular siempre en la fase de ejecución el fin último de la recuperación del menor infractor y la aplicación de las medidas previstas con una orientación educativa. Ya lo dijo Pitágoras: “educad a los niños y no será necesario castigar a los hombres”. El gran jurista Beccaría, en su inmortal Tratado “De los delitos y de las penas” afirmó que “finalmente, el más seguro, pero más difícil medio de evitar los delitos, es perfeccionar la educación”.

El fin último de la Legislación penal de menores será, pues, el de rehabilitar al menor infractor, conforme a su interés. Como desde el ámbito universitario se ha dicho con acierto “si no creemos en la reeducación de los menores es que no creemos en la condición humana”. Dentro de la salvaguarda de los derechos fundamentales de los menores, los cometidos del Ministerio Fiscal son amplios: Si repasamos las Memorias de la Fiscalía General del Estado de los últimos años, podremos constatar los esfuerzos que en el cumplimiento de este cometido emplea el Fiscal: promoción y seguimiento de medidas,

tratamiento de menores con enfermedades psíquicas, lucha contra el absentismo escolar, visitas periódicas a Centros de protección (visitas que distan mucho de ser meramente protocolarias y así, en ocasiones se ha llegado por el Fiscal a instar la clausura de alguno de ellos por no reunir las condiciones mínimas), visitas a Instituciones Penitenciarias para comprobar la situación de los menores ingresados con sus madres, protección de menores extranjeros no acompañados, protección de menores utilizados para la mendicidad, tratamiento de los problemas del menor maltratador, del menor drogadicto, lucha contra la victimización secundaria del menor en el proceso penal etc etc.

## **II) Legislación reguladora de los menores: Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero y Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. La función del ministerio fiscal**

Desde los años 70, y principalmente durante los años 80, se fue produciendo un cambio de percepción hacia la realidad de la infancia y la juventud y su protección jurídica y social. Las Reglas de Beijing (Pekín), la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 17 de septiembre de 1987 y, sobre todo, la Convención de Derechos del Niño de 1989 (RCL 1990, 2712), constituyen la expresión normativa, de ámbito internacional, de este cambio de concepción. En estos textos se parte del principio básico de que el menor de 18 años “denominado niño por la Convención” es un sujeto de derechos, no un objeto de tutela.

Consecuentemente, se reconoce al niño un mayor ámbito de autonomía, una mayor posibilidad de autodeterminación. En el ámbito del tratamiento de las infracciones penales de los niños y jóvenes, se fue produciendo el “desmantelamiento de los presupuestos ideológicos de los Tribunales para Menores surgidos al inicio del presente siglo”, como consecuencia de esta nueva concepción plasmada en textos internacionales, del desarrollo de perspectivas críticas respecto a los efectos reales del sistema penal en la sociedad y sobre los individuos, de la consolidación de la ideología del Estado del Bienestar y un efectivo nivel de protección social, y de las tendencias a la descentralización y desinstitucionalización

Transcurridos más de cinco años desde la entrada en vigor de la LO 5/2000, de 12 de enero, *reguladora de la responsabilidad penal de los menores* (en adelante, LORPM), se produjo la primera reforma en profundidad del sistema de justicia juvenil en España, tras la aprobación de la LO 8/2006, de 4 de diciembre.

El gran calado de la referida reforma, unido a la experiencia aplicativa acumulada a lo largo de estos años, exigió el dictado de una nueva Circular de la FGE, que manteniendo en lo no expresamente incompatible los criterios sentados en la Circular 1/2000, de 18 de diciembre, *relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000* abordara la exégesis de la nueva regulación y, en lo necesario, se introdujeran pautas interpretativas adicionales. La necesidad de una nueva toma de posición de la Fiscalía General del Estado en relación con la responsabilidad penal de los menores deriva, no sólo de la reseñada reforma 8/2006, sino también de la anterior modificación operada por LO 15/2003 así como de la aprobación del

Reglamento de desarrollo de la Ley, regulado por Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio.

Las últimas reformas colocan en un primer plano los intereses de las víctimas, quizás hasta ahora preteridas o eclipsadas por el papel estelar que al superior interés del menor se reconoce en esta jurisdicción especializada.

Por otro lado, se introdujeron importantes modificaciones en la regulación de las medidas, orientadas hacia un incremento de las posibilidades sancionadoras, si bien matizado por el mantenimiento de un gran margen de decisión en manos del Juez. Se concretaron en este punto las pautas contenidas en la disposición adicional sexta introducida en la LORPM por la LO 15/2003.

Finalmente se modificó radicalmente el tratamiento procesal de la acción civil, inspirado en el sistema de acumulación de acciones bien que combinado con el mantenimiento aunque funcionalmente restringido- de la pieza de responsabilidad civil.

La reforma de la LORPM operada por LO 8/2006, contiene ciertos logros como son la mayor información y protección a las víctimas y perjudicados (art. 4), el nuevo catálogo de medidas imponibles por faltas (art. 9.1), el nuevo sistema de designación de Letrado en la Fiscalía (art. 22.2), una mejor regulación de las medidas, sus reglas de determinación y duración (en especial, el supuesto de pluralidad de infracciones -arts. 7, 9, 10, 11, 12 y 47), el tratamiento de los mayores de edad (art. 14), la ampliación del plazo máximo de duración de las medidas cautelares (art. 28), el nuevo régimen de responsabilidad civil (art. 64) o la nueva regulación del recurso de casación para unificación de doctrina (art. 42).

De las novedades en la regulación de las medidas, merece destacar, en el ámbito de este artículo, la medida de Alejamiento, que, junto con el internamiento en régimen semiabierto y las prestaciones en beneficio de la comunidad, constituyen los principales cambios.

### **La novedosa medida del Alejamiento**

La reforma de 2006 incorpora una nueva medida al catálogo general. En efecto, la letra i regula la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez.

*Por lo que respecta a su contenido esta medida 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 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.*

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 ya tuvo ocasión de pronunciarse sobre la aplicabilidad de esta medida por medio de las reglas de conducta de la libertad vigilada.

Deben analizarse varias cuestiones en relación con el ámbito objetivo, el ámbito subjetivo y el contenido de la medida.

En cuanto al ámbito objetivo, la medida puede imponerse tanto frente a hechos constitutivos de delito, como frente a hechos constitutivos de falta, si bien en este último supuesto la duración de la misma no podrá exceder de seis meses, conforme a lo dispuesto en el art. 9.1 LORPM.

No existen otros límites objetivos para su imposición, derivados del *nomen* o naturaleza del delito o falta cometido. Habrá no obstante de tenerse en cuenta el listado de delitos a los que conforme al art. 57 CP es aplicable la pena homónima, de acuerdo con la cláusula de supletoriedad contenida en la Disposición Final 1ª LORPM. Recordemos que este precepto se refiere a delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente y que dentro de la parte especial, el art. 578 prevé también la posibilidad de imponer esta medida para delitos de enaltecimiento del terrorismo y humillación de sus víctimas. Como regla general, pues, la medida solo podrá imponerse frente a estos delitos y frente a las correlativas faltas.

En lo tocante al ámbito subjetivo, la flexibilidad es la nota distintiva: la medida puede imponerse con relación a la *víctima* o *con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez*. Esta gran amplitud debe entenderse acotada en primer lugar por la necesidad de que la propia dinámica comisiva revele un *periculum* en relación con la concreta persona que va a ser objeto de protección (sea víctima, familiar o tercero) y en segundo lugar por la necesidad de que las personas protegidas (que pueden ser una o varias) queden en todo caso determinadas en la sentencia.

En cuanto a los contenidos de la medida, conforme al art. 7.1 i) puede consistir en la prohibición de acercamiento y en la prohibición de comunicación. La primera modalidad implica impedir al menor acercarse a las personas determinadas en la sentencia, 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 segunda modalidad supone impedir al menor establecer con las personas predeterminadas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual.

A la hora de imponer la medida pueden modularse sus contenidos, de manera que cabrá imponer simultáneamente la prohibición de aproximación y de comunicación o solamente una de las dos modalidades.

No se contempla como contenido de esta medida una de las posibilidades de la pena homónima. En efecto, el art. 48 CP recoge como una de las modalidades de alejamiento la privación del derecho a residir en determinados lugares.

No obstante, si por las concretas circunstancias concurrentes se estima conveniente este contenido, cabrá aplicarlo a través de la imposición de la medida de libertad vigilada, adoptando una regla de conducta que se ajuste a estos perfiles, pues expresamente se prevén como posibles reglas de conducta la prohibición de acudir a determinados lugares, establecimientos o espectáculos (art. 7.1 h 3ª), la prohibición de ausentarse del lugar de residencia sin autorización judicial previa (art. 7.1 h 4ª), la obligación de residir en un lugar determinado (art. 7.1 h 5ª), la obligación de comparecer personalmente ante el

Juzgado de Menores o profesional que se designe, para informar de las actividades realizadas y justificarlas (art. 7.1 h 6ª) y cualesquiera otras obligaciones que el Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, estime convenientes para la reinserción social del sentenciado, siempre que no atenten contra su dignidad como persona (art. 7.1 h 7ª).

En el caso de que se opte por imponer una medida de alejamiento en protección de los familiares del menor, habrá desde el primer momento de conjurarse el riesgo de que la ejecución de la misma genere una situación de desprotección del menor. Para ello habrá de darse debido cumplimiento al inciso previsto tanto para el alejamiento como para la libertad vigilada, conforme al que *si esta medida 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.*

### III) El menor como sujeto activo de los delitos de maltrato

Según el DRAE (Diccionario de la Real Academia Española), “Joven” se define como: “de poca edad; persona que está en la juventud”. Y “Juventud” como “la edad que se sitúa entre la infancia y la edad adulta”.

Cuando hablamos de maltrato es preciso circunscribir el ámbito en el que éste se produce. Diferente es que este se produzca en el ámbito de la familia, que vendríamos en denominar “violencia intrafamiliar” o “violencia doméstica”, de aquel que se produce en el ámbito concreto de una relación afectiva, y que a partir de la LOMPIVG venimos en denominar “violencia de género”. La expresión “violencia de género» es la traducción del inglés «gender-based violence» o «gender violence», expresión difundida a raíz del Congreso sobre la Mujer celebrado en Pekín en 1995 bajo los auspicios de la ONU. Con ella se identifica la violencia, tanto física como psicológica, que se ejerce contra las mujeres por razón de su sexo, como consecuencia de su tradicional situación de sometimiento al varón en las sociedades de estructura patriarcal. El legislador español circunscribe, sin embargo, el concepto de violencia de género a los hechos delictivos que se producen en el ámbito de una relación afectiva entre agresor y víctima, de pasado o de presente. Siendo los jóvenes potenciales autores de cualquier clase de violencia, es preciso aclarar que en el ámbito de la violencia doméstica, la violencia tanto puede ser ejercida por un hombre como por una mujer, mientras que en la violencia de género el sujeto activo de la infracción penal será siempre un hombre.

Hecha esta aclaración que creemos esencial antes de abordar la situación del joven maltratador ante la justicia, desde el punto de vista de la Fiscalía, hemos de decir que puesto que el concepto de violencia de género es relativamente reciente ( año 2005, entrada en vigor de la LO 1/04), la Fiscalía se ha venido ocupando con mayor dedicación en la violencia doméstica ejercida por los jóvenes o por los menores.

Los menores pueden ser sujetos activos del maltrato doméstico, tanto cuando lo dirigen contra sus progenitores, como cuando lo hacen contra sus parejas, tanto en relaciones formalizadas como no formalizadas. Debe por lo demás recordarse que conforme al art. 48.2 CC puede contraer matrimonio el menor con dispensa a partir de los catorce años.

Desgraciadamente, la problemática de los malos tratos familiares se ha extendido de forma aguda a los menores de 18 años, de forma que también en el ámbito del proceso penal de menores se ha sentido la necesidad de arbitrar mecanismos de protección cautelar de las víctimas. Las Memorias de la Fiscalía General del Estado ponen de manifiesto la preocupante deriva que está experimentando este fenómeno.

La Consulta de la Fiscalía General del Estado 3/2004, de 26 de noviembre subraya 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. Tampoco, desgraciadamente, son desdeñables los casos de malos tratos de jóvenes hacia sus compañeras sentimentales”*.

Acerca de actuaciones sobre menores en prevención de la violencia de género o familiar, distinguiendo ambas en función de si se dan en el ámbito de la pareja o son intrafamiliares, se estima que más que medidas de alejamiento, que pueden ser puntualmente necesarias y eficaces en determinados casos más graves, se debe optar por un tratamiento más completo, que procure la integración del menor en su ámbito familiar y por ello que tenga en cuenta no sólo la intervención sobre el menor sino también con su familia, de forma que pueda restablecerse la convivencia familiar u otra rota por la violencia.

Es una constante de la Fiscalía el resaltar que el cumplimiento de su misión constitucional, magistralmente dibujada en el artículo 124.1 de la Constitución Española, no sólo se proyecta en el campo de la represión del delito sino, lo que resulta más importante, en el de su prevención.

Desde este punto de vista, la lucha contra la violencia de género así como la violencia doméstica o familiar, por sus características singulares donde resalta en la segunda citada como elemento nuclear el conflicto intrafamiliar, requiere respuestas más allá de los patrones tradicionales que en el campo del Derecho Penal han ido acuñando la respuesta clásica ante el delito: la sanción individual y aislada al agresor.

Por el contrario, en estos delitos de violencia de género o doméstica, sobre todo por su componente interrelacional, la eficacia de la respuesta penal exige cuando sea posible y según la posición que ocupe cada uno de sus protagonistas (v. gr. autores o víctimas) una ampliación a todos ellos, que permita la solución del conflicto.

En este orden de ideas, ante el fenómeno común de la delincuencia de género o doméstica y atendiendo a las necesidades inexcusables de la Justicia que supone la aplicación de la Ley al caso concreto, es necesario tener en cuenta las siguientes consideraciones para que los Fiscales actúen con eficacia sobre los menores en prevención de esta lacra social, una vez constatada científicamente la correlación generacional del maltrato familiar.

Frente al problema de los menores maltratadores en el ámbito de la violencia de género o doméstica, la LORPM ofrece numerosos recursos educativos encaminados a la reforma de la conducta delictiva de estos menores.

En especial, hay que resaltar el amplio abanico de soluciones jurídicas que pretenden adaptarse a las circunstancias del caso y a sus protagonistas, sin

cuyos parámetros difícilmente se haría justicia y, sobre todo, se solucionaría el problema.

De igual modo, de no ser por esta pluralidad de soluciones legales, difícilmente se satisfaría la protección del superior interés del menor, en el que se integra la defensa social, que es el gran criterio hermenéutico que debe regir todas las actuaciones en materia de protección de menores, en la que se incluye también su reforma o corrección educativa penal, según la normativa internacional cristalizada en la Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, sobre los Derechos del Niño, ratificada por Instrumento de 30 de noviembre de 1990, y el artículo 39.4 de la Constitución Española.

Esta amplitud de respuestas educativas de la LORPM abarcan todas las fases del procedimiento penal de menores, desde cuando se inicia su investigación a la de ejecución de la medida impuesta, si a aquélla hubiere lugar.

#### **IV) El menor como sujeto activo de la violencia de género**

Partiendo de esta distinción fundamental establecida anteriormente para poder abordar el tratamiento de la violencia, en el ámbito estricto de los menores, la violencia de género se circunscribiría a aquellas conductas delictivas reguladas en el artículo 1 de la L.O. que un menor varón cometa respecto de una mujer con la que mantenga o haya mantenido relaciones afectivas, independientemente de la edad que ésta tenga.

Por ello el citado artículo 1 dice que" La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.

*2. Por esta Ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a sus víctimas.*

*3. La violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad."*

#### **Consecuencias de la entrada en vigor de la L.O.8/2006 de 4 de diciembre, que modifica la L.O.5/2000 de 12 de enero.**

La Exposición de Motivos de la nueva ley destaca como las estadísticas revelan un aumento considerable de delitos cometidos por menores, lo que ha causado gran preocupación social y ha contribuido a desgastar la credibilidad de la ley y ha generado una cierta sensación de impunidad.

Si hubiera que resaltar un aspecto destacado de la nueva regulación de responsabilidad penal de los menores, sería la de reforzar la atención a las víctimas y perjudicados.

Además de derechos tan importantes como del derecho de información (art. 4, 1º, 2º y 5º), o la obligación expresa de que el Mº Fiscal y el Juez deberán velar en todo momento por el derecho de las víctimas y de los perjudicados por las infracciones cometidas por los menores, en la materia de violencia de

género y doméstica, se regula expresamente algo que ya contemplaba el C. Penal y la L.E.Crim. en supuestos en que el sujeto activo de estos delitos fuese mayor de edad, es decir, la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares que determine el Juez. (art. 48 C.P. y 544 Bis L.E.Crim), tanto como pena accesoria y como medida cautelar, ya abordada en el apartado anterior

Estas medidas suponen un medio eficaz para proteger a las víctimas imponiendo el distanciamiento físico entre el agresor y sujeto pasivo, tratando de evitar nuevos ataques a los bienes jurídicos protegidos.-

Junto con las medidas o reglas de conducta contempladas en el art. 7.1º, 4, 2º de la L.O.R.P.M. tendentes a la educación de los menores infractores en pautas de igualdad y de no violencia, -aspecto esencial para evitar nuevas agresiones y en consecuencia nuevas víctimas- se encuentra regulada la concreta medida de alejamiento o de prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que el Juez determine. (art. 7, i).

Junto con estas medidas prescritas para el infractor sentenciado, la ley incorpora la posibilidad de que estas mismas medidas sean adoptadas como medida cautelar, (art. 28.1) sin necesidad de interpretación alguna.

#### **Hablando de prevención:**

Independientemente de la regulación procesal y penal sobre delitos o faltas cometidas por menores, y la correlativa protección de las víctimas, lo importante para evitar que se produzcan estos comportamientos delictivos es conseguir un cambio en el modelo social avanzando en la igualdad de derechos entre todos los ciudadanos, independientemente del sexo.

Por ello es oportuno destacar el Plan Nacional de Sensibilización y Prevención de la Violencia de Género que se ejecutó en los años 2007 y 2008.

El mencionado Plan aprobado por el Consejo de Ministros el día 15 de Diciembre de 2006, contemplaba que era una tarea primordial a la hora de erradicar la violencia, la igualdad entre hombre y mujeres y el respeto a los derechos y libertades desde la infancia hasta la educación de adultos.

En este sentido, el Plan introduce tanto la coeducación en todos los niveles mínimos de la enseñanza como la revisión de los contenidos de los libros de texto y materiales didácticos, lo que repercutirá sin lugar a dudas en que los episodios de violencia de género en donde intervenga un menor como agresor, será un suceso aislado.

#### **Memoria de la FGE año 2007**

Por lo que se refiere específicamente a la violencia de género no se ha observado en general un incremento de este tipo de conductas en el último año. Para la Fiscalía de Tenerife los delitos de esta naturaleza suelen ser cometidos por jóvenes próximos a la mayoría de edad, con lo cual, con independencia de la medida que finalmente resulte impuesta, se entiende fundamental la labor de prevención, pues estos jóvenes, sin una adecuada intervención, reproducirán estos comportamientos ya en el ámbito de la jurisdicción ordinaria. A tales efectos, desde la Sección se está haciendo

especial hincapié en informar a los jóvenes de las consecuencias penales que los delitos de violencia de género van a tener una vez alcancen la mayoría de edad. También la Fiscalía de Córdoba destaca que no son numerosos los delitos relativos a la violencia de género, si bien en ellos se establece una relación muy excluyente, donde la desconfianza y dependencia provoca situaciones graves. La Fiscalía de Sevilla, partiendo de que efectivamente aún no son frecuentes los casos de violencia de género en la Jurisdicción de Menores, se va detectando un aumento año tras año, constatando que no es suficiente la medida de alejamiento, sino que ésta debe ir acompañada de un programa, de acuerdo con la finalidad educativa que deben tener todas las medidas contempladas en la Ley. También constata la Fiscalía Provincial de Huelva que el número de supuestos no es relevante, aunque sorprende que en todos los casos se confirman los roles que aparecen en los mayores de edad: machismo, celos enfermizos, intento de sometimiento de la pareja, etc. Como ejemplo, en el expediente 54/2007, un joven le dijo a su novia, a la que había agredido físicamente, en su intento de justificarse, que la respuesta lógica de cualquier hombre “que se considerara tal” hubiera sido la misma, la de la agresión, ante los reproches verbales que la menor le dirigió.

La Fiscalía de Barcelona expone que en 2007 ya no se ha seguido la exégesis de 2005, cuyo máximo exponente era un auto de 8 de agosto de 2005, donde se dejó sin medida cautelar a un menor, pese a reconocer que lo necesitaba, en un supuesto de violencia de género, porque “la relación de noviazgo entre dos menores de edad no puede equipararse a una relación matrimonial o de hecho entre dos adultos,” olvidando que en España las personas pueden casarse a partir de los 14 años.

## V) El menor como sujeto activo de la violencia doméstica

La Memoria de la FGE del año 2007, recoge de forma pormenorizada la realidad del maltrato cometido por los menores en el ámbito familiar. A continuación se transcribe su contenido, indicando la problemática y experiencias de las distintas Fiscalías Provinciales, que, sin duda, aportan valiosa información acerca de este fenómeno.

“Numerosas Fiscalías constatan el aumento de esta tipología delictiva (Bilbao, Tenerife, Granada, Navarra, Zamora, Alicante Asturias, Las Palmas, Murcia, Sevilla) que en algún caso llega a calificarse de alarmante (Fiscalía de Málaga)

En este aspecto es preciso destacar las dificultades observadas a la hora de elegir la medida más conveniente al interés del menor, dado que se trata de menores que sólo delinquen en el ámbito familiar y, además suelen ser primarios. La necesidad de contar con medidas cautelares y definitivas especialmente diseñadas para estos menores es esencial. La falta de recursos específicos puede llevar a la disyuntiva de dejar al menor en libertad, en el seno familiar que está dañando, o internarlo en un centro de menores de reforma, recurso generalmente no adecuado para este tipo de menores, que no suelen cometer más delitos que los de maltrato en el ámbito familiar. En este sentido, expone la Fiscalía Provincial de Ciudad Real que el ingreso en Centro de Reforma puede contaminar la personalidad del menor y agravar el problema.

Se ha optado en la mayor parte de los casos por la medida de convivencia con grupo educativo. Dicha medida permite extraer al menor del hogar

familiar, a fin de evitar la reiteración de conductas y lograr la protección de las víctimas, así como la imposición de una orden de alejamiento. (Fiscalía de Tenerife). La Fiscalía Provincial de Jaén también opta en la mayoría de los casos como mejor medida, tanto cautelar como definitiva, por la de convivencia con grupo educativo, acudiendo al internamiento en régimen semiabierto sólo en los casos de mayor gravedad. La Fiscalía Provincial de Granada también destaca, para los casos en que se ha hecho inevitable extraer al menor del núcleo familiar, que es a su vez el núcleo de conflicto, la convivencia con grupo educativo como respuesta más coherente y unitaria al problema. Igualmente se decantan por la utilización de este recurso las Fiscalías de Salamanca, León y Córdoba, aunque estas últimas utilizan además la libertad vigilada con intervención de los Equipos de tratamiento familiar.

La Fiscalía de Sevilla entiende que en los casos en que es posible, para evitar la institucionalización del menor maltratador se recurre a la familia extensa y, cuando ésta no se quiere hacer cargo, lo que sucede frecuentemente, se utiliza el recurso de los pisos de convivencia tutelados por la Dirección General de Reforma Juvenil, y sólo en los casos extremos es cuando se solicita el internamiento en un centro de reforma. Hay muchas denuncias donde lo que se describen son problemas de conductas disociales de los menores pero sin contenido delictivo: no asistencia a los centros de enseñanza, no acatamiento de los horarios establecidos por los progenitores, ausencia absoluta de disciplina en el cometido de tareas en el seno del hogar etc... En estos casos en que lo que se pone de manifiesto es una quiebra del principio de autoridad de las figuras parentales, y en tanto no pueden ser tratados desde esta jurisdicción, son derivados a los organismos de protección oportunos, evitando en la medida de lo posible la criminalización de estos menores.

Por ello, en las provincias en las que no se cuenta con la medida de convivencia, los Fiscales vienen reclamando su puesta en funcionamiento (Fiscalía Provincial de Ciudad Real) o la ampliación de las plazas existentes, especialmente para chicas (Fiscalía de Almería).

La Fiscalía de Huelva informa que los pisos de convivencia se están revelando como un medio muy eficaz para luchar contra este tipo de violencia. Cuando se comprobó la imposibilidad de articular la medida de convivencia con otro grupo familiar, al rechazar la familia extensa el acogimiento de menores con esta problemática en su seno, se establecieron en la Comunidad de Andalucía los llamados pisos de convivencia, recursos residenciales a medio camino entre la libertad y el internamiento en centro. Hay pisos de chicos y pisos de chicas, existiendo uno con ocho plazas para chicos en la provincia de Huelva. En los mismos, integrados en la vecindad, residen de manera habitual los menores, creándose un nuevo grupo familiar entre ellos y los educadores. Normalmente, a su ingreso, hay un período de observación de quince días sin salidas y sin permisos, y después se establece un programa de actividades en las que se incluye la educación reglada, ya sea educativa o formativa, y el tratamiento psicológico adecuado a la problemática del menor, en el que también se integra posteriormente al núcleo familiar. Los menores ingresados en este tipo de pisos en ningún caso han reincidido. El éxito también radica en la inmediata atención que se dedica a estos casos de maltrato en el ámbito familiar. Tras la denuncia inicial, que normalmente se realiza en Fiscalía por los progenitores, se cita de manera inmediata al menor a declarar como imputado. Salvo que en ese

momento se solicite una medida cautelar por la gravedad de los hechos, se les concede una nueva oportunidad a los menores, haciendo hincapié en el comportamiento que deben evitar y las consecuencias legales a las que se enfrentan. Si el menor vuelve a reincidir, se solicita la medida cautelar de ingreso en un piso de convivencia. El juicio normalmente se celebra con celeridad, y la medida que se le impone al menor es la de la continuación de la convivencia en el piso por el tiempo necesario, que normalmente es de 12 a 18 meses, para afianzar el proceso educativo iniciado. Una vez acabada la convivencia, el menor se reintegra a su ámbito familiar.

En algunas Comunidades se están poniendo en marcha programas específicos para afrontar este tipo de conductas (Fiscalía Provincial de Guipúzcoa). También en Asturias se ha creado por la Consejería de Justicia, en colaboración con Cruz Roja, el Programa de Terapia y Orientación Familiar con Menores, tratándose de un recurso específico indicado para abordar los casos menos graves o incipientes de maltrato familiar, mediante una intervención tanto con el menor como con la propia familia, con medidas educativas, psicoterapia y actuaciones de orientación y apoyo. La Fiscalía de Coruña informa que se continuó desarrollando el programa “Intervención con Menores Maltratados de sus padres”, llevado a cabo por el Departamento de Psicología de la Facultad de Sociología de la Universidad de A Coruña, realizándose a finales del mes de junio dos talleres de formación de formadores, llevados a cabo por profesores de psicología en el que participaron 92 personas entre personal de las Delegaciones Provinciales del Bienestar en el campo del menor y personal de las entidades colaboradoras, con el objetivo de formar a los profesionales en la aplicación de la técnica de desarrollo socio-moral.

Las Fiscalías aportan interesantes observaciones criminológicas sobre el perfil de estos menores.

Para la Fiscalía de Málaga llama la atención el respeto que los menores aún siguen manteniendo hacia la figura de los abuelos, ya que no obstante haberse cometido en ocasiones maltrato hacia los abuelos, lo ha sido en menor proporción que hacia la madre, pese a que en Andalucía, existen un buen número de menores (especialmente los menores sometidos a nuestra jurisdicción) a cargo de sus abuelos, en familias en las que ambos progenitores se encuentran en prisión cumpliendo condenas.

Esta misma Fiscalía observa que se trata de menores intolerantes a la menor frustración, hijos educados de manera permisiva, a quienes los padres les dan todo lo que ellos no tuvieron, y que suele dar lugar a un fuerte egoísmo que no admite negativas, prohibiciones, sacrificios o exigencias. Los enfrentamientos surgen cuando los progenitores intentan reprimir su conducta. En la gran mayoría de las ocasiones son las madres las que denuncian, con un gran cargo de conciencia, ya que se hacen responsables de lo que a partir de la denuncia le ocurra al menor; además en muchas ocasiones denuncian con la urgencia de que ese mismo día se les solucione el problema, viniendo a pedir que se ingresen a sus hijos en un centro, o incluso solicitando una medida de alejamiento para con el menor. En este punto la provincia de Málaga cuenta con un Centro de Convivencia que radica en la ciudad de Rincón de la Victoria, que goza de muy buenas instalaciones, y que cuenta con 8 plazas masculinas, en el que en la mayoría de las ocasiones ingresan menores por delitos de maltrato familiar. Muchos de estos menores han sido víctimas de agresión por parte de sus

progenitores, especialmente de su padre, o han sido testigos de esta violencia del padre hacia la madre... Llama poderosamente la atención en este tipo delictivo la alteración tan notable que se produce entre el número de menores chicos y chicas que intervienen como agresores, ya que por todos es bien sabido que la delincuencia juvenil es principalmente masculina, mientras que en este tipo de delito se produce una equiparación entre los chicos y las chicas. También la Fiscalía Provincial de Huelva refiere que se ha observado una incidencia superior en el maltrato cometido por mujeres, es decir, donde las autoras son las hijas y las víctimas los progenitores, especialmente las madres.

Para la Fiscalía de Almería, en la mayoría de los supuestos, se trata de una situación de violencia familiar prolongada en el tiempo y no denunciada por los padres hasta que la convivencia resulta del todo imposible por el carácter violento y agresivo de estos adolescentes. Generalmente, tiene su origen en una dejación de funciones por parte de los progenitores en su educación (teoría de la laxitud). Los padres adoptan hacia el menor una actitud sobreprotectora, sin buscar soluciones iniciales al problema conductual del menor, y al perdurar esta situación en el tiempo y devenir insostenible la convivencia con el mismo, deciden interponer la denuncia y pretenden obtener una solución inmediata a su problema, llegando incluso a abandonar al menor en dependencias policiales o en sede de la Fiscalía de Menores. En estos supuestos es imprescindible la intervención con el menor, pero también con su familia, siendo necesaria una mayor implicación de las familias y el sometimiento a programas de mediación familiar.

La Fiscalía de Navarra señala que prácticamente en todos los casos, se trata de menores insatisfechos con su vida, que consideran que sus padres tienen la obligación de satisfacer no ya sus necesidades sino sus caprichos y que no dudan en recurrir a la violencia física o psicológica para conseguir sus propósitos.

La Fiscalía Provincial de Cádiz también apunta el dato criminológico de que este tipo de delitos afecta a familias de todo tipo y condición, esto es, no sólo se comete en familias desestructuradas o con problemas de integración social, como se trataba hasta ahora en la mayoría de los casos, sino que también se producen casos de malos tratos en familias pudientes, desahogadas económicamente, bien estructuradas y organizadas. En muchos casos, la causa y origen de las amenazas y agresiones a los padres es un problema de consumo de drogas, sobre todo de drogas que causan grave daño a la salud. Para la Fiscalía Provincial de Las Palmas la explicación a tal fenómeno es variada, desde las carencias educativas, la inactividad, la drogadicción, el afán de consumismo exagerado, o el cambio hormonal, hasta la indudable mayor sensibilidad en la ciudadanía para denunciar este tipo de hechos. También la Fiscalía de Zaragoza apunta como factor criminógeno en estos delitos el consumo de drogas.

La Fiscalía Provincial de Cádiz (Algeciras) viene observando que en algunas ocasiones dichas denuncias aparecen ciertamente exageradas en sus términos, habiendo detectado que, sobre todo por parte de las familias disfuncionales, se utiliza esta vía para tratar de institucionalizar al menor aunque sea consiguiendo que se le interne en un centro de reforma a fin de quitarse el problema de casa.

La Fiscalía Provincial de Granada expone que ha comprobado que en estos casos, una vez denunciados por primera vez los hechos, en los períodos de

tiempo durante los cuales se prolongaba la tramitación del expediente, se acumulaban múltiples nuevas denuncias por maltrato al ser éste diario e incluso agravado por la impunidad del menor que veía que tras la denuncia su situación no se había modificado. Analizadas las causas, y conocidos desgraciadamente los efectos, se acordó la elaboración de un Protocolo de actuación en estos casos para dar prioridad a todas las diligencias que se incoaran por estos delitos. Este Protocolo se ha mantenido durante el año 2007 y el trabajo que normalmente se desarrolla en medio abierto con estos menores está siendo satisfactorio, fundamentalmente para los padres que han encontrado una respuesta rápida y eficaz a su problema. Se impone no obstante el realizar un seguimiento en mayor profundidad de las ejecutorias para verificar la inmediatez de la ejecución de la medida, cuya demora, en los casos en los que se ha optado por una medida definitiva y no cautelar, se dilata en el tiempo dando al traste con la labor anterior. Los asuntos se tramitan como preferentes y salvo que expresamente en la minuta se recoja lo contrario, implicará la inmediata declaración del menor, su examen por el Equipo Técnico correspondiente y la solicitud de medida cautelar, con celebración de la preceptiva audiencia ante el Juzgado de Menores, de forma que en un período de tiempo muy breve se haya dado respuesta judicial, al modo de la violencia de género en mayores, aunque con bastantes menos medios, a la solicitud formulada por los padres y se empiece a trabajar educativamente con toda la familia.

Desde el punto de vista cautelar, apunta la Fiscalía de Bilbao que es en los delitos de esta naturaleza donde se aprecia con mayor intensidad la necesidad de adoptar medidas desde que la causa entra en Fiscalía. Ello viene dado por la situación de deterioro de las relaciones familiares ya que la denuncia se utiliza como último recurso por parte de los padres. Para esta Fiscalía, en los casos que se acuerde el alejamiento pero no el internamiento en centro de reforma, la forma de plasmarlo en la petición de cautelar es interesar del Juzgado una libertad vigilada con obligación de residir en centro de protección o con otra persona distinta al familiar que interesa el alejamiento (comúnmente la madre). Hay que señalar que la medida de alejamiento no se ha adoptado en ninguna ocasión como medida aislada sino que va acompañada de aquellas otras que, dentro de los límites impuestos por el artículo 28 LORPM, se estiman adecuadas a las necesidades educativas del menor. Para la Fiscalía Provincial de Pontevedra del catálogo de medidas cautelares previstas las más utilizada en estos supuestos han sido la de libertad vigilada y la de convivencia con otra persona, familia o grupo educativo, aunque en esta provincia presenta el inconveniente de las dificultades que siempre plantea la Administración competente para encontrar una familia de acogida para el menor.

Desde otra óptica, la Fiscalía Provincial de Lérida apunta a que una de las respuestas más eficaces para solventar los conflictos en el ámbito familiar, es el proceso de mediación, que además de responsabilizar al menor, evita la confrontación entre las partes implicadas en el acto de la audiencia.

La Fiscalía de Zaragoza reseña que en el año 2007 se ha seguido utilizando un Protocolo *ad hoc*, habiendo aumentado las denuncias, ya que muchos psicólogos o psiquiatras de Zaragoza cuando constatan que la situación familiar de los padres y el menor está muy deteriorada recomiendan la denuncia en la Fiscalía de Menores con la finalidad esencial de controlar de una manera más efectiva al menor, sobre todo cuando hay problemas con las drogas y el menor no quiere colaborar para un efectivo abandono del consumo.

El Protocolo de la Sección de Menores de Zaragoza se integra en un circuito informativo-policial-educadores de la Diputación-Fiscal que está funcionando muy bien, pues los educadores realizan una labor encomiable para buscar puntos comunes en padres e hijos con terapias psicológicas comunes, tratamientos de desintoxicación de drogas, vuelta a las colegios, aprendizaje de oficios, tratamientos psicológicos, etc; y siempre partiendo de la consideración de que resulta muy traumático para los padres tener que llegar a denunciar a su propio hijo.

Para la Fiscalía de Cantabria, la nueva regulación penal de la violencia familiar, que ha elevado a la categoría de delito supuestos que antes quedaban reservados a las faltas, permite ahora adoptar con estos menores medidas mas rigurosas y una intervención mas inmediata y eficaz a través de medidas cautelares y definitivas que les sacan del entorno familiar. En cualquier caso, no puede olvidarse que estamos ante casos en los que adquiere máxima significación la doble función del Fiscal como titular del ejercicio de la acción penal y como garante de los derechos a la protección del menor.

Para la Fiscalía de Álava la experiencia demuestra que los padres que han solicitado como medida cautelar una orden de alejamiento respecto de su hijo, cuando son llamados para ratificar tal decisión, en la mayoría de los supuestos, se retractan y que se ha constatado que la derivación de estos temas a los servicios sociales obtiene un buen resultado”.

#### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

**ALGUNOS APUNTES PARA UNA FUTURA REFORMA DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL DE MENORES.** José Miguel de la Rosa Cortina. Fiscal Adscrito a Fiscal de Sala de Menores.

**LEGISLACIÓN REGULADORA DE LOS MENORES:** ley orgánica 5/2000, de 12 de enero y ley orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

**AYO FERNÁNDEZ, Manuel** “Las garantías del menor infractor” Thomson Aranzadi, 2004.

**DEL MORAL GARCÍA, Antonio,** ¿Para qué sirve un Fiscal? Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal IV-2003.

**URBANO CASTRILLO, Eduardo y DE LA ROSA CORTINA, José Miguel** “Comentarios a la LORPM” Aranzadi, 2001.

**CONSULTA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO 3/2004,** de 26 de noviembre.

**MEMORIA** de la FGE año 2007.

