

PROTECCIÓN Y CUSTODIA CAUTELAR DEL MENOR DE EDAD EXENTO DE RESPONSABILIDAD. UN ANÁLISIS PROFUNDO DEL ARTÍCULO 29 DE LA LORPM

Esther Valbuena García

Doctora en Derecho Procesal.

Profesora en ESIC y en el Centro Universitario Villanueva

RESUMEN:

Tras exponer brevemente los distintos tipos de medidas cautelares existentes en el ámbito de la responsabilidad penal de los menores de edad, la autora analiza con profundidad, y desde un punto de vista procesal, la protección y custodia cautelar de aquellos que padecen enajenación mental o se hallan inmersos en alguno de los supuestos regulados en el artículo 20, apartados 1, 2 y 3 del Código Penal, la cual se traduce en la adopción de internamientos terapéuticos o tratamientos ambulatorios.

Palabras clave: Responsabilidad penal del menor – Medidas cautelares – Exención de responsabilidad – Enajenación mental – Internamiento terapéutico – Tratamiento ambulatorio.

ABSTRACT:

Once the different kinds of cautious measures in force within the scope of the minority penal responsibility have been concisely explained, the author analyses profoundly, from a procedural point of view, the cautious protection and custody of those who suffer from mental derangement or are immersed in some supposed regulated in the article 20, numbers 1, 2, and 3 of the Penal Code, which can be traduced in the adoption of therapeutic internments or ambulatory treatments.

Key words: Minority penal responsibility – Cautious measures – Exemption of responsibility – Mental derangement – Therapeutic internment – Ambulatory treatment.

Protección y custodia cautelar del menor de edad exento de responsabilidad. Un análisis profundo del artículo 29 de la LORPM.¹

Sumario: I. Introducción. II. Tipos de medidas. II.1. Medidas cautelares de custodia y defensa del menor y de protección de la víctima (art. 28 LORPM). II.2. Medidas cautelares de protección y custodia del menor exento de responsabilidad (art. 29 LORPM). II.3. Medidas cautelares reales. III. Protección y custodia cautelar del menor exento de responsabilidad: internamiento terapéutico y tratamiento ambulatorio. III.1 Presupuestos legales de adopción. III.2. Órgano competente. III.3. Procedimiento, duración y régimen de recursos. III.4. Ejecución. III.5. Aplicación de estas medidas en casos de riesgos para la salud. IV. Incapacitación del menor y constitución de los organismos tutelares.

I. INTRODUCCIÓN

Al igual que en la jurisdicción de adultos, en el ámbito de la responsabilidad penal de los menores de edad se contempla legalmente la posibilidad de imponer judicialmente medidas cautelares sobre el menor, estableciéndose al efecto una regulación concreta y específica en el Título III de la LO 5/2000² -dedicado a la instrucción del procedimiento- cuyo Capítulo II (arts. 28 y 29) lleva por rúbrica “*De las medidas cautelares*”.³

Si bien es cierto que en el ámbito penal las medidas cautelares se adoptan con el doble objetivo de asegurar la futura ejecución de una eventual sentencia condenatoria, e impedir las consecuencias perjudiciales que pudieran llegar a desprenderse de la prolongación, la mayoría de los casos excesiva, del proceso en el tiempo,⁴ no lo es menos que en el proceso de responsabilidad penal del menor existen expresiones legales contenidas en la nueva regulación, tales como las de “medidas cautelares para la custodia y defensa del menor” (art. 28) o “medidas cautelares precisas para la protección y custodia del menor” (art. 29), que inducen claramente a pensar en una finalidad subyacente, cual es la “búsqueda y consecución del interés del menor”; criterio configurado como supremo orientador de toda la legislación penal juvenil, incluida la relativa a las medidas cautelares.⁵ No en vano establece la Exposición de Motivos de la LO 8/2006,

1 El presente estudio profundiza en el análisis de las medidas cautelares aplicables a los menores exentos de responsabilidad penal, ya expuestas de forma genérica en *Medidas cautelares en el enjuiciamiento de menores*, (Navarra, 2008).

2 LO 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal de los Menores.

3 La enmienda nº 147 del Grupo Parlamentario Socialista al Título III regulaba las medidas cautelares en los arts. 55 a 59.

4 ROCCO, U., *Trattato di diritto processuale civile*, tomo V, (Torino, 1960), p. 75 ss., citado a su vez por ILLESCAS RUS, A.V., “Las medidas cautelares personales en el procedimiento penal”, en *Revista de Derecho Procesal* nº 1, 1995, p. 69, no habla de retraso procesal, sino del periodo necesario para que la función jurisdiccional se desenvuelva con todas las garantías.

5 Conforme a lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos del Niño (adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989), cuyo artículo tercero proclama el principio del interés superior del niño como columna vertebral del nuevo sistema de justicia, todas las medidas adoptadas por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos en relación con los niños estarán presididas por una consideración primordial de su superior interés.

de 4 de diciembre:⁶ “El interés superior del menor, que va a seguir primando en la Ley, es perfectamente compatible con el objetivo de pretender una mayor proporcionalidad entre la respuesta sancionadora y la gravedad del hecho cometido (...)” Y es que como muy bien recuerda la FGE en su Instrucción 6/2004, de 26 de noviembre, *sobre tratamiento jurídico de los menores extranjeros inmigrantes no acompañados*, el principio del *favor minoris* se erige en clave de bóveda del Derecho de Menores, a la luz de los distintos pronunciamientos legales -tanto internacionales como de ámbito nacional- y jurisprudenciales. Según la FGE el principio “se configura pues como un verdadero principio general del Derecho, operando como canon hermenéutico y como elemento integrador para suplir eventuales lagunas.”

El principio del superior interés del menor planea sobre toda la regulación contenida en la LO 5/2000 y también, cómo no, sobre el régimen diseñado en el plano cautelar. Así, como textualmente sostiene su Exposición de Motivos, “la adopción de medidas cautelares sigue el modelo de solicitud de parte, en audiencia contradictoria, en la que debe valorarse especialmente, una vez más, el superior interés del menor.”

En este marco concreto BONILLA CORREA destaca la contraposición existente entre la búsqueda del interés del proceso, presente en la adopción de medidas cautelares en el ámbito del procedimiento ordinario, y la obsesiva persecución legal del interés del menor, protagonista en el plano del enjuiciamiento juvenil; razonando que dicha contraposición obedece al distinto fin último al que tienden uno y otro proceso: la imposición de una pena el primero, y la imposición de una medida, con una misión palmariamente distinta, de naturaleza puramente educativa, el segundo.⁷ En la misma línea GÓMEZ RECIO proclama la existencia de un “componente tuitivo” desconocido en la esfera del proceso penal ordinario, que determina que las medidas sobre el menor se adopten no sólo para su custodia, sino también para su defensa y protección y que, por consiguiente, gocen de una esencia muy distinta a las ideadas por el Derecho penal de adultos.⁸ Finalmente, DE LA ROSA CORTINA se refiere a un superior interés del menor que ha de tomarse en cuenta en la exégesis y en la praxis de la tutela cautelar.⁹ Por el contrario, GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN muestra su radical oposición al hecho de que la protección del interés del menor haya de actuar como criterio inspirador en ciertas esferas de la justicia penal juvenil como, por ejemplo, la de índole cautelar.¹⁰

6 LO 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

7 BONILLA CORREA, J.A., “Las medidas cautelares personales en la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores”, en *Estudios Jurídicos. Secretarías Judiciales* nº VII-2001, p. 110.

8 GÓMEZ RECIO, F., “Medidas cautelares en la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores”, en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal* nº I, 2002, p. 623.

9 DE LA ROSA CORTINA, J.M., “Medidas cautelares en protección de la víctima y proceso penal de menores”, en *Diario LA LEY* nº 6927, 17 de abril de 2008, p. 2.

10 GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., *El Proceso Penal de Menores. Funciones del Ministerio Fiscal y del Juez en la instrucción, el periodo intermedio y las medidas cautelares*, (Navarra, 2007), p. 111, que cita a su vez, como defensores de la misma opinión, a: AGUILERA MORALES, M., “Las medidas cautelares en la Ley de Responsabilidad Penal del Menor (o crónica de un despropósito)”, en *Tribunales de Justicia* nº 3, 2003, p. 2; DE LA ROSA CORTINA, J.M., *Comentarios a la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, (Navarra, 2001), p. 213; y TOMÉ GARCÍA, J.A., *El Procedimiento Penal del Menor*, (Navarra, 2003), p. 131, comenta al respecto: “Si, como legalmente se preconiza, con las medidas cautelares se pretendiera fundamentalmente la custodia y defensa del menor, habría sido lógico permitir que el propio menor o sus representantes pudieran reclamar la adopción de las mismas, y no ha sido así. En realidad, el fin básico de toda medida cautelar ha de ser procurar la averiguación de la verdad de los hechos y evitar que la ausencia del menor en el proceso impida su desarrollo. Cuestión diferente es que accesorariamente pueda también servir a otros objetivos, como evitar la reiteración delictiva. Y asunto diverso es

La regulación contenida en la LO 5/2000 no habla ya de medidas cautelares para la protección y custodia del menor, tal y como hacía la vieja LO 4/1992,¹¹ sino de medidas cautelares para la “custodia y defensa” del menor expedientado (art. 28); pretendiendo con ello, por una parte, dejar clara su diferenciación de las medidas previstas en el art. 29 de la Ley, de carácter eminentemente tuitivo y, por otra, al situar la palabra custodia en primer término, resaltar la importancia de que con ellas se cumplan los fines a los cuales se hayan esencialmente dirigidas.¹² Y es que el art. 29 LORPM utiliza la denominación de medidas cautelares precisas para la protección y custodia del menor para referirse a una serie de actuaciones también de naturaleza cautelar, pero con un fin exclusivo o, al menos, primario, de protección de la persona del menor expedientado, que tendrán como presupuesto legal de adopción la constatación, durante la fase de instrucción del procedimiento, de que el menor se halla en situación de enajenación mental o en alguna otra de las circunstancias previstas en los apartados 1, 2 ó 3 del art. 20 del Código Penal vigente.

Por su parte, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito de la legislación penal de adultos, donde no existe precepto alguno que se ocupe a nivel general de las medidas cautelares,¹³ en el plano juvenil sí contamos con una regulación global de las mismas (art. 28.1, 4 y 5 LORPM), en la que se contemplan cuestiones generales tales como sus presupuestos de adopción, el procedimiento a seguir, el elenco de medidas aplicables o su duración, entre otras.

II. TIPOS DE MEDIDAS

Siguiendo los postulados marcados por el principio de legalidad, las medidas cautelares a imponer sobre un menor de edad serán las enumeradas en la LORPM,¹⁴ y se adoptarán -sobre la base de los motivos tasados contemplados en ella- según las normas procedimentales establecidas en su texto, pudiendo mantenerse hasta que se dicte sentencia firme.

Frente a la imprecisión de la regulación anterior, la LO 5/2000 se pronuncia detalladamente acerca de las medidas en cuestión, zanjando con ello una posible polémica

asimismo que, igual que debe ocurrir en relación con los adultos, el fin principal siempre se haya de compaginar con el ánimo de irrogar los mínimos perjuicios posibles al imputado; que, en el supuesto específico de los menores, en la determinación de los eventuales perjuicios haya que atender a las características de personalidad y madurez del expedientado; y que, si se advierte una situación de desamparo, al margen del devenir del proceso penal, se adopten las medidas oportunas de conformidad con la legislación civil de protección de menores (arts. 12 y ss. de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor).¹⁵

11 LO 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley reguladora de la Competencia y Procedimiento de los Juzgados de Menores.

12 No olvidemos que, como muy bien define AGUILERA MORALES, M., “Las medidas...”, cit., p. 2, “no por tópico resulta incierto que las medidas cautelares son aquellos medios o instrumentos que permiten asegurar la ejecución de una eventual sentencia condenatoria, soslayando el peligro de que, durante la pendencia del proceso, se produzcan situaciones que dificulten aquella ejecución.”

13 Bajo el epígrafe “La ausencia de una ordenación legal de medidas cautelares alternativas; el goteo legislativo”, se lamenta ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, (Madrid, 2004), p. 202, en los siguientes términos: “Una de las cuestiones que se echa en falta en nuestro ordenamiento procesal penal es una configuración legal de carácter general de las medidas cautelares, así como la ampliación de las previstas por la Ley de Enjuiciamiento Criminal (...)”

14 Por el contrario AGUILERA MORALES, M., “Las medidas...”, cit., p. 4, considera que las medidas cautelares previstas en la LORPM no constituyen *numerus clausus*, “pudiendo interesarse la adopción de otras medidas distintas de aquéllas pero más adecuadas a la finalidad cautelar o al propio interés del menor.”

sobre su carácter de *numerus apertus* o *numerus clausus*. Así, bajo el epígrafe *De las medidas cautelares* y en el segundo Capítulo del Título III de la LO 5/2000, dedicado a la instrucción del procedimiento, los arts. 28 y 29 contienen la regulación de las diversas medidas que, junto a la detención del menor –reglamentada por el art. 17 de la Ley–, pueden imponerse con carácter cautelar sobre el mismo;¹⁵ unas con el fin de asegurar el proceso y la integridad de la víctima y su entorno y otras con la intención de dar protección al propio menor expedientado.¹⁶

II.1. Medidas cautelares de custodia y defensa del menor y de protección de la víctima (art. 28 LORPM)

Dispone el art. 28.1 de la LORPM que cuando existan indicios racionales de la comisión de un delito y el riesgo de eludir u obstruir la acción de la justicia por parte del menor o de atentar contra los bienes jurídicos de la víctima, podrá solicitarse la adopción de medidas cautelares para la custodia y defensa de dicho menor o para la protección de la víctima, las cuales podrán consistir en: internamiento en centro en el régimen adecuado, libertad vigilada, prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez, o, por último, convivencia con otra persona, familia o grupo educativo.

Nos encontramos, en todos los casos, ante medidas cautelares en sentido estricto. Así, aunque *a priori* pudiera considerarse que tan sólo a aquellas que el art. 28.1 LORPM destina al aseguramiento del proceso en sentido amplio, es decir, a la garantía de la presencia del menor expedientado y de la posterior efectividad de la sentencia recaída, pudiera atribuirseles una naturaleza jurídica cautelar, lo cierto es que, en mi opinión, también la que el legislador ha incluido después mediante la reforma acometida por la LO 8/2006, con el ánimo de dar protección a la víctima y su entorno,¹⁷ ha de reputarse medida de índole cautelar. Recordemos, en este sentido, la modificación efectuada por la LO 13/2003, de 24 de octubre, que incorporó, como nuevo criterio de adopción de la prisión provisional de adultos, el riesgo de reiteración delictiva por parte del imputado (art. 503.2 LECrim) o la posibilidad de imponer “cautelarmente” al imputado la prohibición de residir o acudir a determinados lugares, introducida en la LECrim a través de la LO 14/1999, de 9 de junio (art. 544 bis LECrim) o, finalmente, la posibilidad de acordar judicialmente -ante la existencia de indicios fundados de la comisión de una infracción penal incardinable en el ámbito de la violencia doméstica- una orden de protección a la víctima (art. 544 ter LECrim, añadido por el art. 2 de la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica). Recordémoslas porque todas estas reformas legales implican, indiscutiblemente, un

15 AGUILERA MORALES, M., “Las medidas ...”, cit., p. 1, critica que la LO 5/2000 “no puede considerarse un dechado de virtudes” en lo que a medidas cautelares se refiere por dos razones: una, porque en dicho Capítulo no están todas las que son y, en su opinión, no son todas las que están; y dos, porque su redacción y sus silencios son fuente de numerosos problemas interpretativos.

16 Como muestra de lo que sucede en otros países europeos, diremos que en Italia las medidas cautelares que cabe acordar sobre los menores, según el DPR de 22 de septiembre de 1988, n° 448 (*Disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni*), que se completa con unas normas de coordinación y transitorias, contenidas en el DL de 28 de julio de 1989, n° 272, son: permanencia en casa (art. 21), internamiento del menor en comunidad (art. 22) y custodia cautelar en cárcel (art. 23). Para un estudio detallado de estas medidas, VAELLO ESQUERDO, E., “Análisis comparativo sobre la regulación de la responsabilidad penal de los menores en Italia y España”, en *Diario LA LEY* n° 6530, 20 de julio de 2006, p. 7 s.

17 Dice DE LA ROSA CORTINA, J.M., “Medidas...”, cit., p. 1: “Si con carácter general el proceso penal de adultos ha descuidado a la víctima, en el proceso penal de menores puede decirse sin incurrir en hipérbolos que la misma ha sido tradicionalmente siempre preterida”.

replanteamiento del concepto tradicional de medida cautelar, con el claro propósito de incorporar al mismo los supuestos en los que se persiga, de forma directa, la protección de la víctima y su entorno.¹⁸ Un replanteamiento que, como muy bien puntualiza DE LA ROSA CORTINA, ha sido bien acogido por la doctrina.¹⁹

II.2. Medidas cautelares de protección y custodia del menor exento de responsabilidad (art. 29 LORPM)

Dispone el art. 29 de la LORPM que cuando quede acreditado, en el transcurso de la instrucción del proceso, que el menor se halla en situación de enajenación mental²⁰ o inmerso en alguno de los supuestos previstos por los apartados 1, 2 ó 3 del art. 20 del CP, se adoptarán las medidas cautelares precisas para la protección y custodia del menor conforme a los preceptos civiles aplicables, instando en su caso las actuaciones para la incapacitación del menor y la constitución de los organismos tutelares conforme a Derecho.

Se plantean dos cuestiones en torno a las medidas contempladas por el art. 29 LORPM, objeto principal de análisis en este estudio: primera, cuál es su verdadera naturaleza y, segunda, cuáles son en concreto tales medidas.

Al primer interrogante creo que ha de responderse en el sentido de afirmar que nos encontramos -con excepción de las actuaciones en materia de incapacitación y tutela, que se desarrollarán completamente en la órbita civil²¹ ante verdaderas medidas de naturaleza cautelar, pues el propio legislador así las denomina abiertamente, si bien con

18 En relación a este tipo de medidas, y con ocasión de un estudio sobre la LO 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, afirma SENÉS MOTILLA, C., "Consideraciones sobre las medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas de la violencia de género", en *Diario LA LEY* nº 6644, 5 de febrero de 2007, p. 2, que "en rigor, las medidas de protección de naturaleza penal son *medidas coercitivas personales*, pues aunque compartan características propias de las medidas cautelares (jurisdiccionalidad, temporalidad, instrumentalidad y proporcionalidad), la legitimidad de su adopción tiene que ver con una *situación objetiva de riesgo* para la víctima que el Juez deberá individualizar en la resolución que la imponga (motivación) y que es independiente de la gravedad de la infracción penal que se imputa al agresor." Sin embargo, a mi entender, esa situación objetiva de riesgo no es más que el presupuesto general de adopción de toda medida cautelar, conocido como *periculum in mora*.

19 DE LA ROSA CORTINA, J.M., "Medidas...", cit., p. 2.

20 Afirma al respecto CALVO SAN JOSÉ, M.J., "Eficacia de los actos y negocios jurídicos realizados por el enfermo mental", en *Diario LA LEY* nº 6364, 22 de noviembre de 2005, p. 1: "La enfermedad mental es uno de los males de mayor gravedad que puede sufrir el hombre, en cuanto supone una pérdida o disminución de la capacidad de raciocinio, y precisamente la razón es uno de sus signos distintivos esenciales. Constituye una situación de hecho cuyos efectos pueden repercutir, con mayor o menor gravedad, en la propia persona que la padece o en su patrimonio. De ahí que el Derecho, desde los primeros tiempos, se haya preocupado por la situación de estos sujetos con algún defecto o enfermedad que disminuya o anule su aptitud de querer y entender. La necesidad de una especial atención sobre estas personas la apreció ya el constituyente español, y así el art. 49 de la CE señala que *los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este título otorga a los ciudadanos.*"

21 Utilizando los propios términos de la Circular 1/2000, de la FGE, "huelga decir que no son verdaderas medidas cautelares, ya que para su promoción el Fiscal se dirigirá a los órganos de la jurisdicción civil ante los que formulará las pretensiones que estime oportunas." En palabras de AGUILERA MORALES, M., "Las medidas cautelares...", cit., p. 1, no son medidas cautelares, "sino el previsible resultado de un genuino proceso de carácter especial como es el proceso de incapacitación. Dicho de otro modo: lo que debe leerse al albur del citado art. 29 es que -al margen de la posibilidad de adoptar medidas adecuadas al menor en quien concurre cualquier anomalía o alteración psíquica, estado de intoxicación o alteración grave de la conciencia de la realidad- podría instarse, llegado el caso, el proceso legalmente previsto para incapacitar al menor y para designar quién ejercerá el cargo tutelar de que se trate."

una orientación distinta a la pretendida en el artículo precedente, regulador de medidas no encaminadas a la tuición directa de la persona del menor sino al aseguramiento, por un lado, del proceso en curso y, por otro, de la víctima y su entorno. Quizás por ello MARTÍN RÍOS niegue su naturaleza cautelar penal y las reconduzca al ámbito del “tratamiento procesal de la inimputabilidad del menor”.²² Y es que la inversión de términos operada en el art. 29 es más que elocuente. Ya no habla el legislador de custodiar y defender al menor, sino de protegerlo y custodiarlo, queriendo con ello poner de manifiesto que, ahora, lo realmente importante será la protección de la persona del menor exento de responsabilidad y, quizás tan sólo secundariamente, su custodia. Del mismo modo que en el plano de los adultos el fin principal perseguido por este tipo de medidas -entre las que, como veremos, se encuentra el internamiento del sujeto en un centro terapéutico adecuado- es la protección de la persona internada -evitando con ello los riesgos que para su salud e integridad podría acarrear una vida sin control médico- y sólo secundariamente, la seguridad ciudadana. Así, afirma al respecto BANACLOCHE PALAO que el internamiento acordado durante la pendencia de un proceso reúne todas las características de una medida cautelar.²³

Señala ORNOSA FERNÁNDEZ que el art. 29 de la LORPM “parece estar influido por la antigua ideología tutelar y la mezcla que se producía entre cuestiones de protección y penales de menores” y rechaza rotundamente la posibilidad de asemejar las medidas en él contempladas a las medidas de seguridad reguladas en el CP, basadas en criterios de peligrosidad totalmente ajenos a la jurisdicción de menores.²⁴ Y es que, en mi opinión, es evidente que el hecho de que este tipo de medidas terapéuticas sean expresamente recogidas por el texto legal en el ámbito de un proceso de responsabilidad penal no puede conllevar la atribución a las mismas de una naturaleza propia de las medidas de seguridad penales, impuestas en sentencia a sujetos que, probadamente, han cometido un hecho delictivo. No olvidemos que nos encontramos ante un menor sobre el que aún pende la presunción de inocencia, y sobre el que, por consiguiente, tan sólo puede actuarse de forma cautelar.

A este respecto BONILLA CORREA censura, por la confusión que a su juicio genera a la hora de determinar su auténtica esencia, el hecho de que la Ley del Menor, de índole penal, regule este tipo de medidas terapéuticas. Considera este autor que hubiera sido preferible una remisión genérica a la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, es decir, al ámbito civil.²⁵ Pero lo cierto es que, en términos estrictos, dicha remisión legal existe, pues el artículo 29 de la LO 5/2000 se refiere -y con ello entramos en el análisis de la segunda cuestión planteada al inicio- a las

22 MARTÍN RÍOS, M.P., “La situación procesal del menor infractor con anomalías o alteraciones psíquicas”, en *Anuario de Justicia de Menores* nº 3, 2003, p. 213. Afirma esta autora: “Lejos de ser medios asegurativos del expediente, se trataría de las medidas pedidas por el MF al Juez de 1ª instancia competente (...)”

23 BANACLOCHE PALAO, J., *La libertad personal y sus limitaciones. Detenciones y retenciones en Derecho español*, (Madrid, 1996), p. 447.

24 ORNOSA FERNÁNDEZ, M.R., “La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Tomo III, 2001, p. 214 s.

25 Pero lo cierto es que, en el ámbito de los menores, las cuestiones penales y civiles están continuamente interrelacionadas. Son significativas las palabras de LORCA MARTÍNEZ, J., “Las medidas de protección de menores y la intervención de la entidad pública en la LORPM 5/2000 de Responsabilidad Penal de los Menores”, en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal* nº 1, 2001, p. 81: “La estrecha relación que las materias de protección y reforma de menores manifiestan de forma muy clara, ahora como antes, su interdependencia teórica y práctica, formando parte de una única realidad... A nadie que trabaje en este campo le es ajeno la íntima vinculación y las difusas fronteras que existen entre lo que es protección y lo que es reforma (...)”

medidas precisas para la protección y custodia del menor “conforme a los preceptos civiles aplicables”; queriendo dejar muy claro que aunque por razones de economía procesal el seno del expediente de reforma incoado al menor sea aquél donde se adopten, las medidas en cuestión serán las convenientemente importadas desde el plano civil: de un lado el internamiento por razón de trastorno psíquico, regulado por el art. 763 de la LEC,²⁶ y de otro el sometimiento a tratamiento ambulatorio, sobre la base de lo dispuesto por el art. 158.4º CC.²⁷

Discrepo por tanto con lo argumentado por GÓMEZ RECIO que, con ocasión del estudio del art. 29, se lamenta de que la LORPM “funde, dificultosamente, en sus medidas, aspectos de las penas, de las medidas de seguridad, y de las disposiciones civiles de protección, en una trabajosa mixtura en la que el interés del menor tiene la difícil misión de actuar como elemento de cohesión.” Y sobre todo disiento de él cuando considera que el legislador juvenil, aprovechándose del genérico componente educativo y protector inherente a las medidas legalmente previstas para los menores de edad, utiliza las del art. 29 “a modo de medidas de seguridad”, como respuesta a menores absolutamente exentos de responsabilidad que, sin embargo, pueden perpetrar graves delitos.²⁸ Y discrepo igualmente de la afirmación contenida en la Circular 1/2007, de 23 de noviembre, de la FGE, *sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006*, cuyo apartado VI.4 dice que el art. 29 de la Ley del Menor no regula propiamente medidas cautelares.

En mi opinión la redacción del art. 29 es muy nítida a la hora de diferenciar dos clases de medidas terapéuticas: por un lado las que, con carácter cautelar, e importadas del ámbito civil, pueden acordarse sobre el menor imputado, y por otro aquellas que, posteriormente, le pueden ser impuestas, esta vez de forma no cautelar, en la sentencia

26 GARCÍA GARCÍA, L., “Enfermedad mental e internamientos psiquiátricos”, en *Estudios de Derecho Judicial* nº 92, 2006, p. 88 s., critica duramente la inclusión legal del internamiento, por su cariz terapéutico, en un Capítulo destinado a los *Procesos sobre la capacidad*. En el mismo sentido se pronuncia GONZÁLEZ ÁLVAREZ, O., “El tratamiento ambulatorio involuntario de los enfermos mentales. El trasfondo de un prolongado debate”, en *EDJ* nº 92, 2006, p. 156, en cuya opinión el avance y garantismo que representa la regulación contenida en el art. 763 LEC queda eclipsada por su ubicación, junto a los procedimientos de incapacitación, “siendo fuente de continua confusión así como “desbordamientos” y desnaturalización de la función judicial, hasta llegar a pervertirla.”

27 APARICIO BLANCO, P., “Diligencias de instrucción restrictivas de Derechos Fundamentales, competencia del Juez de Menores en el ámbito de la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores”, en *Revista del Poder Judicial* nº 60 (IV), 2000, p. 186, y GÓMEZ RECIO, F., “Medidas...”, cit., p. 641 s., incluyen también entre las medidas incardinables en el ámbito cautelar del art. 29 LORPM las contenidas en la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Sin embargo, en mi opinión, estas últimas se encuentran previstas para supuestos distintos, cuales son los de menores en situación de, tal y como denomina dicha Ley, “desprotección social del menor”, dentro de los cuales se incluyen los de menores en situación de riesgo social y aquellos otros que se hallan en situación de desamparo, definida por el art. 172.1 párrafo 2º del CC como “la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.” Así, como muy bien subraya BONILLA CORREA, J.A., “Las medidas ...”, cit., p. 131, “es la Administración quien debe actuar ante una situación de desamparo o desprotección y no el Juez de Menores, sin perjuicio de que sea el Ministerio Fiscal quien inste a dicha administración. De lo contrario, como digo, se confundirán instituciones y actuaciones que nada tiene que ver unas con otras (...) Sentado lo anterior hay que partir de la especial prudencia y cautela que se debe tener a la hora de adoptar las medidas si uno no quiere confundir conceptos de desamparo y desprotección, con las medidas cautelares procesales.” Por su parte, SANZ HERMIDA, A.M., *El nuevo proceso penal del menor*, (Cuenca, 2002), p. 312, en mi opinión de forma algo equivocada, considera que las medidas que el art. 29 LORPM contempla para los supuestos de menores exentos de responsabilidad son aquellas que tienen por objeto instar las correspondientes actuaciones para la incapacitación del menor y la constitución de los organismos tutelares correspondientes.

28 GÓMEZ RECIO, F., “Medidas ...”, cit., p. 641.

que recaiga en el expediente; dada la referencia expresa de este mismo precepto a la obligación de continuar con la tramitación del procedimiento. Estas últimas sí podrán actuar a modo de medidas de seguridad.²⁹ Las primeras, no.

En conclusión, y como muy bien señala APARICIO BLANCO, con la redacción del art. 29 “la Ley instaura un tratamiento cautelar específico” para los menores exentos de responsabilidad penal, totalmente distinto al previsto en el artículo precedente. Así, frente a la posibilidad de utilizar el mismo régimen de medidas cautelares penales previsto para menores responsables de sus actos, regulado por el art. 28 LORPM, con la particularidad de ejecutar su cumplimiento en centros especiales, el legislador opta por la vía del tratamiento cautelar independiente;³⁰ dado, en mi opinión, el fin estrictamente tuitivo de las medidas cautelares que han de servir de respuesta ante menores que se encuentran afectados por una enfermedad mental, drogodependencia o alteración de la percepción.

II.3. Medidas cautelares reales

Tras una lectura minuciosa de la Ley del Menor, y muy especialmente de los preceptos reguladores de las medidas cautelares a imponer sobre los menores de edad presuntos responsables de una infracción penal, podemos aseverar que el silencio en lo referente a la posibilidad de adopción judicial de medidas cautelares de naturaleza real o patrimonial es, incomprensiblemente, absoluto. Por ello, podría pensarse a simple vista que el carácter tasado de las medidas cautelares enumeradas en el art. 28.1 LORPM ha de conducir a la exclusión de tales medidas –reguladas por los arts. 589 y siguientes de la LECrim, bajo la rúbrica *De las fianzas y embargos*- del ámbito de los expedientes de reforma de menores.³¹ Sin embargo, lo cierto es que el referido carácter tasado sólo cabe atribuirlo a las medidas cautelares que el legislador regula expresamente, esto es, las de naturaleza personal, y no a aquellas que ni siquiera menciona, como son las orientadas al aseguramiento de eventuales responsabilidades pecuniarias o, como en el caso de la caución, a asegurar la presencia del imputado en el procedimiento.

En mi opinión, el censurable silencio de la LORPM en este punto, por cierto muy poco analizado doctrinalmente, podría ser sencillamente interpretado en el sentido de que el legislador dio por sentada la admisión de este tipo de medidas en el ámbito cautelar juvenil, mediante una aplicación supletoria de las previstas en el plano de los adultos.³² Y ello por varios motivos: primero, porque el *periculum in mora* puede ser evidente; segundo, por los notorios perjuicios irrogables a la víctima; y, finalmente, porque el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE protege el interés legítimo de esta última a ser cautelarmente amparada.³³ Y es que, como muy bien señalan

29 No se muestra de acuerdo en este punto MARTÍN RÍOS, M.P., “La situación...”, cit., p. 191, para quien “no es paragonable el esquema que sigue el CP, al diferenciar penas y medidas de seguridad, a aquél al que responde la LORPM, que únicamente habla de “medidas”.

30 APARICIO BLANCO, P., “Diligencias...”, cit., p. 185 s. Se cuestiona este autor la posibilidad de acreditar suficientemente durante el transcurso de la instrucción la enajenación mental del menor.

31 En este sentido, GISBERT JORDÁ, T., “Las medidas cautelares”, en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal* nº 1, 2001, p. 104.

32 A la aplicación supletoria de la LECrim en este ámbito se refiere AGUILERA MORALES, M., “Las medidas...”, cit., p. 17.

33 AA.VV. (SALINAS DE FRÍAS, A.). DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L., “Aproximación a la tutela judicial efectiva”, en *Persona y Estado en el umbral del siglo XXI*, (Málaga, 2001), p. 211, expone que la tutela judicial efectiva tiene en sentido estricto el significado primigenio de acceso a la jurisdicción, lo que, según sus propios términos “significa que todo derecho o interés legítimo –es decir, cualquier situación jurídicamente relevante- debe poder hacerse valer, llegado el caso, en un proceso ante un verdadero órgano judicial,

CALDERÓN CUADRADO y MARTÍN PASTOR, varias resoluciones del TC “permiten concluir sobre la existencia de una doctrina, en cierta medida consolidada –no son muchos los pronunciamientos pero todos o la mayoría caminan en la misma dirección-, respecto a su inclusión (en referencia a la tutela cautelar) en el derecho a la tutela judicial efectiva y con ello, lógicamente, respecto a su fundamento constitucional.” Y añaden: “Actualmente, por tanto, en el art. 24.1 CE no sólo se ampararía la tutela judicial declarativa y la ejecutiva, con sus diversas modalidades de protección más o menos incisivas en el primer caso, sino también tendría cabida la tutela judicial cautelar. Y la razón –independientemente de su consideración como *tertius genus*- no será otra que la propia adjetivación realizada por la norma fundamental: La actuación de los tribunales a que se tiene derecho es precisamente aquella que se califica de “efectiva”. Así, citando a su vez a DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ,³⁴ se refieren a una serie de consecuencias derivadas de la atribución de fundamento constitucional a la tutela cautelar, entre las que se encuentra, en primer término, la “prohibición de la exclusión absoluta”, esto es, la imposibilidad de que el legislador deje sin regular, prohíba o elimine totalmente la tutela cautelar, y en segundo, la “imposibilidad de restricciones objetivas”, es decir, la prohibición de que el legislador excluya la adopción de medidas cautelares en determinado tipo de materias como, por ejemplo, la protección de derechos estrictamente patrimoniales.³⁵

En cualquier caso, considero criticable el mutismo legal en este ámbito. Si tenemos en cuenta la particular condición del sujeto protagonista del proceso, cuya minoría de edad determina en la inmensa mayoría de los casos su consiguiente carencia de patrimonio, llegamos a la conclusión de que el legislador debió ser especialmente cuidadoso en este aspecto, y dedicar al menos un precepto del articulado a la regulación del régimen cautelar real en el ámbito juvenil. En este punto, y a mi juicio con evidente acierto, GARCÍA-ROSTÁN CALVIN sostiene:

- que las medidas cautelares tendentes a asegurar la ejecución del fallo en el plano de la responsabilidad civil podrán adoptarse siempre que concurren los presupuestos generales de *fumus boni iuris* y de *periculum in mora*;

- que además de al menor podrán ser impuestas tales medidas a sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, dada su responsabilidad civil solidaria (art. 61 LORPM);

- que podrá imponerse cualquier medida que cumpla las características del art. 726 de la LEC, dada la remisión que el art. 764 LECrim –supletoriamente aplicable al ámbito juvenil- efectúa a la legislación procesal civil;

quedando constitucionalmente prohibida toda forma de denegación de justicia. A diferencia de lo que ocurría con cierta frecuencia en el pasado, cualquier facultad, sea derecho subjetivo o interés legítimo, que otorgue el ordenamiento debe ser plenamente justiciable (...)

34 AA.VV. (DE LA OLIVA SANTOS, A.). DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*, (Madrid, 2000), p. 382 s.

35 CALDERÓN CUADRADO, M.P. y MARTÍN PASTOR, J., “Tutela judicial efectiva, derecho de asistencia jurídica gratuita y medidas cautelares. (Sobre la acusación como presupuesto de la tutela cautelar civil y el acceso a la misma de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar)”, en *Tribunales de Justicia* nº 3, marzo-2001, p. 5 s. Destacan estos autores como resoluciones más representativas de esta línea jurisprudencial: la STC 14/1992, de 10 de febrero, donde se dice que “la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso”; la STC 238/1992, de 17 de diciembre, donde se añade “ciertamente, el art. 24.1 CE no hace referencia alguna a las medidas cautelares (ni a la potestad de suspensión). Pero de ello no puede inferirse que quede libre el legislador de todo límite para disponer o no medidas de aquel género o para ordenarlas si condicionamiento constitucional alguno (...)”; y, finalmente, la STC 148/1993, de 29 de abril, donde se dispone que “la efectividad que se predica de la tutela judicial respecto de cualesquiera derechos e intereses legítimos reclama la posibilidad de acordar las adecuadas medidas cautelares que aseguren la eficacia real del pronunciamiento futuro que recaiga en el proceso.”

- y que el procedimiento a seguir será el previsto por el art. 764 LECrim.³⁶

Por todo ello, no quiero concluir este apartado sin lamentar profundamente el hecho de que tras la reforma global operada por la LO 8/2006, de 4 de diciembre -que establece claramente en su Exposición de Motivos el propósito de reforzar especialmente la atención y reconocimiento de los derechos de las víctimas y los perjudicados, imponiendo “en su beneficio”³⁷ el enjuiciamiento conjunto de las pretensiones penales y civiles-,³⁸ persista el silencio legal absoluto en torno a la adopción de medidas cautelares de naturaleza real.

III. PROTECCIÓN Y CUSTODIA CAUTELAR DEL MENOR EXENTO DE RESPONSABILIDAD: INTERNAMIENTO TERAPÉUTICO Y TRATAMIENTO AMBULATORIO

Dispone el art. 29 de la LO 5/2000 que si durante la fase de instrucción del Fiscal quedara suficientemente acreditado que el menor se halla en situación de enajenación mental o cualquiera otra de las circunstancias previstas en los apartados 1º, 2º o 3º del art. 20 del CP, se adoptarán las medidas cautelares precisas para la protección y custodia del menor conforme a los preceptos civiles aplicables. Además, aclara el propio precepto que dicha adopción tendrá lugar sin perjuicio de concluir la instrucción y de efectuar las alegaciones previstas en la Ley conforme a lo establecido en los arts. 5.2 y 9, y de solicitar, por los trámites de la misma, en su caso, alguna medida terapéutica adecuada al interés del menor de entre las previstas en el texto legal.³⁹ Así, la Circular 1/2007, de 23 de noviembre, de la FGE, *sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006*, se lamenta abiertamente de la inoperancia de la reforma de la LO 8/2006 sobre este precepto en los siguientes términos: “Pese a que la reforma 8/2006 ha abordado la reestructuración de las medidas cautelares, sorprendentemente ha mantenido incólume el art. 29 LORPM, precepto que bajo la rúbrica *medidas cautelares en los casos de exención de responsabilidad* incurre en graves deficiencias conceptuales, propicia interpretaciones erróneas, y, en definitiva traiciona, en su desarrollo, la rúbrica que pretendidamente sintetiza su contenido.”

36 GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., *El Proceso...*, cit., p. 119.

37 Pues como muy bien sostiene MARTÍN RÍOS, M.P., “La víctima en el proceso penal de menores español”, en *Anuario de Justicia de Menores* nº 6, 2006, p. 70, con este novedoso sistema “se libera a la víctima de la carga de probar la culpa del responsable civil, además de protegerla convenientemente de la habitual insolvencia de los menores (...)”.

38 El nuevo art. 64 dispone: “Los trámites para la exigencia de la responsabilidad civil aludida en los artículos anteriores se acomodarán a las siguientes reglas:

1.ª Tan pronto como el Juez de Menores reciba la parte de la incoación del expediente por el Ministerio Fiscal, ordenará abrir de forma simultánea con el proceso principal una pieza separada de responsabilidad civil, notificando el Secretario Judicial a quienes aparezcan como perjudicados su derecho a ser parte en la misma, y estableciendo el plazo límite para el ejercicio de la acción.

2.ª En la pieza de referencia, que se tramitará de forma simultánea con el proceso principal, podrán personarse los perjudicados que hayan recibido notificación al efecto del Juez de Menores o del Ministerio Fiscal, conforme establece el art. 22 de la presente Ley, y también espontáneamente quienes se consideren como tales (...)”.

39 En el plano internacional la nº 53 de las Reglas para la Protección de Menores Privados de Libertad (aprobadas por la Resolución 45/114, de 14 de diciembre de 1990, de la Asamblea General de Naciones Unidas) dispone: “Todo menor que sufra una enfermedad mental deberá recibir tratamiento en una institución especializada bajo supervisión médica independiente. Se adoptarán medidas, de acuerdo con los organismos competentes, para que pueda continuar cualquier tratamiento de salud mental que requiera después de la liberación.”

Sin embargo, en mi opinión, el lamento tan sólo debe ser parcial. Es cierto que la redacción del precepto puede conducir a diversas interpretaciones, pero no lo es tanto que traicione su rúbrica. Y es que a mi modo de ver el art. 29 contempla dos clases de medidas: por un lado, las que con carácter cautelar cabe aplicar al menor que se encuentre dentro de los presupuestos legales que enumera al inicio -de las que nos ocuparemos detenidamente a continuación- y, por otro, las que a dicho menor podrán serle impuestas en sentencia; si bien, ambos tipos se fundamentan, según mi parecer, en la peligrosidad del propio menor,⁴⁰ frente a él mismo y frente a terceros.⁴¹ Las últimas, previstas para distintos supuestos de hecho, tal y como prescriben los arts. 5.2 y 9 de la Ley, tan sólo podrán consistir en su internamiento terapéutico [art. 7.1 d)] o su sometimiento a tratamiento ambulatorio [art. 7.1.e)],⁴² y estarán desprovistas de cualquier elemento de tinte sancionador.⁴³ Como muy bien describe MARTÍN RÍOS “presentan un fin común (vinculado a intereses preventivo especiales) y fines específicos que se predicán de cada una de ellas. Así, el internamiento procura una atención especializada para tratar anomalías psíquicas, estados de dependencia o alteraciones de la percepción a través de la creación de un contexto adecuado en el que los menores puedan llevar a cabo un tratamiento acorde con sus especiales necesidades. En cambio, el tratamiento ambulatorio aprovecha las favorables condiciones de vida que rodean al menor para someterlo a programas que aborden sus procesos adictivos o las disfunciones de su psiquismo sin tener que extraerlo de su medio (...)”⁴⁴

La LORPM se refiere a las primeras como “medidas cautelares precisas para la protección y custodia del menor conforme a los preceptos civiles aplicables”, por lo que

40 En este mismo sentido, GARCÍA PÉREZ, M.F., “El delincuente menor de edad enfermo mental en la Ley de Responsabilidad Penal del Menor”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, I, 2006, p. 412, quien resalta además por encima del principio de prevención general el superior interés del menor, que deberá ser valorado principalmente por el Equipo Técnico; y GARCÍA GARCÍA, L., “Enfermedad ...”, cit., p. 76 y p. 82, que pone énfasis en el peligro de deterioro severo e irreversible para el sujeto no sometido a tratamiento o sometido a él tardíamente. A propósito del fundamento del internamiento psiquiátrico dice textualmente: “Sólo necesidades terapéuticas justifican un ingreso psiquiátrico; por ello, los criterios que han de servirle de base serán, exclusivamente, científico-médicos. Sería difícilmente justificable un internamiento con fines asistenciales. La peligrosidad del enfermo, para sí o para otro, como consecuencia directa de la perturbación que sufre, constituiría el fundamento de la medida, dado que, el tratamiento y curación del trastorno, sería la única vía para eliminar aquella peligrosidad.”

41 GUIJA VILLA, J., “La enfermedad mental. El trastorno mental transitorio”, en *CDJ*, I, 2006, p. 22, se refiere a la “peligrosidad del enfermo mental” en el sentido de que el mismo puede causar daño o cometer actos delictivos. Según sus propios términos, “las conductas violentas desplegadas por los enfermos mentales revisten una serie de características especiales. Son conductas a menudo aleatorias, de manera que se producen sin un claro desencadenante o a falta de estímulos que puedan entenderse como razonables y lógicos por la población general. Además, en ocasiones son actuaciones aparentemente sin sentido, inexplicables. Todo ello hace que ciertos comportamientos violentos sean impredecibles”.

42 Art. 5.2 LORPM: “No obstante lo anterior, a los menores en quienes concurren las circunstancias previstas en los números 1, 2 y 3 del art. 20 del vigente Código Penal les serán aplicables, en caso necesario, las medidas terapéuticas a las que se refiere el art. 7.1, letras d) y e), de la presente Ley.”

43 Afirma GÓMEZ RECIO, F., “Medidas ...”, cit., p. 642, que “su contenido entonces deberá ser similar al de una medida de protección, aunque de hecho se impongan en un expediente como el previsto en la LORPM.” En mi opinión, tal y como subraya ABEL SOUTO, M., “Internamientos penales de menores en la Ley Orgánica 5/2000 y su reglamento de 30 de julio de 2004”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* n° 57, 2004, p. 95, “representan las únicas consecuencias jurídicas de las que se puede predicar el carácter de verdaderas medidas de seguridad, pues responden exclusivamente a los fines de prevención especial relativos a la recuperación y tratamiento de los jóvenes infractores.”

Para un estudio completo de este tipo de medidas en el ámbito de los adultos, COMPAIRED PLO, M.C., “Medidas de seguridad a imponer en sentencia al declarado exento de responsabilidad o con responsabilidad disminuida por enfermedad mental o drogadicción. Su control judicial”, en *CDJ*, I, 2006, p. 277 ss.; y GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, P., “El deficiente y el enfermo mental que ha delinquirido: alternativas a la prisión o al hospital psiquiátrico”, en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal* n° 5, 2002, p. 847 ss.

44 MARTÍN RÍOS, M.P., “La situación...”, cit., p. 191.

deberán estimarse como tales tanto el internamiento por razón de trastorno psíquico, regulado por el art. 763 de la LEC,⁴⁵ como el sometimiento a tratamiento ambulatorio,⁴⁶ sobre la base de lo dispuesto por el art. 158.4º CC, “a la vista de su probada eficacia en el tratamiento de enfermedades mentales y situaciones de drogodependencia.”⁴⁷

Mediante el internamiento terapéutico, pensado para los supuestos de mayor gravedad, el menor se verá recluido en un centro sanitario especializado, con el fin de que le sea aplicada una terapia adecuada.⁴⁸ Así, tal y como precisa NOYA FERREIRO, en el caso de menores el internamiento se llevará a cabo “en establecimientos de salud mental adecuados para su edad, previo informe de los servicios de asistencia al

45 La Disposición Derogatoria Única de la LEC deroga expresamente los arts. 202 a 214 del CC, de modo que el art. 211 viene a ser sustituido por el art. 763 de la LEC, que resulta complementado por los arts. 271.1 CC y 760.1 LEC.

46 MARTÍN RÍOS, M.P., “La situación...”, cit., p. 212, considera que no puede reputarse medida cautelar de tipo terapéutico el sometimiento del menor a un tratamiento de desintoxicación.

47 Tal y como señala textualmente la Circular 1/2000, de la FGE, que, a mi juicio erróneamente, distingue entre la naturaleza penal del internamiento, cuyo presupuesto legal es, en su opinión, el art. 28 de la LORPM, y la naturaleza tuitiva y civil del tratamiento ambulatorio. A mi entender ambas medidas, según lo dispuesto en la Ley, se adoptan “conforme a los preceptos civiles aplicables”, entendiéndose por aplicables aquellos que sirvan en situaciones de enajenación mental o circunstancias de los números 1º, 2º y 3º del art. 20 del CP. Así, a mi tesis sobre la identidad de naturaleza en ambas medidas ha contribuido en los últimos tiempos la Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Catalán en el Congreso (Convergencia i Unió), admitida a trámite el 2 de julio de 2004 (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie B, nº 101-1, 19-7-2004), en la que se pretendía la incorporación de un quinto apartado al art. 763 LEC donde se regulara el tratamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, en los siguientes términos: “5. Podrá también el Tribunal autorizar un tratamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico o un periodo de observación para diagnóstico, cuando así lo requiera la salud del enfermo, previa propuesta razonada del especialista, audiencia del interesado, informe del Forense y Ministerio Fiscal. En la resolución que se dicte deberá establecerse el plan de tratamiento, sus mecanismos de control y el dispositivo sanitario responsable del mismo que deberá informar al Juez, al menos cada tres meses, de su evolución y seguimiento, así como sobre la necesidad de continuar, modificar o cesar el tratamiento. El plazo máximo de duración de esta medida será de dieciocho meses”. Para un estudio profundo de la cuestión, GONZÁLEZ ÁLVAREZ, O., “El tratamiento...”, cit., p. 147 ss.; BARRIOS FLORES, L.F., “La propuesta de regulación del tratamiento ambulatorio involuntario en España: una posición escéptica”, en *EDJ* nº 92, 2006, p. 313 ss.; y BLANCO DEL BARRIO, R., “Tratamiento ambulatorio involuntario. Cuestiones a debate”, en *EDJ* nº 92, 2006, p. 427 ss.

48 Como muy bien explica ABEL SOUTO, M., “Internamientos...”, cit., p. 95, “la esencia del internamiento reside en una programación terapéutica, pedagógica y asegurativa.”

49 NOYA FERREIRO, M.L., “Las medidas cautelares en el proceso penal del menor”, en *Estudios penales y criminológicos* nº 26, 2006, p. 208. El problema es que, como explicó en su día doña Rosa BERIÁN, Coordinadora del Área de Menores en Conflicto Social del Instituto Madrileño del Menor y la Familia de la Comunidad de Madrid, con ocasión de una mesa redonda acerca de “Las medidas de internamiento y su ejecución”, celebrada en el seno de las Jornadas de “Análisis sobre la aplicación de la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores” (Tomo II, p. 10), la escasa incidencia de esta medida, al menos en la Comunidad de Madrid, y probablemente igual que en el resto, ya que los Jueces de Menores pocas veces lo acuerdan, determina la inexistencia de centros específicos para su ejecución. Por su parte, ABEL SOUTO, M., “Internamientos...”, cit., p. 99, afirma al respecto: “La falta de lugares específicos para la ejecución del internamiento terapéutico constituye, empero, una dificultad común a otras medidas y la experiencia nacional no permite ser optimistas habida cuenta de que, aun cuando la LO 4/1992 acogió el ingreso en un centro de carácter terapéutico, semejante consecuencia jurídica no alcanzó correcta aplicación en España por carecer de establecimientos de este tipo destinados específicamente a los menores.” Finalmente, MARTÍN RÍOS, M.P., “La situación...”, cit., p. 190, sostiene: “En la práctica, ante la grave carencia de instalaciones adecuadas, se tiende a decretar el internamiento del menor en un centro ordinario de reforma, sometiéndolo de modo conjunto a un tratamiento terapéutico que atienda a sus especiales necesidades. Dicho tratamiento podrá ser ambulatorio si el menor no se encuentra en régimen cerrado; de lo contrario, lo recibirá en el mismo centro en que se encuentre internado.” Por su parte, en el ámbito general de los adultos, CASAS PLANES, M.D., “Reflexión acerca del daño moral al enfermo psíquico derivado de actuaciones judiciales, y del funcionamiento anormal de la Administración Pública”, en *Diario LA LEY* nº 6697, 20 de abril de 2007, p. 2 s., califica la falta de centros adecuados para internar o tratar al enfermo psíquico

menor.”⁴⁹ En cambio, mediante el tratamiento ambulatorio, la actuación sobre el menor se llevará a cabo en su propio entorno, a través de las entidades públicas de protección y reforma de menores.⁵⁰ Recordemos que el apartado 4º del art. 158 del CC faculta al Juez para que de oficio o a instancia de parte dicte, en general, las disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios.⁵¹

III.1. Presupuestos legales de adopción

Dice la LO 5/2000 que serán sujetos pasivos de estas medidas aquellos menores respecto de los cuales, durante la fase de instrucción, haya resultado suficientemente atestiguado que se encuentran en situación de enajenación mental o en cualquiera otra de las circunstancias previstas en los apartados 1º, 2º o 3º del art. 20 del Código Penal vigente, es decir, exentos de responsabilidad criminal por:

- cualquier anomalía o alteración psíquica⁵² que en el momento de perpetrar la infracción criminal⁵³ les impidió conocer la ilicitud del hecho⁵⁴ o actuar conforme a esta comprensión;⁵⁵

como uno de los posibles casos de responsabilidad civil de la Administración en los siguientes términos: “En definitiva, si el enfermo psíquico sufre un daño moral, en su dignidad, por el dolor y angustia que supone la agravación de la enfermedad como consecuencia de que lo dejen sin tratamiento; como si, en el caso de que haya cometido un delito, permanezca en un establecimiento psiquiátrico no apropiado para su curación: *¿no sería responsable de tales daños la Administración por un funcionamiento anormal de la misma?* Entiendo que sí, pues, a pesar de que en nuestro país no hay legislación específica al respecto, la Administración Pública es responsable por el daño moral derivado de un funcionamiento anormal de la asistencia psiquiátrica y de los servicios extrahospitalarios, pues se considera que la Administración Pública es la encargada de la planificación correcta de la asistencia sanitaria pública, y viene obligada a hacer disponibles los medios necesarios para llevarla a efecto sin riesgo. De modo que el mal funcionamiento de un servicio, la falta de funcionamiento o la demora en la prestación del mismo son causas factibles de daños cometidos por la Administración. Y es pacífico que lo sería según la normativa administrativa, y siendo competente la jurisdicción contencioso-administrativa, tras la unidad de jurisdicción completada por el art. 2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), y el art. 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 (LOPJ), modificada por las Leyes Orgánicas 6/1998, de 13 de julio, y 19/2003, de 23 de diciembre.”

50 Afirma MARTÍN RÍOS, M.P., “La situación...”, cit., p. 190 s., que el carácter menos restrictivo de esta medida, dado el mantenimiento de los vínculos del menor con la comunidad, determina que, por aplicación del principio de intervención mínima, deba priorizarse su aplicación; si bien lamenta su poco uso en la práctica debido, entre otras causas, a la falta de claridad en los diagnósticos y en las previsiones de duración del tratamiento, y al escaso desarrollo de los programas especializados para los adolescentes.

51 Este apartado fue reenumerado por el art. 6.2 de la LO 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores. Su contenido literal se corresponde con el del anterior apartado 3º del mismo artículo.

52 GUIJA VILLA, J., “La enfermedad...”, cit., p. 52 ss., define las *anomalías* como una variación del ser psíquico, donde quedan englobadas los rasgos y disposiciones anormales de la personalidad que no cumplen los criterios diagnósticos suficientes como para poder reputarse trastornos de la personalidad (paranoidismo, histeria, impulsividad...). En cuanto a las *alteraciones*, las considera una modificación de la homeostasis o equilibrio en el que debe hallarse el organismo y, más concretamente, como “la actividad anormal, presencia o aparición de síntomas, de fenómenos psicopatológicos o conductas anómalas, bien aisladamente o formando parte, con otros síntomas, de algún trastorno definido”.

53 Afirma GUIJA VILLA, J., “La enfermedad...”, cit., p. 42: “Si bien la pericia psiquiátrica debe sortear numerosas complicaciones para ser llevada a cabo, la primera, no por importancia cuantitativa ni cualitativa sino por aparición cronológica, es saber cómo estaba el individuo en el momento del hecho”. Así, en lo relativo a la importancia que tiene el estado mental del sujeto en el preciso instante de la comisión del acto delictivo, quiero reproducir, a modo de reflexión, lo manifestado por el Fiscal SANTOS URBANEJA, F., en “Varias cuestiones relativas al tratamiento penal y penitenciario de discapacitados intelectuales y enfermos mentales”, en *EDJ* nº 92, 2006, p. 230 s.: “El nuevo concepto de imputabilidad distingue con indudable base científica entre actos afectados por la dolencia y actos no afectados, actos relacionados con la enfermedad y actos ajenos a la enfermedad, pero no se puede mandar a la cárcel sólo a la parte sana, porque el enfermo y el discapacitado como cualquier persona son una realidad inescindible, y esto no debe olvidarse. Estoy de acuerdo en que, en aquellos casos en que la conducta delictiva

- hallarse, al tiempo de cometer la infracción penal, en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas,⁵⁶ estupefacientes,⁵⁷ sustancias psicotrópicas⁵⁸ u otras que produzcan efectos análogos,⁵⁹ siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión;⁶⁰

sea ajena a la alteración o anomalía psíquica, deba considerarse al sujeto imputable de ese hecho y no se le aprecie por esto circunstancia atenuante o eximente alguna, pero la sentencia debería recoger como hecho probado la existencia de una deficiencia o anomalía psíquica y la adopción de las medidas de seguridad que se estimen oportunas desde una perspectiva global de la persona, pues, aunque se juzgue un hecho en la vida de una persona, quien soporta las consecuencias de ese juicio es la persona en su totalidad.”

54 Nos ilustra GUIJA VILLA, J., “La enfermedad...”, cit., p. 44 s.: “Psicológicamente, el *conocimiento* es el resultado de la integración de *muy diferentes e importantes funciones psíquicas* bien entendido que al ser humano es necesario aceptarlo como un *todo* para poder apreciar y comprender el motivo de su conducta. No obstante, el estudio de la persona requiere un estudio por funciones o áreas psíquicas de forma independiente y su posterior integración en un todo. Par poder llegar a conocer, es preciso tener una *conciencia* lúcida, estar despiertos, *atentos, orientados* con relación a nosotros mismos y al entorno, poder percibir a través de los sentidos todo lo que nos rodea, enviar la información al cerebro, pensar, aprender y poder elaborar aquella e interpretarla, almacenarla y disponer de ella, utilizarla en un momento determinado. Y desde el punto de vista psicopatológico, son muy diversos los trastornos que originan una modificación del conocimiento, de conocer, comprender o discernir la realidad, que alteran o modifican todo el mundo de la cognición. Así puede resultar afectado el conocimiento tanto por déficit, como por exacerbación de cualesquiera de las funciones que intervienen en el proceso complejo del conocimiento (...)”

Por su parte, como ejemplos de patologías que afecten a este elemento intelectual, GÓMEZ RIVERO, M.C., “Nuevas tendencias doctrinales y jurisprudenciales en el tratamiento del enfermo mental”, en *CDJ*, I, 2006, p. 312, cita la oligofrenia y ciertos casos de psicosis.

55 Aclara GUIJA VILLA, J., “La enfermedad...”, cit., p. 46 s., que a la exigencia de conocimiento de la ilicitud del hecho la norma jurídica añade, de forma asociada o disyuntiva, la posibilidad de actuar conforme a esa comprensión; ya que el ser humano puede comprender la ilicitud del hecho por no tener alteradas, desde un punto de vista médico, sus funciones cognitivas, y en cambio no actuar conforme a la misma por tener modificado su ámbito volitivo, esto es, el relativo al acto voluntario, libremente ejercido. Esto sucede –como explica– a consecuencia de fenómenos patológicos como la ansiedad, las oscilaciones del estado de ánimo o los mecanismos obsesivo-fóbicos, entre otros, que abocan al sujeto a cometer actos ilícitos pese a conocer y comprender su ilicitud, y en los que no le es posible reflexionar suficientemente o su reflexión no es capaz de dirigir y controlar adecuadamente sus actos.

Por su parte, como ejemplos de patologías que afecten a este aspecto volitivo, GÓMEZ RIVERO, M.C., “Nuevas tendencias...”, cit., p. 312, cita desórdenes de la conducta como la cleptomanía, la ludopatía, o la celotipia.

56 Define BRELL GONZÁLEZ, J.L., “El consumo de drogas tóxicas, estupefacientes y psicotropos: sus efectos sobre las personas”, en *CDJ*, I, 2006, p. 158, la droga como “toda sustancia que introducida en un organismo vivo pueda modificar una o varias de sus funciones, sea susceptible de crear dependencia, y pueda a la vez provocar tolerancia, según la definición de la OMS”. Por su parte, será tóxico “cualquier agente físico o químico capaz de producir un efecto adverso para la salud”.

57 Define BRELL GONZÁLEZ, J.L., “El consumo...”, cit., p. 158, el estupefaciente como la “sustancia que disminuye la actividad del sistema nervioso y, consecuentemente, la actividad psíquica y mental”.

58 Define BRELL GONZÁLEZ, J.L., “El consumo...”, cit., p. 158, el psicotropo como la “sustancia que ejerce algún efecto sobre la mente; capaz de modificar la actividad mental o psíquica”.

59 En opinión de LEDESMA DE LA CRUZ, “Investigación sobre el consumo de inhalantes en la población infantil española”, en *Cuadernos de Política Criminal* nº 17, 1982, p. 348 ss. (citado a su vez por MENDOZA CALDERÓN, S., “La circunstancia eximente segunda del art. 20 del Código Penal. La correlativa atenuante de responsabilidad penal”, en *CDJ*, I, 2006, p. 250), cabe incluir dentro de estas otras sustancias de efectos análogos los inhalantes, definibles como “aquellos pegamentos, solventes e incluso disolventes que pueden tener repercusiones nocivas para la salud, si se inhalan, pudiendo ser altamente perjudiciales en los casos de producirse cruces farmacológicos con otras sustancias, como productos químicos o farmacéuticos”, y entre cuyos efectos nocivos se encuentran la incoordinación motora, agresividad, crisis epileptoides, y incluso alteraciones somáticas, neurológicas y síntomas de dependencia psíquica.

60 En lo relativo al estado de intoxicación, BRELL GONZÁLEZ, J.L., “El consumo...”, cit., p. 166 ss., distingue –entre otras cosas– la *intoxicación aguda*, consistente en un “estado transitorio consecutivo a la ingestión o asimilación de sustancias psicotropas o de alcohol que produce alteraciones del nivel de conciencia, de la cognición, de la percepción, del estado afectivo, del comportamiento o de otras funciones y

- hallarse, al tiempo de cometer la infracción penal, bajo la influencia de un síndrome de abstinencia,⁶¹ a causa de las sustancias enumeradas, que les impidió comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión;

- tener alterada gravemente la conciencia de la realidad⁶² a causa alteraciones en la percepción⁶³ sufridas desde el nacimiento o desde la infancia.⁶⁴

En la redacción del art. 29 el legislador juvenil se hace eco expreso de la doctrina acogida por el Tribunal Supremo en Sentencia de 4 de febrero de 2000, donde afirmaba que con la sustitución en el CP de 1995 de la expresión “enajenado” (art. 8.1º CP 1973) por la de “cualquier anomalía o alteración psíquica”, se pretendía abarcar no sólo las enfermedades mentales en sentido estricto, sino también otras alteraciones o trastornos de la personalidad. Así, se refiere el art. 29 LORPM en primer lugar a la enajenación mental, y en segundo término a las circunstancias previstas en los apartados 1º, 2º y 3º del art. 20. En cualquier caso, nos hallamos ante conceptos propios del ámbito de la psiquiatría.⁶⁵

respuestas fisiológicas y psicológicas”, y la *intoxicación patológica* (aplicable sólo al alcohol), manifestada por “la aparición brusca de un comportamiento agresivo o violento, no característico de individuos en estado sobrio, después de ingerir una cantidad de alcohol que no produciría intoxicación en la mayoría de las personas”. Por su parte, en un plano estrictamente jurídico, MENDOZA CALDERÓN, S., “La circunstancia...”, cit., p. 244, destaca el avance legislativo derivado de la extensión de la embriaguez como causa atenuante, a la referencia a la misma, y también a la intoxicación causada por otro tipo de sustancias, como posible causa de exención penal.

61 En lo relativo al estado de dependencia, BRELL GONZÁLEZ, J.L., “El consumo...”, cit., p. 169 s., distingue -entre otras cosas- el *síndrome de dependencia*, definible como el “conjunto de manifestaciones fisiológicas, comportamentales y cognoscitivas en el cual el consumo de una droga, o de un tipo de ellas, adquiere la máxima prioridad para el individuo, mayor incluso que cualquier otro tipo de comportamiento de los que en el pasado tuvieron el valor más alto”, y el *síndrome de abstinencia*, consistente en el “conjunto de síntomas que se agrupan según diferentes modos y niveles de gravedad que se presentan cuando hay una abstinencia absoluta o relativa de una determinada sustancia, tras un consumo reiterado, generalmente prolongado o a dosis elevadas”.

62 Comenta DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E., “Las circunstancias eximentes 1ª y 3ª del art. 20 del Código Penal. La correlativa atenuante de responsabilidad penal”, en *CDJ*, I, 2006, p. 144, que la realidad a la alude el precepto no es tanto la realidad física (colores, sensaciones...) como la moral, “esto es, de acuerdo con la escala axiológico-cultural del mundo en que se vive”.

63 DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E., “Las circunstancias...”, cit., p. 145 ss., resume el debate doctrinal generado en torno a la noción de *alteraciones en la percepción*. Habla de una tesis sobre su naturaleza exclusivamente biológica -defendida por CONDE-PUMPIDO FERREIRO-, según la cual el elemento material de la eximente reside en una falta o deficiencia de los mecanismos de percepción de la realidad, esto es, los sentidos; de otra, que censura, sobre su naturaleza psiquiátrica, pues las alteraciones de la percepción en psiquiatría se reputan enfermedad mental; y de una tercera, que mantiene su naturaleza de concepto normativo -defendida por QUINTERO y MORALES PRATS-, de modo que no sólo abarca las causas biológicas o psiquiátricas, sino “cualquier alteración profunda de los procesos que permiten acceder a las normas culturales”, entre las que se incluirían, a título de ejemplo, un supuesto de grave subdesarrollo o de grave incomunicación social desde el nacimiento o la infancia. Finalmente, LLERA GONZÁLEZ cita la STS 6 de febrero de 2001 (Sala 2ª), como sintetizadora de estos distintos criterios, al considerar como causas de alteración de la conciencia “los defectos sensoriales, cualquier anomalía cerebral susceptible de malinterpretar los datos suministrados por los sentidos, así como graves anomalías del carácter y excepcionales circunstancias ambientales”.

64 MARTÍN RÍOS, M.P., “La situación...”, cit., p. 187, lamenta que la LORPM no mencione expresamente los posibles estados de “semiimputabilidad” (eximentes incompletas) que, en su opinión, “serían fácilmente reconducibles, por vía de la subsidiariedad, a lo dispuesto en este punto en el CP.”

65 Muy interesante al respecto, URRUSUELA MORA, A., “Hacia un nuevo modelo de cooperación entre Derecho penal y Psiquiatría en el marco del enjuiciamiento de la inimputabilidad en virtud de la eximente de anomalía o alteración psíquica: aspectos materiales y formales”, en *Cuadernos de Política Criminal* nº 86, 2005, p. 241 ss.

Como afirma el TEDH, el concepto de enfermo mental o enajenado “no facilita una interpretación definitiva: (...) su sentido evoluciona continuamente con los progresos de la investigación psiquiátrica, la flexibilidad creciente del tratamiento y los cambios de actitud de la sociedad hacia los enfermos mentales, especialmente a medida que aumenta la comprensión de los problemas de estos pacientes.”⁶⁶ Así, en lo referente al internamiento en particular, entiende este tribunal que lo que evidencia su validez (salvo en casos de urgencia) es el “haberse probado de forma convincente la enajenación del interesado”. Y añade que, por tanto, no se podría “internar a una persona por el mero hecho de que sus ideas o su comportamiento se aparten de las normas predominantes en determinada sociedad... porque ello desconocería la importancia del derecho a la libertad en una sociedad democrática.”⁶⁷ Por su parte, GONZÁLEZ GRANDA aclara que “el padecimiento mental ha de ser psiquiátrico, no siendo preciso que la enfermedad sea persistente, ni por tanto causante de incapacitación actual o futura, dado que la persistencia del padecimiento sólo tendrá relevancia a efectos de una futura incapacitación, que se tramitará por el procedimiento correspondiente.” Puntualiza además: “No obstante, y aunque la Ley no lo establezca expresamente, debe entenderse que el internamiento es legítimo sólo cuando redunde en el propio beneficio del internado.”⁶⁸ Finalmente, LLEDÓ GONZÁLEZ subraya el carácter exclusivamente médico y científico de este concepto.⁶⁹ Así, en un ámbito especializado, GUIJA VILLA -médico forense y director del Instituto de Medicina Legal de Sevilla- afirma que cuando el Código Penal se refiere –sin llamarlo por su nombre- al enfermo mental, está aludiendo a un sujeto que sufre, según la definición de la OMS, una alteración en su estado de salud, producida por fenómenos fundamentalmente emocionales, y que se manifiesta a través de signos o síntomas. Subraya además que la enfermedad psíquica presenta unas peculiaridades sociales frente al resto de las especialidades médicas que se traducen, principalmente, en una no causación de dolor y, sobre todo, en una ausencia de conciencia de enfermedad que, cuanto mayor es, más grave es la perturbación psicológica del paciente; y unas peculiaridades psiquiátrico-legales resumibles en: 1) disminución o pérdida de la libertad del sujeto frente a sí mismo; 2) aparición de estructuras psíquicas nuevas y cualitativamente distintas a las que tienen los sanos; 3) alteración en el control de la realidad y en la interacción social; y 4) dificultades graves para el control instintivo.⁷⁰

Además, conviene tener presente que el precepto exige que la exención de responsabilidad quede suficientemente acreditada durante la instrucción, lo que significa, por una parte, que no cabe admitir meras conjeturas o sospechas al respecto y, por otra,

66 Para un estudio algo más profundo sobre esta cuestión, EQUIPO METRA, “Investigación sobre menores con trastornos psíquicos y sus familias: una experiencia multidisciplinar”, en *Miscelánea Comillas*, vol. 60, nº 117, 2002, p. 771 ss.

67 STEDH de 24 de octubre de 1979 (*caso Winterwerp*).

68 GONZÁLEZ GRANDA, P., “Reforzamiento de la protección jurídica de la incapacidad en las últimas manifestaciones normativas (I)”, en *Diario LA LEY* nº 6521, 7 de julio de 2006, p. 2. Destaca esta autora el notable esfuerzo emprendido por el legislador en los últimos tiempos por reforzar el régimen jurídico de protección de las situaciones de incapacidad, el cual se traduce en la promulgación de distintas leyes que, de algún modo, inciden en la mejora de dicho régimen.

69 LLEDÓ GONZÁLEZ, C.L., “Medidas cautelares a tomar en fase de instrucción respecto del enfermo mental presunto autor de una infracción penal”, en *CDJ*, I, 2006, p. 70.

70 GUIJA VILLA, J., “La enfermedad...”, cit., p. 16 s.

Para un estudio de la enfermedad mental en el ámbito de los menores de edad, AA.VV. (COLEGIO OFICIAL DE PSICÓLOGOS DE MADRID), “Evaluación de la psicopatía infanto-juvenil: estudio en una muestra de niños institucionalizados”, en *Anuario de Psicología Jurídica* nº 15, 2005, p. 23 ss.; y AA.VV. (FEDERACIÓN DE ASOCIACIONES PARA LA PREVENCIÓN DEL MALTRATO INFANTIL), “Estudio sobre alteraciones psicológicas en población infantil maltratada y derivada a un servicio municipal de menores”, en *Bienestar y Protección infantil* nº 1, vol. 2, 2003, p. 51 ss.

que si la incursión en alguno de los supuestos del art. 20 1º, 2º ó 3º del CP se produce en el momento de perpetrar el delito, pero no continúa durante la investigación, no existirá base para una medida de esta naturaleza. Como muy bien explica GÓMEZ RIVERO, “el legislador parece vincular el juicio de inimputabilidad a un análisis del sujeto que en cada caso deberá realizar el juez conforme a los dictámenes periciales y, a partir de él, determinar las consecuencias penales conforme a la conjugación de los dos elementos que habrán de analizarse secuencialmente: uno *intelectivo*, consistente en la capacidad que tenía el sujeto de comprender el injusto de la conducta en el momento de su realización; y otro *volitivo*, que según la literalidad de la norma habrá de poner el acento en la posibilidad que tenía de obrar conforme a ese entendimiento”.⁷¹ Así, en el ámbito internacional, la necesidad de que el trastorno psiquiátrico quede suficientemente acreditado se erige como uno de los condicionantes para que el eventual internamiento pueda reputarse conforme a Derecho. En tal sentido, considera el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (Sentencias 24-10-1979, caso *Winterwerp*, apdo. 39; 27-9-1990, caso *Wassink*, apdo. 24; y 25-10-1990, caso *Koendjihari*, apdo. 27) como requisitos de un internamiento ajustado a Derecho: 1º) Una acreditación pericial médica, objetiva y convincente, de trastorno psiquiátrico de la persona a internar; 2º) una gravedad del trastorno que recomiende el ingreso; y 3º) que el internamiento no se prolongue más allá de lo que persista el referido trastorno.⁷²

En cuanto a la elección de una u otra medida de protección y custodia, obviamente deberá cumplirse con el principio de proporcionalidad, de modo que el internamiento tan sólo resultará alternativa válida en aquellos supuestos en los que se valore no sólo idóneo, sino también necesario;⁷³ pues como señala GONZÁLEZ GRANDA “el tener diagnosticada una enfermedad mental –por muy grave que ésta pueda ser– no justifica en ningún caso por sí el internamiento, siendo necesario que el tratamiento médico requiera ineludiblemente su ingreso psiquiátrico. Y, al efecto, no cabe negar cierta razón a la doctrina que pone de relieve la subsistencia en este punto de falta de determinación de las causas o motivos que pueden dar lugar al internamiento, puesto que sigue sin definirse el supuesto de hecho del internamiento regulado.”⁷⁴ De la misma manera que, en mi opinión, la especial naturaleza tuitiva y terapéutica de las medidas cautelares previstas en el art. 29 LORPM, en combinación con el criterio transversal de protección del interés de menor, debería legitimar la posibilidad de llegar a acordar un internamiento por razón de trastorno psíquico respecto de un menor presunto responsable de ilícitos penales que ni siquiera revistan el carácter de graves.

Por último debo señalar, como muy bien recuerda la Circular 1/2000, de la FGE, que la LORPM diferencia la reacción ante las anomalías o alteraciones psíquicas de la forma de actuar ante las adicciones. Así, en estas últimas, resultará fundamental el visto bueno del menor que, de negarse al tratamiento, forzará al Juez a aplicar otra medida;⁷⁵

71 GÓMEZ RIVERO, M.C., “Nuevas tendencias...”, cit., p. 310.

72 GARCÍA GARCÍA, L., “Enfermedad...”, cit., p. 80 s.

73 Dice la STC 1040/90, de 4 de junio, en su FJ 2º, que lo que justifica el internamiento es “que el afectado padece una perturbación mental real, comprobada médicamente de forma objetiva, y que esa perturbación presenta un carácter o magnitud que justifica el internamiento, por no poder vivir esa persona libremente en sociedad.”

74 GONZÁLEZ GRANDA, P., “Reforzamiento...”, cit., p. 2.

75 Lo que, según MARTÍN RÍOS, M.P., “La situación...”, cit., p. 200, constituye una solución “imperfecta”, ya que se contradice con lo dispuesto en el art. 9.5 LORPM, que tan sólo admite, en los supuestos del art. 20. 1º, 2º o 3º del CP, la aplicación de medidas terapéuticas. En opinión de GARCÍA PÉREZ, M.F., “El delincuente...”, cit., p. 414, es en la elección de “otra medida adecuada” donde reside el principal problema, pues la propia naturaleza de la adicción aconseja un tratamiento deshabitador.

lo que, en palabras de ABEL SOUTO, supone “un enfrentamiento realista a la evidencia de que la eficacia del tratamiento depende de la colaboración del menor, de ahí que la gran dificultad de cualquier intervención terapéutica radique en contar con la voluntad del infractor juvenil.”⁷⁶

III.2. Órgano competente

El art. 28 de la LO 5/2000 dispone expresamente la posibilidad de que el Ministerio Fiscal solicite del Juez de Menores, de oficio o a instancia de quien haya ejercitado la acción penal,⁷⁷ la adopción de medidas cautelares para la custodia y defensa del menor expedientado o para la debida protección de la víctima. Sin embargo, el art. 29 de la Ley se muestra confuso, al emplear la expresión impersonal “se adoptarán” en relación con las medidas cautelares precisas para la protección y custodia del menor. Y es que, en mi opinión, dado que el antiguo art. 28 no se refería a la acusación particular -inicialmente inexistente en el procedimiento penal diseñado por la LO 5/2000-, el legislador dio por sentado que la competencia para la solicitud y la adopción de tales medidas recaía sobre las mismas personas a las que aludía expresamente dicho precepto.

Será por tanto el Juez de Menores quien, de forma exclusiva, pueda proceder a la adopción de las medidas cautelares reguladas por el art. 29⁷⁸ o, mejor expresado, a su preceptiva autorización -a modo de garante de su legalidad-, dado que la decisión sobre su imposición descansa sobre unos fundamentos de carácter médico ajenos a su leal saber y entender. Así, como muy bien subraya GARCÍA GARCÍA, la autorización judicial tan sólo tendrá validez frente al internamiento para el cual ha sido requerida, no admitiéndose en este ámbito autorizaciones genéricas.⁷⁹

La competencia del Juez de Menores obedece a varios motivos.

En primer lugar, porque la decisión se toma, por vía incidental, respecto de un menor que se halla inmerso en un Expediente de Reforma por la presunta comisión de una infracción penal, siendo lo más lógico y coherente que sea el Juez encargado de

76 ABEL SOUTO, M., “Internamientos...”, cit., p. 97. Razona además este autor que, dado que también en el ámbito psicológico y psiquiátrico juegan un papel importante la voluntariedad y buena predisposición del menor, quizá el legislador hubiera debido contar con su aprobación a la hora de aplicar el tratamiento pertinente. Sin embargo, señala la Circular 1/2000, de la FGE, que en las anomalías o alteraciones psíquicas la patología cognitiva y volitiva lleva a prescindir de la opinión de un incapaz para prestar auténtico consentimiento.

77 La referencia expresa a la acusación particular es fruto de la reforma operada por la LO 8/2006, de 4 de diciembre.

78 En contra, ORNOSA FERNÁNDEZ, M.R., “La responsabilidad...”, cit., p. 214 s., para quien “la adopción de esas medidas cautelares de protección debe efectuarse a instancia del Ministerio Fiscal conforme a las competencias genéricas que tiene asignadas en su Estatuto Orgánico en protección de los menores y a la legislación estatal (LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor) y autonómica que regula tal materia, así como a los preceptos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil que también hacen referencia a las cuestiones de protección, teniendo en cuenta, en especial, los arts. 172 y siguientes CC y el art. 763 LEC que regula el internamiento no voluntario por razón del trastorno psíquico.” Y añade: “El Juez de Menores no tendrá, por lo tanto, competencias para la adopción de tales medidas cautelares, ya que se instarán por el Ministerio Fiscal ante los órganos e instituciones competentes, que serán, en los casos de medidas genéricas de protección la entidad pública de protección de menores y en los casos de internamiento cautelar de menores por razón de trastorno psíquico en contra de su voluntad, el Juzgado de Primera Instancia del lugar donde resida la persona afectada, según prevé el art. 763 LEC.” También MARTÍN RÍOS, M.P., “La situación...”, cit., p. 210.

79 GARCÍA GARCÍA, L., “Enfermedad...”, cit., p. 91 s. Incide además esta autora en la conveniencia del señalamiento judicial de un plazo preclusivo para la iniciación del internamiento y de un plazo de duración inicial consonante con el tipo e intensidad del trastorno; así como en la necesidad de una nueva autorización judicial en supuestos de traslado desde un centro a otro distinto.

dicho proceso quien, en resolución del incidente, acuerde eventuales medidas cautelares.⁸⁰ Como muy bien razona APARICIO BLANCO “si las medidas cautelares se adoptan dentro de un proceso judicial en trámite (como ocurre con los menores inimputables autores de hechos delictivos) y aquéllas tienden a dar protección inmediata y urgente al propio menor, nadie mejor que el Juez de Menores que está interviniendo para su adopción pues será el que está en posesión de toda la información acerca de las necesidades y situación en que se encuentra, pudiendo conocer la mejor forma de intervenir para otorgar una protección eficaz de sus derechos.”⁸¹

En segundo lugar porque, al margen de la adopción o no de la medida cautelar, el art. 29 de la Ley ordena la conclusión de la instrucción y la continuación normal del procedimiento principal hasta su finalización mediante sentencia en la que, precisamente el Juez de Menores, podrá imponer al menor una medida terapéutica de entre las previstas en la LO 5/2000, esto es, el internamiento terapéutico o el tratamiento ambulatorio. Carecería de sentido por tanto que, siguiendo lo prescrito por las normas civiles, la decisión en materia de medidas cautelares de protección y custodia se atribuyera al Juez de Primera Instancia del lugar de residencia del menor, totalmente ajeno al procedimiento penal que contra el mismo prosigue, pues con ello podría darse lugar a actuaciones contradictorias sobre un mismo sujeto.⁸²

Cuestión distinta habría sido que la Ley del Menor, acogiendo el criterio defendido por gran parte de la doctrina, no hubiera ordenado la continuación del procedimiento penal contra el menor cuya enajenación mental, anomalía o alteración psíquica, alcoholismo, drogodependencia, síndrome de abstinencia o alteración grave de la conciencia de la realidad hubiera quedado suficientemente acreditada en fase de instrucción.⁸³ Si el legislador juvenil hubiera optado por instar al Fiscal a que, en estos casos, solicitara del Juez de Menores el archivo por sobreseimiento de las actuaciones, entonces sí cabría afirmar, en mi opinión, que la competencia para la adopción de las medidas de protección del menor correspondería a los órganos de la jurisdicción civil.

La alternativa de la finalización inmediata del proceso penal habría sido la vía procesal más conveniente para muchos autores, y ello por diversos motivos. Para APARICIO BLANCO, porque no tiene sentido que una vez confirmada la exención de responsabilidad del menor en sentencia se acuerde nuevamente una medida terapéutica ya

80 En relación al internamiento por razón de trastorno psíquico del art. 763 LEC, BANACLOCHE PALAO, J., *La libertad...*, cit., p. 452, recuerda que la legislación procesal penal contempla distintos casos en los que un Tribunal penal, y por tanto un órgano ajeno a la jurisdicción civil, puede decretarlo.

81 APARICIO BLANCO, P., “Diligencias...”, cit., p. 188. También utiliza como argumento a favor de la atribución de competencia al Juez de Menores el hecho de que el art. 41.3 LORPM admita, contra la resolución de adopción de estas medidas protectoras, recurso de apelación ante la Audiencia Provincial. En idéntico sentido, DÍAZ MARTÍNEZ, M., *La instrucción en el proceso penal de menores*, (Madrid, 2003), p. 157.

82 En este mismo sentido: APARICIO BLANCO, P., “Diligencias...”, cit., p. 189 s., para quien no debe resultar sorprendente que un órgano de la jurisdicción penal, como lo es el Juez de Menores, adopte en el seno de un procedimiento judicial normas administrativas y civiles; y NOYA FERREIRO, M.L., “Las medidas...”, cit., p. 209, que también recurre al argumento de que la restricción del derecho fundamental a la libertad que estas medidas cautelares implican para el menor determina, sobre la base de lo dispuesto en el art. 23.3 de la LORPM, la competencia exclusiva del Juez de Menores, quien deberá resolver por auto motivado después de su documentación en pieza separada.

83 Discrepo en este punto de TOMÉ GARCÍA, J.A., *El Procedimiento Penal del Menor*, (Navarra, 2003), p. 140 cuando afirma que lo normal en estos casos es que el Fiscal solicite, y el Juez de Menores acuerde, el archivo por sobreseimiento, y que sólo cuando existan dudas acerca de la concurrencia en el menor de alguna de las circunstancias previstas en los apartados 1º, 2º o 3º del art. 20 CP será el Juez de Menores quien acuerde las medidas cautelares del art. 29. En mi opinión, el texto del referido precepto es muy claro en lo relativo a la continuación del procedimiento penal hasta su finalización por sentencia.

adoptada con anterioridad.⁸⁴ Para SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ porque, evocando la afirmación de RODRÍGUEZ DEVESA de que “las medidas de tipo curativo han de tener una prioridad absoluta sobre las de tipo educativo o de cualquier otra índole”, considera que debe darse preferencia a la norma relativa a las anomalías o alteraciones psíquicas sobre la norma relativa a los menores de edad.⁸⁵ Para NOYA FERREIRO, porque el legislador juvenil ha optado por el mismo cauce procedimental previsto para los adultos, olvidándose de que el proceso de responsabilidad penal del menor se inspira primordialmente en la defensa y protección de su interés, y de que las medidas cautelares contempladas en el mismo “nada o muy poco tienen que ver” con las reguladas en aquél.⁸⁶ Y para MARTÍN RÍOS, porque “en estos casos, la protección que necesite el menor se podría arbitrar por los cauces previstos por la normativa civil.”⁸⁷ Sin embargo, según mi parecer, nada perjudica al interés del menor el hecho de que las medidas de protección de su persona -primero con carácter cautelar (art. 29 LORPM), y luego en sentencia, a modo de medidas de seguridad de naturaleza penal- le sean impuestas en el seno del expediente de reforma regulado por la LO 5/2000. Es más, coincido con BONILLA CORREA al afirmar que con ello se pretende “economizar” trámites y, en definitiva, evitar la incoación de otro procedimiento distinto y paralelo al de naturaleza penal.⁸⁸

En tercer y último lugar será el Juez de Menores quien adopte estas medidas porque cuando la LO 5/2000 incluye en su art. 29 la expresión “conforme a los preceptos civiles aplicables”, se está refiriendo a qué medidas en particular podrán acordarse al amparo de dicho precepto -que serán las de naturaleza civil previstas por las normas civiles- y no a la competencia o al procedimiento de adopción de las mismas.

No obstante, y pese a los razonamientos expuestos, la FGE ha optado por un criterio distinto de interpretación del art. 29 LORPM, al entender que debe atribuirse al Fiscal, en los casos señalados en dicho precepto, la facultad de promover en vía civil las medidas de protección previstas en la legislación civil (internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, art. 763 LEC), o de instar de la Entidad Pública de Protección de Menores la adopción de las medidas previstas en la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor y en los arts. 172 y siguientes del CC. Eso sí, puntualizando que “lo que sí cabrá impetrar del Juez de Menores en estos casos en el expediente de reforma será la adopción, cuando proceda, de la medida cautelar de internamiento terapéutico, admisible a la vista de la amplia formulación del párrafo segundo del apartado primero del art. 28, conforme al que las medidas cautelares *podrán consistir en internamiento en centro en el régimen adecuado*, partiendo siempre de las limitaciones que impone el art. 8 LORPM, que también tendrían efecto sobre el ámbito de la tutela cautelar, de modo que si el delito imputado no lleva aparejada pena privativa de libertad, conforme al CP, no podría imponerse ni medida privativa de libertad en sentencia ni medida cautelar equivalente”. Y añade: “También podrán los Sres. Fiscales en estos supuestos promover en el propio proceso penal de menores las medidas que considere necesarias al amparo de lo dispuesto en el art. 158

84 APARICIO BLANCO, P., “Diligencias...”, cit., p. 187. En mi opinión este argumento es cuestionable desde el momento en que la medida que el Juez de Menores imponga en sentencia ha de revestir carácter terapéutico, pero no tiene por qué ser idéntica a la adoptada previamente con carácter cautelar.

85 SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.I., *Minoría de edad penal y Derecho penal juvenil*, (Granada, 1998), p. 95 s.

86 NOYA FERREIRO, M.L., “Las medidas...”, cit., p. 211 s.

87 MARTÍN RÍOS, M.P., “La situación...”, cit., p. 201. Aclara esta autora que sólo podría acudir a la vía civil cuando la exención de responsabilidad fuera lo suficientemente notoria como para no requerir de comprobaciones adicionales.

88 BONILLA CORREA, J.A., “Las medidas...”, cit., p. 147.

CC. Entre ellas, reiterando lo establecido en la Circular 1/2000, cabrá adoptar la medida de tratamiento terapéutico”.⁸⁸

Tampoco se muestra pacífica esta cuestión en el plano de los adultos, en el que LLEDÓ GONZÁLEZ considera no ajustadas a Derecho resoluciones judiciales en las que el Juez de Instrucción acuerda la prisión provisional del imputado en un Centro Psiquiátrico Penitenciario. Según este magistrado dos tipos de razones avalan su tesis: primera, la imposibilidad de aseverar en fase de instrucción la inimputabilidad del sujeto; y segunda, y más importante, el contenido de la legislación reguladora de esta materia. Por un lado, la propia LECrim que, consciente del trasfondo médico-científico de la decisión, no contempla la competencia judicial en este punto; y por otro, la Ley General Penitenciaria, de cuyos arts. 16 y 79 puede deducirse la competencia de la Administración Penitenciaria. Así, a mayor abundamiento, aclara que de la dicción del art. 381 LECrim -donde se dispone que “si el Juez advirtiese en el procesado indicios de enajenación mental le someterá inmediatamente a la observación de los Médicos forenses en el establecimiento en que estuviere preso, o en otro público si fuere más a propósito o estuviere en libertad”-, no cabe extraer la posibilidad de que el Juez acuerde medidas cautelares sobre el presunto inimputable acusado de un hecho delictivo, ni de internamiento ni de tratamiento. Según él, no estamos más que ante un precepto que regula una prueba pericial encaminada a la determinación de la salud mental del sujeto y su posible influencia en la presunta comisión del acto delictivo, necesaria por lo demás ante la ampliación del objeto de instrucción que plantea la presunta enajenación del procesado. Por consiguiente, y a modo de conclusión, no cabe afirmar la existencia de una medida cautelar de internamiento alternativa o sustitutiva de la prisión provisional. Así, tan sólo cabrá adoptar sobre el presunto inimputable la prisión provisional (sin predeterminación judicial del tipo de centro penitenciario) u otras medidas cautelares personales, siempre que se cumplan sus correspondientes presupuestos legales, y nunca a modo de medidas de seguridad predelictuales o de protección del mismo.⁹⁰

Finalmente, en lo relativo a la legitimación para la solicitud de las medidas de protección del art. 29 LORPM reitero que, en mi opinión, con la expresión “se adoptarán” el legislador dio por hecho que sería también el Fiscal el encargado de instarlas ante el órgano judicial. Ahora bien, es preciso hacer una serie de observaciones.

Primeramente, que la esencia protectora de estas medidas no permite su solicitud por parte de una eventual acusación particular personada en el procedimiento -pese a que el art. 28 sí la legitime expresamente para instar las de custodia y defensa-. Y esto es así en coherencia con la norma contenida en el art. 25 de la Ley, donde se le veta la posibilidad de proponer pruebas que versen sobre la situación psicológica, educativa, familiar y social de menor. De hecho, en el art. 27.5 LORPM no se contempla la remisión del informe elaborado por el equipo técnico a la acusación particular, sino sólo al Juez de Menores y al Letrado del menor, precisamente por versar sobre cuestiones relativas a la esfera personal de este último.

En segundo término, aunque en la mayoría de los casos será el Fiscal quien solicite la adopción de estas medidas, pues su condición de instructor del procedimiento le lleva a estar en contacto permanente con el equipo técnico -que de él depende funcionalmente, y que le informa puntualmente del estado personal del menor-, lo cierto es que justamente esa naturaleza esencialmente protectora de la que hablábamos ha de

89 Circular 1/2007, de 23 de noviembre, de la FGE, *sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006*, apdo. VI.4.

90 LLEDÓ GONZÁLEZ, C.L., “Medidas...”, cit., p. 100 ss.

legitimar la posibilidad de que sea el propio Juez de Menores quien de oficio las acuerde, o que también puedan solicitarlas las personas a quienes las normas civiles autorizan en estos casos. Me estoy refiriendo, obviamente, a los padres o representantes legales del menor.

III.3. Procedimiento, duración y régimen de recursos

En consonancia con lo anteriormente expuesto en relación a la competencia para adoptar las medidas cautelares reguladas por el art. 29 de la LO 5/2000, he de manifestar que el silencio legal de este precepto en lo referente al procedimiento para su adopción debe ser interpretado, en mi opinión, en el mismo sentido. A mi entender, el legislador no ve necesario repetir las normas procedimentales previstas en el artículo precedente, dando por sobreentendido que se seguirán los mismos cauces que para la adopción de las medidas cautelares de custodia y defensa del menor.⁹¹

En el caso del internamiento involuntario por trastorno psíquico, en el que, al igual que en el internamiento en centro en el régimen adecuado, regulado por el art. 28 LORPM, se produce una privación del derecho a la libertad del menor, será preceptiva la celebración de una comparecencia judicial a la que, eso sí, esta vez no será invitada la acusación particular si es que la hubiere. Como vimos, el carácter estrictamente protector de esta medida no tolera de hecho que la acusación particular pudiera solicitarla. Deberán por tanto estar presentes en la misma (aparte del Juez de Menores y del Ministerio Fiscal) el propio menor, su Letrado,⁹² el representante del equipo técnico, y el de la entidad pública de protección de menores; pudiendo ser propuestos los medios de prueba que puedan practicarse en el acto o en las veinticuatro horas siguientes.

Queda así cumplida la diligencia de audiencia preceptiva previa que el art. 763.3 LEC exige para la adopción del internamiento por razón de trastorno psíquico de carácter ordinario, esto es, no llevado a cabo de forma urgente y, por tanto, sin previa autorización judicial. Pero es que además, a mi entender, precisamente el propio interés del menor determina la necesidad de ventilar los demás trámites preceptivos que dicho artículo establece para el internamiento: el reconocimiento judicial de la persona afectada, en este caso el menor, que tendrá lugar en el mismo acto de la comparecencia, y que servirá para que el Juez compruebe directamente su estado;⁹³ y la audiencia del dicta-

91 En esta misma línea se mueve GÓMEZ RECIO, F., "Medidas...", cit., p. 641, al afirmar que se seguirá el mismo procedimiento aplicable a los menores que, por no estar incurso en causa de exención, sí son responsables.

92 APARICIO BLANCO, P., "Diligencias...", cit., p. 191, pone especial énfasis en el hecho de que la afectación del derecho a la libertad que esta medida conlleva determina que su adopción se rodee de las mismas garantías previstas en el art. 24 CE y, particularmente, el derecho de defensa. Además, el art. 763.3 LEC dispone que, en todas las actuaciones, la persona afectada por la medida de internamiento podrá disponer de representación y defensa en los términos señalados en el art. 758.

93 El FJ 5º de la STS (Sala 1ª) de 20-2-1989, pese a negar su carácter de prueba, califica como valioso dato probatorio el contenido del examen personal en el procedimiento de incapacitación -haciéndolo extensivo también al supuesto de internamiento- en los siguientes términos: "(...) la presencia ante el Tribunal, del demandado de incapacitación, constituye, no solamente un valioso dato probatorio, sino una garantía, en prevención de abusos y maquinaciones, por una parte y, por otra, de una meditada decisión constitutiva de una situación en una materia no absolutamente perteneciente a la Medicina o a la Psiquiatría, sino que científicamente, es un problema multidisciplinario y humanamente inserto en criterios sociales carentes de rigurosa fijación. Por ello se busca que el Juez o Tribunal no describan hechos, como en las pruebas de reconocimiento judicial o inspección ocular, sino que emitan una opinión, con el valor que la opinión del juzgador tiene en aquellos conceptos a los que las normas jurídicas se refieren, pero se abstienen, prudentemente, de definir." Por su parte, GARCÍA GARCÍA, L., "Enfermedad...", cit., p. 92 s. -siguiendo la doctrina contenida en la STC 7-10-1981-, lo eleva a la categoría de requisito de fondo previo al procedimiento, dirigido a que el órgano judicial se forme sus propias convicciones acerca de la salud del sujeto examinado.

men del facultativo designado,⁹⁴ que ordinariamente será el médico forense o en su defecto el perito designado⁹⁵ -en este caso por el Fiscal, y no por el Juzgado, ya que será aquél quien se encargue de la instrucción del expediente en cuyo seno se insta la medida-.⁹⁶ Del mismo modo, el propio interés del menor guió al legislador a la hora de introducir en este precepto un apartado segundo en el que exige que el internamiento de menores se efectúe en todo caso en establecimientos de salud mental adecuados a su edad, previo informe de los servicios asistenciales.

En el caso del tratamiento ambulatorio, considero que no será necesaria la celebración de una comparecencia judicial. Bastará a mi entender que el Juez de Menores oiga -se entiende que por escrito- al Letrado del menor, al equipo técnico y a la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, quienes informarán especialmente sobre la naturaleza de la medida cautelar.⁹⁷

Las medidas cautelares adoptadas al amparo del art. 29 LORPM podrán mantenerse hasta que recaiga sentencia firme, siempre y cuando subsistan los presupuestos legales que determinaron su adopción.⁹⁸ Así, aunque para el internamiento en centro regulado por el art. 28 LORPM se contempla un plazo legal máximo (art. 28.3), no creo procedente una aplicación analógica del mismo al internamiento terapéutico, cuya adopción sólo puede cimentarse en criterios de estricta protección del menor. Tal y como aclara GONZÁLEZ GRANDA -si bien lo hace en el plano general del internamiento previsto por el art. 763 LEC-, “para el cese del internamiento no será necesaria autorización judicial, estando obligados los facultativos que atiendan al interesado a darle el alta cuando bajo su criterio no sea necesario que continúe en régimen de internamiento. Esto representa una novedad, y debe decirse que, frente al criterio sostenido por la FGE en su Circular 2/1984 de que la decisión de poner fin al internamiento corresponde al Juez, gran parte de la doctrina entendió siempre que debía permitirse a los profesionales médicos dar el alta médica al enfermo toda vez que hubiese desaparecido la necesidad terapéutica que dio lugar al internamiento, ello con independencia de que el Juez pudiese poner fin al internamiento con ocasión del seguimiento periódico

94 GARCÍA GARCÍA, L., “Enfermedad...”, cit., p. 96 -citando a su vez a GARCÍA RIPOLL, *La protección del enfermo mental no incapacitado*, (Barcelona, 1992), p. 25 ss., se decanta por el carácter escrito del dictamen, sobre la base de consideraciones de pura seguridad jurídica, dada la gravedad de la medida. Así, en relación a la valoración judicial del dictamen pericial, AGUILERA MANRIQUE, G. y ZALDÍVAR BASURTO, F., “Opinión de los jueces (Derecho penal y de familia) sobre el informe psicológico forense”, en *Anuario de Psicología Jurídica* nº 13, 2003, p. 95 ss.

95 Lo más aconsejable será, en mi opinión, la designación de un médico especialista en el área de la psiquiatría, dado el contenido de la decisión que va a informar, referente a la salud mental del menor.

96 Según FAJARDO AGUSTÍN, A., “Problemas médico-legales de las demencias en el orden civil”, en *Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Alicante* nº 20, enero-1996, p. 50 s., el referido dictamen deberá contener:

1. Diagnóstico psiquiátrico de la enfermedad o deficiencia mental.
2. Diagnóstico de las deficiencias orgánicas y funcionales, en su caso.
3. Juicio sobre la época en que se inició el estado.
4. Juicio sobre la permanencia de éste.
5. Juicio sobre la complejidad de los intereses que el sujeto debe defender.
6. Juicio sobre la capacidad para gobernarse a sí mismo y/o sus intereses.
7. Juicio sobre la peligrosidad para sí y para quienes le rodean.
8. Juicio sobre la conveniencia del internamiento y, en su caso, previsión de la duración del mismo.

97 Como muy bien aclara APARICIO BLANCO, P., “Diligencias...”, cit., p. 190, pese a tratarse de medidas cautelares adoptadas al amparo del art. 158 CC, no deberá seguirse el procedimiento previsto en la DA 1ª de la LO 1/1996, donde se hace una remisión a las normas de la jurisdicción voluntaria.

98 El mantenimiento de una situación de internamiento cautelar terapéutico sin la concurrencia de tales presupuestos dará lugar al derecho del menor a ser indemnizado.

del mismo.”⁹⁹ Cuestión distinta, a mi entender, es que el alta médica deba ser comunicada de inmediato al Juez de Menores a los efectos oportunos.

Finalmente, contra el auto que resuelva el incidente del art. 29 de la Ley cabe recurso de apelación ante la Audiencia Provincial por los trámites que regula la LECrim para el procedimiento abreviado (art. 41.3 LORPM). Además, tal y como consagra el art. 5.4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el menor ya internado podrá obtener, en breve plazo, una resolución judicial acerca de la legalidad de su internamiento (STEDH 23-2-1984, caso *Luberti*), así como, en cumplimiento del art. 5.2 de dicho CEDH, ser informado de las razones del mismo (STEDH 21-2-1990, caso *Van der Leer*).

III.4. Ejecución

Por los mismos razonamientos que expuse para defender la atribución competencial en materia de medidas cautelares de protección y custodia del menor (art. 29 LORPM) al Juez de Menores, considero que deberá ser él, y no otro, quien se responsabilice de llevar a cabo el control judicial de la ejecución.

Tal control lo describe VENTURA MÁS -en el ámbito de los internamientos psiquiátricos de adultos-, como la actividad judicial encaminada, no sólo a una comprobación personal de la situación de internamiento, sino a una tutela integral del conjunto de derechos que asisten a los pacientes y que, en ningún caso, pueden resultar mermados.¹⁰⁰

III.5. Aplicación de estas medidas en casos de riesgos para la salud

Dice la DA 2ª de la LO 5/2000: “Cuando los Jueces de Menores aplicaren alguna de las medidas terapéuticas a que se refieren los arts. 5.2, 7.1 y 29 de esta Ley, en caso de enfermedades transmisibles u otros riesgos para la salud de los menores o de quienes con ellos convivan, podrán encomendar a las autoridades o Servicios de Salud correspondientes su control y seguimiento, de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública.”

En este punto, GISBERT JORDÁ opina que habría resultado conveniente precisar con nitidez los derechos y obligaciones de los menores internados, así como de los educadores y trabajadores que con ellos se relacionan. Con ello, según esta autora, se habrían conjurado, por un lado, situaciones de riesgo para la salud y, por otro, vulneraciones de ciertos derechos de los menores enfermos y, entre ellos, su intimidad.¹⁰¹

IV. INCAPACITACIÓN DEL MENOR Y CONSTITUCIÓN DE LOS ORGANISMOS TUTELARES

Dentro del marco de las ya analizadas medidas de protección y custodia del menor exento de responsabilidad, alude expresamente la Ley del Menor al deber de pro-

⁹⁹ GONZÁLEZ GRANDA, P., “Reforzamiento...”, cit., p. 4.

¹⁰⁰ Se refiere VENTURA MAS, S., “Derechos fundamentales y cuestiones éticas en las unidades de psiquiatría. Instrucciones previas”, en *EDJ* nº 92, 2006, p. 114 ss., al derecho a la libertad (vinculado a lo relativo a los permisos de salida); al derecho a un uso reglado y controlado de los medios de contención mecánica y de la medida de aislamiento; al derecho a la información, en su doble vertiente, jurídico-médica; al derecho a la intimidad; y al derecho al tratamiento adecuado.

¹⁰¹ GISBERT JORDA, T., “Las medidas...”, cit., p. 114. Para un estudio detallado del internamiento del enfermo contagioso, BANACLOCHE PALAO, J., *La libertad...*, cit., p. 456 ss.

mover, en su caso, el proceso civil de incapacitación del mismo y el establecimiento de los organismos tutelares correspondientes. Dice textualmente el art. 29 LORPM: “Si en el transcurso de la instrucción que realice el Ministerio Fiscal quedara suficientemente acreditado que el menor se encuentra en situación de enajenación mental o en cualquiera otra de las circunstancias previstas en los apartados 1,2 ó 3 del art. 20 del Código Penal vigente, se adoptarán las medidas cautelares precisas para la protección y custodia del menor conforme a los preceptos civiles aplicables, *instando en su caso las actuaciones para la incapacitación del menor y la constitución de los organismos tutelares conforme a Derecho (...)*”

Utilizando los propios términos de la Circular 1/2000, de la FGE, “huelga decir que no son verdaderas medidas cautelares, ya que para su promoción el Fiscal se dirigirá a los órganos de la jurisdicción civil ante los que formulará las pretensiones que estime oportunas.”¹⁰² Por tanto, la referencia impersonal del verbo *instar* debe entenderse efectuada en principio al Ministerio Fiscal, en su calidad de instructor del expediente de reforma y, por consiguiente, mejor conocedor de la situación personal del menor en cuestión. Ahora bien, si examinamos las normas civiles por las que se regula el proceso especial sobre capacidad de las personas, contenidas en el segundo capítulo del Título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 756 a 763),¹⁰³ comprobaremos que el art. 757, relativo a la legitimación activa, dispone en su cuarto apartado que, no obstante lo afirmado en los anteriores, la incapacitación de los menores de edad sólo podrá ser promovida por quienes ejerzan la patria potestad o la tutela. Por ello, nos ceñiremos a atribuir al Fiscal instructor la obligación de urgir a las personas legalmente legitimadas, esto es, a los padres o tutores del menor expedientado, para que con la mayor celeridad posible se dirijan al órgano competente. Dicho órgano, según las normas civiles, será el Juez de Primera Instancia del lugar de residencia del menor (art. 756 LEC). Así, dicha obligación de urgir a las personas legitimadas para demandar surgirá tras una actuación preprocesal del Fiscal que GARCÍA CALDERÓN describe gráficamente en los siguientes términos: “(...) la actuación de la Fiscalía nunca debe convertirse en mera correa de transmisión de lo denunciado, en una actuación automática o mecánica sino que debe comportar la incoación de unas *Diligencias Preliminares previas a la interposición de la demanda* que, conforme a lo establecido en el art. 5 del Estatuto Orgánico, permitan al Fiscal *facilitar el ejercicio de las demás funciones que el ordenamiento jurídico le atribuye* determinando si, tal y como establece el art. 762.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esta decisión de demandar es la *procedente*. Recordamos esto porque tales *Diligencias Preliminares* pueden desarrollar un papel muy importante en la valoración de los derechos del supuesto incapaz, teniendo muy en cuenta cual sea su posición inicial al respecto. Los requisitos que el art. 200 del Código Civil establece para la interposición de la demanda son, de un lado, la persistencia de una enfermedad física o psíquica y, de otro, que ello impida a la persona que la padece gobernarse por sí misma. La actuación de la Fiscalía, conforme a lo anterior, exige la suficiente acreditación de un diagnóstico o juicio médico, pero sólo como punto de partida porque, como ha puesto de manifiesto la doctrina más autorizada, no podemos llevar a cabo una simple identificación entre diagnóstico e incapacidad por cuanto *la incapacidad es algo más que un diagnóstico, es también un concepto circunstancial* y es el conjunto de esas circunstancias

102 Apdo. VI.3.F, letra d).

103 AA.VV. (SALINAS DE FRÍAS, A.). ARIJA SOUTULLO, C., “Algunas consideraciones acerca de la “obligación” de los familiares de promover el procedimiento de incapacitación”, en *Persona...*, cit., p. 69, señala: “La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, con buena técnica jurídica, regula entre los procesos especiales (Libro IV) el proceso sobre la capacidad de las personas, ubicando así preceptos de carácter procesal, que estaban anteriormente incluidos en el Código civil, donde les corresponden.”

que rodean cada caso el que permitirá acomodar la actuación de la Fiscalía a las necesidades del discapacitado y solicitar del órgano jurisdiccional competente el dictado de una sentencia que establezca –con todas las garantías– cuál es el nivel correcto de incapacitación que debe establecerse, teniendo en cuenta las condiciones especiales del sujeto.” Y añade: “(...) la actuación preprocesal del Ministerio Fiscal puede romper la indeseable tendencia a considerar la demanda de incapacitación como una actuación vergonzante, muchas veces desarrollada como una forma de verdadera confrontación intra familiar, que en no pocas ocasiones es vivida por el discapacitado *como una tacha y a algunos, incluso, les perjudica en el aspecto terapéutico* llevando a cabo para ello una comunicación *suficiente* con el discapacitado”.¹⁰⁴

Por consiguiente, cuando en el desarrollo de la instrucción de un proceso penal se certifique que el menor expedientado se encuentra inmerso en una causa de incapacitación, por padecer una enfermedad o deficiencia de naturaleza física o psíquica que le impida autogobernarse (art. 200 CC), y que se prevea razonablemente que va a persistir una vez alcanzada su mayoría de edad (art. 201 CC),¹⁰⁵ el Fiscal instructor de dicho procedimiento requerirá a quienes ostenten la patria potestad o tutela sobre el mismo para que, en el plazo más breve posible, se dirijan al órgano judicial competente con el fin de iniciar un proceso civil cuyos objetivos primordiales serán la declaración judicial de su incapacidad y la adopción de las medidas protectoras de su persona. Y es que, tal y como subraya BANACLOCHE PALAO, “la constatación de la incapacidad de una persona puede surgir también al hilo de un proceso penal, contencioso-administrativo o incluso social.”¹⁰⁶

Esta previsión de la Ley del Menor, de requerimiento por parte del Fiscal a la familia del menor presunto incapaz, materializa las funciones tuitivas que, no sólo en el ámbito de los menores de edad, la CE otorga al Ministerio Público. Funciones de protección que también encuentran su marco jurídico en el plano internacional, especialmente tras la entrada en vigor en España, el 3 de mayo de 2008, de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Nueva York, 13 de diciembre de 2006), donde se admite que “la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Y es que como muy bien expresaba recientemente la Instrucción 4/2008, de la FGE, *sobre el control y vigilancia por el Ministerio Fiscal de las tutelas de personas incapaces*, “los cambios de las circunstancias económico-sociales y del sistema de valores de las sociedades actuales, han venido relevando al entorno familiar de la responsabilidad que tradicionalmente asumía en materia de protección de personas con discapacidad, derivándola hacia formas de solidaridad social”. “En definitiva, el Ministerio Fiscal tiene atribuido un papel de primer orden en la protección de las personas con discapacidad, que demanda de la Institución una respuesta eficaz y con criterios uniformes en defensa de los más desvalidos.”

104 GARCÍA CALDERÓN, J., “La voluntad de la víctima discapacitada en el proceso”, en *CDJ*, I, 2006, p. 378 s.

105 AA.VV. (SALINAS DE FRÍAS, A.). SILLERO CROVETTO, B., “Capacidad, incapacitación y medidas de protección. Nuevas perspectivas”, en *Persona...*, cit., p. 793: “En la práctica general existe una indisoluble unidad entre incapacitación, internamiento y tutela, cuya interrelación, algunas veces determina el carácter litigioso o problemático de los casos. No todo internamiento psiquiátrico presupone la incapacidad de obrar que es base causal de la incapacitación -ni siquiera todos los involuntarios, porque el síndrome que los motivó puede ser no persistente-, y por tanto, es perfectamente posible, en teoría, un paciente psiquiátrico interno no incapacitado e incluso no susceptible de incapacitación (...)”

106 BANACLOCHE PALAO, J., *La libertad...*, cit., p. 446.

Finalmente, he de reiterar que la adopción de alguna de las medidas cautelares reguladas en el art. 29 LORPM, no conllevará la promoción automática de un proceso de incapacitación en el ámbito civil –de ahí la expresión legal *en su caso*–, pues como muy bien relata LLEDÓ GONZÁLEZ, no cabe la simple equiparación entre incapacitación civil e inimputabilidad, ya que un sujeto incapaz podría ser total o parcialmente responsable de sus actos en el plano penal.¹⁰⁷ Además, como muy bien puntualiza GARCÍA GARCÍA en el ámbito concreto del internamiento psiquiátrico, en la mayoría de los casos la incapacitación –que debe ser considerada como último recurso, al igual que el propio internamiento– no sigue al ingreso; sobre todo hoy en día ante el avance de los tratamientos en este campo.¹⁰⁸

BIBLIOGRAFÍA

- ABEL SOUTO, M., “Internamientos penales de menores en la Ley Orgánica 5/2000 y su reglamento de 30 de julio de 2004”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* nº 57, 2004.
- AGUILERA MANRIQUE, G. y ZALDÍVAR BASURTO, F., “Opinión de los jueces (Derecho penal y de familia) sobre el informe psicológico forense”, en *Anuario de Psicología Jurídica* nº 13, 2003.
- AGUILERA MORALES, M., “Las medidas cautelares en la Ley de Responsabilidad Penal del Menor (o crónica de un despropósito)”, en *Tribunales de Justicia* nº 3, 2003.
- APARICIO BLANCO, P., “Diligencias de instrucción restrictivas de Derechos Fundamentales, competencia del Juez de Menores en el ámbito de la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores”, en *Revista del Poder Judicial* nº 60 (IV), 2000.
- AA.VV. (SALINAS DE FRÍAS, A.). ARIJA SOUTULLO, C., “Algunas consideraciones acerca de la “obligación” de los familiares de promover el procedimiento de incapacitación”, en *Persona y Estado en el umbral del siglo XXI*, (Málaga, 2001).
- ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, (Madrid, 2004).
- BANACLOCHE PALAO, J., *La libertad personal y sus limitaciones. Detenciones y retenciones en Derecho español*, (Madrid, 1996).
- BARRIOS FLORES, L.F., “La propuesta de regulación del tratamiento ambulatorio involuntario en España: una posición escéptica”, en *Estudios de Derecho Judicial* nº 92, 2006.
- BLANCO DEL BARRIO, R., “Tratamiento ambulatorio involuntario. Cuestiones a debate”, en *EDJ* nº 92, 2006.
- BONILLA CORREA, J.A., “Las medidas cautelares personales en la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores”, en *Estudios Jurídicos. Secretarios Judiciales* nº VII, 2001.

107 LLEDÓ GONZÁLEZ, C.L., “Medidas ...”, cit., p. 71.

108 GARCÍA GARCÍA, L., “Enfermedad...”, cit., p. 89.

- BRELL GONZÁLEZ, J.L., “El consumo de drogas tóxicas, estupefacientes y psicotropos: sus efectos sobre las personas”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, I, 2006.
- CALDERÓN CUADRADO, M.P. y MARTÍN PASTOR, J., “Tutela judicial efectiva, derecho de asistencia jurídica gratuita y medidas cautelares. (Sobre la acusación como presupuesto de la tutela cautelar civil y el acceso a la misma de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar)”, en *Tribunales de Justicia* nº 3, marzo-2001.
- CALVO SAN JOSÉ, M.J., “Eficacia de los actos y negocios jurídicos realizados por el enfermo mental”, en *Diario LA LEY* nº 6364, 22 de noviembre de 2005.
- CASAS PLANES, M.D., “Reflexión acerca del daño moral al enfermo psíquico derivado de actuaciones judiciales, y del funcionamiento anormal de la Administración Pública”, en *Diario LA LEY* nº 6697, 20 de abril de 2007.
- AA.VV. (COLEGIO OFICIAL DE PSICÓLOGOS DE MADRID), “Evaluación de la psicopatía infanto-juvenil: estudio en una muestra de niños institucionalizados”, en *Anuario de Psicología Jurídica* nº 15, 2005.
- COMPAIRED PLO, M.C., “Medidas de seguridad a imponer en sentencia al declarado exento de responsabilidad o con responsabilidad disminuida por enfermedad mental o drogadicción. Su control judicial”, en *CDJ*, I, 2006.
- DE LA ROSA CORTINA, J.M., *Comentarios a la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, (Navarra, 2001).
- “Medidas cautelares en protección de la víctima y proceso penal de menores”, en *Diario LA LEY* nº 6927, 17 de abril de 2008.
- DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E., “Las circunstancias eximentes 1ª y 3ª del art. 20 del Código Penal. La correlativa atenuante de responsabilidad penal”, en *CDJ*, I, 2006.
- DÍAZ MARTÍNEZ, M., *La instrucción en el proceso penal de menores*, (Madrid, 2003).
- AA.VV. (DE LA OLIVA SANTOS, A.) DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*, (Madrid, 2000).
- AA.VV. (SALINAS DE FRÍAS, A.) DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L., “Aproximación a la tutela judicial efectiva”, en *Persona y Estado en el umbral del siglo XXI*, (Málaga, 2001).
- EQUIPO METRA, “Investigación sobre menores con trastornos psíquicos y sus familias: una experiencia multidisciplinar”, en *Miscelánea Comillas*, vol. 60, nº 117, 2002.
- AA.VV. (FEDERACIÓN DE ASOCIACIONES PARA LA PREVENCIÓN DEL MALTRATO INFANTIL), “Estudio sobre alteraciones psicológicas en población infantil maltratada y derivada a un servicio municipal de menores”, en *Bienestar y Protección infantil* nº 1, vol. 2, 2003.
- GARCÍA GARCÍA, L., “Enfermedad mental e internamientos psiquiátricos”, en *EDJ* nº 92, 2006.
- GARCÍA PÉREZ, M.F., “El delincuente menor de edad enfermo mental en la Ley de Responsabilidad Penal del Menor”, en *CDJ*, I, 2006.
- GARCÍA RIPOLL, *La protección del enfermo mental no incapacitado*, (Barcelona, 1992).

- GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., *El Proceso Penal de Menores. Funciones del Ministerio Fiscal y del Juez en la instrucción, el periodo intermedio y las medidas cautelares*, (Navarra, 2007).
- GISBERT JORDÁ, T., “Las medidas cautelares”, en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal* nº 1, 2001.
- GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, P., “El deficiente y el enfermo mental que ha delinquido: alternativas a la prisión o al hospital psiquiátrico”, en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal* nº 5, 2002.
- GÓMEZ RECIO, F., “Medidas cautelares en la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores”, en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal* nº I, 2002.
- GÓMEZ RIVERO, M.C., “Nuevas tendencias doctrinales y jurisprudenciales en el tratamiento del enfermo mental”, en *CDJ*, I, 2006.
- GONZÁLEZ ÁLVAREZ, O., “El tratamiento ambulatorio involuntario de los enfermos mentales. El trasfondo de un prolongado debate”, en *EDJ* nº 92, 2006.
- GONZÁLEZ GRANDA, P., “Reforzamiento de la protección jurídica de la incapacidad en las últimas manifestaciones normativas (I)”, en *Diario LA LEY* nº 6521, 7 de julio de 2006.
- GUIJA VILLA, J., “La enfermedad mental. El trastorno mental transitorio”, en *CDJ*, I, 2006.
- ILLESCAS RUS, A.V., “Las medidas cautelares personales en el procedimiento penal”, en *Revista de Derecho Procesal* nº 1, 1995.
- LEDESMA DE LA CRUZ, “Investigación sobre el consumo de inhalantes en la población infantil española”, en *Cuadernos de Política Criminal* nº 17, 1982.
- LLEDÓ GONZÁLEZ, C.L., “Medidas cautelares a tomar en fase de instrucción respecto del enfermo mental presunto autor de una infracción penal”, en *CDJ*, I, 2006.
- LORCA MARTÍNEZ, J., “Las medidas de protección de menores y la intervención de la entidad pública en la LORPM 5/2000 de Responsabilidad Penal de los Menores”, en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal* nº I, 2001.
- MARTÍN RÍOS, M.P., “La situación procesal del menor infractor con anomalías o alteraciones psíquicas”, en *Anuario de Justicia de Menores* nº 3, 2003.
- “La víctima en el proceso penal de menores español”, en *Anuario de Justicia de Menores* nº 6, 2006.
- MENDOZA CALDERÓN, S., “La circunstancia eximente segunda del art. 20 del Código Penal. La correlativa atenuante de responsabilidad penal”, en *CDJ*, I, 2006.
- NOYA FERREIRO, M.L., “Las medidas cautelares en el proceso penal del menor”, en *Estudios penales y criminológicos* nº 26, 2006.
- ORNOSA FERNÁNDEZ, M.R., “La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Tomo III, 2001.
- ROCCO, U., *Trattato di diritto processuale civile*, tomo V, (Torino, 1960).
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.I., *Minoría de edad penal y Derecho penal juvenil*, (Granada, 1998).

- SANTOS URBANEJA, F., en “Varias cuestiones relativas al tratamiento penal y penitenciario de discapacitados intelectuales y enfermos mentales”, en *EDJ* nº 92, 2006.
- SANZ HERMIDA, A.M., *El nuevo proceso penal del menor*, (Cuenca, 2002).
- SENÉS MOTILLA, C., “Consideraciones sobre las medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas de la violencia de género”, en *Diario LA LEY* nº 6644, 5 de febrero de 2007.
- AA.VV. (SALINAS DE FRÍAS, A.). SILLERO CROVETTO, B., “Capacidad, incapacitación y medidas de protección. Nuevas perspectivas”, en *Persona y Estado en el umbral del siglo XXI*, (Málaga, 2001).
- TOMÉ GARCÍA, J.A., *El Procedimiento Penal del Menor*, (Navarra, 2003).
- URRUSUELA MORA, A., “Hacia un nuevo modelo de cooperación entre Derecho penal y Psiquiatría en el marco del enjuiciamiento de la inimputabilidad en virtud de la eximente de anomalía o alteración psíquica: aspectos materiales y formales”, en *Cuadernos de Política Criminal* nº 86, 2005.
- VAELLO ESQUERDO, E., “Análisis comparativo sobre la regulación de la responsabilidad penal de los menores en Italia y España”, en *Diario LA LEY* nº 6530, 20 de julio de 2006.