



IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas

de Puebla A.C.

ISSN: 1870-2147

revista.ius@hotmail.com

Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.

México

González Pillado, Esther

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO PENAL DE MENORES EN ESPAÑA

IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., núm. 24, 2009, pp. 42-75

Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.

Puebla, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293222968004>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO PENAL DE MENORES EN ESPAÑA

PRECAUTIONARY MEASURES IN THE SPANISH JUVENILE CRIMINAL PROCESS

Esther González Pillado*

RESUMEN

Se aborda la posibilidad legalmente establecida de imponer medidas cautelares en el proceso penal de menores para asegurar el cumplimiento efectivo de la sentencia condenatoria dictada en el proceso, se hace un análisis de las medidas cautelares de carácter personal reguladas en la Ley de Responsabilidad Penal del Menor y se plantea la conveniencia de la adopción de medidas de carácter real en el ámbito de la justicia juvenil, aunque en la citada ley no se haga referencia a éstas. Asimismo, precisa cuáles son las características de las medidas cautelares adoptadas en este tipo de proceso, entre las cuales hay que situar la excepcionalidad, la proporcionalidad, instrumentalidad, entre otras, para lo cual hay que recurrir al carácter supletorio que para el proceso penal de menores tiene la Ley de Enjuiciamiento Criminal española.

PALABRAS CLAVE: Proceso penal, proceso penal de menores, medidas cautelares, medidas cautelares personales, medidas cautelares reales, detención, habeas corpus, libertad vigilada, internamiento

ABSTRACT

It addresses the possibility of imposing legally-established precautionary measures in the juvenile criminal process to ensure the effective enforcement of the sentence pronounced in the process and provides an analysis of personal protective measures covered in the Act of Criminal Responsibility for Minors, this raises the desirability of adopting real measures in the field of juvenile justice, although the Act makes no reference to these. It specifies the characteristics of protective measures taken in this type of process, among which we must place exceptionality, proportionality, instrumentality, among others, for which we must turn to the supplementary nature for criminal proceedings Juveniles have in the Spanish Criminal Procedure Act.

KEY WORDS: Arrest, securing, preventive measures, habeas corpus, preparatory phase, trial, criminal enforcement, revolutionary courts, people's courts, provisional courts, judicial power, appeals for dismissal or reversal

* Profesora titular de derecho procesal de la Universidad de Vigo. Directora del Departamento de Derecho Público.
Recibido: 15.09.2009. Aceptado: 28.10.2009.

SUMARIO

1. Las medidas cautelares en la Ley de Responsabilidad Penal del Menor
 - A) Concepto, clases y finalidad
 - B) Características
2. Medidas cautelares personales
 - A) Detención
 - B) Medidas cautelares del art. 28 LORPM
 - c) Internamiento
 - d) Libertad vigilada
 - e) Prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o su entorno
 - f) Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo
 - g) Medidas previstas en el art. 29 lorp
3. Medidas cautelares reales

1. Las medidas cautelares en la Ley de Responsabilidad Penal del Menor

A) Concepto, clases y finalidad

Al igual que ocurre en el proceso penal de adultos, también en el ámbito de la responsabilidad penal de los menores se establece legalmente la posibilidad de imponer medidas cautelares. A este respecto, en el título III LORPM, dedicado a la instrucción, el capítulo II lleva la rúbrica “De las medidas cautelares” (arts. 28 y 29). No obstante, una lectura rápida de los preceptos de la ley dedicados a las medidas cautelares permite sacar tres conclusiones: de un lado, que no todas las medidas previstas en este capítulo son medidas cautelares. En efecto, el art. 29 LORPM no está regulando una medida cautelar cuando prescribe que, en el caso de menores exentos de responsabilidad penal por concurrir en ellos enajenación mental o cualquier otra circunstancia prevista en los apartados 1º, 2º o 3º del art. 20 CP, se podrán adoptar las medidas 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...” Además, en el propio art. 28 LORPM se prevén, junto al internamiento cautelar, otras medidas, como la convivencia con otra persona, familia o grupo educativo, que parecen tener una finalidad más protectora que cautelar.

De otro lado, las medidas cautelares previstas en el citado capítulo II del título III LORPM no son las únicas medidas cautelares que se pueden adoptar en un proceso

penal de menores, como se deriva del propio texto legal. En concreto, el art. 28 LORPM prevé el internamiento en un centro en el régimen adecuado, la libertad vigilada, la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez y la convivencia con otra persona, familia o grupo educativo; sin embargo, en el art. 17, fuera por tanto, del capítulo II del título I, se regula la detención, que también es una medida cautelar de carácter personal, como las contenidas en el art. 28.

Finalmente, la regulación contenida en la LORPM sobre las medidas cautelares no es completa, sino que se reduce a aspectos concretos de las mismas, dejando importantes lagunas en cuestiones relevantes para su imposición en el ámbito de la justicia juvenil. Esta situación nos obliga a acudir a la LECrime como ley de aplicación supletoria, lo que genera, en muchas ocasiones, dificultades interpretativas debido a la complicación que supone integrar estas disposiciones con normas pensadas para el proceso de adultos, que nada tiene que ver con los fines perseguidos por el proceso de menores.

A todas estas medidas reguladas en los arts. 17, 28 y 29 LORPM se dedicarán las páginas siguientes, pero antes, conviene establecer qué fin se persigue con su adopción en el proceso penal de menores, cuáles son sus características esenciales.

Con carácter general, las medidas cautelares tienen como finalidad garantizar el cumplimiento efectivo de la sentencia condenatoria dictada en el proceso penal declarativo, evitando las situaciones que, durante su pendencia, puedan poner en peligro la ejecución de la citada sentencia.

Como es bien sabido, en el desarrollo del proceso penal se pueden adoptar dos tipos de medidas cautelares, las personales y las reales, siendo sus finalidades diferentes en cada caso.

Las medidas cautelares personales son las medidas cautelares propiamente penales y tienen como finalidad esencial la evitación de la fuga del imputado que impediría la celebración del juicio, en último término, la ejecución de la sentencia condenatoria a una pena privativa de libertad; ésta no es una finalidad exclusiva puesto que estas medidas cautelares también pueden ser adoptadas para garantizar el éxito del futuro proceso que se está tramitando, evitando el riesgo de que el imputado en libertad pueda introducir obstáculos en la investigación criminal de los hechos e impedir el esclarecimiento del delito y su autoría, la amenaza a víctimas o testigos, o la ocultación o destrucción de pruebas. Ahora bien, las medidas cautelares también persiguen otro tipo de finalidades que son ajenas al propio concepto de medida cautelar, así tienen un objetivo de preventión general o especial e incluso protección a la víctima del delito.

En lo que respecta a las medidas cautelares reales sus finalidades esenciales

tienden a la conservación de las cosas relacionadas con el delito y al aseguramiento de la responsabilidad pecuniaria derivada de la comisión del delito.

Trasladando esta teoría general a las medidas cautelares propias del proceso penal de menores, lo primero que debe resaltarse es que la LORPM no se refiere en ningún momento a las medidas cautelares de carácter real, centrándose exclusivamente en las personales. En coherencia con ello, el grueso de este capítulo se dedicará a éstas, dejándose un último apartado para el análisis de la pertinencia de las medidas cautelares reales en el ámbito del proceso penal de menores.

Asentado lo anterior, y centrándonos ya en las medidas cautelares personales, lo primero que se debe plantear es si las mismas persiguen en el proceso penal de menores unos objetivos distintos a los propios del proceso penal de adultos. Para dar respuesta a esta cuestión debemos acudir al art. 28 LORPM que a los fines generales de evitar 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 o de proteger a la misma, añade que las medidas cautelares pueden adoptarse para “la defensa y custodia del menor expedientado”.

No parece muy afortunada la anterior expresión legal, en cuanto podría llevarnos a entender que, si el objetivo de las medidas cautelares en este ámbito es conseguir un efecto beneficioso para el menor de edad, no tendría sentido la previsión por parte del legislador de los presupuestos para la adopción de las medidas cautelares, pues éstas estarían amparadas en todo caso en la custodia y defensa del menor.¹

No podemos olvidar, a este respecto, que el fin básico de las medidas cautelares es evitar el riesgo de fuga y obstrucción de la justicia por parte del menor, para permitir que el proceso pueda desarrollarse en todos sus trámites hasta llegar a la sentencia y que ésta pueda ser ejecutada. A todo esto debe añadirse que, en el ámbito propio de la justicia juvenil, el principio que debe inspirar el proceso es el interés del menor.

De acuerdo con las premisas anteriores, es posible hacer una interpretación de la mención a la “defensa y custodia del menor” que guarde una mayor coherencia con el concepto de medidas cautelares y, al mismo tiempo, tenga en cuenta que el sujeto pasivo que las va a soportar es un menor de edad. A saber, el juez de menores con mayor rigor, si cabe, que en el proceso de adultos, deberá adoptar la medida cautelar que sea menos gravosa para el menor y, en concreto, deberá tener en cuenta la personalidad y madurez de éste. Además, si advirtiera alguna situación de riesgo o desamparo del menor deberá, o bien adoptar alguna medida de protección al amparo del art. 158 cc o bien comunicárselo a la en-

¹ AGUILERA MORALES, M. "Las medidas cautelares en la Ley de Responsabilidad Penal del Menor (o crónica de un despropósito)", *Tribunales de Justicia*, No. 3, 2003, pp. 15 y 16.

tidad pública competente en materia de protección de menores para que actúe como estime más adecuado a la vista de la normativa vigente (arts. 172 y ss, cc y LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor).

B) Características

Las características de las medidas cautelares personales adoptadas en el proceso penal de menores son las siguientes:

1^a Jurisdiccionalidad: En el ámbito del enjuiciamiento penal de menores, las medidas cautelares de carácter personal, con excepción de la detención, sólo pueden ser adoptadas por el juez de menores (art. 238.1 LORPM). A este respecto y a la vista de que al juez de menores que asume la competencia para adoptar la medida cautelar de que se trate también le corresponderá posteriormente dictar la sentencia que ponga fin al proceso, debe traerse a colación la STC 60/1995, de 17 de marzo, que considera de carácter constitucional la acumulación en el mismo órgano, de funciones relacionadas con la adopción de medidas cautelares limitativas de derechos fundamentales y el dictado de la sentencia. En efecto, ante la discusión relativa a la posible pérdida de imparcialidad del juez de menores que acuerda la adopción de una medida cautelar y dicta la sentencia que pone fin al proceso, el Tribunal Constitucional consideró que el dato esencial que garantiza la imparcialidad judicial es que la medida cautelar sólo puede ser adoptada a instancia de parte, de tal forma que esa petición de parte convierte al juez en un tercero en relación con la instrucción, y no se verá contaminado para poder dictar la sentencia que ponga fin al proceso. Ciertamente, la actuación de oficio por parte del juez de menores en la adopción de una medida cautelar pondría en duda su imparcialidad, ya que éste se ha formado una opinión sobre la culpabilidad del imputado antes del inicio del juicio oral, pero el requisito de la instancia de parte no parece suficiente para garantizar la imparcialidad del juez. No olvidemos que el juez de menores, para poder adoptar una medida cautelar deberá hacer un juicio sobre la probabilidad de que el imputado haya cometido el hecho delictivo y, realizado éste y adoptada la medida, será difícil que después pueda dictar la sentencia sin un prejuicio ya formado sobre la culpabilidad del menor.² No estamos de acuerdo con esta doctrina del Tribunal Constitucional.

² En este mismo sentido, *vide* AGUILERA MORALES, M., "Las medidas cautelares en la Ley de Responsabilidad Penal del

tucional en cuanto la valoración judicial sobre los actos de instrucción que exige la adopción de la medida cautelar quebranta el principio de imparcialidad judicial; por eso, consideramos que el legislador debió aprovechar la reforma operada por la LO 8/2006 para garantizar la imparcialidad del juez de menores que va a dictar la sentencia.

- 2^a **Instrumentalidad:** La medida cautelar se justifica única y exclusivamente en función de la existencia de un proceso penal en curso, del que tiene que garantizar su resultado; en coherencia con esto, el art. 28.1 *in fine* LORPM señala que “la medida cautelar adoptada podrá mantenerse hasta que recaiga sentencia firme”.
- 3^a **Provisionalidad:** El carácter instrumental de la medida cautelar implica su provisionalidad ya que su límite máximo de duración viene determinado por la existencia del proceso principal. Pero además, la medida durará mientras se mantengan los presupuestos, motivos y razones que llevaron a acordar su adopción, pudiendo modificarse o dejarse sin efecto en cualquier momento del proceso.
- 4^a **Excepcionalidad:** Al conllevar una limitación en el ejercicio de derechos por parte de los menores, las medidas cautelares contempladas en la LORPM deben adoptarse de forma excepcional, cuando sea el único medio para garantizar los fines perseguidos por la misma y sólo por el tiempo imprescindible.
- 5^a **Proporcionalidad:** Se exige que la medida cautelar guarde correlación adecuada con el fin que se persigue, pero también con el superior interés del menor.
- 6^a **La homogeneidad de las medidas cautelares con relación a la sanción que corresponde al delito presuntamente cometido por el menor imputado.**

2. Medidas cautelares personales

Como ya se ha apuntado, la LORPM regula únicamente en su articulado las medidas cautelares de carácter personal; de un lado, la detención, en el art. 17 y, de otro, las medidas previstas en el art. 28, añadiendo después, en el artículo siguiente, otro tipo de medidas que no pueden calificarse en sentido estricto como de carácter cautelar. A todas ellas se dedican los apartados siguientes.

47

Menor (o crónica de un despropósito)", *Tribunales de Justicia*, No. 3, 2003, pp. 15 y 16; DE LA ROSA CORTINA, J.M., "La instrucción en el procedimiento de la LORPM. Intervención del juez de menores", en *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*, ORNOSA Fernández (Dir.), CGP, Madrid, 2001, pp. 313-318; 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*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 107-109; GONZÁLEZ CANO, I., "Valoración de las reformas procesales operadas por la LO 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores (I)", *La Ley*, No. 6742, 2007 (<http://diariolaleylaleyes>).

A) *Detención*

El art. 17 LORPM regula la detención del menor de edad incidiendo especialmente en las garantías que debe revestir la práctica de esta medida cautelar y los derechos reconocidos al menor detenido, pero guardando silencio sobre cuestiones tan relevantes como los presupuestos que deben concurrir para acordar la detención o el momento en que puede ser acordada la misma. Esta laguna legal nos obliga a acudir a la LEcRim como norma de aplicación supletoria, tal como dispone la disposición final 1^a LORPM, lo que no siempre resulta coherente con los principios inherentes a la justicia de menores, como ya se ha adelantado.

Concepto y presupuestos

Con carácter general, la detención puede ser definida como una medida cautelar de naturaleza personal que incide directamente sobre el derecho fundamental a la libertad ambulatoria prevista en el art. 17 CE y que tiene como finalidad asegurar el desarrollo de un proceso penal.

Destacando su naturaleza de medida cautelar de carácter personal, la detención goza de unas especialidades o características que la diferencian de otras de su misma clase. Merecen destacarse algunas de ellas:

En primer lugar, respecto a la instrumentalidad, la detención se puede acordar no sólo en el ámbito de un proceso penal por la comisión de un hecho delictivo, sino también antes de la iniciación del mismo, aunque siempre con relación a un presunto hecho delictivo, como instrumento de la investigación criminal.

En segundo lugar, en relación a la jurisdiccionalidad, la detención es una medida que puede ser adoptada por el juez, pero además también puede acordarla el Ministerio Fiscal, la policía o, incluso, cualquier ciudadano particular, evidentemente concurriendo los requisitos establecidos en las normas legales.

Y, en tercer y último lugar, respecto a la nota de la provisionalidad, la detención es una medida interina o provisionalísima cuya duración está constitucional y legalmente limitada a un periodo corto de tiempo en el que el órgano competente debe decidir sobre la situación de la persona detenida.

Todo lo expuesto se aplica también a la detención de un menor, aunque con alguna especialidad relativa a los sujetos que pueden acordarla, y que se expondrá seguidamente.

En lo que respecta a los presupuestos, como toda medida cautelar, la adopción de la detención exige la concurrencia del *fumus boni iuris* y *periculum in mora*, cuya concreción, ante el silencio del art. 17 LORPM, requiere la aplicación supletoria de los arts. 489 y ss. LEcRim. En concreto, el art. 492 LEcRim (que a su vez remite al

490), exige que concurran, de un lado, la existencia de unos hechos que presenten los caracteres de delito, cuando éste ha sido efectivamente cometido o se vaya a cometer de forma inminente; además, que exista la creencia fundada de la participación de la persona a la que se va a privar de libertad en tales hechos delictivos; y por último, la existencia de peligro de ocultación personal del presunto responsable.

La falta de regulación expresa en la LORPM sobre la detención por falta, hace surgir la duda sobre su viabilidad en el proceso penal de menores; a este respecto no parece haber objeción alguna a la detención del menor cuando la infracción punible constituya una falta, siempre que, de acuerdo con el art. 495 LEcrim, el menor no tenga domicilio conocido.³ No obstante, debe tenerse en cuenta que la adopción de la detención en estos casos tiene un carácter muy excepcional y cumple además con la finalidad de mitigar el desamparo del menor, de tal forma que, si no se averigua su domicilio, deberán adoptarse las medidas de protección que sean necesarias, de conformidad con lo previsto en los arts. 172 y ss. y la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor.

Sujetos

El art. 17 LORPM se refiere únicamente al Ministerio Fiscal y a la policía como sujetos legitimados para acordar la detención de menores, guardando silencio, en cambio, con relación al juez de menores y a los particulares.

En lo que respecta al juez de menores, del tenor del art. 17 LORPM parece derivarse que carece de competencia para acordar la práctica de la detención durante la fase de instrucción, pero sí a partir del momento en que asuma la dirección del proceso, puesto que las medidas cautelares podrán ser adoptadas en cualquier momento del proceso, de acuerdo con la previsión general del art. 28.1 LORPM.

En cuanto a la detención por particulares, su falta de previsión en el art. 17 LORPM, genera la duda sobre su procedencia en relación con los menores. A este respecto, no parece existir ningún inconveniente para la aplicación supletoria del art. 490 LEcrim donde se regulan las condiciones de la detención de adultos por particulares. Ni siquiera la prevalencia del interés del menor, que debe inspirar toda actuación en esta materia, puede utilizarse como argumento para rechazar su detención por particulares, siempre que, por supuesto, se respeten escrupulosamente todas las garantías previstas para el proceso penal de adultos.

³ Igualmente, García-Rostán CALVÍN, G., *El proceso penal de menores...*, *Op. cit.*, pp. 98-99; VALBUENA García, E., *Medidas cautelares en el enjuiciamiento de menores*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2008. En contra, AGUILERA MORALES, M., "Las medidas cautelares en la Ley de Responsabilidad Penal del Menor...", *Op. cit.*, p. 5; González Cano, I. "Valoración de las reformas procesales operadas por la LO 8/2006 de 4 de diciembre por la que se modifica la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores (I)", *Op. cit.*

Garantías de la detención

a) Forma, lugar y plazo

El art. 17.1 LORPM, al igual que el art. 3.1 del Reglamento 1774/2004, impone a las autoridades y funcionarios que intervengan en la detención del menor, que la practiquen “en la forma que menos perjudique a éste”. Sin duda, vuelve a estar latente el interés del menor como principio general que debe orientar todas las actuaciones realizadas en relación a los mismos; sin embargo, sorprende que, pese a tratarse de una reproducción del art. 520.1 LEC, la previsión en materia de menores sea mucho más escueta, sin hacer referencia a la necesidad de buscar una fórmula de práctica de la detención que perjudique lo menos posible a la persona, reputación o patrimonio del detenido.

Por su parte, el apartado tercero del art. 17 LORPM dispone que “mientras dure la detención, los menores deberán hallarse custodiados en dependencias adecuadas y separadas de las que se utilicen para los mayores de edad, y recibirán los cuidados, protección y asistencia social, psicológica, médica y física que requieran, habida cuenta de su edad, sexo y características individuales”. Sí se ve en este apartado, frente al tenor literal del anteriormente comentado, de forma clara la relevancia del interés del menor que trata de evitar un tratamiento inadecuado durante la duración de la detención.

En lo que respecta al plazo, como es bien sabido, de acuerdo con el carácter excepcional y provisionalísimo de la detención, el art. 17 CE diferencia entre un plazo ordinario, determinado por el tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y un plazo máximo ordinario, en cuanto esas diligencias en ningún caso se podrán prolongar más de 72 horas, en que el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial. Esta norma, que tiene su reflejo para la detención de adultos en el art. 520.1.2º LEcRim, se modifica para el supuesto de menores de edad.

En concreto, el art. 17 LORPM mantiene el plazo ordinario para la detención policial, que viene determinado, por tanto, por el tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones necesarias para el esclarecimiento de los hechos; en cambio, reduce el plazo máximo ordinario, que no podrá exceder de 24 horas, debiendo el detenido ser puesto en libertad o a disposición del Ministerio Fiscal. Nos encontramos, sin duda, ante otra de las garantías recogidas en la ley en atención a la edad del presunto autor de la infracción penal.

Este mismo carácter tutivo se refleja en la previsión contenida en el art. 17.5 LORPM relativa al plazo de que dispone el Ministerio Fiscal para decidir sobre la

situación personal del menor. En concreto, el Ministerio Fiscal deberá “resolver, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a partir de la detención, sobre la puesta en libertad del menor, sobre el desistimiento al que se refiere el artículo siguiente, o sobre la incoación del expediente, poniendo a aquél a disposición del juez de menores competente e instando del mismo las oportunas medidas”.

De la lectura de este precepto se deriva claramente que el plazo de 48 horas concedido al fiscal empieza a computarse en el mismo momento de la detención material y no en momento en que el menor es puesto a disposición del Ministerio Fiscal. Esta circunstancia, sobre todo cuando la policía agota las 24 horas de que dispone, hace que el plazo pueda parecer en ocasiones demasiado breve a la vista de las decisiones que tiene que adoptar el fiscal; a saber, el límite de 48 horas no sólo se establece para decidir sobre la puesta en libertad del menor, sino también sobre el desistimiento del expediente o sobre su incoación.⁴

Por otra parte, debe ponerse de manifiesto la poca fortuna de la dicción legal, en cuando la puesta en libertad del menor y la incoación del expediente no son opciones excluyentes, puesto que la incoación no conlleva necesariamente la puesta a disposición judicial del menor y la petición de medidas cautelares, sino que, al contrario, puede suponer la puesta en libertad del menor en aquellos casos en los que no existe riesgo de que éste se fugue u obstruya la acción de la justicia.

Frente a lo que ocurre con el plazo de la detención policial y fiscal, guarda silencio el art. 17 LORPM sobre el tiempo de que dispone el juez de menores para decidir sobre la situación del menor, una vez que es puesto a su disposición. A este respecto, el carácter supletorio de la LEcrim nos obliga a acudir al art. 497 LEcrim que prevé un plazo de 72 horas desde la puesta a disposición judicial para decidir sobre su situación personal.

b) Derechos del menor detenido

Los apartados primero y segundo del art. 17 LORPM relacionan los derechos que se reconocen al menor detenido en términos similares, aunque con alguna especialidad, frente a la previsión general que para los adultos se contiene en el art. 520 LEcrim, al que se remite para todo lo no previsto en el mismo. En concreto, el art. 17.1 LORPM se refiere al derecho a ser informado, en un lenguaje claro y

⁴ Aguilera Morales, *Op. cit.*, pág. 5; DOLZ LAGO, M.J., “La instrucción penal del fiscal en el nuevo proceso de menores: contenido y límites”, en *Justicia penal de menores y jóvenes (Análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)* (Coords. GONZÁLEZ CUSSAC, TAMARIT SUMALLA y GÓMEZ COLOMER), Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 9; TOMÉ GARCÍA, J.A., *El procedimiento penal del menor (Tras la Ley 38/2002, de Reforma Parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2003, p. 125.

comprendible, y de forma inmediata, de los hechos que se le imputan, de las razones de su detención y de los derechos que le asisten, especialmente los reconocidos en el art. 520 *LECrim*.

Además, también tendrán derecho a que se notifique inmediatamente el hecho de la detención y el lugar de custodia a sus representantes legales y al Ministerio Fiscal; en el caso de menor extranjero, esa notificación se hará a las autoridades consulares cuando el menor tuviera su residencia habitual fuera de España o a petición del menor o sus representantes legales. Este deber de notificación de las autoridades o funcionarios que la practican también aparece previsto con carácter general para la detención de adultos en el art. 520.3 *LECrim*; sin embargo, en el art. 17.1 *LORPM* establece dos especialidades destacables.

La primera novedad radica en que la notificación de la detención del menor al fiscal debe hacerse en todo caso y no sólo en los supuestos de ausencia de los representantes legales y, además, debe hacerse de forma inmediata. La razón de esta comunicación preceptiva e inmediata se debe, sin duda, al deber que asume el Ministerio Fiscal como defensor de los derechos del menor (art. 6 *LORPM*). En este sentido, esta comunicación debe ir acompañada de la información necesaria para que el fiscal pueda reconsiderar la conveniencia de la detención policial y, en su caso, acordar la puesta en libertad del menor.⁵

La segunda novedad se refiere a los supuestos de menor detenido extranjero en cuanto se notificará el hecho de la detención (y también el lugar de custodia, aunque no lo recoja expresamente el art. 17.1 *LORPM*) a las autoridades consulares no sólo cuando el menor no tenga residencia en España, sino también cuando la tenga, siempre que así lo soliciten el propio menor o los representantes legales.

Ahora bien, de todas las garantías recogidas en el art. 17 *LORPM* merece una mención especial el régimen de la declaración del menor detenido, que tiene un tratamiento pormenorizado en el apartado segundo de dicho precepto en los siguientes términos: “toda declaración del detenido, se llevará a cabo en presencia de su letrado y de aquellos que ejerzan la patria potestad, tutela o guarda del menor –de hecho o de derecho–, salvo que, en este último caso, las circunstancias aconsejen lo contrario. En defecto de estos últimos la declaración se llevará a cabo en presencia del Ministerio Fiscal, representado por persona distinta del instructor del expediente. El menor detenido tendrá derecho a la entrevista reservada con su abogado con anterioridad y al término de la práctica de la diligencia de toda de declaración”.

⁵ En este mismo sentido, AGUILERA MORALES, *Op. cit.*, pp. 5-6; LÓPEZ LÓPEZ, A.M., “Tratamiento policial de los menores de edad penal. Comentarios prácticos de la Ley Orgánica 5/2000”, *La Ley*, No. 5366, 2001, pp. 1224-1225; VALBUENA GARCÍA, *Op. cit.*, pp. 141-142.

Del tenor literal del precepto transrito, con la utilización de la expresión “toda declaración del menor, se deriva claramente que siempre será necesaria la presencia de abogado cualquiera que sea la declaración del menor detenido sin que pueda haber excepciones, ni siquiera por la sede (policial, fiscal o judicial) en la que tenga lugar; en consecuencia, no serán aplicables las previsiones de los apartados 4 y 5 del art. 520 LEcrim; por consiguiente, se excluye la posibilidad de renunciar al derecho de asistencia letrada en las detenciones por hechos susceptibles de ser tipificados como delitos contra la seguridad del tráfico, ni tampoco, sería posible, ante la incomparecencia injustificada del letrado, la práctica de la declaración, en su ausencia, aunque medie el consentimiento del menor.

Del contenido del apartado 2 del art. 17 LORPM deben destacarse dos cuestiones que requieren cierta atención: de un lado, la sustitución en la declaración del menor, en aquellos supuestos en que las circunstancias lo aconsejen, de los representantes legales del menor por un miembro del Ministerio Fiscal; de otro, la entrevista entre el menor y su abogado con carácter previo a la declaración.

En lo que respecta a la presencia de un miembro del Ministerio Fiscal, en la declaración del menor, en sustitución de los representantes legales del menor, corresponde al fiscal competente para la instrucción del expediente, valorar su conveniencia, con independencia de que se trate de una detención en sede policial o fiscal. De estimarse adecuada la sustitución, se produciría la presencia de dos miembros del Ministerio Fiscal en un mismo acto, lo que no parece que reporte ninguna garantía superior al menor, teniendo en cuenta la vigencia del principio constitucional de unidad de actuación del Ministerio Fiscal, además de resultar contradictoria con el citado principio.⁶

La segunda cuestión a tratar es la relativa a la entrevista reservada entre el menor y el abogado; hasta la reforma operada por la Ley 8/2006, el art. 17 LORPM no contenía ninguna mención al respecto, de tal forma que se aplicaba la previsión contenida en el art. 22 b) LORPM. A este respecto, este último precepto generaba cierta discusión sobre el alcance del derecho de entrevista reservada del menor con su letrado; a saber, el citado precepto dispone que el menor tiene derecho, desde el momento de la incoación del expediente, a entrevistarse reservadamente con su abogado, incluso antes de prestar declaración. Una interpretación estricta de este precepto, llevaba a entender que la entrevista reservada con carácter previo a la declaración sólo era posible una vez incoado el expediente (esto es, anterior a la declaración ante el fiscal), lo que hacía perder trascendencia

⁶ En sentido similar, VALBUENA GARCÍA, *Op. cit.*, pp. 150-151; GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, *Op. cit.*, pp. 100-101; SALOM ESCRIVÁ, “La intervención del Ministerio Fiscal en el proceso de exigencia de responsabilidad penal de los menores”, en *Justicia penal de menores y jóvenes (Análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)* (Coords. GONZÁLEZ CUSSAC, TAMARIT SUMALLA y GÓMEZ COLOMER), Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 227 y 228.

a este derecho en aquellos casos en que el menor ya había declarado ante la policía. En cambio, era posible otra interpretación, entendiendo que el art. 22 LORPM recoge una serie de derechos que, en cuando manifestaciones del derecho de defensa, no surgen a partir de la incoación del expediente, sino de la imputación (art. 118 LE_{Crim}), que puede entenderse realizada, además de por otras vías, por la detención. Por tanto, los derechos del art. 22.1 LORPM, que coinciden prácticamente con los del art. 118 LE_{Crim}, deben entenderse vigentes desde el momento de la detención. Así, el derecho de entrevista reservada del menor con el abogado también se aplicaba no sólo después sino antes de la declaración ante la autoridad policial.⁷

La reforma del art. 17.2 LORPM, operada por la LO 6/2008, ha despejado todas las dudas interpretativas y reconoce de forma expresa que el menor tiene derecho a entrevistarse con su abogado tanto antes como con posterioridad a su declaración, incluso antes de haberse incoado el expediente.

c) Régimen especial para los supuestos de terrorismo

Para el supuesto de menores involucrados en actividades terroristas, el apartado 4 del art. 17 LORPM se remite a lo dispuesto con carácter general para los adultos en el art. 520 bis LE_{Crim}, con la única especialidad de la atribución competencial al Juzgado Central de Menores de las resoluciones que se puedan dictar en este ámbito. Como es sabido, la ley procesal penal cuando se trata de una detención en casos de terrorismo limita aún más la libertad personal del detenido al permitir la prórroga de la detención hasta un límite máximo de otras 48 horas, siempre que, solicitada tal prórroga mediante comunicación motivada dentro de las primeras 48 horas desde la detención, sea autorizada por el juez en las 24 horas siguientes; por otra parte, también los derechos del detenido pueden verse cercenados en cuanto podrá acordarse su incomunicación, para, de esta forma, garantizar los resultados de la investigación.

Con independencia de lo poco afortunada que resulta la remisión al derecho de adultos en esta materia, deben destacarse tres cuestiones problemáticas derivadas de esta aplicación del art. 520 bis LE_{Crim}.

Una primera cuestión que se plantea es ante qué delitos se permite la detención del menor al amparo de los arts. 17.4 LORPM y 520 bis LE_{Crim}. Son dos

⁷ GONZÁLEZ CANO, *Op. cit.* La FGE en su Consulta 2/2005 (Sobre el discutido derecho del menor detenido a entrevistarse reservadamente con su letrado antes de prestar declaración en fases previas a la incoación del expediente), después de reconocer lo controvertido del tema, se inclinaba también por reconocer este derecho a los menores a la vista de la especial protección del menor, la preservación prioritaria de sus derechos y la evitación de eventuales indefensiones.

las opciones posibles: de un lado, entender que sería aplicable ante la presunta comisión de todos los delitos incluidos bajo la rúbrica “delitos de terrorismo” del Código Penal (arts. 571 a 780) o, de otro, hacer una interpretación estricta que implicaría aplicarla únicamente ante la comisión de los delitos a los que alude el art. 384 bis LEC (al que alude expresamente el art. 520 bis LEcRim), exigiéndose, por tanto, que el menor está integrado o relacionado con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes. A nuestro modo de ver, y a la vista de la propia dicción del art. 520 bis LEcRim, la segunda de las interpretaciones es la más acertada, de tal forma que el régimen excepcional de la detención sólo sería posible en relación con los delitos previstos en los arts. 571 a 576 y 579 CP, pero no, en cambio para el recogido en el art. 577 CP que circunscribe los delitos de terrorismo urbano a sujetos que no pertenecen a banda armada (por lo que no entra en el ámbito del art. 384 bis CP) y el delito de apología del terrorismo del art. 578 CP (en cuanto el Tribunal Constitucional en la s 199/1987, de 16 de diciembre, ha afirmado que no entra en el ámbito de posibles limitaciones adicionales a la detención).⁸

También resulta controvertida la determinación de la medida en que los plazos previstos con carácter general para la detención de menores en el art. 17 LORPM se ven afectados por la previsión del art. 520 bis LEC. La dificultad interpretativa deriva de la falta de coincidencia de los plazos ordinarios de detención que se prevén para la detención policial de menores y de adultos, lo que hace dudar de si la prórroga de 48 horas se añade a las 72 previstas con carácter general para los adultos, o, por el contrario, las 24 concedidas a la policía para detener a un menor o, a partir de las 48 en que el menor, ya bajo control del fiscal, debe ser puesto a disposición judicial. En principio, debería buscarse la solución más garantista para el menor. A este respecto, la Fiscalía General del Estado entiende que, contando con la prórroga, la detención del menor no podrá durar más de 72 horas (apdo. vi.3.f Circular FGE 1/2000, de 18 de diciembre).

Finalmente, la tercera cuestión problemática que suscita la remisión al art. 520 bis LEcRim es la posible incomunicación del detenido menor de edad en supuestos de terrorismo, así como los derechos que asisten al mismo durante el tiempo que dura la incomunicación. Con carácter general la doctrina admite la aplicación de la incomunicación a los menores implicados en delitos de terrorismo, siendo preceptivo que el juez central de menores⁹ dicte la correspondiente

⁸ AGUILERA MORALES, *Op. cit.*, pp. 11-12; GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, *Op. cit.*, p. 102; GONZÁLEZ CANO, *Op. cit.*; VALBUENA GARCÍA, *Op. cit.*, pp. 183-184.

⁹ De acuerdo con el apdo. 4 del art. 2 LORPM, “la referencia del último inciso del apartado 4 del artículo 17 y cuantas otras se contienen en la presente Ley al Juez de Menores se entenderán hechas al Juez Central de Menores en lo que afecta a los menores imputados por cualquiera de los delitos a que se refieren los artículos 571 a 580 del Código

resolución motivada en la que deberá ponderar de un lado, las exigencias propias de la investigación en este tipo de delito y, de otro, el interés superior del menor como principio inspirador de la justicia penal juvenil.

Cuestión más problemática es la relativa a si el régimen de incomunicación del menor tiene algún tipo de especificidad frente al previsto con carácter general para los adultos. La determinación de este régimen parte de la aplicación de lo estipulado para los adultos en el art. 527 LEcrim (al que se remite el art. 520 LEcrim), pero sin perder de vista los principios recogidos en el art. 17 LORPM para los menores detenidos. A este respecto, la cuestión más controvertida se centra en determinar si debe cumplirse la previsión contenida en el art. 17.1 LORPM relativa a la obligación de comunicar de forma inmediata el hecho de la detención y el lugar de custodia a los representantes legales del menor y al Ministerio Fiscal, así como a las autoridades consulares correspondientes cuando el menor detenido fuera extranjero y/o bien tenga su domicilio fuera de España o lo solicite él mismo, o sus representantes legales. No es fácil buscar una solución que concilie la protección del menor detenido con la especial diligencia que requiere la investigación de delitos de naturaleza terrorista. Sin embargo, entendemos que, en este caso, el cumplimiento de la obligación de notificar la detención y el lugar de custodia del menor a sus representantes legales podría hacer frustrar el éxito de la investigación, de ahí que se estime más adecuado que se prescinda de la misma.¹⁰

*d) Procedimiento de *habeas corpus**

El art. 17 LORPM termina la enumeración de garantías al menor detenido con la inclusión, en su apartado 6, de una serie de previsiones específicas sobre el procedimiento de *habeas corpus* referido a un menor detenido: una, relativa al órgano que asume la competencia para tramitar este proceso especial y preferente; y la otra, que regula el modo de proceder cuando es el propio menor quien insta el procedimiento. A ambas se dedican las líneas siguientes.

Por lo que se refiere al primero de los aspectos, el art. 17.6 LORPM, reiterando lo previsto con carácter general en el art. 2.1 LO 26/1984, de *habeas corpus*, declara competente para el proceso de *habeas corpus* al “Juez de Instrucción del lugar en

Penal”.

¹⁰ A favor de esta interpretación se manifiestan, entre otros, AGUILERA MORALES, *Op. cit.*, pp. 13-14; VALBUENA GARCÍA, *Op. cit.*, pp. 191-192.

En sentido contrario, para la Circular 1/2007 FGE (apdo. v), subsiste la obligación de notificar el hecho de la detención y el lugar de custodia a los representantes legales del menor, aunque deja abierta la posibilidad de que, en la misma resolución en que se acuerde la incomunicación, se limite la asistencia al menor durante la detención cuando existan razones fundadas para ello en función de las necesidades de la investigación.

que se encuentre el menor privado de libertad; si no constare, el del lugar donde se produjo la detención, y en defecto de los anteriores, el del lugar donde se hayan tenido las últimas noticias sobre el paradero del menor detenido". Sin duda, la opción legislativa de atribuir esta competencia al juez de instrucción y no al de menores redonda en beneficio del menor detenido, en cuanto propicia la inmediación y la celeridad del procedimiento, pues no podemos olvidar que los juzgados de menores tienen su sede en la capital de la provincia y no en cada partido judicial.

En cuanto a la segunda cuestión, el inciso segundo del art. 17.6 LORPM establece una especialidad que consiste en que "cuando el procedimiento de *habeas corpus* sea instado por el propio menor, la fuerza pública responsable de la detención lo notificará inmediatamente al Ministerio Fiscal, además de dar curso al procedimiento conforme a la ley orgánica reguladora". Esto supone que el Ministerio Fiscal tendrá conocimiento de la solicitud de *habeas corpus* antes de lo que está previsto con carácter general en el art. 6 LOHC.¹¹

La consecuencia de esta previsión es, nuevamente, la concurrencia en el proceso de *habeas corpus* de dos fiscales que se encuentran en posiciones que podrían considerarse contrapuestas en los casos en que se trate de una detención ordenada por el fiscal o sea una detención policial y el detenido haya sido puesto a disposición del mismo. En efecto, el Ministerio Fiscal ocupará en estos casos una doble posición: de un lado, la de parte pasiva del procedimiento, que debe comunicar la solicitud de incoación del menor detenido; de otro, la de receptor de la citada comunicación, que intervendrá el en proceso de *habeas corpus*.¹² Sin duda, esta situación parece contradecir el principio constitucional de unidad de actuación del Ministerio Fiscal.

B) Medidas cautelares del art. 28 LORPM

Normas comunes a las medidas cautelares del art. 28 LORPM

El art. 28 LORPM, como ya se ha expuesto, se refiere a cuatro medidas cautelares (internamiento, libertad vigilada, alejamiento y convivencia con persona, familia o grupo educativo) y regula algunos aspectos que tienen carácter común a todas ellas, antes de establecer disposiciones concretas para cada una.

57

Con carácter previo al análisis de las disposiciones comunes a estas medidas cautelares, es preciso resolver una cuestión de gran incidencia práctica que no

¹¹ Esto es, una vez que la solicitud haya sido examinada por el juez.

¹² La Instrucción 2/2000 FGE, sobre aspectos organizativos de las Secciones de Menores de las Fiscalías ante la entrada en vigor de la LO 5/2000, de Responsabilidad Penal de los Menores, dispone que en estos supuestos corresponderá intervenir en el proceso de *habeas corpus* al fiscal adscrito al Juzgado de Instrucción.

aparece resuelta por el tenor literal de la propia norma. Se trata de determinar si el catálogo de medidas cautelares del art. 28.1 LORPM tiene o no carácter tasado.

Como se acaba de señalar, la redacción del precepto no aclara si nos encontramos ante una enumeración tasada, en cuanto se utiliza la expresión “dichas medidas podrán consistir en” antes de la relación de las mismas, sin que se acompañe de ningún otro término (como exclusivamente o únicamente) que nos obligue a entender el carácter exhaustivo de esa enumeración.

Es evidente que el catálogo de medidas recogido en el art. 28.1 LORPM no es completo en cuanto falta la mención de medidas que pueden tener gran incidencia en el proceso penal de menores, como la privación del permiso de conducir ciclomotores o vehículos, la retención del pasaporte o la citación cautelar.

A este respecto, y pese a no existir en la doctrina un criterio unánime,¹³ nos inclinamos por entender que la enumeración de medidas cautelares personales del art. 28.1 LORPM es meramente enunciativa, pudiendo adoptarse todas aquellas que están reguladas en la LECrime siempre que sean idóneas para la consecución de los fines que se tratan de alcanzar con las mismas y teniendo siempre presente el interés del menor.

Dos tipos de argumentos avalan esta interpretación: de un lado, la redacción del art. 7.1 h) LORPM, en lo que respecta a la libertad vigilada, en cuanto al enumerar las reglas de comportamiento que puede imponer el juez de menores, se refiere, en el No. 7, a “cualesquiera otras obligaciones” que el mismo estime adecuadas para la reinserción social del menor. Sin duda, esta cláusula abierta permite la adopción de medidas no expresamente previstas en el art. 28.1 LORPM.¹⁴

De otro lado, y éste es el argumento fundamental de la exégesis que se defiende, la aplicación supletoria de la LECrime, que permitirá la adopción de órdenes de protección en relación con el menor imputado en supuestos graves de violencia doméstica (art. 544 ter LECrime) o, ya con carácter general, la citación cautelar del menor, entendiendo aplicable supletoriamente el art. 487 LECrime.¹⁵

¹³ A favor de considerar que la enumeración del art. 28.1 LORPM es de carácter enunciativo se pronuncian: AGUILERA MORALES, *Op. cit.*, p. 17; GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, *Op. cit.*, pp. 117-118; TOMÉ GARCÍA, *Op. cit.*, pp. 132-133. En contra, VALBUENA GARCÍA, *Op. cit.*, p. 117.

¹⁴ Esta cláusula permitía, antes de la modificación de la LORPM por la LO 8/2006, la adopción de la medida cautelar de alejamiento, pese a no estar incluida en el art. 28.1.

¹⁵ Así lo entendía la Circular FGE 1/2000 (apdo. vi.3.f), cuando señalaba que “El fiscal podrá citar al menor contra el que existan indicios fundados de su participación en los hechos con el fin de que comparezca a su presencia para recibirle declaración. Ciertamente la LORPM sólo prevé esta comparecencia a solicitud expresa del letrado (art. 26.2), pero esta omisión no debe entenderse como negación de la facultad del fiscal de recibir la declaración del menor si lo estima procedente... Por aplicación supletoria del art. 487 LECrime, la citación se transformará en orden de detención cuando el menor citado no compareciere ni justificare su ausencia.”

a) Presupuestos

Frente a lo que ocurre con el proceso penal de adultos, en el ámbito de la justicia juvenil, el art. 28.1 LORPM se refiere a los presupuestos generales para la adopción de medidas cautelares en los siguientes términos: “que 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”.¹⁶ Por tanto, a la vista del precepto transrito, los presupuestos necesarios para la adopción de las medidas cautelares personales son:

En primer lugar, el *fumus boni iuris* que se concreta en la existencia de indicios racionales de participación por parte del menor en la comisión de un hecho que reviste los caracteres de delito.

En segundo lugar, el *periculum in mora* o peligro derivado de la propia duración del proceso, que se concreta por el art. 28.1 LORPM; de un lado, en el riesgo de que el menor eluda la acción de la justicia (fuga) u obstruya la misma (destrucción u ocultación de medios de prueba); y, de otro, en el atentado contra bienes jurídicos de la víctima (reiteración delictiva).¹⁷

b) Procedimiento

Cuando se cumplan los presupuestos para su adopción, establece el art. 28.1 LORPM que “el Ministerio Fiscal, de oficio o a instancia de quien haya ejercitado la acción penal... podrá solicitar del Juez de Menores” la medida cautelar que proceda. De acuerdo con este precepto, la adopción de las medidas cautelares será en todo caso a instancia de parte, recayendo la legitimación exclusivamente en el Ministerio Fiscal, quedando excluido el acusador particular; en consecuencia, este último no está autorizado para solicitar directamente al juez de menores la adopción de la medida cautelar sino que debe plantear su solicitud al fiscal para que éste tramite su petición. Esta monopolización de la posibilidad de instar una medida cautelar por el fiscal, no parece corresponderse, en cambio, con la potenciación del papel de la víctima en el proceso penal de menores introducida por la LO 15/2003, que modifica el art. 25 LORPM, permitiendo su personación como acusador particular en el proceso penal de menores. En concreto, no

¹⁶ La LO 8/2006 repara el error gramatical cometido en la redacción originaria del art. 28.1 LORPM en que se preveían los presupuestos para la adopción de las medidas cautelares como alternativas, al utilizar la conjunción disyuntiva “o” en lugar de la actual copulativa “y”.

¹⁷ Previsión introducida por la LO 8/2006.

Pese a que no se admite expresamente la reiteración delictiva como *periculum in mora*, al aludirse en este precepto a que las medidas cautelares tienden a evitar atentados contra los bienes jurídicos de la víctima, de forma indirecta, se está refiriendo a la misma.

parece guardar coherencia con la facultad que le reconoce el art. 25 c) LORPM de “instar la imposición de las medidas a las que se refiere la ley”, en cuanto entre las mismas deben entenderse incluidas las medidas cautelares.¹⁸ También **contras** con la previsión del apartado 2 del mismo art. 28 LORPM, reformado por la LO 8/2006, que extiende al acusador particular la legitimación para solicitar la medida cautelar de internamiento. De acuerdo con todo lo anterior, es necesario hacer una interpretación lógica y sistemática del art. 28 LORPM en el sentido de permitir la legitimación a la acusación particular para instar cualquier medida cautelar.

En lo que respecta a la competencia para acordar la medida, es asumida en todo caso por el juez de menores, el mismo que, no olvidemos, dictará en su momento la sentencia que ponga fin al proceso.¹⁹

Entrando ya en el procedimiento a seguir para la adopción de las medidas cautelares, el art. 28 LORPM, regula dos trámites diferentes dependiendo de si se trata de un internamiento o de cualquier otra de las medidas previstas en el mismo; en concreto, a este último supuesto se dedica el párrafo 1 del citado precepto que, exige que previamente a la decisión judicial sobre las mismas, el juez de menores dé audiencia al “letrado del menor, al equipo técnico y a la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores”. De esta forma, al preverse un trámite de audiencia por escrito, se garantiza, de un lado, la vigencia del principio de contradicción y, de otro, que el juez pueda decidir, a la vista de la información facilitada por el equipo técnico y por la entidad pública, sobre la medida más adecuada a las circunstancias del menor.²⁰

Sorprende que en la enumeración de las personas que deben ser oídas, no se incluya al acusador particular, en cuanto el mismo, de acuerdo con el art. 25 f) LORPM tiene derecho a participar en todas las audiencias que tengan lugar a lo largo del procedimiento.

Por su parte, establece el art. 28.4 LORPM que todo lo relativo a las medidas cautelares se documentará en pieza separada del expediente del menor.

¹⁸ VALBUENA GARCÍA, *Op. cit.*, pp. 268-269.

¹⁹ En este punto conviene recordar la STC 60/1995, de 17 de marzo, que consideró acorde con los principios constitucionales la acumulación en el juez de menores de funciones relacionadas con la adopción de una medida cautelar y aquellas otras relativas al enjuiciamiento. *Vide*, apdo. 1.2.

²⁰ La utilización en el art. 28.1 LORPM de la expresión “oído” ha dado lugar a una polémica doctrinal sobre la necesidad o no de celebrar una comparecencia para dar cumplimiento al trámite de audiencia necesario para la adopción de una medida cautelar. A este respecto, la mayoría de las opiniones, entre las que me incluyo, consideran que la celebración de la audiencia sólo es necesaria en el caso de adopción del internamiento. Entre otros, GONZÁLEZ CANO, *Op. cit.*; SALOM Escrivá, J.S., “La intervención del Ministerio Fiscal en el proceso de exigencia de responsabilidad penal de los menores”, *Op. cit.*, p. 228; Tomé García, *Op. cit.*, p. 133; VALBUENA GARCÍA, *Op. cit.*, pp. 355-356.

c) Duración. Cómputo del tiempo de la medida cautelar a efectos de liquidación de la medida definitiva

También el art. 28.1 LORPM, en su redacción dada por la LO 8/2006, regula con carácter general la duración de las medidas cautelares estableciendo que la misma “podrá mantenerse hasta que recaiga sentencia firme”. Con esta previsión se corrige el error de la ley anterior que disponía que la medida cautelar sólo podía mantenerse hasta el momento de la celebración de la audiencia o durante la sustanciación de los eventuales recursos.

De forma similar, aunque con especialidades, a lo que ocurre en el proceso penal de adultos, el apartado 5 del art. 28 LORPM dispone que el tiempo de cumplimiento de las medidas cautelares debe compensarse con la medida que finalmente se imponga en ese proceso o en otros que tengan por objeto hechos anteriores. En concreto, esta medida toma su base de lo previsto para los adultos en los arts. 58 y 59 CP pero con una diferencia fundamental, puesto que mientras que esta última norma deja al arbitrio judicial la compensación de la medida cautelar y la pena impuesta cuanto tienen distinta naturaleza, la LORPM supedita la decisión judicial a la propuesta del Ministerio Fiscal²¹ y a la audiencia del letrado del menor y el equipo técnico que informó la medida cautelar. Además, después de la reforma operada por la LO 15/2003 también debería ser precisa la audiencia de la acusación particular, a la vista de su derecho a ser oída en todos los incidentes que se tramiten durante el proceso.

Guarda silencio el art. 28.5 LORPM sobre el momento procesal en que debe realizarse la compensación ni si es necesario celebrar una comparecencia para oír a las personas que el mismo requiere.

En lo que respecta a la primera cuestión, debe partirse de la premisa de que la compensación debe realizarse en una resolución judicial, lo que descarta que sea el secretario judicial quien tome la decisión en relación con la misma en el expediente de la liquidación de las medidas. Aclarado esto, las opciones que se pueden plantear son dos: o bien que la compensación se realice en la misma sentencia, siempre que en la fase de audiencia hayan sido oídas sobre esta cuestión las personas enumeradas en el art. 28.1 LORPM; o bien, que se haga en un auto motivado dictado ya en la fase de ejecución, previa la audiencia correspondiente.

A nuestro juicio, y siendo conscientes de la conveniencia de la primera opción que trae consigo la ventaja de la economía procesal, consideramos que parece más coherente con el espíritu de la norma que la compensación judicial se realice

²¹ En sentido contrario se pronuncia GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN (*Op. cit.*, p. 110) para quien la falta de petición del fiscal no obstaría al juez para modular (siempre sería a la baja) la medida adoptada a la vista de la ya soportada cautelarmente.

en la fase de ejecución de sentencia a través de auto, que será utilizado por el secretario para hacer la liquidación, de conformidad con lo establecido en el art. 46.1 LORPM.²²

Finalmente, en relación con la necesidad de celebración de comparecencia con carácter previo a la decisión sobre la compensación, la utilización por el legislador del término “oído”, parece indicar que se está decantando por el trámite escrito, descartando, por tanto la celebración de comparecencia con todos los implicados.

C) Internamiento

Los apartados 2 y 3 del art. 28 LORPM prevén un régimen concreto para la medida cautelar de internamiento que difiere del régimen general previsto para las restantes medidas cautelares personales reguladas en el apartado 1 del citado precepto, en lo que se refiere a presupuestos, procedimiento y duración.

Concepto y modalidades. Presupuestos

La figura del internamiento es una medida cautelar de carácter personal que trae consigo la privación de libertad del menor imputado en aquellos supuestos en que se cumplen los requisitos establecidos en la ley; esa restricción de la libertad deambulatoria, la convierte en la medida más severa que se puede acordar en relación con el menor presuntamente implicado en la comisión de un hecho delictivo, de ahí que le deban ser aplicados los mismos principios básicos asentados por el Tribunal Constitucional en relación con la prisión provisional.²³ Así, el internamiento sólo puede ser adoptado excepcionalmente y de forma subsidiaria, esto es, ante hechos especialmente graves y siempre que el resto de las medidas cautelares se reputen insuficientes para el cumplimiento de los fines propios de las medidas cautelares. En consecuencia, teniendo en cuenta que todas las medidas cautelares enumeradas en el art. 28 LORPM tienen como finalidad esencial evitar el riesgo de eludir u obstruir la acción de la justicia por parte del menor, el juez de menores, a la hora de decidir sobre la solicitud de una medida cautelar, deberá acodar aquella que, siendo adecuada para la consecución del fin que justifica su adopción, resulte menos gravosa para los derechos del menor y, en concreto, para su derecho a la libertad.

²² ORNOSA FERNÁNDEZ, M.R., Derecho penal de menores, Boch, Barcelona, 2001, p. 306; VALBUENA GARCÍA, *Op. cit.*, p. 243. En contra, GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, *Op. cit.*, p. 110.

²³ Entre otras, ssic 41/1982, 32/1987, de 10 de marzo; 34/1987, 12 de marzo; 40/1987, de 3 de abril; 19/1999, de 22 de febrero; 71/2000 y 72/2000, de 13 de marzo.

Guarda silencio el art. 28.1 LORPM sobre las distintas modalidades del internamiento cautelar, aludiendo únicamente al “internamiento en centro en el régimen adecuado”; este silencio nos obliga a acudir al art. 7.1 LORPM donde se enumeran y definen los distintos regímenes del internamiento que, como medida definitiva, pueden ser impuestos en la sentencia dictada en el proceso penal de menores. En consecuencia, el juez de menores podrá imponer alguna de las siguientes modalidades de internamiento cautelar:

- a) Internamiento en régimen cerrado, debiendo los menores residir en el centro y desarrollar en el mismo las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio.
- b) Internamiento en régimen semiabierto, que permite a los menores, aún residiendo en el centro, a realizar fuera del mismo alguna o algunas de las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio.
- c) Internamiento en régimen abierto que permite a los menores llevar a cabo todas las actividades del proyecto educativo en los servicios normalizados del entorno pero residiendo en el centro como domicilio habitual.
- d) Internamiento terapéutico en régimen cerrado, semiabierto o abierto en centros terapéuticos donde se dará atención educativa especializada o tratamiento específico a menores que padecan anomalías o alteraciones psíquicas, un estado de dependencia a bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en la percepción que determinen una alteración grave de la conciencia de la realidad.²⁴

Además, debe tenerse en cuenta que, por aplicación supletoria de la LEcrim debería permitirse, de un lado, el internamiento incomunicado acordado por el juez central de menores para los supuestos de delitos de terrorismo (arts. 509, 510 y 527 LEcrim); de otro, el internamiento atenuado que se llevará a cabo en el domicilio del menor, previa la adopción de las medidas de vigilancia que se estimen necesarias, cuando por razón de enfermedad el internamiento entrañe grave peligro para la salud (art. 508.1 LEcrim).

63

En lo que respecta a los presupuestos, además de los comunes a toda medida cautelar, la adopción del internamiento exige la concurrencia de cuatro requisitos específicos que deben ser tenidos en cuenta por el juez de menores:

En primer lugar, se refiere el art. 28.2 LORPM a “la gravedad de los hechos” presuntamente cometidos por el menor; sin que el mismo precepto determine

²⁴ Medida cautelar que se podrá adoptar en los supuestos del art. 29 LORPM, que será analizado en el apdo. 2.3.

cuándo puede ser calificado un hecho como grave a efectos de cumpliendo de este requisito. No obstante, la mayoría de la doctrina, con la que coincido plenamente, considera que para poder decretar esta medida cautelar debe tratarse de un hecho tipificado como delito grave por el CP o las leyes especiales, o un delito menos grave, pero empleando violencia o intimidación en las personas o actuando con grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas o haya actuado en grupo, o pertenezca o actúe al servicio de una banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de actividades delictivas, tal como exige el art. 9.2 LORPM para la aplicación de las medida de internamiento en la sentencia.²⁵

En segundo lugar, exige el art. 28.2 LORPM que el juez de menores tenga en cuenta también "circunstancias personales y sociales del menor"; a estos efectos, adquiere especial relevancia el informe elaborado por el equipo técnico sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como su entorno social. Ahora bien, la situación familiar y social no puede justificar por sí misma la adopción de esta medida cautelar,²⁶ debiendo evitarse la misma cuando se trate de menores que se encuentran en situación de desamparo que requeriría no la adopción de una medida cautelar sino una medida de protección, de acuerdo con lo previsto en los arts. 172 y ss cc y LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor.

En tercer lugar, se requiere por el art. 28.2 LORPM "la existencia de un peligro cierto de fuga". Este requisito ha sido introducido por la LO 6/2008 y trata de incidir aún más en el " posible riesgo de elusión de la acción de la justicia" que aparece como requisito general para la adopción de las medidas cautelares en el apartado primero de este mismo precepto. En el caso del internamiento, sin duda, teniendo en cuenta la excepcionalidad del mismo, se exige que exista un peligro "cierto" de fuga, esto es, verdadero o seguro.²⁷

Por último, la LO 6/2008 incluye como cuarto requisito para la adopción del internamiento, que el juez de menores valore "especialmente que el menor hubiera cometido o no con anterioridad hechos graves de la misma naturaleza". Con esta previsión se alude, aunque de forma indirecta (al igual que en el art. 28.1 LORPM, con carácter general), a la prevención de la reiteración delictiva que

²⁵ Entre otros, CALATAYUD PÉREZ, E., Capítulo v, "Instrucción del procedimiento" (Títulos tercero y cuarto, Artículos 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36 y 37), en *Justicia de menores: una justicia mayor (Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores)*, Consejo General del Poder Judicial, Manuales de Formación Continuada, 9, 2000, p. 152; ORNOSA FERNÁNDEZ, *Op. cit.*, p. 299; VALBUENA GARCÍA, *Op. cit.*, p. 243.

²⁶ Es significativo a este respecto que la LO 8/2006, que modifica el art. 28 LORPM, sustituye el adverbio "siempre" que precedía a este presupuesto por "también", lo que parece dejar entrever una pérdida del carácter prevalente de este requisito.

²⁷ VALBUENA GARCÍA, *Op. cit.*, p. 248.

también está prevista de forma explícita para la adopción de la prisión provisional en el art. 503.2 LE²⁸Crim.

No podemos terminar este apartado dedicado a los presupuestos del internamiento, sin hacer dos observaciones generales sobre su regulación: de un lado, se debe destacar el acierto de la reforma operada por la LO 8/2006, al eliminar del art. 28.2 LORPM toda referencia a la repercusión y alarma social producida por los hechos presuntamente cometidos por el menor imputado, que aparecía en la redacción originaria de este precepto;²⁸ de esta forma, el internamiento cautelar se ajusta a doctrina del Tribunal Constitucional sobre medidas cautelares.

De otro, que, pese a que la enumeración de los presupuestos en el art. 28.2 LORPM no está bien formulada, debe considerarse que el riesgo de fuga es el factor principal a tener en cuenta para su adopción.

Procedimiento

Como ya se ha apuntado, el procedimiento para la adopción de la medida cautelar de internamiento de menores difiere del previsto con carácter general para la adopción de las restantes medidas cautelares reguladas en el art. 28 LORPM.

En efecto, el procedimiento previsto en el art. 28.2 LORPM para la solicitud del internamiento cautelar del menor responde al modelo acusatorio del art. 504 bis.2 LE²⁸Crim y requiere la petición del Ministerio Fiscal o del acusador particular y la celebración de una comparecencia a la que también asistirá el letrado del menor y las demás partes personadas, además de un representante del equipo técnico y de la entidad pública de protección de menores, para que informen al juez sobre la conveniencia de la medida, a la vista del interés del menor. Además, y pese a la falta de mención expresa por parte del precepto comentado, también asistirá a esta comparecencia el menor expedientado, en cuanto el art. 22.1 d) LORPM alude expresamente al derecho del menor a “ser oído por el juez antes de la adopción de cualquier resolución que le concierne personalmente”.

Durante la celebración de la comparecencia, el fiscal y las restantes partes personadas podrán proponer los medios de prueba que puedan practicarse en el acto o en las 24 horas siguientes (art. 28.2 LORPM).

Una cuestión que no ha sido resuelta por la LO 8/2006, es la relativa a la convocatoria y celebración de la comparecencia del art. 28.2 LORPM. Este silencio legal obliga a acudir a los arts. 497.1 y 505.2 LE²⁸Crim, de acuerdo con los cuales la citada comparecencia deberá convocarse y celebrarse en el plazo

²⁸ Ya antes de la reforma de 2006, la FGE en su Instrucción 10/2005, de 6 de octubre (sobre el “Tratamiento del acoso escolar desde el sistema de justicia juvenil”), entendía que “la medida de internamiento no podrá fundamentarse en la alarma social, pese al mantenimiento formal del texto del art. 28 LORPM”.

más breve posible, y en todo caso en el plazo de 72 horas desde la puesta a disposición del menor ante juez de menores. En aquellos casos en que el menor haya sido previamente detenido por la policía y puesto a disposición del fiscal, si el mismo considera conveniente solicitar el internamiento cautelar del menor, debe poner al detenido a disposición judicial antes de agotar el plazo máximo de 48 horas y solicitar simultáneamente la adopción de la medida cautelar y la convocatoria de la comparecencia prevista en el art. 28.2 LORPM, ya que la situación personal del menor deberá decidirse en el plazo máximo de 72 horas a partir de la detención, plazo dentro del cual deberá celebrarse la comparecencia.²⁹ Si la comparecencia no pudiera celebrarse dentro de plazo y existiera riesgo de fuga, el juez de menores, por aplicación supletoria del art. 505.5 LECrime, podrá acordar el internamiento del menor por auto motivado y convocar nueva comparecencia que deberá ser celebrada en las siguientes 72 horas.

Celebrada la comparecencia, el juez de menores dictará auto motivado que será notificado al menor, así como a las víctimas y perjudicados. Contra el citado auto cabrá recurso de apelación ante la Audiencia Provincial por los trámites que la regula la LECrime para el procedimiento abreviado (art. 41.3 LORPM).

Duración

Otra de las características diferenciadoras del internamiento frente a las restantes medidas cautelares previstas en este mismo art. 28 LORPM, es la previsión relativa a su duración, puesto que, mientras el apartado 1 del citado precepto establece que las medidas cautelares se podrán mantener “hasta que recaiga sentencia firme”, el apartado 3 prevé un periodo máximo de duración del internamiento cautelar de seis meses, que se podrá prorrogar otros tres meses más, mediante auto motivado, a instancia del Ministerio Fiscal, previa audiencia del letrado del menor.³⁰

Ahora bien, el agotamiento del plazo inicial del internamiento o de la prórroga no supondrá necesariamente la puesta en libertad del menor sino que el Ministerio Fiscal, a la vista de las circunstancias del caso y siempre teniendo en cuenta el interés del menor, podrá instar ante el juez de menores la adopción de otra medida cautelar.

²⁹ Circular FGE 1/2000 (apdo. vi.3.f); GONZÁLEZ CANO, *Op. cit.*

³⁰ Ese precepto ha sido objeto de reforma por la LO 8/2006, en cuanto anteriormente se establecía un plazo máximo de tres meses prorrogable por otro tres; con esta modificación se da respuesta a las críticas de la doctrina que consideraba este plazo excesivamente breve en los supuestos de delitos graves con una instrucción complicada.

La citada prórroga debe ser decretada por el juez de menores antes del vencimiento del plazo inicialmente concedido,³¹ teniendo en cuenta los criterios que justificaron su adopción y que deberán plasmarse en el auto de concesión.

En lo que respecta al procedimiento de concesión de la prórroga del internamiento, el art. 28.3 LORPM alude únicamente a quién está legitimado para solicitarla y a la necesaria audiencia del letrado del menor, previa al auto que decida sobre la misma. A este respecto, proceden dos comentarios: de un lado, en relación a la petición de prórroga, el legislador nuevamente deja en manos del Ministerio Fiscal, de forma exclusiva, esta solicitud, olvidando la previsión del art. 25 LORPM que permite a la acusación particular instar la imposición de las medidas previstas en la ley.³² De otro, frente al procedimiento previsto para la adopción del internamiento, no se prevé para acordar su prórroga la celebración de una nueva comparecencia de todas las personas que se enumeran en el art. 28.2 LORPM, sino sólo una audiencia del letrado del menor. En consecuencia, se flexibilizan los trámites para la concesión de la prórroga, siendo preceptivo solamente oír, con carácter previo a la decisión sobre la misma a las personas enumeradas en el citado precepto; pero con una matización importante, puesto que no se pueden olvidar el derecho de audiencia del menor y del acusador particular (arts. 22 y 25 LORPM, respectivamente).

D) Libertad vigilada

Entre las medidas cautelares reguladas en el art. 28 LORPM, se enumera en segundo lugar a la libertad vigilada, sin que se contenga en el citado precepto ninguna mención a su definición o contenido. Esta falta de concreción nos obliga a acudir apartado h) del art. 7.1 LORPM donde la libertad vigilada aparece configurada como una de las medidas susceptibles de ser impuesta a los menores en la sentencia condenatoria que ponga fin al proceso.

En concreto, con la adopción de esta medida se trata de “hacer un seguimiento de la actividad de la persona sometida a la misma y de su asistencia a la escuela, al centro de formación profesional o al lugar de trabajo, según los casos, procurando ayudar a aquélla a superar los factores que determinaron la infracción cometida. Asimismo, esta medida obliga, en su caso, a seguir las pau-

³¹ A este respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado reiteradamente que, tratándose de medidas cautelares limitativas de un derecho fundamental, es necesario resolución motivada y anterior a que termine el plazo inicial, en la que se plasme el cumplimiento de los requisitos necesarios para la citada prórroga. *Vide*, entre otras, 330/2001, de 29 de enero; 305/2000, de 11 de diciembre; 272/2000, de 13 de noviembre; 231/2000, de 2 de octubre; 147/2000, de 29 de mayo.

³² En contra, Circular FGJ 1/2007 (apdo. I.2).

tas socioeducativas que señale la entidad pública o el profesional encargado de su seguimiento, de acuerdo con el programa de intervención elaborado al efecto y aprobado por el juez de menores. La persona sometida a la medida también queda obligada a mantener con dicho profesional las entrevistas establecidas en el programa y a cumplir, en su caso, las reglas de conducta impuestas por el juez y que podrán consistir en alguna o algunas de las que se enumeran en el propio precepto, en sus ordinales del 1º al 7º.³³

La lectura del precepto transcrita, y sobre todo, la distinta naturaleza jurídica de las medidas cautelares y las definitivas, hace surgir dudas sobre la conveniencia de una adaptación normativa automática del art. 28 con lo que establece el art. 7.1 LORPM.³⁴ En efecto, no podemos olvidar que el apartado h) del art. 7.1 LORPM establece toda una serie de deberes que deben ser cumplidos por el menor una vez dictada sentencia condenatoria, como puede ser el seguimiento de pautas socioeducativas plasmadas en el programa de intervención aprobado por el juez de menores. En cambio, también se enumeran otros que parecen encajar perfectamente con el carácter cautelar de la medida, como las limitaciones a la libertad deambulatoria concretadas en el seguimiento de la actividad del menor y su asistencia al centro de enseñanza o lugar de trabajo.

A este respecto, debe señalarse que la libertad vigilada, en cuanto medida cautelar, debe diferenciarse claramente de la medida definitiva impuesta en la sentencia, que tiene una finalidad sancionadora-educativa, de tal manera que las primeras no pueden imponerse con el exclusivo objetivo de adelantar el proceso educativo y socializador del menor, lo que acarrearía desnaturalizarlas por completo. El juez de menores cuando acuerda la medida cautelar, como sabemos, ha tenido que verificar con carácter previo, el cumplimiento de los presupuestos generales previstos en el art. 28.1 LORPM, esto es, la existencia de indicios racionales de criminalidad y de riesgo de elusión u obstrucción de la justicia o de atentado

³³ 1º Obligación de asistir con regularidad al centro docente correspondiente, si el menor está en edad de escolarización obligatoria, y acreditar ante el juez dicha asistencia regular o justificar en su caso las ausencias, cuantas veces fuere requerido para ello. 2º Obligación de someterse a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, laboral, de educación sexual, de educación vial u otros similares. 3º Prohibición de acudir a determinados lugares, establecimientos o espectáculos. 4º Prohibición de ausentarse del lugar de residencia sin autorización judicial previa. 5º Obligación de residir en un lugar determinado. 6º Obligación de comparecer personalmente ante el Juzgado de Menores o profesional que se designe, para informar de las actividades realizadas y justificarlas. 7º Cualquier otra obligación que el juez de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, estimen convenientes para la reincisión social del sentenciado, siempre que no atenten contra su dignidad como persona. Si alguna de estas obligaciones implica la imposibilidad del menor de continuar conviviendo con sus padres, tutores o guardadores, el Ministerio Fiscal deberá remitir testimonio de los particulares a la entidad pública de protección del menor, y dicha entidad deberá promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquél, conforme a lo dispuesto en la LO 1/1996.

³⁴ Así se pronuncia GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN (*Op. cit.*, p. 119), para quien esa integración normativa no puede hacerse sin adaptaciones.

contra los bienes jurídicos de la víctima. En consecuencia, el juez de menores, en el momento de fijar las reglas de conducta que están enumeradas en el art. 7.1.h) LORPM y que deba asumir el menor, debe tener claro el objetivo que se persigue por la medida cautelar pero, teniendo siempre presente, el interés del menor.

Para la adopción de la medida de libertad vigilada se estará al cumplimiento, en todo caso, de los requisitos y procedimiento previstos con carácter general en el art. 28.1 LORPM.

E) Prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o su entorno

La LO 8/2006 introduce en el art. 28.1 LORPM la medida cautelar consistente en la “prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o su entorno”;³⁵ con ello se pone fin a la polémica sobre la posibilidad de imposición en la justicia juvenil de la medida de alejamiento prevista por el art. 544 LEcrim.³⁶

Al igual que ocurre con el supuesto de la libertad vigilada, tampoco el art. 28.1 LORPM determina el contenido concreto de esta medida cautelar, lo que obliga a acudir, nuevamente, al art. 7.1 LORPM que en su apartado i) se refiere tanto a la prohibición de acercarse a las personas que determine el juez de menores, como a la de comunicación con las mismas. En lo que respecta a la primera, consistirá en impedir que el menor se acerque a las personas determinadas por el juez, en cualquier sitio en el que se encuentren, así como a su domicilio, a su centro docente, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que frecuenten. En cuanto a la segunda, se imposibilitará al menor mantener comunicación con las referidas personas por cualquier medio de comunicación, informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual.

La medida de alejamiento podrá ser adoptada por el juez de menores siempre que se cumplan los requisitos generales previstos en el art. 28.1 LORPM y siguiendo el procedimiento³⁷ establecido en el mismo precepto. No obstante, debe hacerse una matización relativa a la necesaria concurrencia de indicios racionales de criminalidad puesto que, pese ante el silencio de la legislación juvenil, debe aplicar-

³⁵ La introducción de esta medida cautelar es consecuencia directa de la inclusión de un nuevo presupuesto general para la adopción de las medidas cautelares (también por la LO 8/2006), relativo al riesgo de que el menor imputado atente contra bienes jurídicos de la víctima.

³⁶ Pese a la falta de mención de la medida de alejamiento en la enumeración del art. 28.1 LORPM, la FGE en la Consulta 3/2004, de 26 de noviembre, sobre “La posibilidad de adoptar la medida cautelar de alejamiento en el proceso de menores”, concluía sobre la posible “imposición del alejamiento del menor maltratador de la víctima como regla de conducta de la medida cautelar de libertad vigilada, orientada ésta globalmente al interés del menor dentro del contexto del proceso educativo del mismo” (apdo. iv).

³⁷ A este respecto, la FGE en su Consulta 3/2004 aconsejaba la celebración de una comparecencia con carácter previo a la adopción de la medida de alejamiento, pese a no ser obligatoria de acuerdo con el art. 28.1, debido a las complicaciones de la medida y su complejidad y con el fin de valorar el interés del menor.

se supletoriamente el art. 544 bis LEcrim que, para la adopción de esta medida, exige que se trate de la presunta comisión de alguno de los delitos mencionados en el art. 57 CP (homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico).

Finalmente, debe señalarse que, en ocasiones, la adopción de la medida de alejamiento puede llevar aparejada una situación de riesgo o de desprotección para el menor, lo que obligará a adoptar las medidas oportunas de acuerdo con lo previsto en el ordenamiento vigente. A saber, o bien la comunicación a la entidad pública de protección de menores para que adopte las medidas oportunas de protección de menores (art. 171 cc y LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor) o bien la petición al propio juez de menores de una medida de protección al amparo del art. 158 cc.

F) Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo

La última de las medidas cautelares enumerada en el art. 28.1 LORPM es la convivencia con otra persona, familia o grupo educativo. Nuevamente, el silencio del citado precepto nos obliga a acudir al art. 7.1 LORPM para integrar su contenido; en concreto, su apartado j) nos dice que: "La persona sometida a esta medida debe convivir, durante el periodo de tiempo establecido por el Juez, con otra persona, con una familia distinta a la suya o con un grupo educativo, adecuadamente seleccionado para orientar a aquélla en su proceso de socialización."

Frente a lo que ocurre con las otras tres medidas cautelares previstas en el art. 28.1 LORPM, la convivencia con otra persona, familia o grupo educativo destaca por su carácter tuitivo que parece acercarla más a una medida de protección. En este sentido, el legislador parece querer dar solución a una situación desfavorable para el menor que convive en un ambiente sociofamiliar que no es idóneo para su desarrollo integral y que, incluso, puede favorecer su comportamiento delictivo. Es obvio que este objetivo no se puede alcanzar con una medida cautelar sino con una medida de protección de acuerdo con lo establecido en los arts. 172 y ss cc y la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor.

Pese a lo anterior, el art. 28.1 LORPM configura la convivencia con otra persona, familia o grupo educativo como una medida cautelar que sólo podrá ser adoptada en aquellos supuestos en que existan indicios de criminalidad por la presunta comisión de un hecho delictivo por el menor y de riesgo de elusión u obstrucción de la justicia o de atentado contra los bienes jurídicos de la víctima. Sólo en esos casos podrá ser acordada esta medida cautelar y no con el objeto de perseguir otros fines ajenos a su naturaleza.

G) Medida previstas en el art. 29 LORPM

El art. 29 LORPM, bajo la rúbrica “Medidas cautelares en los casos de exención de la responsabilidad” establece que: “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 cualquier otra de las circunstancias previstas en los apartados 1º, 2º o 3º del art. 20 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, sin perjuicio todo ello de concluir la instrucción y de efectuar las alegaciones previstas en esta ley conforme a lo que establecen sus 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 esta Ley”.

La lectura del precepto transcrita nos lleva a apuntar que el mismo no regula auténticas medidas cautelares, contradiciendo de esta forma la rúbrica que, pretendidamente anuncia y sintetiza su contenido.

El análisis del art. 29 LORPM debe partir de la premisa de que su aplicación está limitada a los supuestos de menores exentos de responsabilidad criminal; en concreto, que el menor se encuentre en una situación de enajenación mental o en cualquiera otra de las circunstancias previstas en los apartados 1º,³⁸ 2º³⁹ o 3º⁴⁰ del art. 20 CP. En estos supuestos, si durante la instrucción realizada por el fiscal queda suficientemente acreditada la exención de responsabilidad, se prevén en el texto legal tres tipos de actuaciones que se exponen a continuación.

En primer lugar, “se adoptarán las medidas cautelares precisas para la protección y custodia del menor conforme a los preceptos civiles”; en consecuencia, deberá acudirse a la legislación civil, que prevé el internamiento por razón de trastorno psíquico, regulado en el art. 763 LEC y que supone la reclusión del menor en un centro sanitario especializado, en el que le será aplicada una

³⁸ Cualquier anomalía o alteración psíquica que en el momento de perpetrar la infracción criminal les impidió conocer la licitud del hecho o actuar conforme a esta comprensión.

³⁹ Hallarse, al tiempo de cometer la infracción penal, en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o se hubiese previsto o debido prever su comisión; o hallarse bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de las sustancias anteriormente enumeradas, que les impidió comprender la licitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

⁴⁰ Tener alterada gravemente la conciencia de la realidad a causa de alteraciones en la percepción sufridas desde el nacimiento o desde la infancia.

terapia adecuada; o la adopción de las medidas de protección que se prevén en los arts. 172 y ss cc y en la LO 1/1996, así como la normativa autonómica reguladora de esta materia. Por supuesto, para la elección de la medida más adecuada para el menor, se tendrá en cuenta el principio de proporcionalidad, de tal forma que sólo se acordará el internamiento en aquellos casos en que sea necesario para conseguir el fin perseguido.

De lo expuesto hasta este momento, se deriva que no estamos ante medidas cautelares que tiendan a garantizar el desarrollo del proceso iniciado contra el menor, sino más bien, ante medidas de naturaleza protectora.

En lo que respecta al órgano competente para acordar las medidas, la ambigüedad de la expresión legal “se adaptarán”, ha generado una polémica doctrinal sobre si la misma corresponde al juez de menores, en cuanto órgano al que corresponde adoptar las medidas cautelares solicitadas en el transcurso del proceso penal de menores; o, por el contrario, al juez de primera instancia, a la vista de la naturaleza civil de este tipo de medidas. A nuestro modo de ver, y pese a no ser un tema pacífico, debe ser el juez de primera instancia o de familia quien proceda a adoptar las medidas del art. 29 LORPM.⁴¹

El argumento fundamental a favor de la atribución de esta competencia a favor del juez de primera instancia o de familia radica en que el propio art. 29 LORPM ordena la aplicación de los “preceptos civiles”, lo que nos obliga a acudir, en lo que se refiere a la atribución competencial, a la ley procesal civil, cuyo art. 763 encomienda la adopción del internamiento por razón de trastorno psíquico al juez de primera instancia del lugar en que resida el menor afectado por el internamiento.

Bien es cierto que la previsión que establece el art. 29 LORPM, que ordena continuar con la instrucción, pese a la constancia de la causa de exención de la responsabilidad criminal del menor, y la continuación del proceso hasta la sentencia, puede inducir al dictado de resoluciones contradictorias por parte del juez de menores, de un lado, y del juez de primera instancia, por otro. En efecto, el propio juez de menores podrá imponer al menor alguna de las medidas terapéuticas que están previstas en la ley, y que podrían no coincidir con lo previamente acordado por el juez de primera instancia. No obstante, no se debe olvidar que el juez de menores, en el momento de tomar su decisión,

⁴¹ En este mismo sentido, se pronuncia Circular FGE 1/2007 (apdo. vi.4); ORNOSA FERNÁNDEZ, “El juez de menores en la fase de instrucción del procedimiento penal de menores. Relaciones fiscalía-juzgado”, en *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales* ORNOSA FERNÁNDEZ (Dir.), CGPJ, 2001, p. 215.

En contra, considerando que el órgano competente para acordar las medidas del art. 29 LORPM es el juez de menores, APARICIO BLANCO, P., “Diligencias de instrucción restrictivas de derechos fundamentales, competencia del juez de menores en el ámbito de la Ley de Responsabilidad de Menores”, *Poder Judicial*, No. 60, 2000, p. 188; VALBUENA GARCÍA, *Op. cit.*, pp. 375-377.

tendrá en cuenta el informe del equipo técnico y, por tanto, será conocedor de la situación en la que se encuentra el menor y de los efectos que ha producido en el estado del mismo la medida de protección civil previamente adoptada.

Como conclusión de todo lo apuntado, el juez de menores no tiene competencia para acordar las medidas de protección del art. 29 LORPM. Cuestión distinta es que adopte, previa instancia del Ministerio Fiscal en aquellos supuestos en que se cumplan los requisitos previstos en el art. 28.2 LORPM, la medida cautelar de internamiento terapéutico, que como se apuntó en el apartado correspondiente, sería posible al amparo de la mención al “internamiento en centro en régimen adecuado”, del precepto anteriormente mencionado.

En estos supuestos, en lo que respecta al procedimiento a seguir, al tratarse de una medida privativa de libertad del menor, deberán seguirse la tramitación establecida para la adopción del internamiento en el art. 28.2 LORPM, de tal forma que será preceptiva la celebración de la comparecencia en los términos ya expuestos en el apartado correspondiente.

Igualmente, el fiscal podrá solicitar al juez de menores las medidas que estime necesarias al amparo del art. 158 cc, entre las que se incluye el tratamiento terapéutico a la vista de su eficacia en el tratamiento de enfermedades mentales y situaciones de drogodependencia (apdo. VI.3.f.d Circular FGE 1/2000).

Tampoco aparece recogido en la ley quién está legitimado para instar las medidas del art. 29 LORPM; sin embargo, una interpretación integradora de este precepto, junto con el art. 28 LORPM, nos llevaría a atribuir esa legitimación al Ministerio Fiscal, en cuanto a éste se atribuye de forma expresa esa legitimación para la solicitud de las medidas cautelares en el proceso penal de menores. Ahora bien, no podemos olvidar que las medidas previstas en el art. 29 LORPM más que de naturaleza cautelar, son esencialmente protectoras del menor, lo que propiciaría permitir que el propio juez de oficio pueda acordarlas de oficio cuando las estime necesarias para la adecuada protección del menor, en términos similares a como establece el art. 762 LEC.

En segundo lugar, se refiere también el art. 29 LORPM a “las actuaciones para la incapacitación del menor y la constitución de los organismos tutelares de menores”. Nuevamente nos encontramos ante medidas que no tienen naturaleza cautelar, sino que son medidas de protección civiles.

Establece el citado precepto la obligación del fiscal de instar la declaración de incapacidad del menor y la adopción de las correspondientes medidas de protección en relación con el mismo, en aquellos casos en que de la instrucción se derive que ese menor está incurso en una causa de incapacitación de acuerdo con el art. 200 cc. A la vista de esta previsión deben hacerse tres observaciones.

De una parte que, pese a que el art. 29 LORPM utilice el verbo “instando” con el que se alude al Ministerio Fiscal en calidad de instructor del expediente del menor, es lo cierto que, al ser un menor de edad, la incapacitación sólo puede ser promovida por los que ejerzan la patria potestad o tutela (art. 757.4 LEC). En consecuencia, el fiscal, una vez detectada la concurrencia de la causa de incapacitación en el curso de la instrucción del expediente, deberá requerir a quienes ostenten la patria potestad o tutela para que insten el correspondiente proceso de incapacitación.

De otra, estas medidas deberán ser adoptadas en un proceso de incapacitación cuya tramitación corresponde al juez de primera instancia o de familia del lugar de residencia del menor (art. 756 LEC).

En tercer y último lugar, el art. 29 LORPM establece que, además de instar las medidas de protección a las que ya hemos hecho referencia, el fiscal debe “al concluir la instrucción, efectuar las alegaciones previstas conforme a lo establecido en los artículos 5.2 y 9 LORPM y solicitar, por los trámites del proceso previsto en la misma, alguna medida terapéutica adecuada al interés del menor de entre las previstas en esta ley”.

Se trata, en definitiva, en estos casos de que el fiscal solicite en su escrito de alegaciones la adopción de alguna de las medidas terapéuticas previstas en la ley (en concreto, el internamiento terapéutico o el tratamiento deambulatorio (art. 7.1 d) y e) LEcrim), a efectos de que el juez de menores pueda acordar en la sentencia, aquella medida definitiva que estime más adecuada, a la vista del interés del menor. A este respecto, la doctrina es casi unánime en mostrar la inconveniencia de esta previsión legislativa,⁴² en cuanto carece de sentido que se pretenda adoptar una medida a un menor en sentencia cuando ya ha quedado acreditado que está exento de responsabilidad criminal al encontrarse el alguna de las circunstancias del art. 20, 1º, 2º o 3º CP. En este caso, el legislador ha optado por una solución similar a la prevista para los adultos, sin tener en cuenta que las medidas de seguridad que se pueden imponer al amparo del art. 6 CP se fundamentan en unos criterios de peligrosidad que están muy alejados de los fines propios de la justicia de menores.

Sin duda, habría sido mucho más adecuado que en la LORPM se hubiera optado, en los casos de exención de responsabilidad previstos en el art. 20, 1º, 2º o 3º CP, por que el Ministerio Fiscal pudiera instar ante el juez de menores el archivo de las actuaciones por sobreseimiento.

⁴² AGUILERA MORALES, *Op. cit.*, p. 24; APARICIO BLANCO, *Op. cit.*, p. 188; ORNOSA FERNÁNDEZ, *Op. cit.*, p. 215.

3. Medidas cautelares reales

De la lectura del articulado de la LORPM en su conjunto y del relativo a las medidas cautelares en particular, sorprende la falta de mención y regulación específica de las medidas cautelares de carácter real. La sorpresa es todavía mayor si se piensa que uno de los objetivos de la reforma de la ley operada por la LO 8/2006 ha sido precisamente reforzar la posición de la víctima y el perjudicado en el proceso penal de menores.

Este vacío legal hace surgir la duda sobre la admisibilidad en el ámbito de la justicia juvenil de las medidas cautelares tendentes a garantizar la efectividad del objeto civil de este proceso. Sin duda, la respuesta tiene que ser afirmativa en la medida en que el derecho a la tutela judicial efectiva del titular de la pretensión civil podría verse dañado en caso contrario, obligándole, para evitar posibles perjuicios, a reservar la misma para su ejercicio en el correspondiente proceso civil.⁴³

A este respecto, y por imperativo del art. 764 LECrime de aplicación supletoria en el proceso penal de menores, deberán aplicarse los arts. 721 y ss LEC a efectos de determinar los presupuestos necesarios para su adopción, esto es, *periculum in mora y fumus boni iuris* (art. 728 LEC), sus características (art. 726 LEC) y las medidas concretas a adoptar (art. 727 LEC). En cuanto al procedimiento, deberá ajustarse a lo previsto en el art. 764 LECrime.

Por otra parte, y a falta de mención expresa al respecto, merece una mención especial el sujeto o sujetos que pueden ser sometidos a estas medidas cautelares, en cuanto no podemos olvidar que la persona a la que se dirige el proceso es un menor de edad que, en la mayoría de las ocasiones, no tendrá patrimonio. Por esta razón, las medidas cautelares también podrán dirigirse contra los padres, tutores, acogedores legales o de hecho, en coherencia con el art. 61.3 LORPM, que les atribuye responsabilidad solidaria ante los daños y perjuicios derivados del delito cometido por el menor. Lo mismo ocurrirá con las compañías aseguradoras que hubiesen asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas de las infracciones cometidas por el menor (art. 63 LORPM). ■

⁴³ No olvidemos que, de acuerdo con el art. 61 LORPM, la norma general es que la acción para exigir la responsabilidad civil en este proceso se ejercite por el Ministerio Fiscal, salvo que el perjudicado renuncie a ella, la ejerza por sí mismo o la reserve para ejercitárla en el orden civil.