

## **LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO PENAL DEL MENOR**

**M<sup>a</sup>. Lourdes Noya Ferreiro**  
Profesora Titular de Derecho Procesal  
Universidad de Santiago de Compostela

**Resumen:** El nuevo proceso de menores introducido por la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor, supone un cambio sustancial en el conjunto normativo aplicable a los menores infractores. Este trabajo pretende incidir en la regulación que la citada Ley realiza de las medidas cautelares, poniendo de relieve tanto los aciertos de la regulación, como las deficiencias que las numerosas reformas de la Ley no han sabido corregir. Al mismo tiempo se trata de analizar aquellas cuestiones que pueden llegar a plantear mayores problemas interpretativos respecto de la detención, las medidas de internamiento, libertad vigilada y convivencia con otra persona, familia o grupo educativo, y las medidas en el caso de exención de responsabilidad criminal. También se contempla la futura reforma que se pretende introducir con el Proyecto de 27 de enero de 2006, y las pocas novedades que introduce en lo que a estas medidas se refiere.

**Palabras Clave:** Medidas cautelares.- Detención de menores.- Internamiento de menores.- Responsabilidad de menores

---

Recibido: junio de 2006. Aceptado: agosto de 2006.

**Abstract:** The new process of minors introduced by the 5/2000, of 12 of January, supposes a substantial change in the normative set applicable to them. This article tries to analyse the regulation that the mentioned Law makes of the equitable remedies, placing emphasis on the successes of the regulation, and on the deficiencies that the numerous reforms of the Law have not got to correct. At the same time one is to analyse those questions that can get to create greater interpretativos problems respect to the detention, the remedies of internment or coexistence with another person, family or educative group, and the remedies in the case of exemption of criminal responsibility. It is also analysed the regulation contemplated by the Project of 27 of January of 2006.

**Keywords:** Equitable remedies.- Minors detention.- Minors internment- Minors Responsibility.

## 1. Introducción

Las medidas cautelares están dirigidas a garantizar el éxito del proceso y el cumplimiento efectivo de la sentencia. Si el juicio oral pudiera celebrarse el mismo día de la incoación del procedimiento, no sería necesaria la adopción de este tipo de medidas. Sin embargo, dicho juicio requiere una etapa de preparación que se lleva a cabo en la fase de instrucción del proceso penal, fase en la que normalmente se invierte un tiempo excesivamente amplio, en el que el imputado puede ocultarse de la justicia o frustrar los efectos de una futura sentencia de condena. Como consecuencia de ello, en muchas ocasiones es imprescindible la adopción de una serie de medidas que tienden precisamente a garantizar la presencia del imputado en el juicio oral, y la ejecución de la sentencia condenatoria<sup>1</sup>.

Son características principales de las medidas cautelares su jurisdiccionalidad, instrumentalidad, provisionalidad y homogeneidad. Se trata en primer lugar, de medidas que únicamente pueden ser adoptadas por el órgano jurisdiccional competente,

---

1 V. MORENO CATENA, V., y CORTES DOMÍNGUEZ, V., *Derecho procesal penal*, Madrid, 2005, pág. 266. V. también, *El proceso penal* (coordinado por Victor Moreno Catena), pág. 1534 y ss.

y sólomente en casos excepcionales, como la detención, pueden llevarse a cabo por autoridades distintas, con la consecuencia inmediata de ponerlo en conocimiento de la autoridad judicial. En segundo lugar, dichas medidas son instrumentales de la incoación de un proceso penal, por lo que al finalizar dicho proceso, extinguen sus efectos o se convierten en medidas ejecutivas. La tercera característica de las medidas cautelares es su carácter provisional, puesto que al estar supeditadas al proceso penal finalizan necesariamente con él, aunque también pueden extinguirse con anterioridad si su justificación ha desaparecido. Finalmente, estamos ante un tipo de medidas que son homogéneas de las ejecutivas, precisamente porque se dirigen a garantizar la futura sentencia de condena.

La finalidad que cumplen las medidas cautelares nos lleva necesariamente a establecer los presupuestos exigibles para su adopción; el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, que en el proceso penal se identifica con la existencia de indicios racionales de criminalidad en un determinado sujeto, y el *periculum in mora*, que en el proceso penal está representado por el peligro de fuga o la ocultación del patrimonio del imputado.

Después de esta breve referencia introductoria sobre el significado de las medidas cautelares, nos centraremos en el estudio de las previstas en el Capítulo segundo del Título Tercero de la LO 5/2000, de responsabilidad penal de los menores, y de la medida de detención prevista en el art. 17 LORPM.

Es necesario poner ya de manifiesto, que el proceso penal del menor responde a principios y criterios diferentes a los que rigen el proceso penal de adultos, puesto que los principios del proceso penal se ven modulados o flexibilizados en virtud del superior interés del menor que se encuentra presente en toda la regulación, y que incide directamente en todas y cada una de sus instituciones. De estas pautas de interpretación se ha partido a la hora de examinar la detención y las medidas cautelares, que en la regulación de la Ley penal del Menor cumplen finalidades

en ocasiones muy diferentes a las previstas para el proceso penal de adultos<sup>2</sup>.

De acuerdo con estas consideraciones, la finalidad que en el proceso penal de menores cumplen las medidas cautelares es doble. De un lado, no se puede obviar que toda medida cautelar se adopta con el fin de garantizar el éxito del proceso y el cumplimiento efectivo de la sentencia. De otro, el art. 28.1 LORPM introduce dos nuevas finalidades, la custodia y defensa del menor expedientado y la debida protección de la víctima.

Simplemente, por seguir el orden marcado por el legislador que se corresponde, en la mayoría de los casos, con el orden cronológico de las actuaciones procesales, nos ocuparemos en primer lugar de la detención del menor.

## **2. La detención del menor**

### *A) Principios Generales*

La Constitución Española de 1978 establece en su art. 1 que «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político». De esta forma, el derecho a la libertad, uno de los más preciados por el ser humano, se consagra como referente principal del Estado de Derecho. «El sistema de valores establecido por nuestra Constitución sitúa en primer lugar la libertad y seguridad de los ciudadanos, erigiendo el respeto a su vigencia y plena efectividad en el soporte del fundamento del orden político y la paz social»<sup>3</sup>.

---

2 V. GOMEZ RECIO, F., *Medidas cautelares en la Ley de responsabilidad penal de los menores*, en "Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal", núm. 1, 2002, pág. 604.

3 STS de 25 de junio de 1993 (RJA, núm. 5244).

No obstante, los propios constituyentes eran conscientes de que también ese derecho esencial a la dignidad del hombre, debía ser en algunas ocasiones limitado, y por ello la propia Norma Constitucional determina una serie de garantías que han de estar siempre presentes a la hora de proceder a su restricción, y que son desarrolladas por la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En el marco de dichas garantías se encuadra la atribución a la Jurisdicción del monopolio en la imposición de penas privativas de libertad, atribución que de forma positiva se fundamenta en el art. 117.3 CE, que consagra la exclusividad jurisdiccional, y de forma negativa en el art. 25.3 CE, que impide a la Administración civil imponer sanciones que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad<sup>4</sup>. Pero, a diferencia de la protección de otros derechos subjetivos, en el derecho a la libertad los órganos jurisdiccionales no se limitan a controlar *a posteriori* la actuación de los poderes del Estado, puesto que en cuanto derecho fundamental con protección privilegiada, la actividad de los jueces se extiende no sólo a enjuiciar la validez o ilegalidad de un acto o comportamiento jurídico, sino que asumen también el monopolio de autorizar la adopción de medidas restrictivas del mencionado derecho<sup>5</sup>.

Dentro de este contexto, y partiendo de las exigencias constitucionales ha de estudiarse el art. 17 de la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Pero no debemos obviar que la detención de los menores de edad, debe tomar inexcusablemente como referencia las recomendaciones internacionales contenidas en la Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1989, en las Reglas de Beijing de 1985 y en las Reglas de las

---

4 V. en este sentido, GIMENO SENDRA, V., *El derecho a la libertad y sus restricciones en el ordenamiento español* en "Reforma política y Derecho", Madrid, 1985, pág. 36.

5 V. LOPEZ-FRAGOSO ALVAREZ, T., *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, 1ª edición, Madrid, Colex, 1991, pág. 27.

Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad de 1990<sup>6</sup>.

Atendiendo precisamente a estos Textos Internacionales, echamos de menos que la primera declaración del precepto no sea la de establecer los casos en que puede procederse a la detención de los menores de edad, debiendo remitirnos en su ausencia a los contemplados en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de aplicación supletoria, en todo lo no especialmente previsto, como establece la disposición final primera de la Ley 5/2000<sup>7</sup>. Si bien es cierto que la medida de detención, como medida restrictiva del derecho a la libertad y en estricta aplicación del principio de proporcionalidad, sólo debe adoptarse cuando no exista otra medida eficaz que resulte menos gravosa, no lo es menos que en el proceso que se regula en la Ley comentada y ante la detención de menores de edad, debió el legislador regular un tratamiento específico, más restrictivo y acorde con las recomendaciones internacionales<sup>8</sup>.

Sin embargo, la Ley sí prevé expresamente la forma en la que debe practicarse la detención de los menores, estableciendo que las autoridades y funcionarios que intervengan en la detención de un menor deberán practicarla en la forma en que menos perjudique a éste, teniendo por tanto en cuenta el impacto que una

---

6 V. los arts. 37 y 40 de la Convención de los Derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, art. 10 de las Reglas de Beijing de 1985 y reglas 1, 2, 12, 17 y 19 de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad de 1990.

7 V. GOMEZ RECIO, F., *Medidas cautelares en la Ley...*, pág. 606; MARTINEZ PARDO, V.J., *La detención de los menores de edad*, en “Revista de los Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales”, núm. 3, 2002.

8 V. en este sentido, DE URBANO CASTRILLO, E., *La delincuencia grave de menores*, en “Revista Jurídica La Ley”, núm. 5165, pág. 3; IZAGUIRRE GUERRICAGOITIA, J.M<sup>a</sup>., *La aplicación al menor de edad de la legislación procesal antiterrorista a la luz de la Ley de responsabilidad penal del menor*, en “Revista Jurídica La Ley”, núm. 5240, pág. 2; RICHARD GONZALEZ, M., *El nuevo proceso de menores*, en “Revista Jurídica La Ley”, núm. 5085, pág. 3.

medida de este tipo puede ocasionar no sólo en la personalidad del menor, sino también en su entorno familiar y social.

Como ya se ha apuntado por algunos autores, ha de evitarse, en la medida de lo posible, la espectacularidad en la actuación, el empleo de esposas, fuerza o prepotencia por parte de los agentes policiales, actitudes que generan hostilidad en el menor y repercuten negativamente en su entorno, haciendo más difícil su futura reinserción en la vida social<sup>9</sup>. Hay que tener en cuenta a este respecto las instrucciones previstas en el art. 3 del Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, aprobado por RD 1774/2004, de 30 de julio, y en la Orden General de la Dirección General de la Policía, sobre tratamiento policial de menores de 12 de enero de 2001, que prevé expresamente que en estas circunstancias las unidades policiales actuarán siempre en interés del menor, adoptando las medidas pertinentes para su seguridad o la de los agentes.

La observancia de estas importantes directrices exige desde luego la especialización de las unidades policiales, como así se prevé ya en el art. 12 de las citadas “Reglas de Beijing”, especialización que en nuestro país tiene su reflejo en los Grupos de Menores de la policía nacional (GRUME), el grupo de menores de la guardia civil (EMUMES), y grupos de policía autonómica y local, integrándose todos ellos conforme al art. 443 LOPJ en policía judicial<sup>10</sup>.

### *B) Detención policial, judicial y por particulares*

El art. 17 de la Ley 5/2000, hace referencia a las *autoridades y funcionarios que intervengan en la detención de un menor...*, sin regular de forma expresa ni la detención por la autoridad judicial, ni la detención por particulares. De una primera lectura del precepto parece deducirse que las autoridades y funcionarios a los

---

9 POLO RODRÍGUEZ, J.J., y HUELAMO BUENDIA, A.J., *La nueva Ley penal del menor*, 2ª edición, Madrid, Colex, 2001, pág. 33.

10 LANDROVE DIAZ, G., *Derecho Penal de Menores*, 1ª edición, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2001, pág. 280.

que alude el legislador son las unidades de policía y el Ministerio Fiscal; no obstante, como veremos más adelante nada impide que la detención sea acordada por la autoridad judicial, o que se practique por particulares en los casos oportunos.

Es importante destacar que la detención del menor de edad por los agentes de la policía debe responder a criterios diferentes a los seguidos en la detención de los adultos<sup>11</sup>. En este sentido, el agente sólo debe proceder a la detención del menor cuando se encuentre cometiendo el delito o se haya producido la fuga, en otro caso, esa detención ha de practicarse después de recibir instrucciones concretas por parte de la autoridad encargada de la instrucción, en este caso el Ministerio Fiscal<sup>12</sup>. Así, cuando los agentes de la policía se encuentren inmersos en la investigación de una actuación delictiva y constaten la existencia de un menor sospechoso de haber participado en dicha actuación, la forma aconsejable de proceder será la puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal, para que éste decida sobre la detención. No podemos obviar que el principio de proporcionalidad resulta de estricta aplicación, por lo que la privación de libertad ambulatoria ha de acordarse únicamente, como ya dijimos, cuando no exista otra medida posible, valoración que exige la ponderación de una serie de circunstancias y factores que en todo caso ha de determinar la autoridad correspondiente<sup>13</sup>.

La detención ordenada por el Ministerio Fiscal también puede ser consecuencia de la incomparecencia del menor para prestar declaración ante la incoación del expediente. En estos casos la citación para declarar se convertirá en orden de detención. La policía pondrá al menor a disposición del Ministerio Fiscal que le recibirá declaración y ordenará su puesta en libertad o

---

11 En contra, V. MARTINEZ PARDO, V.J., *La detención de los menores de edad*, ..., op. cit., pág. 6.

12 LANDROVE DIAZ, G., *Derecho Penal de...*, op. cit., pág. 284.

13 Es preciso señalar en este aspecto la supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y concretamente de su art. 495 en el que se establece la prohibición de detener por simples faltas.

solicitará de la autoridad judicial la adopción de alguna medida cautelar<sup>14</sup>.

En aquellos supuestos en que la detención del menor se haya practicado directamente por los agentes policiales, deberá notificarse de inmediato al Ministerio Fiscal, tal y como prevé el art. 17 LORPM en su primer apartado. Las razones de esta comunicación no pueden ser otras que la valoración por parte del Fiscal de la actuación de la policía y de la necesidad de la medida adoptada, por lo que exigiría que los agentes comunicasen también todos los datos y circunstancias que llevaron a esa detención<sup>15</sup>. Esta notificación al Ministerio Público podrá realizarse telefónicamente, aunque sería aconsejable que quedase constancia escrita de los datos que se faciliten a la autoridad, constancia que podrá realizarse a través del fax<sup>16</sup>. En este sentido la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000, ordena a los fiscales que sean rigurosos con la «vigilancia y control de la regularidad de las detenciones interesando de la policía, tan pronto como se reciba la notificación prevista en el art. 17.1, la remisión de información puntual de los motivos y circunstancias que han llevado a la práctica de la detención, e instando la libertad si no se estima suficientemente justificado el recurso a la privación de libertad».

Como ya se ha puesto de relieve, el art. 17 LORPM no regula de forma expresa la detención judicial, olvidando que si bien como norma general será en la fase de instrucción en la que se produzca la adopción de esta medida, nada impide que una vez concluida ésta y remitido ya el expediente al Juez de Menores, aparezcan motivos suficientes que aconsejen la detención del menor.

---

14 V. en este sentido, MARTINEZ PARDO, V.J., *La detención de los menores de edad*, ..., op.cit., pág. 8.

15 V. SAMANES ARA, C., *La instrucción del procedimiento*, en "La responsabilidad penal de los menores" coordinado por Carmen Samanes Ara, Zaragoza, 2003, pág. 145,

16 V. LOPEZ LOPEZ, A.M., *La instrucción del Ministerio Fiscal en el procedimiento de menores*, Granada, 2002, pág. 113.

Tampoco tiene en cuenta el legislador, que ante la comisión de un hecho delictivo grave en el que se resulten implicados adultos y menores, son múltiples las situaciones que pueden llevar a la adopción de esta medida; y que en algunas de ellas será muy improbable que pueda ponerse el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal a efectos de acordar la detención respecto de un menor, sin perjudicar la investigación y la custodia de los implicados. En estos casos, y atendiendo precisamente a esas razones de urgencia, deberá el Juez de Instrucción ordenar la detención del menor, deduciendo el correspondiente testimonio y poniendo al detenido a disposición del Ministerio Fiscal, para que sea éste el que incoe el expediente y acuerde la libertad del menor o lo ponga a disposición del Juez de Menores.

Ante la ausencia de una previsión específica en este aspecto será necesario remitirnos una vez más a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en concreto a su art. 497, en el que se regula la detención judicial estableciendo un plazo de setenta y dos horas para dejar al menor en libertad o acordar su internamiento<sup>17</sup>.

Finalmente, entre los olvidos del legislador se encuentra también la detención por los particulares. No obstante, teniendo en cuenta lo dispuesto en la disposición final primera de la Ley, en la que se establece la aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no vemos ningún problema en que un particular pueda proceder a la detención del menor<sup>18</sup>. Dicha detención se producirá únicamente en aquellos casos que determina el art. 490 de la Ley procesal penal, y tendrá como inmediata consecuencia la puesta a disposición de los agentes policiales<sup>19</sup>.

---

17 V. MARTINEZ PARDO, V.J., *La detención de los menores de edad*, ..., op.cit., pág. 8

18 V. en este sentido ORNOSA FERNANDEZ, M<sup>a</sup>.R., *Derecho penal de menores*, 1<sup>a</sup> edición, Barcelona, Bosch, 2001, pág. 234. En contra SANZ HERMIDA, A.M., *El nuevo proceso penal del menor*, Cuenca, 2002, pág. 302.

19 No vemos ningún inconveniente en que el particular que realiza la detención ponga al menor a disposición de la autoridad judicial de lugar en que ésta se

### *C) Derechos del detenido*

El art. 17.1 LORPM después de referirse a la forma en que las autoridades y funcionarios públicos deben practicar la detención, se ocupa de los derechos que asisten al detenido, comenzando con un relato casi literal de lo dispuesto en el art. 520 LECrim, por lo que el legislador con buen criterio, y ante lo absurdo de repetir dicho precepto acaba remitiéndose a él<sup>20</sup>.

A nuestro juicio, la lectura de derechos ha de llevarse a cabo si es posible ante los representantes legales del menor<sup>21</sup>. Desde todo punto de vista, y mucho más desde la defensa de los derechos del menor, la información de las razones de su detención y de los derechos que le asisten, debe realizarse en presencia de sus padres o tutores siempre que se hallen presentes en el momento de la detención.

No se puede perder de vista, que el derecho del detenido a que se pongan el hecho de su detención y el lugar de custodia en conocimiento de un familiar o persona que designe, recogido en el art. 520.2.d) LECrim, se convierte en una obligación de las autoridades o funcionarios públicos en el caso del menor de edad. Esta previsión que expresamente recoge el art. 17.1 LORPM, también está prevista en el propio art. 520.3 LECrim respecto de los representantes legales.

En el caso de menores extranjeros con residencia habitual fuera de España, el hecho de la detención será puesto en conocimiento de las autoridades consulares de su país, al igual que cuando lo solicite el menor residente o sus representantes legales. Si el Ministerio Fiscal tiene dudas sobre la edad del detenido que ha sido puesto a su disposición, podrá realizar las averiguaciones

---

produce, aunque en buena lógica será más usual la puesta a disposición de los agentes policiales.

20 En contra GOMEZ RECIO, F., *Medidas cautelares...*, op. cit., pág. 612.

21 V. SALIDO VALLE, C., *La detención incomunicada del menor de edad penal*, en “*Revista Jurídica La Ley*”, núm. 4758, 1999, pág. 4.

necesarias para determinar su edad de acuerdo con lo dispuesto en el art. 16 LORPM<sup>22</sup>.

No obstante, cuando se haya practicado la detención de varias personas y se dude sobre la edad de alguna de ellas, deberán ser puestas a disposición del Juez de Instrucción para que sea éste el que inicie las diligencias necesarias para determinar la edad, según determina el art. 375 LECrim. En este sentido, las circulares de la Fiscalía General del Estado 1/2000, sobre los criterios de aplicación de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor y 4/2000, respecto de la interpretación del art. 35 de la Ley de extranjería, señalan que será el Juez de Instrucción el competente para la determinación de la edad del detenido<sup>23</sup>.

Constatada la menor edad, el Juez de Instrucción deberá deducir testimonio y poner al detenido a disposición del Ministerio Fiscal, a efectos de que éste incoe el expediente y acuerde la libertad del menor o su puesta a disposición del Juez de Menores, con el fin de solicitar alguna medida cautelar. Esta puesta a disposición del Ministerio Fiscal del menor detenido, procederá únicamente cuando el Juez de Instrucción constate la existencia de indicios racionales de criminalidad con participación del menor, y que esos indicios son base suficiente para proceder a su detención. En otro caso, y atendiendo al superior interés del menor, deberá acordar de inmediato la puesta en libertad, aunque pueda deducir testimonio para que el Ministerio Fiscal incoe el oportuno expediente. No respondería a los principios rectores de esta Ley, que el Juez de Instrucción acordase la puesta a disposición del Ministerio Fiscal de un menor detenido cuando ya hubiese constatado que no existe base suficiente para la detención.

Tal y como establece el art. 5.3 LORPM la edad a tener en cuenta para la aplicación de esta Ley, es la que corresponde

---

22 ORNOSA FERNANDEZ, M<sup>a</sup>.R., *Derecho penal de...*, op. cit., pág. 234.

23 FIERRO GOMEZ, A., *La instrucción. Diligencias de instrucción. En especial determinación de la edad, identificación del menor, ruedas de reconocimiento. La imputación*, en "Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal", I/2002, págs. 420 yss.

al momento de la comisión del hecho delictivo y no al inicio del procedimiento. Por tanto puede darse el caso de que la detención se produzca cuando se haya alcanzado ya la mayoría de edad, por hechos cometidos siendo menor. En virtud del precepto citado sería de aplicación la Ley de Responsabilidad Penal del Menor. Sin embargo, y respecto de los derechos del detenido que se recogen en el art. 17, no pueden aplicarse sin hacer una interpretación coherente de los mismos. No tiene sentido que el hecho de la detención y el lugar se comuniquen de inmediato a los representantes legales (en ese momento ya inexistentes), ni que la declaración se produzca en presencia de dichos representante, ni que el detenido ingrese en dependencias separado de los adultos, etc<sup>24</sup>.

Lo que quiere determinar el art. 5.3 LORPM es que el procedimiento aplicable es el previsto en la Ley de Responsabilidad Penal del Menor, en cuanto a los plazos, su especialidad, las medidas a adoptar, etc., pero teniendo siempre en cuenta que en el momento de incoación del expediente el menor ya no es menor, ya ha cumplido la mayoría de edad, y que por tanto resultaría absurdo aplicarle literalmente alguna de las previsiones de la Ley<sup>25</sup>.

#### *D) Intervención del letrado y de los representantes legales*

Practicada la detención en ausencia de los representantes legales del menor, deberá ser comunicada de inmediato a éstos y en todo caso al Ministerio Fiscal.

Una vez informado de sus derechos, el menor designará abogado o se le nombrará uno de oficio. Es preciso señalar que este trámite ha de llevarse a cabo con la mayor celeridad posible, puesto que no debe olvidarse que estamos ante la privación de libertad de un menor y que los Colegios de Abogados tienen un

---

24 GOMEZ RECIO, F., *Medidas cautelares...*, op. cit., pág. 619.

25 V. LOPEZ LOPEZ, A.M., *La instrucción del Ministerio Fiscal...*, op. cit., pág. 109-110; MARTINEZ PARDO, V.J., *La detención de los menores de edad...*, op.cit., pág. 16.

turno especial de oficio para menores<sup>26</sup>. Es necesario cuestionar en este punto la posible aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que en su art. 520.4 y 5 prevé la renuncia a la asistencia letrada. A mi juicio teniendo en cuenta la literalidad del art. 17.2 LORPM y el superior interés del menor presente en toda la Ley, no podrá prescindirse en ningún caso de la preceptiva presencia del abogado en la declaración del menor<sup>27</sup>.

Designado el abogado, el menor podrá prestar declaración, y utilizamos conscientemente el término “podrá” puesto que constitucionalmente le asiste el derecho a no declarar.

Dicha declaración debería producirse después de que haya tenido lugar una entrevista reservada con el abogado, como prevé el art. 22 1b LORPM para el caso de la declaración prestada una vez incoado el expediente<sup>28</sup>. Si bien es cierto que en el proceso de mayores esta entrevista no se produce hasta después de la primera declaración, y que ante el silencio del art. 17 LORPM en este aspecto y atendiendo a su primer apartado, debería aplicarse supletoriamente el art. 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no puede obviarse que la disposición del art. 22 1b citada es norma especial de aplicación preferente, aconsejando también dicha aplicación la protección del interés del menor que informa constantemente la Ley<sup>29</sup>.

El art. 22 1b) LORPM establece que desde el mismo momento de incoación del expediente, el menor tiene derecho a designar abogado y a entrevistarse reservadamente con él, incluso antes de prestar declaración. A nuestro juicio, este debería ser el

---

26 ORNOSA FERNANDEZ, M<sup>a</sup>.R., *Derecho penal de...*, op. cit., pág. 235.

27 V. también GOMEZ RECIO, F., *Medidas cautelares...*, op. cit., pág. 615; MARTINEZ PARDO, V.J., *La detención de los menores de edad...*, op.cit., pág. 13.

28 SANZ HERMIDA, A.M., *El nuevo proceso penal...*, op. cit., pág. 303.

29 V. en este sentido MIRANDA ESTRAMPES, M., *Aspectos procesales de la nueva Ley reguladora de la responsabilidad penal del menor (I)*, en “Revista Xurídica Galega”, núm. 30, 2001, pág. 54.

criterio a seguir en todos los casos en que se produzcan detenciones de menores de edad, se haya incoado el expediente, o se haya practicado la detención policial sin incoación previa. No puede condicionarse una garantía de tanta trascendencia como ésta al momento en que se produzca la detención. Como constantemente se señala en la Exposición de Motivos de la Ley 5/2000, nos encontramos ante una jurisdicción especializada en la que prima la salvaguarda del interés del menor, y «es evidente que ese interés pasa porque, en todo momento, aún más en el de su detención, donde está privado de libertad, cuente con asesoramiento técnico adecuado...»<sup>30</sup>.

En el mismo sentido, la consulta 2/2005, de la Fiscalía General del Estado, 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 un detenido análisis de la tramitación parlamentaria de la LORPM y de ponderar el superior interés del menor, concluye que «debe partirse del reconocimiento del derecho del menor detenido a entrevistarse reservadamente con su letrado incluso antes de prestar declaración en sede policial, siguiendo la línea exegética que entiende que cuando el artículo 22.1 se refiere a la incoación del expediente lo hace en sentido amplio, y teniendo en cuenta que la especial necesidad de protección del menor, la preservación prioritaria de sus derechos y la evitación de eventuales indefensiones aconsejan que, con carácter general, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad permitan esta entrevista cuando sea solicitada por el menor o por sus representantes»<sup>31</sup>.

Teniendo en cuenta estas consideraciones resulta sorprendente que el Proyecto de Ley de 27 de enero de 2006, por el que se modifica la LO 5/2000, de Responsabilidad Penal del Menor, se

---

30 V. ORNOSA FERNANDEZ, M<sup>a</sup>.R., *Derecho penal de...*, op. cit., pág. 236; En contra, GOMEZ RECIO, F., *Medidas cautelares...*, op. cit., pág. 615. En contra, FIERRO GOMEZ, A., *La instrucción...*, op. cit., págs. 412 a 414.

31 V. también el voto particular del Informe del CGPJ de 32 de noviembre de 2005 al proyecto de reforma de la Ley de Responsabilidad penal del menor.

decante por regular de forma expresa en el art. 17.2 la entrevista reservada con el abogado después de la primera declaración<sup>32</sup>. Esta decisión del legislador sólo puede interpretarse en el sentido de impedir la aplicación en esta cuestión del art. 22.1b) LORPM, puesto que la entrevista que ahora se pretende regular, ya estaba indirectamente prevista por la aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a la que antes se hacía referencia.

La declaración del menor normalmente se producirá en presencia, además de su letrado, de sus representantes legales, salvo que circunstancias excepcionales justifiquen o aconsejen su ausencia. Nos encontramos ante casos como imposibilidad de localización de estos representantes o conflicto de intereses entre ellos y el menor, en muchos casos cuando los representantes puedan resultar víctimas de delitos, o ejerzan influencia perjudicial en el menor.

El problema está en determinar la persona que deba decidir sobre la conveniencia o no de que los representantes legales estén presentes. Si se trata de representantes víctimas del delito la decisión no conlleva mayores dificultades, la propia lógica llevará a aconsejar su ausencia. Sin embargo, cuando esta ausencia de los representantes pueda estar basada en una mala influencia, o incluso en el temor o coacción que puedan infundir en el menor, y que en muchos casos puede llevar a declaraciones totalmente manipuladas o desprovistas de libertad, será difícil que sean los agentes policiales las personas adecuadas para tomar esta decisión<sup>33</sup>.

En estos casos, en que pueda aconsejarse la ausencia de los representantes legales del menor, determina el legislador que la declaración tenga lugar en presencia del letrado y, además, del

---

32 En el citado proyecto se introduce un nuevo párrafo en el art. 17.2 LORPM, en el que se declara que *“el menor tendrá derecho a la entrevista reservada con su abogado al término de la práctica de la diligencia de toma de declaración”*.

33 V. en este sentido, DÍAZ MARTINEZ, M., *La instrucción en el proceso penal de menores*, Madrid, 2003, pág. 138.

Ministerio Fiscal, representado por persona distinta del instructor del expediente. Una vez más, la regulación establecida en el precepto comentado resulta compleja y sorprendente, puesto que, dependiendo de la interpretación del precepto, en la declaración del menor pueden concurrir dos representantes del Ministerio Fiscal con funciones distintas y contrapuestas. Uno encargado de velar por los derechos del menor y su protección y otro, el instructor, que dirige la investigación y puede formular la acusación.

Partiendo de la incoherencia de esta disposición, la interpretación menos absurda es la de entender que esta previsión del art. 17.2 LORPM, deberá aplicarse únicamente al supuesto de la detención policial, y que únicamente ante la ausencia de los representantes legales en las dependencias policiales, se solicitaría la presencia de un fiscal distinto al que instruye el expediente<sup>34</sup>. Aún en este caso, se plantearía el absurdo de determinar que fiscal debe concurrir a la declaración de un menor detenido por la policía, cuando todavía no se ha iniciado el expediente, puesto que el menor no ha sido puesto a disposición del Fiscal instructor. En este supuesto la Fiscalía correspondiente tendría que designar un fiscal para asistir a la declaración del menor, y otro distinto para que se le presente el citado menor e incoe el expediente.

Otra interpretación nos llevaría a concluir que cabría el supuesto de que en la declaración de un menor detenido se encontrasen presentes dos fiscales, con funciones teóricamente contrapuestas. Este caso se produciría cuando el menor declarase por primera vez ante el Fiscal instructor por negarse a hacerlo ante la policía, o cuando se produjese una segunda declaración en presencia del Fiscal instructor y tampoco se encontrasen los representantes legales<sup>35</sup>.

---

34 V. GOMEZ RECIO, F., *Medidas cautelares...*, op. cit., pág. 615; SALOM ESCRIVA, J.S., *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)", Valencia, 2002, pág. 225; V. en contra . MARTINEZ PARDO, V.J., *La detención de los menores de edad...*, op.cit., pág. 13.

35 SALOM ESCRIVA, J.S., *La intervención del Ministerio Fiscal...*, op. cit., pág. 226.

Choca la regulación con los principios de organización y actuación del Ministerio Fiscal en los que destaca la unidad de actuación y dependencia jerárquica<sup>36</sup>. Además, puede señalarse incluso que estamos ante «una exageración de la observancia de garantías», puesto que el art. 6 LORPM establece que corresponde al Ministerio Fiscal no sólo la dirección de la investigación y la observancia de las garantías del procedimiento, sino también la defensa de los derechos de los menores y la vigilancia de las actuaciones que deban efectuarse en su interés. Así, desde la perspectiva del derecho de defensa ésta queda plenamente garantizada con la presencia del letrado del menor, y desde la perspectiva de la protección del menor el Ministerio Fiscal instructor debe asumirla en virtud del precepto citado<sup>37</sup>.

Por otro lado, en aquellos casos en que pueda darse una situación de desamparo, deberíamos acudir al art. 172 CC, en el que se establece que la entidad pública que tenga encomendada la protección de los menores tiene por ministerio de la Ley su tutela; por tanto, siempre que se constate una situación de desamparo debería ser esta entidad la que a través de sus representantes estuviera presente en la declaración del menor<sup>38</sup>.

#### *E) Lugar y duración de la detención*

El apartado tercero del art. 17 LORPM, establece que el menor detenido deberá custodiarse en dependencias adecuadas y separadas de los adultos, proporcionándole protección y asistencia social, psicológica, médica y física, teniendo para ello en cuenta su condición de menor y sus características individuales.

---

36 FIERRO GOMEZ, A., *La instrucción...*, op. cit., pág. 417.

37 CEZON GONZALEZ, C., *La nueva Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Barcelona, 2001, pág. 82.

38 V. GOMEZ RECIO, F., *Medidas cautelares...*, op. cit., pág. 615; MARTINEZ PARDO, V.J., *La detención de los menores de edad...*, op.cit., pág. 13; VENTURA FACI, R. y PELAEZ PEREZ, V., *LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Comentarios y Jurisprudencia*, Madrid, 2000, pág. 100.

Si ponemos en relación lo dispuesto en este precepto, con lo establecido en el art. 54 LORPM en el que se establece que las medidas privativas de libertad se ejecutarán en centros específicos para menores infractores, distintos de los previstos en la legislación penitenciaria respecto de los adultos, debe colegirse que necesariamente habrá que disponer de centros de detención de menores o de dependencias donde éstos puedan ser acogidos, y que cumplan los requisitos exigidos por la Ley. Cabría por tanto deducir que durante el tiempo en que se prolongase la detención el menor debería encontrarse en alguno de los centros de menores de la Comunidad Autónoma<sup>39</sup>. Obviamente esta previsión legislativa resulta inoperante en el plano de la detención policial, puesto que en la mayor parte de los casos las Comunidades Autónomas no disponen de centros operativos para este tipo de actuaciones<sup>40</sup>.

Durante la detención policial y también durante el tiempo que el menor permanece a disposición del Ministerio Fiscal, se encuentra en las dependencias policiales aunque en cumplimiento del mandato legal, deberá ser alojado en dependencias separadas de los adultos, que reunirán en la medida de lo posible las características y requisitos que fija el art. 17 LORPM.

Uno de los problemas más importantes que a nuestro juicio plantea la Ley 5/2000, se desprende de la regulación del quinto apartado de art. 17. Señala esta disposición que la detención del menor por la policía no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para realizar las averiguaciones correspondientes, y que en todo caso en el plazo de veinticuatro horas el detenido deberá ser puesto a disposición del Ministerio Fiscal. De acuerdo con ello, si los agentes policiales realizan las averiguaciones pertinentes antes de las veinticuatro horas, la puesta a disposición del Fiscal

---

39 MARTINEZ PARDO, V.J., *La detención de los menores de edad*, ..., op.cit., pág. 14.

40 GOMEZ RECIO, F., *Medidas cautelares*..., op. cit., pág. 608.

no podrá demorarse hasta ese plazo previsto, puesto que deja de existir la razón que justifica la norma<sup>41</sup>.

Si en principio puede parecer novedosa la reducción del plazo de detención policial a veinticuatro horas, justificándola en la minoría de edad de la persona detenida y en la protección del interés de ese menor, no lo es tanto si examinamos la regulación prevista en la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal. Es cierto que el art. 520 del citado cuerpo legal prevé un plazo máximo de detención de setenta y dos horas, pero esta disposición habrá que relacionarla [la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal lo prevé<sup>42</sup>] con otros preceptos, y en concreto con el art. 496, en el que se regula la detención policial, y en el que se determina un plazo de veinticuatro horas para la puesta a disposición de la autoridad judicial.

Dentro de ese plazo de veinticuatro horas el menor detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición del Ministerio Fiscal. Y en este momento entra en juego un nuevo plazo, de contenido variable, puesto que el art. 17 LORPM otorga al fiscal instructor un plazo de cuarenta y ocho horas desde la detención para decidir sobre la situación personal del menor. Así, dependiendo del momento en que la policía ponga al menor a disposición del Fiscal instructor, éste tendrá un plazo mayor o menor para decidir sobre su puesta en libertad o a disposición judicial a efectos de solicitar alguna medida cautelar<sup>43</sup>.

Una vez que el menor es puesto a disposición de la autoridad judicial, nos encontramos con una laguna legal que deberá

---

41 V. en este sentido GIMENO SENDRA, V. en CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., GIMENO SENDRA, V., y MORENO CATENA, V., *Derecho procesal penal*, 3ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pág. 488 y ss.); SALOM ESCRIVA, J.S., *La intervención del Ministerio Fiscal...*, op. cit., pág. 225.

42 Señala expresamente el art. 520 en su apartado primero párrafo segundo inciso final, que «Dentro de los plazos previstos en la presente Ley, y en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial».

43 SALOM ESCRIVA, J.S., *La intervención del Ministerio Fiscal...*, op. cit., pág. 226.

solventarse acudiendo, de nuevo, a la Ley de Enjuiciamiento Criminal que como ya se ha dicho es supletoria. No establece la LORPM el plazo del que dispone el juez de menores para decidir sobre las medidas cautelares solicitadas. Habrá que acudir por tanto al art. 497 LECrim que otorga al juez instructor un plazo de setenta y dos horas para pronunciarse sobre la puesta en libertad o ingreso en prisión (en este caso en un centro de menores).

Una excepción al plazo previsto como norma general se recoge en el propio art. 17.4 LORPM, cuando establece la aplicación del art. 520 bis LECrim, en el que se regula un régimen especial por el que se rige la detención policial de personas pertenecientes a bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes. Dispone el precepto que, en estos casos, el plazo de detención de setenta y dos horas podrá prorrogarse por razones de la investigación otras cuarenta y ocho horas más, siempre que la policía lo solicite al juez en las primeras cuarenta y ocho horas, debiendo acordarlo éste en las veinticuatro horas siguientes.

La aplicación de este art. 520 bis LECrim en relación con el art. 17.4 LORPM plantea problemas interpretativos, puesto que dependiendo de la interpretación que conjuntamente se realice de ambos preceptos, el plazo de la detención policial para menores implicados en delitos de terrorismo varía. Si se estima que el art. 520 bis LECrim recoge en su primera manifestación el plazo de detención general previsto en el art. 520 del mismo cuerpo legal, y que partiendo de ese plazo permite su ampliación en cuarenta y ochos horas, hay que estimar que para aplicar esa ampliación a los menores detenidos por delitos de terrorismo habrá que partir del plazo de detención general previsto en el art. 17.4 LORPM, que es de veinticuatro horas.

En apoyo de esta tesis hay que señalar en primer lugar el tan citado interés del menor que sirve de fundamento a toda la regulación del proceso de menores, y en segundo lugar, que la aplicación del art. 520 bis LECrim se prevé en el art. 17.4 LORPM inmediatamente después de la regulación del plazo general de detención y en el mismo párrafo. Por todo ello creemos que la

solicitud de prórroga debe pedirse en el plazo previsto de veinticuatro horas del que disponen los agentes policiales<sup>44</sup>.

Sin embargo, si se parte de que la aplicación del art. 520 bis LECrim ha de producirse tal y como literalmente se recoge en el precepto, el plazo de ampliación de la detención debería solicitarse en las cuarenta y ocho horas que regula, aplicando por tanto como límite a la detención policial de menores detenidos por delitos de terrorismo el plazo de setenta y dos horas<sup>45</sup>.

En cuanto a la posible incomunicación del detenido que se prevé en el apartado segundo del art. 520 bis LECrim, será necesario realizar algunas precisiones respecto del régimen seguido para los adultos. En primer lugar, en referencia a la entrevista reservada con el abogado, si se aplica el art. 22.1b LORPM como antes se postulaba, no puede ser objeto de restricción en función de lo establecido en el art. art. 17.4 LORPM. Dicho precepto establece la aplicación del art. 520 bis LECrim, que a su vez se remite a los arts. 520 y 527 de la Ley Procesal Penal. De acuerdo con estas normas procesales al detenido incomunicado se le priva del derecho a la entrevista posterior a su declaración [art. 527 c) en relación con el art. 520.6c)], pero en ningún caso se hace referencia a la entrevista anterior que prevé el art. 22.1b) LORPM, por lo que no cabe extenderlo a ésta. Es cierto, que no tiene sentido privarle de la entrevista posterior y mantener la que tiene lugar antes de la primera declaración; ello se debe a mi juicio a que en el proceso de adultos no cabe la entrevista anterior a la primera declaración, pero este hecho no nos puede llevar a interpretar una norma en restricción de los derechos fundamentales, y mucho menos cuando nos encontramos ante la detención incomunicada

---

44 V. en este sentido , DIAZ MARTINEZ, M., *La instrucción...*, op. cit., pág. 142; GOMEZ RECIO, , F., *Medidas cautelares...*, op. cit., pág. 608; SALOM ESCRIVA, J.S., *La intervención del Ministerio Fiscal...*, op. cit., pág. 227.

45 V. en este sentido MARTINEZ PARDO, V.J., *La detención de los menores de edad...*, op.cit., pág. 19; SAMANES ARA, C., *La instrucción...*, op. cit., pág. 148.

de menores de edad en los que ha de darse preferencia al espíritu, y en este caso también a la letra, de la Ley<sup>46</sup>.

No obstante, esta interpretación estricta se ve modificada por la futura reforma de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor, al establecer el Proyecto de 27 de enero de 2006 que la entrevista reservada del menor con su abogado tendrá lugar después de prestar su primera declaración ante la policía, con lo que cabe la aplicación de las limitaciones que en este punto impone la incomunicación del detenido<sup>47</sup>.

En segundo lugar, respecto de la comunicación con los familiares hay que matizar la restricción prevista en el art. 527.b) LECrim. La comunicación del hecho de la detención y del lugar de custodia deberá necesariamente ponerse en conocimiento de los representantes legales del menor puesto que es preceptiva; y ello no sólo por tratarse de un derecho del menor y en defensa de su interés, sino principalmente porque ha de insertarse en las obligaciones inherentes a la patria potestad por tratarse de una persona no capaz. Sin embargo, cabe que después de producida la comunicación, el juzgador pueda acordar en resolución motivada que por motivos de la investigación, estos representantes no estén presentes en la declaración, por lo que habría que acudir a la asistencia del Ministerio Fiscal<sup>48</sup>.

---

46 IZAGUIRRE GUERRICAGOITIA, J.M<sup>a</sup>., *La aplicación al menor...*, op. cit., pág. 3.

47 MARTINEZ PARDO, V.J., *La detención de los menores de edad...*, op.cit., pág. 19.

48 En este sentido puede consultarse la circular de la Fiscalía General del Estado 2/2001, de 28 de junio, incidencia de las Leyes Orgánicas 7 y 9/2000, de 22 de diciembre, en el ámbito de la jurisdicción de menores, para la que no podrá comunicar a sus familiares o a otra persona de su elección el hecho de la detención y el lugar de su custodia. No obstante, subsiste la obligación legal de notificar dichas circunstancias a quienes ejerzan la patria potestad, la tutela o la guarda de hecho del menor. Hemos de entender que la autorización para que estas personas asistan al menor durante la detención puede ser denegada en la misma resolución judicial que decreta la incomunicación si existen razones fundadas para ello en función de las necesidades de la

También establece el legislador en el apartado cuarto inciso final, que las resoluciones a que hace referencia el art. 520 bis LECrim, deberán atribuirse al Juez Central de Menores tal y como prevé la reforma de este precepto introducida por la LO 7/2000, de 22 de diciembre, ya que estos delitos son competencia de la Audiencia de Nacional. El fiscal instructor será dependiente de la Fiscalía de la Audiencia Nacional, por lo que aquellos menores cuya detención responda a delitos de terrorismo, deberán ser entregados a la Fiscalía de la Audiencia Nacional, y a la del lugar en el que se produce la detención.

*F) Intervención del juez y del perjudicado en la detención*

Un aspecto en el que no compartimos la opción realizada por el legislador es el que se refiere a la autoridad ante la cual debe presentarse o entregarse al menor. A nuestro juicio, el legislador se ha olvidado en el momento menos oportuno del interés del menor. Dicho interés está presente constantemente en el nuevo proceso de menores, pero cuando se trata de decidir sobre la libertad del menor detenido, el legislador prefiere favorecer el nuevo papel que asume el Ministerio Fiscal, en detrimento de una pronta decisión judicial.

Establece el apartado cuarto del art. 17 LORPM, que efectuada la detención del menor y en el plazo máximo de veinticuatro horas, éste deberá ser puesto en libertad o a disposición del Ministerio Fiscal. El Público Ministerio deberá decidir en un plazo máximo de cuarenta y ocho horas desde la detención, sobre la puesta en libertad del menor, el desistimiento o la incoación del expediente, caso éste en que deberá poner al menor a disposición de la autoridad judicial para la adopción de medidas cautelares.

A nuestro juicio, atendiendo precisamente al interés del menor sería más acertado, que una vez producida la detención y

---

investigación de los delitos imputados, en cuyo caso la asistencia se verificará por los profesionales del Equipo Técnico y por el Ministerio Fiscal.

en el plazo máximo de veinticuatro horas, el detenido fuera puesto a disposición del Juez de Menores para que éste, con audiencia del Ministerio Fiscal, el letrado del menor y sus representantes legales, resolviera sobre su puesta en libertad o internamiento en un centro, abriendo para ello una pieza separada de situación personal del menor, sin perjuicio de que el Ministerio Fiscal continuara o bien iniciara la instrucción del expediente.

Sin duda el legislador ha pensado más en hechos delictivos de escasa gravedad en los que la puesta en libertad es prácticamente automática, sin que sea necesario para ello la intervención del Juez de Menores. No se ha parado a pensar que en los delitos graves se va a obligar al menor a pasar de despacho en despacho, efectuando en algunos casos hasta tres declaraciones, antes de que se decida finalmente sobre su libertad o internamiento.

Otro problema con el que nos podemos encontrar en esta fase del proceso de menores es la indefensión en la que se pueden encontrar los perjudicados por el hecho delictivo. La Ley no sólo deja de hacer alusión a la forma que debe adoptar la resolución del Ministerio Fiscal por la que se ponga en libertad al menor detenido, sino que tampoco hace referencia a los posibles recursos que se puedan interponer contra esa resolución, lo que nos lleva en principio a la conclusión de que decretada la puesta en libertad del menor, nada puede hacer el perjudicado para que se proceda a la revisión de la decisión.

### G) *Habeas Corpus*

Finalmente, haremos una breve referencia al último apartado del art. 17 LORPM en el que se hace alusión al procedimiento de *habeas corpus* como garantía frente a la ilegalidad de la detención. La competencia para la instrucción de este expediente será del Juez de Instrucción, decisión acertada a nuestro juicio, partiendo de la regulación del art. 96 LOPJ que establece la sede de los Juzgados de Menores en las capitales de provincia. Si el procedimiento señalado constituye un instrumento de protección frente a la eventual arbitrariedad de los agentes policiales; y tiene

como finalidad el restablecimiento del derecho constitucional a la libertad, a través de la inmediata puesta a disposición judicial del detenido, la atribución de dicho procedimiento a los Jueces de Menores no facilitaría la agilidad del proceso<sup>49</sup>. Desde otro punto de vista, consideramos innecesaria la exigencia legal de notificación inmediata del procedimiento al Ministerio Fiscal cuando éste sea instado por el menor. Dicha notificación deberá producirse en todo caso, y mucho más a tenor de lo dispuesto en el art. 6 de la LO 6/1984, de 24 de mayo, en el que se regula la intervención preceptiva del Ministerio Fiscal en el procedimiento, estableciendo dicho precepto que «promovida la solicitud de *habeas corpus* el juez examinará la concurrencia de los requisitos para su tramitación y dará traslado de la misma al Ministerio Fiscal...».

Los problemas surgen cuando es el propio menor quien insta el procedimiento contra la detención ordenada por el Ministerio Fiscal, o cuando el menor detenido por la policía ya ha sido puesto a disposición del Fiscal instructor. En este caso el Fiscal de Menores encargado de la instrucción se convierte en parte pasiva del procedimiento de *habeas corpus*, por lo que será necesario que la intervención preceptiva a la que se refiere el art. 6 de la LO 6/1984, corra a cargo de otro representante del Público Ministerio, dando lugar una vez más a una comparecencia en la que concurren dos representantes de la Fiscalía con funciones distintas en ese procedimiento concreto, pero informados como es obvio por los mismos principios de actuación<sup>50</sup>.

Por otro lado, es necesario precisar que desde el momento en que se lleva a cabo la detención policial de un menor, se pone en conocimiento del Ministerio Público, con las condiciones en

---

49 ORNOSA FERNANDEZ, M<sup>a</sup>.R., *Derecho penal de ...*, op. cit., pág. 242.

50 V. , DIAZ MARTINEZ, M., *La instrucción...*, op. cit., pág. 146; GOMEZ RECIO, F., *Medidas cautelares en la Ley...*, pág. 620; V. LOPEZ LOPEZ, A.M., *La instrucción del Ministerio Fiscal...*, op. cit., pág. 120; MARTINEZ PARDO, V.J., *La detención de los menores...*, op. cit., pág. 15. SAMANES ARA, C., *La instrucción...*, op. cit., pág. 151.

las que se ha producido, por lo que resultaría improbable que se produjese una situación de detención ilegal.

Por último, también resulta cuando menos chocante que el legislador no se haya preocupado de regular alguna especificación respecto de la legitimación activa para solicitar el *habeas hábeas* en el proceso de menores, puesto que tal y como establece el art. 3 de la LO 6/1984, este procedimiento podrá ser instado por el Ministerio Fiscal. Nos encontraríamos con la situación “kafkiana” de que un representante del Ministerio Fiscal insta un procedimiento de *habeas hábeas* contra otro representante del mismo Ministerio, y todo ello en una institución que se rige por los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica.

### **3. Las medidas cautelares contempladas en el art.. 28 de la LO 5/2000**

#### *A) Solicitud de las medidas cautelares*

El art. 28 LORPM comienza atribuyendo al Ministerio Fiscal la facultad de solicitar medidas cautelares en cualquier momento del proceso, medidas que persiguen la custodia y defensa del menor<sup>51</sup>, como expresamente establece el precepto. Dicha atribución exclusiva era una lógica consecuencia de la inexistencia de acusación particular o popular en el proceso de menores, pero si tenemos en cuenta la reforma operada por la 15/2003, de 25 de noviembre, que introduce la acusación particular en el citado proceso, no tiene sentido seguir manteniendo al Ministerio Público como único legitimado activo para solicitar medidas cautelares.

Por este motivo, el Proyecto de 27 de enero de 2006, de reforma de la Ley 5/2000, ya prevé una modificación del art.

---

51 Tal y como señalamos anteriormente estas medidas persiguen distintas finalidades que las previstas en el proceso penal de adultos, son en muchas ocasiones medidas de carácter tuitivo y de protección del menor. V. en este sentido, GOMEZ RECIO, F., *Medidas cautelares...*, op. cit., pág. 623.

28 LORPM, en la que sigue atribuyendo al Ministerio Fiscal la solicitud de las medidas cautelares, pero precisando que esta actuación podrá tener lugar de oficio o a instancia de quien haya ejercitado la acción penal, añadiendo una finalidad más a las ya previstas, la debida protección de la víctima.

La solicitud debe tomar en consideración la existencia de indicios racionales de la comisión de un delito, o el riesgo de eludir u obstruir la acción de la justicia por parte del menor, requisitos éstos que se identifican con los presupuestos de las medidas cautelares a los que antes hacíamos referencia. No obstante, lo primero que llama nuestra atención es el hecho de que el legislador regule la concurrencia de estos dos presupuestos de forma alternativa. Una interpretación literal del precepto nos lleva a la conclusión de que podría adoptarse una medida cautelar con la concurrencia exclusiva de uno de los dos requisitos<sup>52</sup>. En buena lógica esta interpretación conduciría a resultados totalmente absurdos<sup>53</sup>.

En primer lugar, la existencia de indicios racionales de la comisión de un hecho delictivo se configura como presupuesto necesario para la adopción de las medidas cautelares, pero su concurrencia exclusiva no determina necesariamente su adopción. Resulta obvio que las medidas cautelares, por su propia naturaleza, responden a una finalidad, ya sea el aseguramiento de la investigación y del proceso en general, ya sea garantizar la ejecución de una futura sentencia de condena, o como establece el precepto la custodia y defensa del menor. Por tanto, antes de su adopción, el juez ha de ponderar si los fines de la investigación o los efectos de la sentencia pueden ser puestos en peligro por la actuación del menor. Es por tanto exigible la concurrencia de los dos presupuestos esenciales de las medidas cautelares, el *fumus*

---

52 Téngase en cuenta que el legislador utiliza la conjunción “o” y no la que correspondería, “y”, para entender que los dos presupuestos deben concurrir en la adopción de las medidas cautelares.

53 En contra, MARTINEZ PARDO, V.J., *Las medidas cautelares personales en el proceso de menores*, “Revista de los Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales”, núm. 18, 2000, pág. 6.

*boni iuris* (existencia de indicios racionales de comisión de un hecho delictivo) y el *periculum in mora* (riesgo de eludir u obstruir la acción de la justicia por parte del menor)<sup>54</sup>.

En segundo lugar, en buena lógica no cabe una interpretación diferente, no podría adoptarse medida cautelar alguna con la única concurrencia del segundo de los presupuestos, puesto que la existencia de indicios racionales de criminalidad es como ya hemos dicho un presupuesto necesario.

Precisamente con el fin de evitar interpretaciones erróneas el citado Proyecto de reforma de la Ley 5/2000, corrige la redacción del art. 28 LORPM, estableciendo que la solicitud de las medidas cautelares se producirá cuando existan indicios racionales de la comisión de un delito y el riesgo de eludir u obstruir la acción de la justicia por parte del menor. Además se añade, y esto sí que se coloca en un plano alternativo con este último presupuesto, que se podrá solicitar también cuando exista el riesgo de que el menor atente contra los bienes jurídicos de la víctima.

Continuando con el análisis del precepto, la adopción de una medida cautelar corresponde al Juez de Menores<sup>55</sup>, previa

---

54 V. en este sentido CFGE 1/2000, de 18 de diciembre; APARICIO BLANCO, P., *Diligencias de instrucción restrictivas de derechos fundamentales, competencia del Juez de Menores en el ámbito de la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores*, en “Revista del Poder Judicial”, núm. 60, 2000, pág. 177; ARROM LOSCOS, R., *El proceso penal con implicación de menores. Ley Orgánica 5/2000 sobre responsabilidad penal de los menores*, Palma, 2002, pág. 62; SAMANES ARA, C., *La instrucción...*, op. cit., pág. 151.

55 Sobre la competencia del Juez de Menores para la adopción de las medidas cautelares, habrá que tomar en consideración el Reglamento 1/2001, de 10 de enero, de modificación del Reglamento 5/1995, de 7 de junio, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, en lo que se refiere a la adopción de medidas urgentes y a la presentación de escritos durante el servicio de guardia. En el citado reglamento se establece un servicio de guardia correspondiente a los Juzgados de Menores en aquellas circunscripciones judiciales en que existan cuatro o más Juzgados de Menores (artículo segundo del Reglamento 1/2001). En aquellas circunscripciones judiciales en las que no se pueda constituir este servicio de guardia, la adopción de las medidas cautelares y actuaciones urgentes restrictivas de derechos fundamentales, corresponderá

solicitud del Ministerio Fiscal, regulación que choca a nuestro juicio con la defensa de la imparcialidad del Juez sentenciador, propiciada en nuestro ordenamiento jurídico por la ya célebre sentencia del Tribunal Constitucional 145/1988, de 12 de julio. Nos encontramos en la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, con que el Juez de Menores al que se atribuye la competencia para la celebración de la audiencia y para dictar sentencia, es el mismo al que el art. 28 considera competente para acordar medidas restrictivas de derechos fundamentales de tanta gravedad como el internamiento del menor o su libertad vigilada.

En este sentido, es preciso traer a colación la STC 60/1995, de 17 de marzo, en la que el alto Tribunal estima que «la acumulación de funciones instructoras y sentenciadoras no puede examinarse en abstracto, sino que hay que descender a los casos concretos y comprobar si se ha vulnerado efectivamente la imparcialidad del juzgador, debiéndose tener muy en cuenta que no todo acto instructorio compromete dicha imparcialidad, sino tan sólo aquellos que puedan producir en el ánimo del Juez determinados prejuicios sobre la culpabilidad del acusado».

Respetando, obviamente, la sentencia del Alto Tribunal, creemos que el internamiento de un menor sólo se puede acordar cuando existan graves y determinantes indicios de responsabilidad criminal, indicios que son evaluados por el Juez de Menores, que por lo menos en ese momento procesal tiene la convicción de que ese menor pudo con mucha probabilidad cometer el hecho delictivo. Es el juez el que está llevando a cabo un juicio de responsabilidad, y será el mismo juez el que después tenga que dictar sentencia. Por tanto, para nosotros esos prejuicios sobre la culpabilidad del menor, a los que hace referencia la citada

---

a los Jueces de Instrucción en funciones de servicio de guardia, que actuarán en sustitución de los Jueces de Menores fuera de las horas de audiencia de sus juzgados (artículos primero y tercero del reglamento 1/2001).

sentencia, resultan patentes desde el momento en que se adopta la medida<sup>56</sup>.

### *B) Procedimiento*

La adopción de las medidas cautelares deberá ir precedida de una comparecencia en que se dará audiencia al letrado del menor, al representante del equipo técnico y al representante de la entidad pública de protección o reforma. La regulación de dicha comparecencia por la LO 5/2000, es un tanto confusa, puesto que de una primera lectura puede deducirse que sólo es exigible en el caso de que se solicite la medida de internamiento. A nuestro juicio, cualquiera que sea la medida solicitada se impone la audiencia a las personas anteriormente señaladas, audiencia que debería tener lugar en una comparecencia ante el Juez de Menores y no a través de la presentación de escritos<sup>57</sup>. En defensa de esta tesis cabe argumentar que el art. 28.1 LORPM establece que “el juez **oído** el letrado...”, lo que necesariamente ha de interpretarse en el sentido de la celebración de un acto oral. Si a esto añadimos la urgencia inherente a la adopción de cualquier medida cautelar, claramente habrá que colegir que el legislador pretendía regular un sistema único de comparecencia ante el juez para la adopción de las medidas cautelares<sup>58</sup>. Además, no podemos obviar que cualquiera de las medidas que pueden ser impuestas a tenor del art. 28 LORPM implican una restricción del derecho a la libertad, que si bien en el caso del internamiento es de carácter más grave, ello no justifica la ausencia de comparecencia en los otros supuestos.

Una vez más debemos hacer referencia a las lagunas de la regulación, puesto que nada se dice sobre la posible audiencia al

---

56 V. en este sentido, GOMEZ RECIO, F., *Medidas cautelares...*, op. cit., pág. 638.

57 En contra la CFGE 1/2000.

58 APARICIO BLANCO, P., *Diligencias de instrucción restrictivas...*, op. cit., pág. 180; DIAZ MARTINEZ, M., *La instrucción...*, op. cit., pág. 152; SANZ HERMIDA, A.M., *El nuevo proceso penal...*, op. cit., pág. 311.

propio menor o a sus representantes legales. ¿Es que los padres titulares de la patria potestad nada tienen que decir sobre la medida que ha de imponerse a su hijo?. Es cierto que en la mayoría de los casos su posición puede quedar reflejada en las alegaciones del letrado del menor, pero de todas formas sería conveniente que el Juez de Menores oyese directamente al menor o a sus representantes. Además es preciso tener en cuenta que el art. 22.1d) LORPM establece expresamente que el menor tiene derecho a ser oído por el Juez o Tribunal antes de adoptar cualquier resolución que le concierna personalmente<sup>59</sup>.

Tampoco se refiere la Ley a la presencia en la comparecencia del art. 28 LORPM del perjudicado que se haya personado en la causa. Ya sabemos que la Ley 5/2000, en su redacción original impedía la acusación particular y popular, sin embargo tras la reforma operada por la Ley 15/2003, de 25 de noviembre, se prevé ya la personación de los perjudicados, por lo que no se entiende que el legislador no haya reformado la comparecencia del art. 28, permitiendo su presencia.

En apoyo de esta tesis, también hay que tener en cuenta que la Ley 5/2000, permitía al perjudicado personarse en la causa con las facultades limitadas del viejo art. 25, cuando el menor había cumplido los dieciséis años y se trataba de delitos cometidos con violencia o intimidación, o con riesgo grave para la vida o integridad física de las personas. Entre estas facultades se encontraba ya la de proponer pruebas sobre el hecho delictivo y las circunstancias de su comisión, siempre que éstas no trataran sobre la situación psicológica, educativa, familiar o social del menor. Asimismo, se le permitía participar en la práctica de las pruebas durante la fase de instrucción o de audiencia.

No vemos por tanto ninguna razón que impida al perjudicado asistir a la comparecencia regulada en el art. 28 LORPM, con la finalidad de participar en las pruebas propuestas, e incluso

---

59 V. GOMEZ RECIO, , F., *Medidas cautelares...*, op. cit., pág. 635; SALOM ESCRIVA, J.S., *La intervención del Ministerio Fiscal...*, pág. 229.

de proponer alguna relativa a las circunstancias de comisión del delito, pruebas que pueden resultar de cierta relevancia para la adopción de la medida. Lo que sí se excluye expresamente a nuestro juicio, es la posibilidad de solicitar medidas cautelares, y en ello en función de lo establecido en el art. 25 LORPM, que prohíbe expresamente al perjudicado pronunciarse sobre las medidas propuestas. Si esta prohibición se regula respecto de las medidas solicitadas en la fase de audiencia, con más razón se aplicará cuando se trate de medidas cautelares.

Toda esta regulación del art. 28 LORPM, relativa a la intervención del menor y del perjudicado en la comparencia para la adopción de las medidas cautelares, se va a ver modificada en función de la reforma operada por el Proyecto de 27 de enero de 2006, puesto que la nueva redacción prevé la presencia en la comparencia de todas las partes personadas, con lo que se recoge ya la intervención del menor y de los perjudicados personados como acusación particular.

No establece la Ley plazo alguno para la celebración de la comparencia, por lo que habrá que remitirse de nuevo a la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Así, tomando como referencia la citada norma procesal, el plazo máximo del que dispone el Juez de Menores es de setenta y dos horas. Para nosotros dos son las normas que habrá que tomar en consideración. En primer lugar, el art. 497 LECrim en el que se establece un plazo de setenta y dos horas para que el juez eleve la detención a prisión o la deje sin efecto, plazo que se contará desde la entrega del detenido<sup>60</sup>. En segundo lugar, el art. 504 bis2 en el que se regula la comparencia previa para la adopción de la medida de prisión provisional<sup>61</sup>, y

---

60 V. GOMEZ RECIO, , F., *Medidas cautelares...*, op. cit., pág. 635.

61 Querámoslo o no la medida de internamiento participa de la misma naturaleza que la prisión provisional, aunque se trata de una medida más atenuada debido precisamente a la edad del internado. V. en este sentido, CALATAYUD PEREZ, E., *Instrucción del procedimiento*, en "Justicia de menores: una justicia mayor. Comentarios a la Ley reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores", CGPJ, Manuales de formación continuada, número 9, pág. 153.

que establece también un plazo de setenta y dos horas para que el juez de instrucción convoque a las partes a efectos de acordar el ingreso en prisión<sup>62</sup>.

En contra de esta postura se ha argumentado que el plazo de la comparecencia deberá coordinarse con el tiempo de detención policial, teniendo en cuenta además el plazo del que dispone el Fiscal para poner al detenido en libertad o a disposición del Juez de menores, de otra forma se vulneraría a juicio de esta autora el art. 17 CE<sup>63</sup>. No compartimos esta posición, estimando que el art. 17 CE establece el plazo máximo que puede transcurrir hasta que un detenido es puesto a disposición judicial, sin entrar en el tiempo de que dispone la autoridad judicial para decidir sobre su situación. Confirma nuestra orientación el texto de la Norma Constitucional al referirse expresamente a que «...en el plazo máximo de setenta y dos horas el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial».

### C) *Medida de internamiento*

Entre las medidas cautelares previstas en el primer apartado del art. 28 LORPM se encuentra la medida de internamiento en centro, en el régimen adecuado. Esta medida puede suponer la privación de libertad completa del menor, cuando se decide su ingreso en un centro en régimen cerrado, o una privación limitada cuando se cumple en régimen abierto o semi-abierto<sup>64</sup>.

---

62 V. en este sentido la Circular 1/2000 de la Fiscalía General del estado en la que se sostiene que en función del art. 497 LECrim, el Juez de Menores dispone de un plazo de setenta y dos horas para señalar la comparecencia prevista en el art. 28 LORPM.

63 ORNOSA FERNANDEZ, M<sup>a</sup>.R., *Derecho penal de menores*, 1<sup>a</sup> edición, Barcelona, 2001, pág. 302.

64 El cumplimiento de la medida de internamiento cautelar está previsto en el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, aprobado por RD 1774/2004, de 30, de julio, cuyo art. 29 remite a las distintas modalidades de internamiento reguladas en los arts. 23 y siguientes, con las precisiones recogidas en el segundo apartado del citado art. 29.

De todas las medidas cautelares previstas en el citado precepto, ésta es la que incide con más gravedad en el derecho a la libertad. Precisamente por este hecho, y en aplicación estricta del principio de proporcionalidad<sup>65</sup>, «la privación de libertad sólo puede estar justificada en la medida en que resulte absolutamente imprescindible para la defensa de los bienes jurídicos fundamentales, y en la medida en que no haya otros mecanismos menos radicales para conseguirla, por lo que no debe prolongarse más allá de lo necesario»<sup>66</sup>.

En este sentido han de interpretarse los requisitos de gravedad de los hechos, su repercusión y alarma social, y la valoración de las circunstancias personales y sociales del menor, a los que hace referencia el precepto.

Respecto a la gravedad de los hechos, la propia naturaleza de la medida de internamiento impone que sólo ante este tipo de hechos pueda acudir a una medida tan restrictiva, pero aún así habrá que ponderar las circunstancias de cada caso concreto, puesto que el propio interés del menor así lo exige. La falta de determinación legal de aquellos delitos que deben ser considerados como graves, nos lleva a acudir a los casos en los que la redacción originaria del art. 25 LORPM permitía la personación del perjudicado, esto es cuando se trate de delitos cometidos con violencia o intimidación, o con riesgo grave para la vida o integridad física de las personas<sup>67</sup>. La gravedad de las actuaciones cometidas en estas circunstancias unida a la constatación del denominado “riesgo de fuga”, o de obstruir la acción de la justicia,

---

65 V. SSTC 14/2000, de 17 de enero, 47/2000, de 17 de febrero, 23/2002, de 28 de enero, 26/2006, de 30 de enero y 11/2006, de 16 de enero, por citar algunas de las últimas resoluciones. V. también PEREZ MARTELL, R., *El proceso del menor. Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor*, Navarra, 2002, pág. 272.

66 MORENO CATENA, V., *La libertad provisional, prisión provisional y otras medidas*, en GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V., y CORTES DOMÍNGUEZ, V., op. cit., pág. 288.

67 V. DIAZ MARTINEZ, M., *La instrucción...*, op. cit., pág. 148; ORNOSA FERNANDEZ, M<sup>a</sup>.R., *Derecho penal de menores...*, op. cit., pág. 299.

o en un futuro próximo, de atentar contra los bienes jurídicos de la víctima, justificaría que el Juez de Menores se decantase por el internamiento del menor.

Junto a este presupuesto de carácter objetivo, recoge el art. 28 LORPM otros dos que podrían entrar en la calificación de conceptos jurídicos indeterminados, y que precisamente por esta razón deben ser utilizados con mucha cautela.

En primer lugar debe hacerse referencia a la repercusión y alarma que el hecho delictivo puede haber causado en la sociedad. No creemos que la alarma social causada por el hecho delictivo justifique el internamiento del menor, ya que no es esta la finalidad de la medida de internamiento. La vía legítima para calmar la alarma social no puede ser el internamiento de todos aquellos menores que puedan parecer responsables del hecho delictivo, sino una rápida sentencia de fondo, puesto que únicamente la resolución judicial dictada en un proceso puede determinar la culpabilidad y la sanción penal<sup>68</sup>.

En la misma línea se encuentra entre otras la STC 66/1997, de 7 de abril (reiterada en SSTC 98/1997, de 20 de mayo 47/2000, de 17 de febrero), al establecer que «la genérica alarma social presuntamente ocasionada por un delito constituye el contenido de un fin exclusivo de la pena –la prevención general- y (so pena de que su apaciguamiento corra el riesgo de ser precisamente alarmante por la quiebra de principios y garantías jurídicas fundamentales), presupone un juicio previo de antijuridicidad y de culpabilidad del correspondiente órgano judicial tras un procedimiento rodeado de plenas garantías de imparcialidad y defensa».

De aplicar los criterios de alarma social y repercusión del hecho delictivo, estaríamos olvidando el interés del menor al que constantemente alude el legislador en la Exposición de Motivos y que preside la regulación del procedimiento, y en definitiva, utilizando la medida cautelar aludida con fines de prevención o

---

68 MORENO CATENA, V., *La libertad provisional, prisión provisional...*, op. cit., pág. 289.

retribucionista de la pena, fines que aplicados a un proceso de menores resultan aún más criticables que respecto de los adultos, por lo que estimamos que nunca debieron incluirse como justificadores de las medidas<sup>69</sup>.

Es necesario precisar en este punto, que el criterio de repercusión y alarma social es suprimido con acierto por el Proyecto de 27 de enero de 2006.

Posición distinta merece la valoración que necesariamente ha de hacerse de las circunstancias personales y sociales del menor. Si la medida de internamiento supone la restricción de un derecho fundamental de tanta trascendencia como el derecho a la libertad, necesariamente su adopción debe ir condicionada no sólo al cumplimiento de los presupuestos de las medidas cautelares, sino también a la estricta observancia del principio de proporcionalidad. Por tanto, a la hora de ponderar la necesidad de la medida habrá que tomar en consideración la situación personal del menor, para lo que se estima imprescindible el informe del equipo técnico, y también a nuestro juicio, salvo en casos excepcionales, las valoraciones de los padres o tutores. La medida de internamiento procedería en aquellos casos en que la personalidad compleja del menor, su tendencia a la violencia y a la automarginación puedan colocarlo en situaciones que comporten grave riesgo para la sociedad. No obstante, hay que tener en cuenta que en muchas ocasiones estas situaciones de riesgo se deben a problemas psíquicos, a adicción a sustancias psicotrópicas o estupefacientes, a malas relaciones familiares o sociales, etc. En estos casos, la medida más adecuada sería la del internamiento del menor en un centro donde recibiera la ayuda psicológica y terapéutica necesaria, conforme a lo establecido en el art. 54.2 LORPM.

---

69 ORNOSA FERNANDEZ, M<sup>a</sup>.R., *Derecho penal de menores...*, op. cit., pág. 300; V. en contra GOMEZ RECIO, F., *Medidas cautelares...*, op. cit., págs. 624 a 627, que justifica este criterio en función precisamente de la finalidad protectora del menor que está presente en la Ley 5/2000.

Finalmente, el Proyecto de Reforma de 27 de enero de 2006, introduce dos criterios más que deberán ser tenidos en cuenta por el juez a la hora de adoptar la medida de internamiento, la existencia de un peligro cierto de fuga y, especialmente, el que el menor hubiera cometido o no con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza.

Respecto del primero de ellos su regulación expresa no introduce ninguna novedad en la adopción de la medida de internamiento, pues como ya habíamos puesto de relieve al principio de este trabajo, son presupuestos generales para la adopción de las medidas cautelares, el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, que en el proceso penal se identifica con la existencia de indicios racionales de criminalidad en un determinado sujeto, y el *periculum in mora*, representado por el peligro de fuga o la ocultación del patrimonio del imputado. Por tanto si ese peligro de fuga representase un riesgo real, el juez lo tendría en cuenta para la adopción de la medida de internamiento, estuviese o no expresamente recogido en el art. 28 LORPM.

Por el contrario, si es nuevo el segundo de los criterios que el Proyecto de reforma pretende introducir, y respecto a la reiteración delictiva sí que debe ser una de las pautas determinantes para la adopción de esta medida, no sólo porque se van a atajar futuras acciones, sino también porque se puede evitar la escalada delictiva del menor, cumpliendo dicha medida con la finalidad de proteger al menor expedientado.

#### *D) Medida de libertad vigilada*

Junto a la medida de internamiento prevé el art. 28 LORPM otras dos medidas cautelares que el Juez de Menores puede adoptar a instancias del Ministerio Fiscal: la libertad vigilada y la convivencia con otra persona, familia o grupo educativo.

La primera supone una restricción de la libertad ambulatoria de carácter más leve que el internamiento, puesto que permite al menor continuar en su medio aunque sometido a ciertas

condiciones, que necesariamente van a restringir sus derechos y que vienen explicitadas en el art. 7.1h) LORPM. Dicho precepto establece una serie de obligaciones y prohibiciones que conforman el contenido de la medida adoptada. Pero será el equipo técnico el que deba de asesorar al juez sobre la conveniencia de adopción de unas u otras. Estamos ante una medida cautelar proteica, o de diferentes medidas, de entre las que el juez deberá elegir la más adecuada a las circunstancias del caso concreto<sup>70</sup>.

Si bien es cierto, que de entre todas las obligaciones que se recogen en el art. 7.1h), el Juez de menores, atendido el informe del equipo técnico, podrá elegir las que estime más convenientes para el caso concreto, desde nuestro punto de vista, ha de adoptar en todo caso la prevista en la regla 6ª que hace referencia a la obligación de comparecer personalmente ante el Juzgado de Menores, para informar de las actividades realizadas y justificarlas. Tratándose de una medida cautelar creemos que debe ser el Juez el que controle directamente dicha medida, sin que en este caso quepa designar a un profesional que la supervise como también permite el precepto<sup>71</sup>.

Es preciso poner de relieve que entre las reglas de conducta que el juez puede elegir para el cumplimiento de la medida de libertad vigilada, se encuentra la prohibición de acudir a determinados lugares, establecimientos o espectáculos y la obligación de residir en un lugar determinado. Estas dos reglas podían adoptarse por el juez cuando existiese peligro para la víctima y resultase necesario alejar al menor, convirtiéndose por tanto en una medida de alejamiento.

Partiendo de tales consideraciones no resulta novedosa la nueva regulación que pretende llevarse a cabo con el Proyecto

---

70 MORENO CATENA, V., *La libertad provisional, prisión provisional...*, op. cit., pág. 282.

71 Sobre el cumplimiento de la medida de libertad vigilada puede consultarse el art. 18 del Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, aprobado por RD 1774/2004, de 30, de julio.

de reforma de 27 de enero de 2006, en la que se recoge expresamente como medida cautelar «la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez». Esta medida ya estaba siendo objeto de aplicación por el Juez de Menores a instancia del Ministerio Fiscal como lo demuestra la consulta 3/2004, de 30 de noviembre, sobre la posibilidad de adoptar la medida cautelar de alejamiento en el proceso de menores.

*E) Medida de convivencia con otra persona, familia o grupo educativo*

La medida de convivencia con otra persona, familia o grupo educativo se trata de una medida de carácter protector que tiene muy poco que ver con la finalidad de las medidas cautelares<sup>72</sup>. La medida en cuestión trae causa de la constatación de una situación de riesgo o desamparo en el menor, situación que viene regulada en el art. 172 CC, y que implica necesariamente la adopción de la medida de protección independientemente de la comisión del hecho delictivo<sup>73</sup>.

Además, como tal medida cautelar podrá mantenerse únicamente hasta la fase de audiencia, por lo que finalizada la instrucción, si la situación de riesgo o desamparo perdura habrá que acudir a lo dispuesto en el art. 172 CC. A nuestro juicio, la intención del legislador al regular en este precepto la medida de protección ha sido la de facilitar su adopción en el seno del proceso penal, actuando en interés del menor. Responde por tanto esta última medida no a la custodia del menor expedientado, sino a su defensa, como el propio art. 28 LORPM establece en su primer apartado.

---

72 V. GOMEZ RECIO, , F., *Medidas cautelares...*, op. cit., pág. 628.

73 ORNOSA FERNANDEZ, M<sup>a</sup> R., *El nuevo proceso menores...*, op. cit., pág. 307.

### F) Duración de las medidas

El art. 28 en su apartado tercero prevé únicamente el tiempo de duración de la medida de internamiento, sin establecer un plazo expreso para el resto de las medidas que regula.

Señala este precepto como límite temporal de la medida de internamiento el de tres meses, pero admite también que este plazo podrá ampliarse por tres meses más como máximo a instancias del Ministerio Fiscal. Es preciso apuntar que el Juez de Menores podrá adoptar la medida por el tiempo que estime oportuno siempre que no sobrepase los tres meses previstos.

La prórroga deberá adoptarla previa solicitud del Ministerio Fiscal y nueva comparecencia con las mismas personas que acudieron a la primera, puesto que deberá producirse una nueva valoración de las circunstancias que concurren en el momento de solicitar la prórroga<sup>74</sup>. Dicha prórroga está además condicionada a un examen previo de si persisten o se han agravado los motivos que dieron lugar al internamiento del menor, ponderándose otra vez las características del caso concreto, y teniendo especialmente en cuenta la doctrina del Tribunal Constitucional sentada en la STC 47/2000, de 17 de febrero, en relación con la prórroga de la prisión preventiva<sup>75</sup>. También habrá de valorarse el comportamiento del menor en el centro, debiendo el equipo técnico informar nuevamente al Juez, sobre la conveniencia de mantener la medida o su

---

74 En contra V. LOPEZ LOPEZ, A.M., *La instrucción del Ministerio Fiscal...*, op. cit., págs. 166-167.

75 En la citada sentencia el Tribunal Constitucional, tomando como referencia la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH de 27 de junio de 1968 “*caso Neumeister c. Austria*”, de 10 de noviembre de 1969 “*caso Matznetter*”, de 27 de agosto de 1992 “*caso Tomasi c. Francia*” y de 26 de enero de 1993 “*caso W. C. Suiza*”) afirma que «si en un primer momento cabría admitir que para preservar los fines constitucionalmente legítimos de la prisión provisional su adopción inicial se lleve a cabo atendiendo solamente al tipo de delito y a la gravedad de la pena, el transcurso del tiempo modifica estas circunstancias y por ello en la decisión de mantenimiento de la medida deben ponderarse inexcusablemente los datos personales del preso preventivo así como los del caso concreto». V. también las SSTC 128/1995, 62/1996 y 156/1997.

sustitución por otra, todo ello desde la perspectiva de defensa del interés del menor, tal y como exige el art. 28 LORPM<sup>76</sup>.

En defensa de esta tesis, sobre la necesidad de convocar a las partes a una nueva comparecencia, se puede argumentar que las mismas razones que determinan la celebración de la primera comparecencia pueden aducirse para la segunda; y principalmente en aquellos casos que las partes soliciten la práctica de pruebas para justificar cada una de sus pretensiones, pruebas que necesariamente habrá que practicar en ese acto.

Este plazo de duración de las medidas cautelares, considerado idóneo desde el punto de vista de la protección del menor, es evidentemente insuficiente si se tiene en cuenta la otras finalidades de las medidas cautelares. Quizá por ello, el Proyecto de Reforma de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor, amplía el plazo de duración de la medida de internamiento hasta seis meses, estableciendo una prórroga de tres meses más tal y como ya estaba previsto.

No se establece sin embargo, límite de tiempo para las medidas de libertad vigilada o de convivencia con otra persona, familia o grupo educativo. Por tanto, dichas medidas podrán prolongarse hasta la fase de audiencia, como expresamente señala el propio precepto en su apartado primero, aunque es necesario precisar que en el momento en que desaparezcan las causas que dieron lugar a su adopción deberán dejarse sin efecto.

También en este punto se produce una modificación por parte del tan citado Proyecto de reforma, que establece en la nueva redacción del art. 28, que «la medida cautelar adoptada podrá mantenerse hasta que recaiga sentencia firme».

La documentación de las medidas cautelares se llevará a cabo por medio de la apertura de una pieza separada en el Juzgado de Menores.

---

76 GOMEZ RECIO, , F., *Medidas cautelares...*, op. cit., pág. 627.

Finalmente, y como no podría ser de otra forma, el tiempo de cumplimiento de las medidas cautelares se abonará en su integridad para el cumplimiento de las medidas impuestas en la misma causa, y en su defecto, en otras causas anteriores. Pero como bien establece el precepto, respecto de estas otras causas la compensación no es automática, sino que exige una valoración del juez, atendiendo para ello a la naturaleza de las medidas impuestas y a las valoraciones del Ministerio Fiscal (que deberá instar la compensación), del equipo técnico y del letrado del menor.

### **3. Las medidas cautelares en los casos de exención de la responsabilidad**

Regula el legislador en el art. 29 LORPM aquellas medidas cautelares que se pueden adoptar cuando quede suficientemente acreditado en el transcurso de la instrucción, la exención de responsabilidad penal del menor por concurrir alguna de las causas recogidas en los apartados 1º, 2º y 3º del art. 20 CP: alteraciones psíquicas, intoxicación o síndrome de abstinencia o alteraciones en la percepción. Dándose alguna de estas situaciones determina el precepto la aplicación de las medidas cautelares previstas en la legislación civil, todo ello sin perjuicio de continuar la instrucción y solicitar alguna de las medidas terapéuticas reguladas en esta Ley.

La primera cuestión a tratar es la relativa a la aplicación de las medidas cautelares previstas en la legislación civil y no las establecidas en el art. 28 de la LORPM. El legislador podía optar por alguna de estas dos soluciones, la que establece la Ley en su art. 29, o bien la aplicación del art. 28 de la propia Ley<sup>77</sup>.

---

77 APARICIO BLANCO, P., *Diligencias de instrucción restrictivas de Derechos Fundamentales, competencia del Juez de Menores en el ámbito de la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores*, en "Revista del Poder Judicial", número 60, 2000, pág. 186; V. también GOMEZ RECIO, F., *Medidas cautelares...*, op. cit., pág. 642.

Como ya se ha constatado a lo largo de este trabajo, las medidas cautelares de carácter penal cumplen una finalidad muy concreta, lo que exige para su aplicación la concurrencia de dos presupuestos, uno de carácter necesario, la comisión de un hecho delictivo (*fumus boni iuris*) y otro que determina la aplicación de la medida, el peligro de fuga o de ocultamiento del patrimonio del imputado (*periculum in mora*). Con la adopción de dichas medidas se tiende precisamente a garantizar la presencia del imputado en el juicio oral y la ejecución de la sentencia condenatoria. Partiendo de estas premisas, no cabe a nuestro juicio que medidas con esta finalidad se apliquen a menores exentos de responsabilidad penal, y es por ello que el legislador, determinada la exención, y consciente de la necesaria aplicación de algún tipo de medidas a estos menores se remite a la legislación civil<sup>78</sup>.

Es necesario precisar que el precepto exige que la exención de responsabilidad penal por alguna de las causas mencionadas quede suficientemente acreditada; no nos encontramos por tanto ante una mera sospecha, sino ante una evidencia. Los datos de los que dispone el Ministerio Fiscal en esa fase de la instrucción, unidos al informe del equipo técnico, le llevan a acreditar la exención de responsabilidad penal, y a solicitar por tanto la aplicación de la legislación civil.

Teniendo en cuenta tales consideraciones habrá que plantearse cuáles son los preceptos civiles aplicables, debiendo a nuestro juicio diferenciar los supuestos en que el menor necesita ser internado para recibir el tratamiento adecuado, de aquellos otros en los que dicho tratamiento se puede realizar mediante asistencia ambulatoria. En el primer caso, estaríamos ante la aplicación del art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que regula el internamiento no voluntario por razones de trastorno psíquico, estableciendo que en el caso de menores se realizará siempre en establecimientos de salud mental adecuados para su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor.

---

78 GOMEZ RECIO, F., *Medidas cautelares...*, op. cit., pág. 643.

En el supuesto de que el menor no necesite ser internado, podría recabarse la colaboración de las entidades públicas de protección y reforma conforme a lo dispuesto en el art. 158 CC y en el art. 17 de la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor. El art. 158 CC faculta al juez para que de oficio o a instancia de parte acuerde las disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o evitar perjuicios. El art. 17 autoriza a la entidad pública a que en situaciones de riesgo adopte las medidas necesarias para reducirla realizando un seguimiento de la evolución del menor.

Otras dos cuestiones que exigen nuestra atención son las referentes al órgano competente para la aplicación de estas medidas de protección, y el procedimiento que ha de observarse en su adopción, cuestiones a las que no da respuesta el artículo comentado, por lo que exigen una interpretación integradora de la norma. A tenor de lo dispuesto en el tercer apartado del art. 23 LORPM, y teniendo en cuenta que nos encontramos con medidas restrictivas del derecho a la libertad, la competencia para su adopción corresponde exclusivamente al Juez de Menores que deberá resolver por auto motivado después de su documentación en pieza separada<sup>79</sup>.

La competencia exclusiva del Juez de Menores se deriva de la preceptiva continuación del procedimiento que impone el art. 29 LORPM. Lo único que determina la citada norma es que se apliquen las medidas previstas en la legislación civil, pero al no establecer la competencia de otro órgano jurisdiccional, entiendo que será el Juez de Menores el que deberá acordar dichas medidas. Carecería de sentido que incoado por el Ministerio Fiscal el expediente de reforma, y debiendo efectuar las alegaciones previstas en la Ley, se instase el internamiento o alguna otra medida ante un órgano distinto al competente para el conocimiento del expediente. Además, de esta forma se evitará que la intervención

---

79 En este mismo sentido, APARICIO BLANCO, P., *Diligencias de instrucción restrictivas...*, op. cit., pág. 190; V. también, DIAZ MARTINEZ, M., *La instrucción...*, op. cit., pág. 158.

de distintos órganos jurisdiccionales dé lugar a actuaciones des-coordinadas con el riesgo de decisiones contradictorias respecto del mismo menor<sup>80</sup>.

En cuanto al procedimiento, nada dice tampoco el art. 29 LORPM, pero tomando como referencia el art. 763 LEC, donde se establece que la adopción de esta medida deberá ir precedida de una audiencia a la persona afectada (en nuestro caso al menor si tiene edad suficiente), y de cualquier otra persona que se estime conveniente, parece que lo más adecuado sería la celebración de una comparecencia con asistencia del Ministerio fiscal (solicitante de la medida), las partes personadas en el procedimiento y el equipo técnico, cuyo informe resultará imprescindible para la adopción de cualquier decisión al respecto. Además, en este caso el Juez podrá examinar por sí mismo a la persona cuyo internamiento se solicita, oyendo a algún facultativo por él designado. Nos encontraríamos ante una comparecencia similar a la regulada en el art. 28 LORPM para la adopción de la medida cautelar de internamiento.

Resulta obvio que en esta comparecencia deberá el Ministerio Fiscal acreditar suficientemente, con resultados evidentes, la concurrencia de las causas de exención recogidas en el precepto comentado, causas que deberán ser apreciadas por el juez antes de la adopción de cualquier medida. La elección de la medida más adecuada corresponde al titular del órgano jurisdiccional, para lo cual atenderá no sólo a las alegaciones del Ministerio Fiscal, sino fundamentalmente al informe del equipo técnico, a las circunstancias sociales y personales del menor, y al examen que él mismo realice de su persona. Adoptada la medida correspondiente por el Juez de Menores, el seguimiento de su evolución deberá hacerse por el mismo órgano jurisdiccional, puesto que tal y como establece el precepto, la instrucción continúa a efectos de alegaciones y de la solicitud de medidas terapéuticas.

---

80 APARICIO BLANCO, P., *Diligencias de instrucción restrictivas...*, op. cit., pág. 190.

Es en este punto, en la continuación de la instrucción, donde se pueden plantear mayores dudas sobre la regulación efectuada por el legislador. Desde un punto de vista jurídico «parece un poco chocante que en el escrito de alegaciones se pueda determinar la responsabilidad penal de un menor, exento de ella, aunque sea con la finalidad benéfica de aplicarle alguna medida terapéutica...»<sup>81</sup>. Sin embargo, una interpretación amplia del art. 30 LORPM nos permite defender que el escrito de alegaciones deberá reflejar en estos casos, aparte de la descripción de los hechos, su valoración jurídica y el grado de participación del menor, el hecho de la concurrencia de algunas de las causas previstas en los números 1º, 2º y 3º del art. 20 CP, proponiendo el fiscal alguna de las medidas reguladas en esta Ley. Es preciso tener en cuenta en este sentido, que el escrito de alegaciones tiene mucho que ver con el escrito de calificación provisional regulado en el art. 650 LECrim, en el que sí hay que hacer referencia a las circunstancias eximentes, atenuantes o agravantes que concurran.

A nuestro juicio, el legislador ha optado por seguir en el proceso de menores el mismo procedimiento previsto para los adultos, tomando para ello como referencia la regulación que al respecto se hace en el procedimiento abreviado. No podemos olvidar que la disposición final primera de la Ley 5/2000, nos remite en el ámbito del procedimiento a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y en particular a lo dispuesto para los trámites del procedimiento abreviado regulado en el Título III del Libro IV<sup>82</sup>.

No obstante, olvida el legislador cuando aborda esta regulación, que el proceso penal de la LO 5/2000, se inspira fundamentalmente en la defensa y protección del interés del menor, y que las medidas cautelares previstas en este proceso, nada o

---

81 ORNOSA FERNANDEZ, M.R., *Derecho penal de menores...*, op. cit., pág. 310.

82 Para ORNOSA FERNANDEZ, M.R., *Diligencias de instrucción restrictivas...*, op. cit., pág. 311, La continuación del procedimiento penal también es puesta en duda por APARICIO BLANCO, P., *Diligencias de instrucción restrictivas...*, op. cit., pág. 187.

muy poco tienen que ver con las reguladas en el proceso penal de adultos, por lo que sería más adecuado acordar el sobreseimiento libre y adoptar las medidas de protección correspondientes de acuerdo con la legislación civil, sin perjuicio de que también conforme con dicha legislación se inste por el Ministerio Fiscal las actuaciones correspondientes para la incapacitación del menor y la constitución de los organismos tutelares<sup>83</sup>.

---

83 A la hora de regular el sobreseimiento libre distingue la Ley de Enjuiciamiento Criminal aquel que tiene como causa la inexistencia del hecho delictivo o cuando éste no sea constitutivo de delito, y el que se basa en la concurrencia de alguna de las causas de exención de responsabilidad criminal; y ello porque existiendo el hecho delictivo y a pesar de la exención de responsabilidad criminal en su autor, ésta no siempre lleva implícita, en todos los casos, la exención de la correlativa responsabilidad civil, y además porque en los supuestos de los números 1º, 2º y 3º del art. 20 CP, será necesaria la adopción de medidas de seguridad, tal y como se prevé en los arts. 101.1, 102.1 y 103.1 CP.