



La instrucción en el proceso penal de menores

**CUADERNOS DIGITALES
DE FORMACIÓN**

Medidas cautelares personales en el proceso penal de menores

José Miguel de la Rosa Cortina

Fiscal

Medidas cautelares personales en el proceso penal de menores

José Miguel de la Rosa Cortina

Fiscal

Palabras clave

Procedimiento de menores, Medidas cautelares, Justicia de menores, Responsabilidad penal

ÍNDICE:

Introducción

I. Consideraciones generales

1. Antecedentes

2. Tramitación parlamentaria

3. Derecho comparado

A) Italia

B) Holanda

C) Estados Unidos

D) Bolivia

E) Venezuela

4. Pronunciamientos internacionales

A) Naciones Unidas

a) Convención de Derechos del Niño

b) Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de la libertad

c) Observación General del Comité de Derechos del Niño 10 (2007) sobre los derechos del niño en la justicia de menores

B) Consejo de Europa

- a) Recomendación (87)20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, 17 de septiembre de 1987, sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil
- b) Recomendación (2003)20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa
- c) Recomendación (2008)11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre reglas europeas para infractores juveniles sometidos a sanciones o medidas

5. Clases de medidas cautelares en la LORPM

6. Presupuestos generales para las medidas cautelares personales

- A) Indicios racionales de la comisión de un delito
- B) Concurrencia de una finalidad legítima

7. Procedimiento

- A) Normas generales de procedimiento
- B) Procedimiento para adoptar la medida cautelar de internamiento
- C) Procedimiento para adoptar las medidas de libertad vigilada o convivencia con otra persona, familia o grupo educativo
- D) Procedimiento para adoptar las medidas cautelares de alejamiento

8. Plazo máximo de duración de las medidas

- A) Medidas cautelares privativas de libertad
- B) Medidas cautelares no privativas de libertad

II. Internamiento cautelar

- 1. Internamiento cautelar en centro cerrado
- 2. Otros internamientos
- 3. Internamiento domiciliario o atenuado
- 4. Internamiento incomunicado
- 5. Finalidades legítimas
- 6. Ejecución de la medida cautelar de internamiento
- 7. Pronunciamientos jurisprudenciales
- 8. Derecho de los menores internos cautelarmente a comunicarse con sus abogados

III. Libertad vigilada cautelar

IV. Convivencia cautelar

V. Medidas cautelares en protección de la víctima

1. Ideas generales
2. Necesidad de medidas cautelares en protección de la víctima: aspectos criminológicos
3. El alejamiento a través de la libertad vigilada
4. El alejamiento como medida cautelar específica en el proceso penal de menores
5. Peculiaridades del internamiento en protección de la víctima
6. Orden de protección y proceso penal de menores

VI. Medidas cautelares en caso de inimputabilidad

VII. Abono de la medida cautelar

VIII. Recursos

IX. La imparcialidad del Juez de menores y la adopción de medidas cautelares

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

Con carácter general se han definido las medidas cautelares personales como "actos que tienen por objeto garantizar el normal desarrollo del proceso, y por tanto, la eficaz aplicación del *ius puniendi*" (1).

Para dar una definición de las medidas cautelares, que abarque tanto las personales como las reales, podemos utilizar la aportada por GIMENO SENDRA: "Aquellas resoluciones motivadas del órgano jurisdiccional que pueden adoptarse contra el presunto responsable de la acción delictiva, como consecuencia, de un lado, del surgimiento de su cualidad de imputado y, de otro, de la fundada probabilidad de su ocultación personal o patrimonial en el curso de un procedimiento penal, por lo que se limita provisionalmente su libertad o la libre disposición de sus bienes con el fin de garantizar los efectos penales y civiles de la sentencia" (2).

Las características generales de las medidas cautelares pueden sintetizarse de la siguiente forma: 1) instrumentalidad: en tanto no tienen autonomía y siempre han de estar vinculadas a un proceso principal; 2) jurisdiccionalidad: son dictadas en ejercicio

de la potestad jurisdiccional, que corresponde, en exclusiva, a los jueces y tribunales. El Ministerio Fiscal no puede acordarlas; 3) provisionalidad: solo deben permanecer en vigor en cuanto subsistan los presupuestos que las han justificado; 4) homogeneidad: participan de la misma naturaleza que las medidas ejecutivas que pueden llegar a adoptarse en la resolución definitiva del pleito principal; 5) contradicción: están sujetas a un debate de las partes (3).

Nos centraremos en las medidas cautelares personales, que son las que recaen sobre la persona del imputado con el fin de asegurar la resolución que pudiera adoptarse en el proceso y estudiaremos las especialidades -notables- que presentan en el proceso penal de menores.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

1. Antecedentes

La LO 4/1992, de 5 de junio, *reguladora de la competencia y del procedimiento ante los Juzgados de Menores* preveía que "el Fiscal podrá solicitar del juez de menores, en cualquier momento, la adopción de medidas cautelares para la protección y custodia del menor. El Juez acordará las medidas que estime necesarias tomando en consideración el interés del menor. A solicitud del Fiscal, el Juez, a la vista de la gravedad de los hechos, su repercusión y las circunstancias personales y sociales del menor, podrá acordar el internamiento de éste en un Centro cerrado. Dicha medida durará el tiempo imprescindible, debiendo ser modificada o ratificada transcurrido, como máximo, un mes. Desde que se adopte se nombrará al menor abogado que lo defienda si no lo designan sus padres o representantes legales" (art. 15.1.5ª).

El anteproyecto de *Ley Orgánica Penal y Juvenil del Menor de 1995 en su art. 52.2.b)* regulaba el *internamiento provisional*, previendo que se cumpliría separando al menor de los mayores de edad y fijando el límite máximo de duración en tres meses salvo para delitos sancionados con pena de prisión de 10 años o más, en los que se permitían dos prórrogas sucesivas de tres meses cada una. Para su adopción se preveía utilizar los presupuestos de la *LECrim*, "interpretando de la forma más favorable posible los requisitos que avalan la libertad provisional". Se permitían también otras medidas cautelares como libertad provisional con comparencias *apud acta*, privación

de permisos y obligación de convivir con persona, familia o institución. Estas medidas podían imponerse de oficio por el juez.

El proyecto alternativo a la LORPM elaborado por el Grupo de Política Criminal propuso limitar temporalmente la medida cautelar de internamiento a dos meses prorrogables por otros dos.

2. Tramitación parlamentaria

La redacción original de la [Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, de 16 de octubre de 1998](#), antecedente inmediato del texto actualmente vigente, regulaba las medidas cautelares personales en el siguiente texto:

"1. El Ministerio Fiscal podrá solicitar del juez de menores, en cualquier momento, la adopción de medidas cautelares para la custodia y defensa del menor expedientado. El Juez, oído el Letrado del menor, así como el Equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, que informarán especialmente sobre la naturaleza de la medida cautelar, resolverá sobre lo propuesto tomando en especial consideración el interés del menor. La medida cautelar adoptada podrá mantenerse hasta el momento de la celebración de la audiencia prevista en los [artículos 31 y siguientes de esta Ley](#) o durante la sustanciación de los eventuales recursos.

2. Para la adopción de la medida cautelar de internamiento se atenderá a la gravedad de los hechos, su repercusión y la alarma social producida, valorando siempre las circunstancias personales y sociales del menor. El juez de menores resolverá sobre la propuesta del Ministerio Fiscal en una comparecencia a la que asistirán también el Letrado del menor y el representante del Equipo técnico o entidad pública de protección o reforma de menores, los cuales informarán al Juez sobre la conveniencia de la adopción de la medida solicitada, desde la perspectiva del interés del menor y de su situación procesal.

3. El tiempo máximo de duración de la medida cautelar de internamiento será de tres meses, y podrá prorrogarse, a instancia del Ministerio Fiscal y mediante auto motivado, por otros tres meses como máximo.

4. Las medidas cautelares se documentarán en el Juzgado de Menores en pieza separada del expediente

5. El tiempo de cumplimiento de las medidas cautelares se abonará en su integridad para el cumplimiento de las medidas que se puedan imponer en la misma causa o, en su defecto, en otras causas que hayan tenido por objeto hechos anteriores a la adopción de aquéllas. Cuando la medida cautelar y la impuesta en la sentencia sean de diferente naturaleza, el Juez, oídos el Ministerio Fiscal y el Letrado del menor, ordenará que se tenga por ejecutada la medida impuesta en aquella parte que estime razonablemente compensada por la medida cautelar".

Como puede observarse, el proyecto no especificaba ni concretaba las medidas cautelares concretas a imponer, salvo la de internamiento.

La enmienda 12 del grupo vasco propuso añadir al [art. 28.2](#) el siguiente párrafo: "En dicha comparecencia el Ministerio Fiscal y el letrado del menor podrán proponer los medios de prueba que puedan practicarse en el acto o dentro de las veinticuatro horas siguientes", justificándola "por analogía con el [art. 504 bis número 2 de la LECrim](#). El menor no puede ser de peor condición que el mayor". La enmienda fue aprobada.

La enmienda 187 del grupo parlamentario catalán propuso la siguiente redacción para el [art. 28.1](#): "1. El Ministerio Fiscal... cautelares de internamiento en centro en el régimen adecuado, o de libertad vigilada previstas en esta Ley. El Juez, oído el letrado del menor..." (resto igual). La justificación era la de "tipificar las medidas cautelares que se podrán adoptar, con el fin de que no se produzca confusión al respecto". El menor no puede ser de peor condición que el mayor. La enmienda -absolutamente pertinente en aras del respeto al principio de seguridad jurídica- fue afortunadamente aprobada.

La enmienda 46 del grupo parlamentario federal de Izquierda Unida propuso modificar el [art. 28.2](#), añadiéndole a continuación de "... y el representante del Equipo Técnico..." lo siguiente: "... y el de la entidad pública de protección o reforma de menores...". La motivación era que "debe precisarse, si la comparecencia ante el Juez debe efectuarse por parte del Equipo Técnico de la Fiscalía obligatoriamente con el equipo técnico de la entidad pública de protección de menores o facultativamente. Se propone que deban comparecer ambos equipos, porque la medida cautelar la va a llevar a cabo la entidad pública, bien en centro abierto (apartado 1) o cerrado (apartado 2)". Esta enmienda también fue aprobada.

La enmienda núm. 48 del grupo parlamentario federal de Izquierda Unida propuso sustituir en el [art. 28.5](#) "... cuando la medida cautelar y la impuesta sean de diferente naturaleza, el Juez, oídos el Ministerio Fiscal y el letrado del menor, ordenará..." por: "... El Juez, a propuesta del Ministerio Fiscal y oído el letrado del menor y el equipo técnico que informó la medida cautelar, ordenará...". Se motivaba la enmienda "en coherencia con el principio de postulación. El Fiscal llevará su propuesta en base a los criterios del interés del menor, legalidad y el Juez tras oír al letrado del menor y al equipo técnico que en su momento informó la medida cautelar, decide". La enmienda, que también fue aprobada, en nuestra opinión empeora el texto original, ya que el abono de la medida cautelar debe realizarse de oficio por el juez, aunque no haya solicitud de nadie, sin perjuicio de que lógicamente las partes puedan promover esta solicitud y deban en todo caso ser oídas. Con la nueva redacción parece que se cercena la iniciativa del juez y que se subordina la compensación a la iniciativa en régimen de monopolio, del fiscal. Lógicamente, esta interpretación literal debe rechazarse ([vid. epígrafe VII](#)).

La enmienda número 130 (Sra. Almeida Castro) -no aprobada- propuso que la medida cautelar de internamiento solo pudiera adoptarse respecto de los mayores de dieciséis años.

La enmienda número 26 del grupo parlamentario socialista en el Senado propuso un texto más técnico para el **art. 28**, haciendo depender la adopción de medidas cautelares de la existencia de indicios racionales de delito y peligro concreto de fuga o de pérdida o alteración de las fuentes de prueba o indicios racionales de comisión de delito y peligro concreto de que el menor pueda cometer delitos graves con uso de armas u otros medios peligrosos sobre las personas o de la misma naturaleza que aquellos por los que se procede. En cuanto al tiempo de la medida cautelar se decía que podría mantenerse hasta el momento de la celebración de la audiencia o durante la sustanciación de los eventuales recursos.

3. Derecho comparado

A) Italia

No se les puede aplicar a los menores otras medidas cautelares diferentes a las previstas en el art. 19 del DPR 448 de 22 de septiembre de 1988, que son, en orden de importancia y gravedad, la prescripción, la permanencia en domicilio, la colocación en comunidad y la custodia cautelar, de las cuales debe elegir el juez la menos aflictiva para el menor, sobre la base del principio de proporcionalidad.

La primera modalidad, la prescripción, consiste en que el juez imparte al menor órdenes específicas y concretas en relación con la actividad de estudio o de trabajo. Pueden imponerse por seis meses, con posibilidad de prórroga -solo por exigencias de prueba- una sola vez durante otros seis meses.

En caso de violaciones graves y repetidas puede acordarse la permanencia en domicilio, por el que el juez obliga al menor a permanecer en la vivienda familiar o en otro domicilio o morada particular, pudiendo imponer límites o prohibiciones a la facultad del menor de comunicarse con el exterior (art. 21 DPR 448/88). El juez podrá permitir al menor salir de la vivienda por motivos de estudio, de trabajo o para actividades útiles para su educación. El período de permanencia en casa es de abono para la medida que eventualmente pueda ser impuesta.

En caso de violaciones graves y repetidas de las órdenes impuestas o en caso de que se ausentara injustificadamente de la vivienda, el juez puede acordar la medida de

colocación en la comunidad. El menor es confiado a una comunidad pública o privada autorizada, imponiéndole si fuere el caso, específicas órdenes sobre las actividades de estudio, laborales u otras actividades útiles para su educación. En caso de violaciones repetidas y graves de las obligaciones impuestas o de alejamiento injustificado de la comunidad, el juez podrá disponer la medida de custodia cautelar, por un período de no más de un mes, siempre que se proceda por un delito castigado con la pena de reclusión no inferior en el máximo a cinco años.

B) Holanda

La Ley de Justicia Juvenil de 7 de julio de 1994 permite para los delitos de gravedad que el Fiscal ordene la prisión provisional de los menores por un plazo máximo de 100 días, durante el que son ingresados en instituciones de custodia juvenil o puestos bajo la nueva forma de custodia denominada arresto nocturno (*nighttime detention*) (4).

C) Estados Unidos

Se admite la medida cautelar de internamiento. El Tribunal Supremo en 1994 estudió el internamiento cautelar en el denominado caso *Schall versus Martin* (5), en el que consideró que la previsión contenida en la Ley de Tribunales de Familia de Nueva York era constitucional. La previsión permite al Tribunal privar provisionalmente de libertad hasta la celebración del juicio siempre que hubiera serio riesgo de que el menor pudiera cometer otros delitos. La decisión del Tribunal concluía con que la privación de libertad provisional no se había adoptado con fines retributivos sino que se basaba en el interés de prevenir el delito y en el interés de asegurar la presencia del menor en el juicio, intereses que eran legítimos. También se consideraba conforme a la Constitución la privación de libertad de menores fundamentada en razones derivadas de su propia protección (6).

En cuanto a la comparecencia para acordar el internamiento cautelar, en Estados Unidos la situación varía dependiendo del Estado concreto. Algunos Estados no requieren audiencia formal, mientras que la mayoría prevén una comparecencia preceptiva en las 36/72 horas de la detención, y una minoría de Estados requiere una audiencia dentro de las 24 horas. Pocos Estados prevén máximos de duración del internamiento cautelar; en los que se prevé oscila el plazo de 3 días a 3 meses (7).

D) Bolivia

Ejemplar por su precisión es la regulación contenida en el Código Boliviano del Niño, Niña y Adolescente, de 27 de octubre de 1999, el cual, en su art. 233º y bajo el nombre de detención preventiva, la define como "medida excepcional que puede ser determinada por el Juez de la Niñez y Adolescencia como una medida cautelar, a partir del momento en que recibe la acusación y cuando se presenten cualesquiera de las siguientes circunstancias:

- Que el delito tenga prevista pena privativa de libertad, cuyo máximo legal sea de cinco años o más;
- Exista el riesgo razonable de que el adolescente evada la acción de la justicia;
- Exista peligro de destrucción u obstaculización de la prueba; y,
- Exista peligro para terceros.

En ningún caso se podrá imponer esta medida por más de cuarenta y cinco días, en todos los casos el Juez deberá analizar si es posible sustituir la detención preventiva por otra medida más favorable".

El art. 232 de este mismo cuerpo considera medidas cautelares las siguientes: "1. Ordenes de orientación y supervisión en los términos previstos por este Código; 2. Citación bajo apercibimiento de Ley; y, 3. Detención preventiva".

E) Venezuela

La Ley Orgánica de Protección del Niño y del Adolescente, de 2 de octubre de 1998, dispone en su art. 548 bajo la rúbrica *Excepcionalidad de la Privación de Libertad* que "salvo la detención en flagrancia, la privación de libertad sólo procede por orden judicial en los casos, bajo las condiciones y por los lapsos previstos en esta Ley. La prisión preventiva es revisable en cualquier tiempo a solicitud del adolescente".

Esta misma ley en el art. 581 regula con gran detalle la medida cautelar de prisión preventiva, utilizando esta denominación, atribuyendo la competencia al juez de control; para ello será necesario que concurren algunas de las siguientes circunstancias: 1) riesgo razonable de que el adolescente evadirá el proceso; 2) temor fundado de destrucción u obstaculización de pruebas; 3) peligro grave para la víctima, el denunciante o el testigo.

Además, la medida no procederá sino en los casos en que, conforme a la calificación dada por el juez, sería admisible la privación de libertad como sanción. Se ejecutará en centros de internamiento especializados, donde los adolescentes procesados deben estar separados de los ya sentenciados.

En cuanto a la duración, la prisión preventiva no podrá exceder de tres meses. Si cumplido este término el juicio no ha concluido por sentencia condenatoria, el juez que conozca de este la hará cesar, sustituyéndola por otra medida cautelar.

La ley venezolana también prevé otras medidas cautelares en el art. 582:

- "a) Detención en su propio domicilio o en custodia de otra persona, o con la vigilancia que el tribunal disponga;
- b) Obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, que informará regularmente al tribunal;
- c) Obligación de presentarse periódicamente ante el tribunal o la autoridad que éste designe;
- d) Prohibición de salir, sin autorización, del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el tribunal;
- e) Prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares;
- f) Prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa;
- g) Prestación de una caución económica adecuada, de posible cumplimiento, mediante depósito de dinero, valores o fianza de dos o más personas idóneas o caución (sic) real".

En cuanto a los abonos, de forma paralela al art. 28.5, la ley venezolana prevé que "al computar la medida privativa de libertad, el juez debe considerar el periodo de prisión preventiva al que fue sometido el adolescente".

4. Pronunciamientos internacionales

A) Naciones Unidas

a) Convención de Derechos del Niño

El **art. 37 CDN** dispone que:

"Los Estados Partes velarán por que:

- b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda;

- c) Todo niño privado de libertad será tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales;
- d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción".

b) Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de la libertad

Las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de la libertad, adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990, disponen (regla 17) que:

"Se presume que los menores detenidos bajo arresto o en espera de juicio son inocentes y deberán ser tratados como tales. En la medida de lo posible, deberá evitarse y limitarse a circunstancias excepcionales la detención antes del juicio. En consecuencia, deberá hacerse todo lo posible por aplicar medidas sustitutorias. Cuando, a pesar de ello, se recurra a la detención preventiva, los tribunales de menores y los órganos de investigación deberán atribuir máxima prioridad a la más rápida tramitación posible de esos casos a fin de que la detención sea lo más breve posible. Los menores detenidos en espera de juicio deberán estar separados de los declarados culpables".

Por su parte, la regla 18 dispone que:

"Las condiciones de detención de un menor que no haya sido juzgado deberán ajustarse a las reglas siguientes, y a otras disposiciones concretas que resulten necesarias y apropiadas, dadas las exigencias de la presunción de inocencia, la duración de la detención y la condición jurídica y circunstancias de los menores.

Entre esas disposiciones figurarán las siguientes, sin que esta enumeración tenga carácter taxativo:

- a) Los menores tendrán derecho al asesoramiento jurídico y podrán solicitar asistencia jurídica gratuita, cuando ésta exista, y comunicarse regularmente con sus asesores jurídicos. Deberá respetarse el carácter privado y confidencial de esas comunicaciones;
- b) Cuando sea posible, deberá darse a los menores la oportunidad de efectuar un trabajo remunerado y de proseguir sus estudios o capacitación, pero no serán obligados a hacerlo. En ningún caso se mantendrá la detención por razones de trabajo, de estudios o de capacitación;

c) Los menores estarán autorizados a recibir y conservar material de entretenimiento y recreo que sea compatible con los intereses de la administración de justicia".

c) Observación General del Comité de Derechos del Niño 10 (2007) sobre los derechos del niño en la justicia de menores

Esta Observación General también dedica una particular atención a la materia en sus reglas 28, 80 y 81:

"28. Cuando la autoridad competente (por lo general la fiscalía) inicia un procedimiento judicial, deben aplicarse los principios de un juicio imparcial y equitativo (véase sección D infra). Al mismo tiempo, el sistema de la justicia de menores debe ofrecer amplias oportunidades para tratar a los niños que tienen conflictos con la justicia con medidas sociales y/o educativas, y limitar de manera estricta el recurso a la privación de libertad, en particular la detención preventiva, como medida de último recurso.

80. El Comité observa con preocupación que, en muchos países, hay menores que languidecen durante meses o incluso años en prisión preventiva, lo que constituye una grave vulneración del [apartado b\) del artículo 37 de la Convención](#). Los Estados Partes deben contemplar un conjunto de alternativas eficaces (véase capítulo IV, sec. B supra) para dar cumplimiento a la obligación que les incumbe en virtud de esa disposición de utilizar la privación de libertad tan sólo como medida de último recurso. La adopción de las mencionadas alternativas deberá estructurarse cuidadosamente para reducir también el recurso a la prisión preventiva, y no "ampliar la red" de menores condenados. Además, los Estados Partes deberán adoptar las medidas legislativas y de otro tipo que sean necesarias para limitar la utilización de la prisión preventiva. El hecho de utilizar esta medida como castigo atenta contra la presunción de inocencia. La legislación debe establecer claramente las condiciones requeridas para determinar si el menor debe ingresar o permanecer en prisión preventiva, especialmente con el fin de garantizar su comparecencia ante el tribunal, y si el menor constituye un peligro inmediato para sí mismo o para los demás. La duración de la prisión preventiva debe estar limitada por ley y ser objeto de examen periódico.

81. El Comité recomienda que los Estados Partes velen por que se ponga en libertad, lo antes posible, a los menores que se encuentren en prisión preventiva, a reserva de ciertas condiciones si fuera necesario. Toda decisión relativa a la prisión preventiva, en particular sobre su duración, incumbe a una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial, y el niño deberá contar con asistencia jurídica u otra asistencia adecuada".

B) Consejo de Europa

a) Recomendación (87)20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, 17 de septiembre de 1987, sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil

Dedica dos reglas a las medidas cautelares:

La regla 6 recomienda "evitar, en la medida de lo posible, la detención preventiva de los menores y, en todo caso, alentar a las autoridades competentes a controlar las condiciones en las que aquella se desarrolla".

La regla 7 recomienda "excluir el recurso a la detención provisional para los menores, salvo de modo excepcional por infracciones muy graves cometidas por los menores de más edad; en este caso, limitar la duración de la detención provisional y separar a los menores de los adultos; prever que se adopten decisiones de ese tipo en principio, después de consulta previa a un servicio social acerca de las propuestas alternativas".

b) Recomendación (2003)20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa

Especial interés tiene, en nuestra opinión, la Recomendación Rec (2003)20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, *concerning new ways of dealing with juvenile delinquency and the role of juvenile justice*, que dispone en su punto III.16 que, cuando, como última ratio, los sospechosos permanezcan privados de libertad, esta medida no podrá durar más de seis meses antes del comienzo del juicio. Este período solo podrá prorrogarse cuando un juez no implicado en la investigación llegue a la conclusión de que las demoras en los procedimientos están completamente justificadas por circunstancias excepcionales.

La Recomendación (2003)20 en su punto III.17 establece que, cuando sea posible, deben utilizarse alternativas a la privación cautelar de libertad, como colocación con parientes o familias acogedoras o por otras formas. La privación cautelar de libertad no debiera ser nunca usada como castigo o forma de intimidación o como un sustitutivo de las medidas de protección o de medidas de salud mental (8). Esta misma Recomendación en su punto III.18 establece que, para evaluar la privación cautelar de libertad como vía para prevenir ulteriores infracciones, los tribunales debieran adoptar una completa evaluación de riesgos basada en información completa y fiable de la personalidad y circunstancias sociales del joven.

c) Recomendación (2008)11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre reglas europeas para infractores juveniles sometidos a sanciones o medidas

También aborda las medidas cautelares la Recomendación (2008)11, adoptada en fecha 5 de noviembre de 2008, dedicándole las siguientes reglas:

"10. La privación de libertad de un menor debe utilizarse como último recurso e impuesta y ejecutada por el período más corto posible. Deberán hacerse esfuerzos para evitar el internamiento cautelar.

108. Todos los menores detenidos respecto de los que aún no se haya declarado su culpabilidad por un Tribunal deberán gozar de la presunción de inocencia, y el régimen al que se les someta no deberá estar influenciado por la posibilidad de que puedan ser finalmente condenados por una infracción penal.

109. Deberá ser tenida en cuenta la especial vulnerabilidad de los jóvenes durante el período inicial de internamiento para asegurar que sean tratados siempre con total respeto en su dignidad e integridad personal.

110. A fin de asegurar la completa protección de tales menores, deberán estar asistidos inmediatamente por agencias que asuman la responsabilidad de sus cuidados tras su liberación o mientras estén sometidos a sanciones o medidas privativas o no privativas de libertad en el futuro.

111. La libertad de tales menores solamente puede restringirse en la extensión que el objetivo de la medida justifique.

112. Estos menores no deberán ser obligados a trabajar o a tomar parte en intervenciones o actividades que no sean obligatorias para los menores en libertad.

113.1 Deberá preverse una gama de intervenciones y actividades para los menores que aún no han sido condenados.

113.2 Si estos menores solicitan participar en intervenciones para menores condenados deberá, si es posible, permitirseles".

5. Clases de medidas cautelares en la LORPM

El [art. 28](#) contempla cuatro modalidades:

- a) Internamiento: al referir el [art. 28.1](#) que la medida cautelar podrá consistir en internamiento en el régimen adecuado, parece claro que podrá aplicarse como medida cautelar tanto el internamiento cerrado como el semiabierto, abierto o terapéutico, determinándose su contenido conforme a las prescripciones del [art. 7](#) en relación con las medidas homónimas.
- b) Libertad vigilada.
- c) Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo.
- d) Alejamiento.

6. Presupuestos generales para las medidas cautelares personales

Debe en primer lugar partirse de que las medidas cautelares en el proceso de menores tienen unos perfiles propios que las distinguen de las del proceso de adultos. La LORPM quiere que estén orientadas especialmente hacia el interés superior del menor (9) que debe, pues, tenerse presente en la exégesis y en la praxis de la tutela cautelar en el proceso de menores. Tanto el texto original de la LORPM como su versión reformada de 2006 mantienen la necesidad de tomar especialmente en consideración este principio para resolver sobre la solicitud cautelar. Ello supone tener en cuenta las circunstancias personales, familiares, educativas y sociales del menor y el previsible impacto que la medida cautelar puede llegar a tener en este (10).

La LORPM, al menos aparentemente, les atribuye una finalidad superpuesta a las propiamente cautelares, que es la de protección y custodia del menor. En nuestra opinión, las medidas cautelares no pueden tener por objeto principal la protección del menor expedientado. Si lo que se necesita es proteger al menor, existen otros expedientes: la puesta a disposición de la entidad pública para que ejercite las funciones previstas en el art. 172 CC o la adopción de medidas protectoras directamente por el juez de menores al amparo de lo dispuesto en el art. 158 CC. Debe evitarse incurrir en confusiones, aunque la literalidad de la LORPM no sea precisamente de ayuda. Estas perturbadoras finalidades se mantienen tras la reforma de 2006 (11). Como expresa el punto III.17 de la Recomendación Rec (2003)20 el internamiento cautelar nunca debería utilizarse como un sustitutivo de los mecanismos de protección de la infancia o como medida de salud mental (*should never be used as a... substitute for child protection or mental health measures*).

A) Indicios racionales de la comisión de un delito

La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000 considera necesario para poder promover medidas cautelares "que concurren en el menor indicios racionales de participación en el delito".

Desde luego, no cabe la adopción de medidas cautelares (ni en medio cerrado, ni en medio abierto) por la imputación de simples faltas (12).

El AAP Barcelona, secc. 3.ª, de 23 de mayo de 2011, rollo n.º 390/2011 (ponente: José Grau Gassó), en relación con el internamiento cerrado cautelar considera como presupuestos, en primer lugar, los indicios racionales de la comisión de un hecho delictivo "en el bien entendido de que dichos indicios no deben confundirse con la prueba de cargo suficiente para destruir el principio de presunción de inocencia, cuya

conurrencia solo podrá valorarse en sentencia tras la celebración del correspondiente juicio".

B) Concurrencia de una finalidad legítima

La finalidad debe ser siempre, de acuerdo con su naturaleza, el aseguramiento de una eventual sentencia imponiendo medidas.

El [art. 28 en su apartado primero](#), con carácter general para todas las medidas, establece como finalidades las siguientes:

1. riesgo de eludir la acción de la justicia por parte del menor;
2. riesgo de obstruir la acción de la justicia por parte del menor;
3. riesgo de atentar contra los bienes jurídicos de la víctima por parte del menor.

Del apartado segundo de este precepto puede colegirse que la finalidad de evitar la reiteración delictiva es también una finalidad legítima.

En relación con la finalidad principal, el riesgo de fuga, pueden tenerse, *mutatis mutandis*, en cuenta los elementos de interpretación que ofrece el [art. 503 LECrim](#): "para valorar la existencia de este peligro se atenderá conjuntamente a la naturaleza del hecho, a la gravedad de la pena que pudiera imponerse al imputado, a la situación familiar, laboral y económica de éste, así como a la inminencia de la celebración del juicio oral". Lógicamente debe partirse de que lo normal es que un menor no esté incorporado al mercado laboral ni tenga una situación económica boyante, sin que de tales datos pueda inferirse riesgo de fuga.

Las medidas cautelares de libertad vigilada y convivencia con otra persona, familia o grupo educativo presentan sin duda unos contornos peculiares (13). Como regla general, ni persiguen conjurar el riesgo de eludir ni de obstruir la acción de la justicia. Solo podrían perseguir evitar la reiteración delictiva y, en algunos casos, la protección de la víctima (convivencia con otra persona, familia o grupo educativo en supuestos de violencia doméstica y libertad vigilada con prohibición de aproximación). Estas son, en nuestra opinión, las finalidades cautelares legítimas que pueden perseguirse (14).

7. Procedimiento

A) Normas generales de procedimiento

El derecho penal juvenil fue pionero en la introducción del principio acusatorio en el procedimiento para adoptar medidas cautelares. La [LO 4/1992, de 5 de junio, reguladora de la competencia y del procedimiento ante los Juzgados de Menores](#) se anticipó a la [LO 5/1995](#), que incorporó el [art. 504 bis a la LECrim](#) y con él, el principio acusatorio en la adopción de las medidas cautelares privativas de libertad. En efecto, el [art. 15.1.5.ª LO 4/1992](#) dejaba clara la imposibilidad del juez de acordar el ingreso cautelar del menor en un centro cerrado si no era *a solicitud del fiscal*.

El procedimiento previsto en el [art. 28 LORPM](#) sigue las mismas pautas, si bien al regular la comparecencia para la adopción de medidas cautelares se generaron dudas en un primer momento sobre si tal trámite solo es preceptivo cuando lo que se pretende adoptar es una medida de internamiento. Algunos se han pronunciado a favor de entender la comparecencia como paso previo para adoptar cualquier medida cautelar (15).

Pronto, sin embargo, se fue asentando la interpretación conforme a la que el [art. 28](#) distingue dos supuestos: si se postula internamiento habrá de celebrarse una comparecencia a la que asistirán el letrado del menor, el representante del equipo técnico y el de la entidad pública de protección o reforma de menores; si se pretenden medidas distintas al internamiento (incluyendo, por tanto, la medida de alejamiento) no debe exigirse la celebración de una comparecencia, si bien se dará audiencia al letrado del menor, al equipo técnico y a la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, pudiendo esta audiencia tener lugar por trámite escrito.

En efecto, el [párrafo tercero del apartado primero del art. 28 LORPM](#) dispone que "el Juez, oído el letrado del menor, así como el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, que informarán especialmente sobre la naturaleza de la medida cautelar, resolverá sobre lo propuesto tomando en especial consideración el interés del menor".

Este es, por lo demás, el criterio que sigue la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000 de 18 de diciembre, *sobre criterios de aplicación de la LO 5/2000* (16).

Parece claro que el juez de menores no podrá adoptar medidas cautelares de oficio. Será necesaria la previa petición del Ministerio Fiscal o de alguna parte acusadora. Conforme a la Circular 1/2000, de 18 de diciembre, el juez de menores "no puede acordar de oficio medida cautelar alguna si no es instada previamente por el Ministerio Fiscal, única parte legitimada para formular peticiones de esta índole".

Esta afirmación de que el fiscal es la única parte legitimada pierde, tras la reforma de 2006, vigencia. Tras una movida y oscilante tramitación parlamentaria, se aclara la legitimación de la acusación particular para solicitar la medida cautelar de internamiento ("el Juez de Menores resolverá, a instancia del Ministerio Fiscal o de la acusación particular"). La cuestión había suscitado dudas y opiniones encontradas (17). Tal

ampliación de la legitimación contó además con una tenaz oposición por parte de algunos grupos parlamentarios (18).

De todas formas, la redacción final que la [LO 8/2006](#) da a la materia, aclarando la cuestión en relación con la expresa legitimación de la acusación particular para solicitar el internamiento cautelar (así lo establece el párrafo segundo del apartado segundo del art. 28), no arroja suficiente luz en relación con la legitimación para solicitar el resto de medidas cautelares, pues el apartado primero del [art. 28](#) se inicia con una cláusula general conforme a la que el Ministerio Fiscal, "de oficio o a instancia de quien haya ejercitado la acción penal..." podrá solicitar del juez de menores, en cualquier momento, la adopción de medidas cautelares. Es decir, parece que una interpretación literal del precepto podría llevar a la exégesis conforme a la que para la medida cautelar de internamiento tendría legitimación la acusación particular, pero para el resto de medidas cautelares solamente tendría esta la posibilidad de proponer al fiscal que las solicite (19). Entendemos, no obstante, que tal interpretación debiera rechazarse, pues conduce al absurdo de atribuir a la acusación particular legitimación para las medidas más gravosas y negársela para las menos graves, entre ellas la medida diseñada específicamente para la protección de la víctima (la de alejamiento) (20). Esta es, por lo demás, la interpretación finalmente asumida por la Circular 1/2007 (21) y por la mayor parte de la doctrina (22).

Tanto la Instrucción 2/2000, de 27 diciembre, sobre *aspectos organizativos de las Secciones de Menores de los Fiscales ante la entrada en vigor de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores* como la Consulta 3/2004 obligan a los fiscales a la llevanza de un libro de menores sujetos a medidas con el fin de asegurar el control de los menores contra los que se acuerde medidas cautelares durante la tramitación del expediente, sean constitutivas o no de privación de libertad, así como la necesidad de que el fiscal instructor, responsable del seguimiento de la situación personal del menor, dé tramitación preferente al expediente con menor sometido a medidas y refleje en la carátula inicial la medida cautelar adoptada (23).

En el caso de que el menor detenido sea puesto a disposición del fiscal, este deberá pronunciarse sobre si procede o no solicitar la adopción de alguna medida cautelar, conforme a lo dispuesto en el [art. 28](#) de la Ley. Antes, lógicamente, deberá instruirle de sus derechos y recibirle declaración como imputado.

Como especifica el [art. 28.1](#), esta decisión corresponde al juez de menores, siempre a solicitud del fiscal.

La medida podrá ser modificada en cualquier momento, de oficio o a instancia de parte (24).

Conforme al [art. 28 apartado cuarto](#), lo relativo a las medidas cautelares se documentará en una pieza separada (25).

De acuerdo con el [art. 62 del Reglamento 1/2005, de 15 de septiembre, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales](#) los juzgados de menores solo prestan servicio de guardia en circunscripciones judiciales en que existan cuatro o más juzgados de menores (26).

Para las demás circunscripciones, conforme al [art. 42.3](#) del reglamento citado, constituirá objeto del servicio de guardia de los juzgados de instrucción la adopción de medidas cautelares respecto de las personas comprendidas en el ámbito de aplicación de la LORPM, o la práctica de diligencias restrictivas de los derechos fundamentales de dichas personas, cuando su necesidad se suscite fuera de las horas de audiencia del correspondiente juzgado de menores (27).

Conforme al [art 211.3 LOPM](#), corresponderá a los jueces de primera instancia e instrucción la sustitución de los jueces de los demás órdenes jurisdiccionales y de los jueces de menores, cuando no haya posibilidad de que la sustitución se efectúe entre los del mismo orden (28).

En cuanto a la competencia territorial para adoptar la medida cautelar, debe partirse de lo dispuesto en el [art. 2.3 LORPM](#): la competencia territorial "corresponde al Juez de Menores del lugar donde se haya cometido el hecho delictivo".

En principio, pues, será juez competente para celebrar la comparecencia el de menores del lugar donde se haya cometido el delito.

Cuando el menor fuese detenido en un lugar distinto de aquel donde radica el juez de menores competente para conocer del delito y celebrar la comparecencia, surgen los problemas (29). Se ha mantenido que "en los supuestos excepcionales... en que la detención se produce lejos del lugar de comisión de los hechos, será competente por razones de urgencia, dada la brevedad de los plazos de la legislación juvenil, el juez de menores del lugar de detención quien, de llegar a acordarse el internamiento, será el encargado de gestionar los trámites a un centro de su CA (30).

El Dictamen 5/2011, de la Unidad de Menores de la Fiscalía General del Estado *sobre buenas prácticas en auxilios fiscales y actos de comunicación entre las secciones de menores de las fiscalías*, aborda este problema, partiendo del principio de que la legalización de la situación del detenido corresponde a la fiscalía y al juzgado del lugar de detención, pero admitiendo algunas excepciones en aras a una mayor eficacia (31).

B) Procedimiento para adoptar la medida cautelar de internamiento

Conforme a la Circular 1/2000, "se habrá de celebrar una comparecencia en los términos del [art. 28.2](#) a la que asistirán el Letrado del menor, el representante del Equipo Técnico

y el de la entidad pública de protección o reforma de menores. Para la Circular esta comparecencia es de naturaleza y características muy similares a la prevista en el [art. 504 bis 2 LECrim](#) para acordar la adopción de medidas cautelares personales en el proceso de adultos".

El fiscal, cuando vaya a interesar el internamiento, "habrá de poner al detenido a disposición del Juez de Menores antes del agotamiento del plazo de cuarenta y ocho horas y deberá solicitar simultáneamente la convocatoria de comparecencia".

En cuanto al plazo en el que se debe celebrar la comparecencia, la Circular 1/2000, por aplicación supletoria del [art. 497.1 LECrim](#), considera que deberá celebrarse en un plazo máximo de 72 horas a partir de la puesta a disposición judicial (32).

La Circular también admite la aplicación supletoria de los [apartados 2.º y 4.º del art. 504 bis LECrim](#) (33) cuando no pueda celebrarse la comparecencia dentro del plazo de las 72 horas, concurriendo un riesgo cierto de fuga; por tanto, en estos casos "el Juez podrá acordar el internamiento del menor mediante auto motivado y la convocatoria de nueva comparecencia a celebrar en el plazo de las siguientes setenta y dos horas".

En cuanto a la práctica de la prueba, esta ha de practicarse concentrada en el mismo acto, con posibilidad de práctica en 24 horas. Parece que debiera admitirse la posibilidad de que el juez acordara la práctica de pruebas de oficio cuando lo entienda necesario para resolver sobre la medida.

Conforme a la Circular 1/2000, "es conveniente que el Fiscal anticipe la proposición de prueba en el mismo escrito en el que inste la celebración de comparecencia, sin perjuicio de su facultad de proponer otras distintas al inicio de la sesión".

Lógicamente el juez puede por sí, en cualquier momento, alzar la medida si entiende que han cesado los supuestos que la justificaban, o sustituirla por otra medida cautelar de vigilancia o convivencia.

Uno de los intervinientes en la comparecencia para adoptar la medida cautelar de internamiento es el representante de la entidad pública de protección o reforma de menores, previsión ciertamente confusa (34).

En nuestra opinión, se trata de una previsión carente de justificación y con efectos burocratizantes, que complica la tramitación de un acto procesal ya de por sí complejo. Hubiera bastado con prever la posibilidad de que en lugar del equipo adscrito a fiscalía actuara algún técnico de la entidad pública, si con anterioridad hubiera tenido contacto con el menor respecto del que se va a solicitar la medida (35).

El Dictamen de la fiscal de Sala Coordinadora de Menores 8/2010 aborda la intervención del representante de la entidad pública en la comparecencia para la adopción de medidas cautelares de internamiento llegando a las siguientes conclusiones:

"1ª El artículo 28-2 de la LORPM no exige que a la comparecencia para la adopción de medidas cautelares asista necesariamente un profesional de los equipos técnicos de la entidad pública de reforma o protección, pudiendo acudir, en consecuencia, cualquier representante de la misma.

2ª De lo anterior se colige que no es preciso y ni siquiera aconsejable, salvo supuestos de carácter excepcional, que el menor expedientado sea sometido a exploración por dos equipos distintos.

3ª El representante de la entidad pública que haya de acudir a la comparecencia lo hará provisto de toda la información de que disponga relativa al menor si éste hubiese cumplido o estuviese cumpliendo alguna medida extrajudicial o judicial, debiendo comunicar dichos informes al profesional del equipo técnico que verifique la exploración del menor, estando en todo caso coordinado con éste, incluso cuando no hubiese informes anteriores, para orientar el centro de internamiento o recurso que fuere más adecuado a las circunstancias del menor".

C) Procedimiento para adoptar las medidas de libertad vigilada o convivencia con otra persona, familia o grupo educativo

Las medidas cautelares no privativas de libertad, en tanto suponen una inmisión en los derechos del menor imputado de mucha menor entidad, no justifican ni un procedimiento complejo, ni límites temporales estrictos.

Para la Circular 1/2000 para estos casos "el art. 28.1 no exige la celebración de una comparecencia, pero sí la preceptiva audiencia del Letrado del menor, del Equipo Técnico y de la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, audiencia que podrá verificarse por trámite escrito. En el caso de que el menor sea detenido por la Policía y puesto a disposición del Fiscal, si éste no tiene intención de solicitar la medida cautelar de internamiento habrá de poner en libertad al detenido dentro del plazo de 48 horas a contar desde el momento de la detención y posteriormente solicitar del Juez la adopción de la medida de libertad vigilada o de convivencia con otra persona, familia o grupo educativo si las considera apropiadas para la custodia y defensa del menor. Estas medidas, de ser estimadas, no tienen fijado un plazo límite de duración y podrán prolongarse hasta la sentencia sin necesidad de prórroga expresa".

No obstante, la Circular 1/2010, *sobre el tratamiento desde el sistema de justicia juvenil de los malos tratos de los menores contra sus ascendientes*, considera especialmente aconsejable la celebración de comparecencia, tanto por la complejidad de las cuestiones a dilucidar como por la necesidad de calibrar la predisposición mostrada por el menor

para la convivencia y, en su caso, la opinión de los representantes legales (art. 19.3 RLORPM).

D) Procedimiento para adoptar las medidas cautelares de alejamiento

El procedimiento para imponer estas medidas introducidas en 2006 no fue lógicamente abordado por la Circular 1/2000.

La Consulta 3/2004 introdujo matizaciones a la regla general de exclusión de la comparecencia cuando se solicite la libertad vigilada con alejamiento, declarando que sin perjuicio de entender aplicables los criterios de la Circular "no puede desconocerse que como norma general, por las implicaciones de la medida y su complejidad y con la finalidad de valorar adecuadamente el interés del menor, será aconsejable la celebración de comparecencia cuando vaya a solicitarse el alejamiento como regla de conducta de la libertad vigilada".

Esta misma matización también debe ser aplicada a la tramitación de la nueva medida cautelar de alejamiento (36).

8. Plazo máximo de duración de las medidas

A) Medidas cautelares privativas de libertad

El abordaje de la cuestión relativa a la duración de las medidas cautelares lleva aparejado el análisis del tiempo que debe invertirse en la investigación de los hechos.

Debe partirse de la necesidad de respetar el principio de celeridad, que impone una instrucción breve y sumaria. De este modo, debe igualmente aceptarse la imperatividad de una regulación de las medidas cautelares (especialmente las más invasivas, los internamientos) con topes temporales reducidos (37).

El plazo de seis meses, que contemplaba la LORPM en su redacción original como límite máximo para los internamientos cautelares, en los supuestos de gravedad fue considerado insuficiente, proponiéndose una reforma legislativa que lo ampliara, pues "en seis meses no se puede instruir, celebrar la audiencia, y resolver la apelación en caso de que ésta exista, lo que da lugar a que sean puestos en libertad menores que han cometido hechos de extrema gravedad cuando se está trabajando en su reinserción con el consiguiente desconcierto..." (38).

La Memoria de la Fiscalía General del Estado correspondiente al año 2003 ya sugirió entre sus propuestas de reforma legislativa el incremento en la duración del internamiento cautelar (39). La conclusión 3.5 de la Cumbre de Fiscales de Menores de Lanzarote, de octubre de 2001, también propuso tal reforma (40).

Este problema es expresamente abordado por la Recomendación Rec (2003)20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, que dispone en su punto III.16 que, cuando, como última ratio, los sospechosos permanezcan privados de libertad, esta medida no podrá durar más de seis meses antes del comienzo del juicio. Este período solo podrá prorrogarse cuando un juez no implicado en la investigación llegue a la conclusión de que las demoras en los procedimientos están completamente justificadas por circunstancias excepcionales (41).

Por tanto, la Recomendación fija un plazo concreto y admite también una flexibilización mediante prórroga, si bien sujeta a criterios rigurosos.

Pues bien, en cuanto al tiempo máximo de duración del internamiento, la reforma 8/2006 lo amplía, al establecer el nuevo apartado tercero del art. 28 que "el tiempo máximo de la medida cautelar de internamiento será de seis meses, y podrá prorrogarse, a instancia del Ministerio Fiscal, previa audiencia del letrado del menor y mediante auto motivado, por otros tres meses como máximo" (42).

No se sigue en su integridad la sugerencia de la Recomendación Rec (2003)20, pues no se subordina la aplicabilidad de la prórroga a que las demoras en los procedimientos estén "completamente justificadas por circunstancias excepcionales".

En cuanto al procedimiento para acordar la prórroga del internamiento, en nuestra opinión no es necesaria una comparecencia, sin perjuicio de que debe haber una petición del fiscal en tal sentido de la que se ha de dar traslado al letrado del menor para que pueda alegar cuanto a su derecho convenga (43), aunque hay opiniones doctrinales que consideran necesaria una nueva comparecencia (44). Ya en las conclusiones de la "Cumbre Nacional en Canarias: El Fiscal y la Ley del Menor" los fiscales intervinientes acordaron que no era necesario celebrar una nueva comparecencia para acordar la prórroga de la medida cautelar de internamiento (45). En esta línea, la Circular 1/2007 claramente opta por la no necesidad de nueva comparecencia para la prórroga (46).

Parece igualmente que la acusación particular no estaría legitimada para instar la prórroga más allá de los seis meses (47). Este es el criterio que asume la Circular 1/2007 (48).

La solicitud de prórroga y la resolución acordándola habrán de recaer con anterioridad al agotamiento del plazo ordinario (49).

Debe recordarse aquí, conforme a lo resuelto por la STS n.º 115/2003, de 3 de febrero, que la interposición del recurso de casación en interés de ley no afecta a la firmeza de la sentencia dictada en apelación, por lo que es ajustado a derecho declarar tal firmeza y "acordar el cese de la medida cautelar que pudiese haber sido adoptada durante la tramitación del expediente y ordenar, en su caso, la ejecución de la medida de reforma impuesta en dicha Sentencia".

Se ha planteado la cuestión de la aplicabilidad del [art. 504.2 párrafo tercero LECrim](#) (posibilidad de prorrogar la medida una vez recaída sentencia durante la apelación hasta la mitad de la medida impuesta en primera instancia). La Fiscalía General del Estado no se ha pronunciado. En nuestra opinión, no cabe aplicar supletoriamente la habilitación de la [LECrim](#), pues del texto de la LORPM claramente se infiere la *voluntas legis* de limitar la duración a los plazos expresamente establecidos. En el [Auto del Juzgado de Menores n.º 1 de Cádiz de 30 de marzo de 2001](#) se estudia la posibilidad de mantener el internamiento cautelar, una vez dictada sentencia condenatoria en primera instancia, más allá del plazo de seis meses, y se concluye admitiendo esta aplicación supletoria, con la consiguiente posibilidad de prolongar la medida cautelar hasta el límite de la mitad de la medida impuesta en la sentencia. Este auto fue finalmente revocado por la Audiencia Provincial de Cádiz, que estimó el recurso del fiscal en el que postulaba la interpretación contraria (imposibilidad de prorrogar la medida cautelar más de seis meses) (50).

Cierto es que la LORPM, texto legislativo de 64 artículos, que regula simultáneamente el derecho penal y el derecho procesal de menores, no es un cuerpo normativo autónomo o completo, no es -si se nos permite la licencia- una estrella solitaria en el firmamento jurídico, sino que se integra en el sistema general del [Código Penal](#) y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como expresamente previene su [Disposición Final Primera](#) (51).

Sin embargo, la integración del sistema de justicia juvenil en la galaxia LECrim-CP ha de exceptuarse cuando se trata de materias que bien tienen una regulación suficiente en la [LORPM](#), bien son incompatibles con sus principios informadores.

Por tanto, existiendo en los [arts. 28 y 29 LORPM](#) una enumeración de las medidas cautelares aplicables en la jurisdicción de menores, no es admisible acudir a la LECrim para aplicar otras no previstas en la legislación especial de menores: *concessum de uno, negatur de altero*. Tampoco sería admisible acudir a previsiones de ampliaciones de plazos contenidas en la [LECrim](#) no previstos en la LORPM. La LORPM regula la ampliación o prórroga de plazo, por lo que no hay ninguna laguna (52).

Por aplicación supletoria del [apartado sexto del art. 504 LECrim](#), cuando el internamiento exceda de las dos terceras partes de su duración máxima, el juez deberá adoptar las

medidas precisas para imprimir a las actuaciones la máxima celeridad y, a estos efectos, la tramitación del procedimiento gozará de preferencia respecto de todos los demás (53).

B) Medidas cautelares no privativas de libertad

En cuanto a la duración de las medidas cautelares no privativas de libertad, el propio [art. 28.1 LORPM](#) dispone que la medida cautelar adoptada podrá mantenerse hasta el momento de la celebración de la audiencia prevista en los [artículos 31 y siguientes de esta ley](#) o durante la sustanciación de los eventuales recursos. Tras la reforma 8/2006 se especifica con mayor rigor técnico, siguiendo las sugerencias del Informe del Consejo Fiscal de 28 de diciembre de 2005 al Anteproyecto, que las medidas podrán mantenerse hasta que recaiga sentencia firme (54).

II. INTERNAMIENTO CAUTELAR

1. Internamiento cautelar en centro cerrado

En la redacción originaria de la LORPM la medida homónima solamente podía aplicarse a delitos en los que concurriera violencia, intimidación o riesgo grave, por lo que se venía entendiendo que también la medida en su modalidad cautelar debía someterse a tales límites. Ello trajo como consecuencia la imposibilidad de su adopción en supuestos en los que en abstracto podía estar plenamente justificada (55).

La reforma 8/2006 supera (al menos parcialmente) estos lastres, pues al permitir imponer la medida de internamiento en centro cerrado para cualquier delito grave, implícitamente abre la posibilidad de aplicar la medida cautelar homónima para delitos graves, concurra o no violencia o intimidación (56).

Decimos al menos parcialmente porque siguen quedando fuera del radio de acción del internamiento en centro cerrado (y, por ende, del internamiento cautelar en centro cerrado) delitos no violentos que, pese a su entidad y pese a la peligrosidad que ponen de manifiesto (especialmente cuando concurre en el autor reincidencia), no superan el umbral del delito menos grave, umbral que, como sabemos, tras la reforma del [CP](#) operada por [LO 15/2003](#) se elevó a más de cinco años de prisión. En este sentido, es paradigmático el caso del robo con fuerza en casa habitada.

En todo caso, debe partirse de que es necesario para la adopción de la medida cautelar de internamiento en centro cerrado que existan indicios racionales de haberse cometido un delito de los que permiten imponer en sentencia la medida homónima (57). Parece claro que el principio de proporcionalidad y homogeneidad impide que pueda adoptarse una medida cautelar más grave que la medida definitiva que pueda imponerse.

Repugnaría desde el punto de vista del principio de proporcionalidad que pudiera imponerse una medida cautelar para hechos que no permiten aplicar tal medida como definitiva. Para la Circular 1/2007 "los Sres. Fiscales habrán de partir de la necesaria limitación de las medidas cautelares de internamiento en centro cerrado a los supuestos en los que los hechos imputados sean potencialmente merecedores de una medida (en su acepción equivalente a pena) de internamiento en régimen cerrado. Con la admisibilidad de esta medida de internamiento cerrado para un mayor número de supuestos tras la reforma 8/2006, cabrá correlativamente aplicarla en su modalidad cautelar en su misma extensión. Así por ejemplo, el supuesto que generó más problemas, el de delitos contra la salud pública en su modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud podrá motivar, como delito grave, en caso de que concurren los demás requisitos, la medida cautelar de internamiento en centro cerrado, a diferencia de la situación anterior a la reforma (vid. [SAP Las Palmas, sec. 1ª, de 12 de septiembre de 2001](#))".

En principio, el [art. 28](#) refiere que para adoptar la medida cautelar de internamiento "se atenderá a la gravedad de los hechos". Para interpretar esta calificación no podremos acudir supletoriamente a la LECrim, pues el [art. 504](#) utiliza el criterio de la pena, que no es trasladable al sistema flexible de medidas previsto en la LECrim. No obstante, podrá servir de criterio indicativo la pena que en el [Código Penal](#) se prevea para el concreto delito de que se trate. Ello sin perjuicio de tener en cuenta que, para respetar los principios de la LORPM, no habrá de darse a este criterio una importancia tal que desvirtúe el principio del interés del menor contemplado no en abstracto sino en relación con el caso concreto.

2. Otros internamientos

Los demás internamientos cautelares solo exigirán que los hechos imputados sean susceptibles de ser sancionados con medida privativa de libertad. Ello trae consigo la necesidad de comprobar en cada caso si el [Código Penal](#) sanciona el hecho concreto con pena privativa de libertad.

3. Internamiento domiciliario o atenuado

Cabe plantearse si es posible adoptar como medida cautelar el internamiento atenuado, como trasunto de la prisión provisional atenuada. Desde luego parece fuera de toda duda que la aplicabilidad de este tipo de medida cautelar en el proceso penal de menores podría ser muy beneficiosa para ciertos supuestos, como vía para acomodar las necesidades cautelares al principio del superior interés del menor.

El nuevo [art. 508 LECrim](#) tras la Reforma 15/2003 tiene el siguiente tenor: "el juez o tribunal podrá acordar que la medida de prisión provisional del imputado se verifique en su domicilio, con las medidas de vigilancia que resulten necesarias, cuando por razón de enfermedad el internamiento entrañe grave peligro para su salud. El juez o tribunal podrá autorizar que el imputado salga de su domicilio durante las horas necesarias para el tratamiento de su enfermedad, siempre con la vigilancia precisa".

Tanto en derecho comparado como en las resoluciones y recomendaciones de organismos internacionales se da a esta medida cautelar un papel mucho más relevante que el que se le da en la redacción actual de la [LECrIm](#).

El TC llegó a referirse a la situación de prisión atenuada como una "figura intermedia entre la libertad y la prisión ordinaria" ([STC n.º 14/1996](#)), declarando también que "la prisión atenuada no sería... la forma "ordinaria" de prisión, pero tampoco sería una situación de libertad", pero la conclusión a la que llega el Alto Tribunal es que la prisión atenuada es prisión a los efectos de respetar las garantías más estrictas que para esta medida cautelar prevé el [art. 17.4 CE](#) y ello porque "desde la perspectiva constitucional lo decisivo no son tanto las diferencias de la prisión preventiva atenuada con la prisión preventiva rigurosa cuanto las diferencias de la prisión preventiva atenuada con la situación de libertad. Desde dicha perspectiva forzoso es concluir que la prisión atenuada no es una situación de restricción de libertad, sino una situación de privación de libertad".

La [STC n.º 56/1997](#) ha declarado respecto de la medida de prisión atenuada en el proceso penal militar (pero que puede considerarse plenamente aplicable al proceso ordinario) que "por medio, particularmente, de los sencillos términos del [inciso segundo del art. 17.4 CE](#)... la Constitución se ha ocupado de una medida cautelar inserta en el proceso penal particularmente sensible, cual es el sometimiento a una situación de privación de libertad, como sin duda lo es esta medida... la situación de "prisión atenuada" aparece configurada como una variante, y no un aliud, respecto de la "prisión preventiva"... Que dentro de este régimen deben comprenderse las previsiones... relativas a los plazos de duración no debiera ser dudoso, so pena de entender que el legislador ha renunciado a prever plazo máximo alguno de duración de la prisión atenuada... La situación de "prisión atenuada" es, pues, "prisión preventiva" en el sentido genérico de la legislación penal y procesal militar".

El legislador ha optado por limitar el supuesto de hecho habilitador de la prisión atenuada a la enfermedad generadora de grave peligro, desechando la cláusula general autorizante e incluso no acogiendo otros supuestos previstos en el derecho comparado, basados en la concurrencia de un menor riesgo de fuga y en la aplicación del principio de proporcionalidad (imputada encinta o en periodo de lactancia o con hijos menores de tres años, ancianos mayores de 70 años, etc.). En nuestra opinión, al menos estos supuestos debieran haberse incluido expresamente.

No obstante, en tanto estos casos (y otros, como los de parálíticos con grave incapacidad funcional) pueden generar problemas de salud, no deben descartarse a priori como posibles supuestos legitimadores de esta medida. La escasez de medidas alternativas a la prisión preventiva en nuestro proceso penal aconseja una interpretación extensiva *pro reo* que integre supuestos de hecho huérfanos de solución legal en los que el interés público no se vea comprometido. Sin olvidar la excepcionalidad, en nuestro derecho de la prisión atenuada debe el intérprete aportar soluciones a los espacios que deja abiertos el legislador.

La posibilidad de aplicación analógica de instituciones del proceso penal favorables al reo está admitida pacíficamente por la doctrina. En este sentido se ha escrito que la interpretación analógica "sólo sería posible cuando dé lugar a una norma más favorable al reo (*favor rei, pro reo*)" (58).

Por lo que hace al proceso penal de menores, ninguna referencia se contiene en la LORPM a la posibilidad de adoptar internamientos cautelares atenuados. No obstante, el [art. 28 LORPM](#) prevé como medidas cautelares personales las de internamiento en centro en el régimen adecuado.

Debe tenerse presente que, en ocasiones, el interés del menor, piedra angular del derecho de menores, aconsejará este tipo de medidas como alternativa al internamiento cautelar, sin duda mucho más estigmatizante.

Si se admite el internamiento cautelar atenuado en nuestro sistema de justicia juvenil, debiera concebirse como una medida alternativa al internamiento cautelar, no como una medida cautelar adicional aplicable a supuestos en los que no se adoptaría el internamiento cautelar, pues esta segunda concepción lleva implícito el riesgo de lo que la doctrina anglosajona ha denominado *net expanding*, es decir, la expansión de los mecanismos de control social.

En nuestra opinión, desde esta perspectiva y teniendo en cuenta la supletoriedad de las disposiciones de la [LECrim](#) y la naturaleza *pro reo* de esta previsión, cabría adoptar el internamiento cautelar atenuado o domiciliario en los supuestos previstos en el [art. 508 LECrim](#) y en otros de naturaleza análoga a este (59).

Por las mismas razones, será igualmente aplicable al proceso penal de menores, *mutatis mutandis*, el apartado segundo de este art. 508 LECrim conforme al que "en los casos en los que el imputado se hallara sometido a tratamiento de desintoxicación o deshabitación a sustancias estupefacientes y el ingreso en prisión pudiera frustrar el resultado de dicho tratamiento, la medida de prisión provisional podrá ser sustituida por el ingreso en un centro oficial o de una organización legalmente reconocida para continuación del tratamiento, siempre que los hechos objeto del procedimiento sean anteriores a su inicio. En este caso el imputado no podrá salir del centro sin la autorización del Juez o Tribunal que hubiera acordado la medida".

Los inconvenientes que tradicionalmente se han puesto de relieve para ejecutar la medida (dificultad de control, fundamentalmente) pueden ser fácilmente superados poniendo en marcha programas de control electrónico.

4. Internamiento incomunicado

Cabe también plantearse si es posible acordar el internamiento incomunicado como trasunto de la prisión incomunicada prevista en el art. 509 LECrim. Sí se prevé la detención incomunicada en aplicación del art. 520 bis LECrim. El art. 17.4 LORPM dispone en su último inciso que se aplicará, en su caso, lo dispuesto en el art. 520 bis LECrim, por lo que los plazos de detención se podrán ampliar (60). También cabrá en supuestos de terrorismo la incomunicación (61). Quizás en la mente del legislador estaba la posibilidad de aplicar para menores imputados en actos terroristas tanto las previsiones sobre detención incomunicada como las de la prisión incomunicada, pero la falta de cobertura legal para una disposición restrictiva de derechos hace difícil su aplicación en el ámbito de menores, que ha sido, no obstante, admitida por algún sector doctrinal (62).

Desde la propia Fiscalía General del Estado se ha restringido la aplicación de la detención incomunicada (63) y, recientemente, se ha propuesto la derogación expresa del art. 17.4 LORPM (64).

5. Finalidades legítimas

El art. 28.2 inciso primero LORPM disponía en su redacción original que para la adopción de la medida cautelar de internamiento se atenderá a la gravedad de los hechos, su repercusión y la alarma social producida, valorando siempre las circunstancias personales y sociales del menor.

La alarma social debía desaparecer como fin legítimo de la medida (65). La utilización del concepto de alarma social fue denostada ya incluso dentro del proceso de adultos en cuanto fundamento ajeno a los fines de la medida cautelar *-periculum in mora-* y basado en criterios tendentes a tranquilizar a la sociedad (66). El mantenimiento de esta finalidad llevó al máximo intérprete de la Constitución a plantearse una autocuestión de inconstitucionalidad en su STC n.º 47/2000, de 17 de febrero (67). Tras las reformas 13 y 15/2003, esta finalidad es definitivamente desterrada del proceso penal de adultos y, con mayores motivos si cabe, tenía que ser expulsada del proceso penal de menores.

Sin embargo, parece que el legislador de 2000 se olvidó de la triste historia que precedía al concepto de alarma social como fin de la prisión provisional.

Ya la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 10/2005, *sobre acoso escolar*, instó a los fiscales a que se abstuvieran de interesar el internamiento cautelar con base en la alarma social generada (68).

Por contra, era necesario incorporar una mención a los fines legítimos que pueden ser perseguidos con el internamiento cautelar, asumiendo los admitidos en el proceso penal de adultos: peligro de sustracción de la acción de la Justicia, obstrucción de la instrucción penal y, en un plano distinto aunque íntimamente relacionado, la reiteración delictiva (SSTC 128/95, 40/87, 44/97, 33/99, 14/00, 47/00, 207/00, 145/01, 217/01 y 23/02), en todo caso subordinados al respeto al principio del superior interés del menor.

Conforme al apartado segundo del art. 28 tras la reforma 8/2006, los datos específicos que deben ser ponderados para decidir sobre la medida cautelar de internamiento serían: 1) la gravedad de los hechos; 2) las circunstancias personales y sociales del menor; 3) la existencia de un peligro cierto de fuga; y 4) especialmente, el que el menor hubiera cometido o no con anterioridad otros hechos graves de la misma naturaleza (69).

La gravedad de los hechos no es propiamente una finalidad, sino un factor a tener en cuenta. Otra cosa es que de la gravedad de los hechos y, correlativamente, de la previsible gravedad de las medidas a imponer, pueda inferirse el riesgo de fuga (70).

Las circunstancias personales y sociales del menor tampoco son obviamente finalidades, sino que de nuevo son factores a tener en cuenta. Para la Circular 1/2007 "debe entenderse que a través del parámetro relativo a las circunstancias personales y sociales del menor podrá calibrarse en toda su dimensión operativa el principio del superior interés del menor".

El que el menor hubiera cometido o no con anterioridad otros hechos graves de la misma naturaleza tampoco es propiamente una finalidad. No obstante, parece que tal inclusión debe entenderse en el sentido de que la constatación de que el menor ha cometido con anterioridad otros hechos graves es un factor a ponderar a la hora de inferir un riesgo de

incurrir en nuevos hechos delictivos, finalidad -esta sí- admitida por el TC aunque "en un plano distinto aunque íntimamente relacionado" (71). Así es cómo el Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de 7 de octubre de 2005 entendió este inciso (72). La finalidad de evitar reiteraciones puede adquirir en el proceso de menores una trascendencia superior a la del proceso de adultos (73).

En todo caso, esfuerzos interpretativos al margen, reconociendo las mejoras introducidas, vemos que tampoco la reforma ha servido para dar una redacción técnicamente depurada a las finalidades del internamiento cautelar (74).

Para la Circular 1/2007 "pese a la desordenada enumeración de los parámetros fundamentadores del internamiento cautelar, debe partirse de que el riesgo de fuga ha de ser el factor principal a tener en cuenta".

Como resumen, siguiendo los dictados de la Circular 1/2007, puede decirse que "interpretando sistemáticamente los apartados primero y segundo del nuevo art. 28, y de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre los fines de las medidas cautelares, puede entenderse que serán fines susceptibles de ser perseguidos con el internamiento cautelar el de evitar el riesgo de fuga, conjurar el riesgo de oscurecimiento del proceso mediante la destrucción de fuentes de prueba, hacer frente al riesgo de reiteración delictiva y evitar nuevos atentados contra bienes jurídicos de la víctima. Todo ello en el bien entendido de que debe también entenderse aplicable al internamiento cautelar la jurisprudencia acuñada por el TC en relación con los principios básicos que deben regir la prisión provisional: excepcionalidad, subsidiariedad, provisionalidad y proporcionalidad" (75).

6. Ejecución de la medida cautelar de internamiento

El art. 29 del Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante RLORPM), dispone en su apartado primero que "los menores a los que se aplique la medida de internamiento cautelar en aplicación de lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley Orgánica 5/2000... ingresarán en el centro designado por la entidad pública, en el régimen de internamiento que el juez haya establecido y les será de aplicación, en función de dicho régimen, lo dispuesto en los artículos anteriores de este capítulo".

El apartado segundo de este mismo precepto establece que "no obstante, para salvaguardar y respetar el principio de presunción de inocencia, el programa individualizado de ejecución de la medida se sustituirá por un modelo individualizado

de intervención que deberá contener una planificación de actividades adecuadas a sus características y circunstancias personales, compatible con el régimen de internamiento y su situación procesal. Dicho modelo individualizado de intervención deberá someterse a la aprobación del juez de menores, conforme a lo previsto en el [artículo 44 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero...](#)".

La Recomendación (2008)¹¹ aporta pautas a la hora de interpretar este precepto: "estos menores no deberán ser obligados a trabajar o a tomar parte en intervenciones o actividades que no sean obligatorias para los menores en libertad (*regla 112*) aunque deberá preverse una gama de intervenciones y actividades para los mismos (*regla 113.1*) y si estos menores solicitan participar en intervenciones para menores condenados deberá, si es posible, permitírseles (*regla 113.2*)".

7. Pronunciamientos jurisprudenciales

Es de destacar que las audiencias, a la hora de evaluar la procedencia de la medida, suelen tener muy presentes las circunstancias psicosociofamiliares del menor, puestas de manifiesto en el informe del equipo técnico, lo cual debe entenderse plenamente correcto teniendo en cuenta que a través de dicha vía puede contrastarse el acomodo de la medida cautelar con el interés superior del menor, nota distintiva en la aplicación de estas medidas en la jurisdicción de menores, como se prevé en el propio [art. 28 LORPM](#).

También debe destacarse que se admiten como finalidades legítimas todas las asumidas en el proceso penal de adultos: la obstrucción a la justicia, la sustracción a su acción, la reiteración delictiva y la protección de la víctima.

La [Audiencia Provincial de Murcia, por Auto de 2 de abril de 2001](#), estudia un recurso de apelación interpuesto por el fiscal contra el auto del juzgado de menores por el que se deniega la medida cautelar de internamiento en centro terapéutico por haber superado el plazo en que el menor puede estar privado de libertad cautelarmente (seis meses en aquella época). En el referido auto se estima en parte el recurso de apelación y se acuerda el internamiento en centro psiquiátrico "a fin de realizar (al menor)... los correspondientes exámenes periciales médicos objetivos para determinar su estado mental...". Para llegar a esta conclusión, aun reconociendo que el plazo máximo de internamiento cautelar es de seis meses, la Sala, con unos discutibles argumentos, distingue las medidas cautelares de las medidas de seguridad (76).

El [AAP Barcelona, secc. 3.ª, de 23 de mayo de 2011, rollo n.º 390/2011](#) (ponente: José Grau Gassó), en relación con el internamiento cerrado cautelar, considera como presupuestos, en primer lugar, los indicios racionales de la comisión de un hecho

delictivo "en el bien entendido de que dichos indicios no deben confundirse con la prueba de cargo suficiente para destruir el principio de presunción de inocencia, cuya concurrencia solo podrá valorarse en sentencia tras la celebración del correspondiente juicio" y, en segundo lugar, la concurrencia de un fin legítimo "que son la obstrucción a la justicia, la sustracción a su acción, la reiteración delictiva o la protección de la víctima, con la singularidad de tomar en especial consideración el interés del menor".

El AAP Santander, secc. 1.ª, n.º 393/2007, de 6 de noviembre (ponente: Ernesto Sagüillo Tejerina), analiza los presupuestos de la medida, admitiendo como fines el riesgo de eludir u obstruir la acción de la justicia o atentar contra los bienes jurídicos de la víctima, y tiene en cuenta los múltiples quebrantamientos del orden durante sus primeros meses de internamiento, que han dado lugar a varios expedientes y sanciones como "elemento ciertamente no previsto en la Ley, pero tampoco completamente desdeñable pues muestra las dificultades del menor para la convivencia respetando las normas de la vida en comunidad" (77).

El AAP Sevilla, secc. 3.ª, n.º 351/2010, de 26 de mayo (ponente: José Manuel Holgado Merino), estudia la proporcionalidad de la medida cautelar de internamiento en centro cerrado en un supuesto de robo con violencia y atentado, y la orienta a evitar "reiteración de conductas como la ejecutada" (78).

El AAP Sevilla, secc. 3.ª, n.º 221/2010, de 18 de marzo (ponente: José Manuel Holgado Merino), también confirma la medida cautelar de internamiento en centro semiabierto en un supuesto de dos delitos de robo con violencia en grado de tentativa y dos faltas de lesiones, teniendo en cuenta "la medida imponible, la necesidad de preservar bienes jurídicos de las víctimas y el riesgo de fuga" (79).

El AAP Barcelona, secc. 3.ª, n.º 143/2009, de 26 de febrero (ponente: Roser Bach Fabrego), analiza un supuesto de internamiento cautelar en centro cerrado adoptado respecto a un menor imputado por robo con violencia. El menor tenía antecedentes. El auto considera a la medida como similar a la prisión provisional y traslada sus garantías, entre ellas la excepcionalidad. Entiende que no son necesarias pruebas sino motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito al menor. A tales efectos considera que los hechos tienen gravedad suficiente y valora que el menor se encuentra cumpliendo una medida de internamiento en régimen cerrado y que tiene otro expediente por otro delito de robo con violencia. Se confirma la resolución (80).

Se considera procedente el internamiento cautelar en centro cerrado en un supuesto de robo con violencia y se admite la finalidad de protección de la víctima y evitar "el riesgo de que cometa otros hechos delictivos" en el AAP Castellón, secc. 1.ª, n.º 56/2009, de 28 de enero (ponente: Pedro Luis Garrido Sancho) (81).

El AAP Barcelona, secc. 3.^a, n.º 4/2009, de 7 de enero (ponente: Roser Bach Fabrego), justifica la medida cautelar de internamiento en régimen cerrado con base en la gravedad de los hechos y a las circunstancias familiares y personales de las que se infiere que el menor se encuentra en una situación de riesgo que se ve confirmada por la existencia de varios expedientes incoados en la fiscalía (82).

El AAP Zaragoza, secc. 6.^a, n.º 222/2009, de 13 de mayo (ponente: Alfonso Ballestín Miguel), considera adecuado el internamiento cautelar en régimen cerrado en un supuesto de robo con violencia en el que concurría reiteración delictiva (83).

En un supuesto de robo con fuerza en casa habitada en grado de tentativa el AAP Castellón, secc. 1.^a, n.º 95/2010, de 1 de marzo (ponente: Esteban Solaz Solaz), considera correcto el internamiento cautelar semiabierto de un menor extranjero de 17 años en situación de desamparo (84).

También se considera ajustada la medida de internamiento cautelar semiabierto ante un robo con intimidación con concurrencia de reiteración, con la finalidad de prevenir otras actuaciones de similar naturaleza, considerando que tal medida es proporcionada y acorde con el interés del menor (AAP Zaragoza, secc. 6.^a, n.º 73/2009, de 16 de febrero. Ponente: Alfonso Ballestín Miguel) (85).

En relación con la medida cautelar de libertad vigilada, el AAP Madrid, secc. 4.^a, n.º 1/2009, de 7 de enero (ponente: M.^a Teresa García Quesada), la considera procedente teniendo en cuenta su incidencia limitada en los derechos fundamentales y la justifica con base en la necesidad de apoyo y supervisión del menor (86).

8. Derecho de los menores internos cautelarmente a comunicarse con sus abogados

En relación con este derecho se han planteado dos cuestiones: si los abogados deben avisar con antelación y si es ajustada a derecho la limitación de la duración de las visitas a 50 minutos. A ambas cuestiones responde el Dictamen de la Unidad Coordinadora de Menores de la Fiscalía General del Estado 2/2010, *sobre el derecho de los menores internos a comunicarse con sus abogados*, en la que se sientan las siguientes conclusiones:

1. Los letrados de los menores internos en centros pueden visitar a estos los días que consideren oportunos.
2. Ello no obstante, los letrados deben anunciar con antelación la comunicación, a fin de que el centro fije la hora, y en su caso, el lugar.

3. La atribución para fijar la hora concreta en la que deba llevarse a cabo la entrevista corresponde al centro de internamiento. Tal atribución tiene una clara justificación basada en la necesidad de ordenar las actividades del menor conforme a su superior interés, tratando de que se perturbe lo menos posible su programa diario.
4. El hecho de que la atribución para fijar la hora concreta en la que deba llevarse a cabo la entrevista no se prevea en la Ley y si solo en el Reglamento no supone una extralimitación de este. Por lo demás, la cuestión ni siquiera se planteó entre las numerosas que abordó la [STS 3.ª secc. 6.ª, de 10 de noviembre de 2006](#), al analizar la adecuación del Reglamento a la Ley.
5. La limitación temporal de la entrevista no tiene cobertura legal ni reglamentaria, pudiendo infringir el derecho de defensa, por lo que los fiscales, como garantes de los derechos de los menores ([art. 6 LORPM](#)) deberán, como regla general, apoyar las quejas que al respecto pudieran formularse ([art. 44.2 f\) LORPM](#)).

III. LIBERTAD VIGILADA CAUTELAR

Adelantábamos supra que esta medida rebasa los contornos tradicionales de la tutela cautelar, y solo puede cumplir con una de sus finalidades típicas: evitar la reiteración delictiva, tratando de encauzar y supervisar los comportamientos del menor (87).

Conforme a la Circular 1/2000 "en el caso de que el menor sea detenido por la Policía y puesto a disposición del Fiscal, si éste no tiene intención de solicitar la medida cautelar de internamiento habrá de poner en libertad al detenido dentro del plazo de 48 horas a contar desde el momento de la detención y posteriormente solicitar del Juez la adopción de la medida de libertad vigilada o de convivencia con otra persona, familia o grupo educativo si las considera apropiadas para la custodia y defensa del menor. Estas medidas, de ser estimadas, no tienen fijado un plazo límite de duración y podrán prolongarse hasta la sentencia sin necesidad de prórroga expresa. No obstante, los Sres. Fiscales evitarán su prolongación innecesaria, instando su alzamiento tan pronto desaparezca la causa justificadora de las mismas".

La Consulta 3/2004, de 26 de noviembre, *sobre la posibilidad de adoptar la medida cautelar de alejamiento en el proceso de menores* aporta interesantes pautas en relación con la libertad vigilada cautelar: "el [art. 28 LORPM](#) se limita a incluir la medida de libertad vigilada como una de las medidas susceptibles de imponerse cautelarmente durante la

sustanciación del proceso de menores. Para concretar su contenido habremos de acudir a la medida homónima prevista en el [art. 7.1 de la LORPM](#) (88).

Continúa la Consulta subrayando que "la configuración legal de la medida de libertad vigilada introduce grandes posibilidades de versatilidad, pues además de su plurifuncionalidad (opera como medida principal, como medida cautelar, integra el segundo período de internamiento, puede funcionar como mecanismo para controlar la suspensión de condena y puede utilizarse en su caso como complementaria de otra medida) tiene un contenido abierto a través de la posibilidad de imposición de las reglas de conducta... La flexibilidad del régimen de la libertad vigilada se potencia aún más con la cláusula abierta que introduce el n.º 7, que permite establecer otras reglas de conducta no previstas, innominadas, con tal de que cumplan dos requisitos: 1) que estén orientadas a la reinserción social; y 2) que no atenten a la dignidad del menor como persona. Esta limitación implica la exclusión de reglas de conducta que puedan incorporar contenidos ofensivos al honor del menor y reglas de conducta no compatibles con la edad o evolución o desarrollo del mismo.

Cabe ya sentar una primera conclusión: puede dotarse a la medida cautelar de libertad vigilada del mismo contenido que potencialmente puede tener la medida principal de libertad vigilada, pues parece claro que el [art. 28 LORPM](#) está realizando una remisión al [art. 7.1 h\)](#) del mismo texto normativo, ya que es el único precepto que define el contenido de la libertad vigilada en el ordenamiento penal".

También se pronuncia sobre la libertad vigilada como medida cautelar la Circular 1/2010, *sobre el tratamiento desde el sistema de justicia juvenil de los malos tratos de los menores contra sus ascendientes*: "en los casos en los que el menor sujeto a la medida de libertad vigilada -cautelar o definitiva- sea destinatario a su vez de un acogimiento residencial acordado por la Entidad Pública de Protección de Menores, puede ser aconsejable que a través de las reglas de conducta de la medida de reforma se le imponga la obligación de residir en el centro de protección. De esta forma se refuerza el respeto en el cumplimiento de la medida tutelar. Deberá en todo caso quedar claro que tal regla de conducta tendrá su vigencia subordinada al mantenimiento de la medida de protección por la Entidad Pública competente... Otras reglas de conducta que pueden ser especialmente aconsejables serán las de obligación de seguir una terapia familiar, o una terapia de desintoxicación, en su caso; la obligación de acudir al centro educativo o a talleres y las reglas tendentes a lograr una debida estructuración del ocio y tiempo libre".

La ejecución de esta medida, en su modalidad cautelar, se regula en el [art. 22 RLORPM](#).

IV. CONVIVENCIA CAUTELAR

Se ha destacado que, tanto en su modalidad cautelar como en su modalidad sancionadora, tiene una naturaleza más protectora que penal (89).

Sin embargo, puede decirse que está cumpliendo un importante papel en su dimensión cautelar en protección de la víctima, en especial en expedientes por malos tratos de hijos a ascendientes.

La Circular 1/2010, *sobre el tratamiento desde el sistema de justicia juvenil de los malos tratos de los menores contra sus ascendientes*, declara que "un buen número de Fiscalías en sus respectivas Memorias coinciden en señalar la gran efectividad de esta medida tanto en su dimensión cautelar como propiamente sancionadora-educativa para los supuestos de delitos de violencia doméstica cuando es necesario extraer al menor del domicilio, si no procede el ingreso en régimen de internamiento.

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

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

Cuando no es posible o adecuada la convivencia con grupo familiar dentro de la familia de los menores, la medida puede articularse por medio de pisos de convivencia, recursos residenciales a medio camino entre la libertad y el internamiento en centro, normalmente integrados en la vecindad, en los que tras un período de observación, se establece un programa de actividades en las que se incluye la educación reglada, de una u otra índole, y el tratamiento psicológico adecuado a la problemática del menor, en el que también se integra posteriormente al núcleo familiar... Aunque la voluntad conforme del menor no es exigencia legal para la imposición de la convivencia, su concurrencia será decisiva en el éxito de una intervención de fuerte contenido terapéutico. Por ello, a la hora de optar por esta medida y para optimizar un recurso generalmente escaso, las Sras./Sres. Fiscales valorarán debidamente el grado de asentimiento del menor".

V. MEDIDAS CAUTELARES EN PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA

1. Ideas generales

Si con carácter general el proceso penal de adultos ha descuidado a la víctima, en el proceso penal de menores puede decirse, sin incurrir en hipérboles, que esta ha sido tradicionalmente siempre preterida.

Sin embargo, esta subjurisdicción en los últimos años no ha sido impermeable a las nuevas corrientes victimológicas.

Ya el *Libro Blanco de la Justicia* de 1997 se decantaba porque el futuro proceso de menores atendiera a "la garantía desde el inicio del procedimiento y en todas sus fases de los derechos de la víctima" (90).

Si en la redacción original de la LORPM se dio entrada a la posibilidad de ejercitar la acción civil por el perjudicado frente al menor y a los demás responsables civiles solidarios (91) y se dio -sin admitir acusación particular- un papel de coadyuvante al perjudicado en el ejercicio de la acción penal, la reforma operada por LO 15/2003 supuso la admisión casi sin límites de la acusación particular, tratando de reequilibrar la posición de la víctima.

Sin embargo, ni la redacción original de la LORPM ni su versión reformada de 2003 previeron medidas cautelares en protección de la víctima.

No obstante, la tendencia en pro de los derechos de la víctima en el proceso penal de menores ha recibido un nuevo impulso con la reforma operada por LO 8/2006, de 4 de diciembre, hasta el punto de que el fortalecimiento de esta es la clave de bóveda de esta modificación legal, teniendo también traducción específica en cuanto a la tutela cautelar (92).

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

La preocupación del legislador de 2006 por reorientar las medidas cautelares a la protección de la víctima incluso le empuja a incurrir en *abundantia iuris*, pues en el mismo párrafo se menciona dos veces esa finalidad: se habla del "riesgo de atentar contra los bienes jurídicos de la víctima y de la adopción de medidas cautelares para la debida protección de la víctima" (93).

Esta nueva finalidad de las medidas cautelares, que adquiere todo su sentido en los casos en los que el ofendido se encuentra unido a su agresor por razones de parentesco, de convivencia o sentimentales (94), ha sido bien acogida doctrinalmente (95).

La reforma operada por LO 8/2006 dispone en su Exposición de Motivos que "se incorpora como causa para adoptar una medida cautelar el riesgo de atentar contra

bienes jurídicos de la víctima, y se establece una nueva medida cautelar consistente en el alejamiento de la víctima o su familia u otra persona que determine el juez".

2. Necesidad de medidas cautelares en protección de la víctima: aspectos criminológicos

En el ámbito del derecho penal juvenil los malos tratos familiares protagonizados por los menores están proliferando últimamente de forma que, como mínimo, cabría calificar de preocupante. La Consulta de la Fiscalía General del Estado 3/2004, de 26 de noviembre, subraya como apunte criminológico "el dato constatable de la incidencia que en el ámbito del Derecho penal juvenil tienen los malos tratos familiares protagonizados por los menores, en la mayoría de los casos adolescentes varones, hacia sus progenitores, normalmente la madre. Tampoco, desgraciadamente, son desdeñables los casos de malos tratos de jóvenes hacia sus compañeras sentimentales" (96).

Haciéndose eco de esta realidad y tratando de escudriñar sus causas, la conclusión n.º 21 de las adoptadas en el seno de la "Reunión sobre violencia doméstica de fiscales españoles e iberoamericanos", celebrada en Madrid los días 16 a 18 de octubre de 2002, declaraba que "se constata que entre las causas de la violencia de adolescentes contra sus progenitores se encuentran las siguientes: una sociedad permisiva que educa a los niños en sus derechos, pero no en sus deberes, donde ha calado de forma equívoca el lema "no poner límites" y "dejar hacer", abortando una correcta maduración, así como el hecho de que hay padres que no sólo no se hacen respetar, sino que menoscaban la autoridad de los maestros, la policía o de otros ciudadanos cuando en defensa de la convivencia reprenden a sus descendientes".

Las causas de estos comportamientos violentos suelen detectarse en un déficit en el proceso educativo de estos maltratadores, más que en otras causas de la delincuencia juvenil como puedan ser las relacionadas con la marginalidad o el consumo de drogas (97).

Desde el punto de vista sociológico se ha apuntado que este tipo de maltrato se da fundamentalmente en casos de adolescentes masculinos en familias monoparentales, que se han criado solo con su madre y hacia la que adoptan posturas patriarcales y machistas. El 80 % son chicos y prevalentemente entre la franja de 15 y 17 años.

La problemática presentada por esta singular forma de criminalidad es abordada en la Circular 1/2010, *sobre el tratamiento desde el sistema de justicia juvenil de los malos tratos de los menores contra sus ascendientes*.

Debe recordarse que conforme a la Circular 1/2010, la "necesidad de intervención inmediata debe tener también reflejo en la utilización de medidas cautelares en protección de la víctima. Cuando ésta toma la decisión -ciertamente difícil- de denunciar a un ser querido, lo hace como última ratio y en la confianza de que va a obtener -al menos- protección de la Autoridad Pública. Defraudar esas moderadas expectativas puede generar la inhibición de la víctima ante ulteriores requerimientos para que colabore con la Administración de Justicia.

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

Incluso podría decirse que en los supuestos de malos tratos habituales la tutela cautelar, pese a su carácter instrumental, es más importante que la tutela declarativa, que pueda otorgarse en la sentencia de fondo, pues en los primeros momentos del procedimiento, cuando el maltratado se decide a dar el paso y denunciar los hechos, el riesgo de que las agresiones se intensifiquen se incrementa considerablemente, por lo que las primeras medidas de protección pueden ser vitales.

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

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

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

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

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

La víctima de violencia doméstica en el proceso penal de menores también tendrá derecho a estar informada, siendo preceptivo comunicarle los actos procesales que puedan afectar a su seguridad, en los procesos que se sigan por los delitos contemplados en el [art. 57 CP \(98\)](#), tanto por aplicación supletoria del [art. 109.4 LECrim](#), como tras la reforma 8/2006, conforme a lo dispuesto en el nuevo [art. 4 LORPM](#).

Al margen del ámbito familiar, los comportamientos violentos en el ámbito escolar (*bullying, cyberbullying, happy slapping* (99)) también han generado la necesidad de mecanismos de tutela de la víctima.

3. El alejamiento a través de la libertad vigilada

Ya antes de la reforma de 2006 se planteó la posibilidad de adoptar la medida cautelar de alejamiento en derecho procesal penal de menores, tal como se prevé en el [art. 544 bis LECrim](#).

En Derecho penal juvenil comparado encontramos algunos ejemplos de previsión de esta medida cautelar (100).

Hasta la reforma 8/2006, de 4 de diciembre, se entendió que solamente cabía aplicar las medidas de internamiento en centro, en el régimen adecuado, libertad vigilada o convivencia con otra persona, familia o grupo educativo. No obstante, teniendo en cuenta que contemplándose en el [art. 28 LORPM](#) la medida de libertad vigilada como una de las medidas susceptibles de imponerse cautelarmente durante la sustanciación del proceso de menores, y considerando que el contenido cautelar potencial debía buscarse a través de la medida del mismo nombre prevista en el [art. 7.1 LORPM](#), podía admitirse el alejamiento en el proceso penal de menores. En efecto, el [art. 7.1 en su letra h\)](#) dispone, en relación con el contenido de la libertad vigilada, que esta medida puede integrarse con reglas de conducta impuestas por el juez, que podrán ser alguna o algunas de las siguientes: prohibición de acudir a determinados lugares, establecimientos o espectáculos; prohibición de ausentarse del lugar de residencia sin autorización judicial previa; obligación de residir en un lugar determinado; y cualesquiera otras obligaciones que el juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, estime convenientes para la reinserción social del sentenciado, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.

La cláusula abierta del n.º 7 permite establecer otras reglas de conducta no previstas, siempre que: 1) estén orientadas a la reinserción social; y 2) no atenten a la dignidad del menor como persona.

Respetando ambos límites, tanto la medida principal como la cautelar tienen enormes posibilidades: así, por ejemplo, cabría imponer la regla de evitar relaciones con personas o tribus juveniles problemáticas, como expresamente se contempla como regla de conducta en la *Jugendgerichtsgesetz* alemana.

Por tanto, haciendo uso de las alternativas que la medida cautelar de libertad vigilada confiere a través de la imposición de reglas de conducta, puede acordarse el alejamiento del menor maltratador respecto de su víctima, bien en su modalidad de prohibición de residir, bien en su modalidad de prohibición de aproximación, bien como prohibición de acudir a determinados lugares o de comunicarse, cada una de ellas de forma autónoma o conjunta, utilizando los mismos parámetros de versatilidad con los que se opera con el alejamiento en el proceso penal de adultos, de acuerdo con las circunstancias concurrentes.

Esta es, en definitiva, la postura que adoptó la Fiscalía General del Estado en su Consulta 3/2004, de 26 de noviembre, *sobre la posibilidad de adoptar la medida cautelar de alejamiento en el proceso de menores* (101).

La Fiscalía General del Estado volvió a reiterar esta interpretación en la Instrucción 10/2005, de 6 de octubre, *sobre el tratamiento del acoso escolar desde el sistema de Justicia Juvenil*, en la que se propugna en relación con esta peculiar forma de criminalidad que "de ordinario, en caso de necesidad de tutela cautelar, será suficiente con una libertad vigilada acompañada de las reglas de conducta que se estimen precisas para preservar la integridad de la víctima, pudiendo, si se estima necesario, promoverse la aplicación de reglas que supongan mayor o menor grado de alejamiento (v. gr. prohibición de comunicación)".

Esta posibilidad de alejamiento a través de la medida cautelar de libertad vigilada también ha sido admitida en las Jornadas de Jueces de Menores celebradas en Madrid los días 22 a 25 de abril de 2001 (CGPJ) (102) y defendida doctrinalmente (103).

La alternativa de aplicar directamente el [art. 544 bis LECrim](#) a los menores, rechazada por la Fiscalía General del Estado, ha sido apoyada por algún autor aislado (104).

Debe entenderse que los presupuestos de adopción de la medida cautelar de libertad vigilada con alejamiento son los comunes de la medida del [art. 544 bis](#) (indicios de la comisión de un delito y situación de riesgo o peligro para la víctima), pero tamizados por el principio del superior interés del menor, principio que habrá de ponderarse tanto en la adopción de la medida como en la ejecución de esta (105).

La Consulta 3/2004 también aborda el problema de desamparo que la adopción de esta medida cautelar puede generar: "cierto es que en algunos supuestos la adopción de la medida puede llevar aparejada una situación de riesgo o desprotección para el menor. Sin embargo, la necesaria protección de la víctima en los casos en los que así se ponga de manifiesto, puede traer consigo la ineludible postulación de un alejamiento. En estos casos, los problemas de protección pueden ser abordados con las previsiones generales de nuestro ordenamiento: bien comunicándolo a la Entidad Pública de Protección de Menores para que adopte las medidas de protección procedentes (arts. 17 y 18 LO 1/96, de 15 de enero, de protección jurídica del menor y arts. 172 y ss. CC), bien instando una medida de protección ante el propio Juez de Menores conforme a lo previsto en el art. 158 CC".

Tras la reforma 8/2006, expresamente se acoge dentro de la regulación de la medida de libertad vigilada una cláusula similar a la propuesta por la Fiscalía General del Estado para evitar el efecto del desamparo, por lo que cabe colegir que el legislador de 2006 sigue contemplando la posibilidad de utilizar las reglas de conducta de esta medida como medio de alejar al menor de su núcleo familiar.

4. El alejamiento como medida cautelar específica en el proceso penal de menores

La reforma operada por LO 8/2006, de 4 de diciembre, incorpora *nominatim* la medida cautelar de alejamiento al derecho procesal penal de menores.

El nuevo art. 28 LORPM dispone que las medidas cautelares "podrán consistir en... prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez".

Al regular la medida del mismo nombre imponible en sentencia, el art. 7 dispone en su letra i) que esta medida impedirá al menor acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como a su domicilio, a su centro docente, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos. La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impedirá al menor establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual.

Para dar una solución a los efectos de desamparo o de riesgo que pudiera generar esta medida se establece que si esta "implicase la imposibilidad del menor de continuar viviendo con sus padres, tutores o guardadores, el Ministerio Fiscal deberá remitir testimonio de los particulares a la entidad pública de protección del menor, y dicha

entidad deberá promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquél, conforme a lo dispuesto en la [Ley Orgánica 1/1996](#)" (106).

Esta medida ya se preveía en el texto prelegislativo del que trae causa, el Anteproyecto aprobado por el Consejo de Ministros el 7 de octubre de 2005 (107) y en el Proyecto de Ley 121/000076 Orgánica por la que se modifica la [Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero](#) (108).

La reforma no era realmente necesaria, pues -como hemos analizado supra- se había asumido ya la interpretación propuesta por la Fiscalía General del Estado, admitiendo la posibilidad de adoptar la medida cautelar de alejamiento bajo el paraguas de la medida de libertad vigilada (109), teniendo en cuenta, además, que a través de la interpretación de la fiscalía se respeta el principio general de que todas las medidas, incluidas las cautelares, deben estar presididas por el superior interés del menor, respeto del que se prescinde con la nueva regulación al concebir el alejamiento como una medida en sí, por su propia esencia ajena a cualquier planteamiento educativo. Parece preferible mantener los contenidos del alejamiento dentro de la medida de libertad vigilada, de modo que -como ya postulara la Fiscalía General del Estado- pudiera adoptarse en el marco más completo de una intervención educativa. En este mismo sentido se pronuncia el Informe del Consejo Fiscal de 28 de diciembre de 2005 al Anteproyecto (110) y la Circular 1/2007, de 26 de noviembre, *sobre criterios interpretativos tras la reforma de la Legislación Penal de Menores de 2006* (111).

Llama la atención que en esa labor de práctico calco del [art. 48 CP](#) a la LORPM se haya omitido la previsión del [apartado 4.º del art. 48](#) (112) conforme a la que el juez o tribunal podrá acordar que el control de estas medidas se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan. Puestos a copiar, parece que debiera haberse incluido una cláusula similar si se quiere dotar a la medida de mecanismos para asegurar su efectividad. Para la Circular 1/2007 "la falta de previsión legal hace improcedente que estas prohibiciones (cautelares o no) puedan ser supervisadas mediante mecanismos de control electrónico, salvo que el sometido a la medida voluntariamente accediera a ello".

Parece que para ejecutar la medida de alejamiento el juez de menores podrá oficiar a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (113).

Tampoco se comprende bien que en la labor de transposición del [art. 48 CP](#) a la LORPM se haya omitido la posibilidad de un alejamiento consistente en la privación del derecho a residir, así como de acercarse a determinados lugares (114).

No obstante, en nuestra opinión, seguirá siendo posible adoptar esas modalidades cautelares de alejamiento al amparo de las reglas de conducta de la libertad vigilada, como también cabrá a través de esta vía imponer al menor la obligación de residir en un determinado lugar, modalidad esta sin encaje en el alejamiento *strictu sensu*. En efecto,

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

La expresa mención al centro docente fue un añadido, entendemos que superfluo y con fines de aprovechar la función simbólica del derecho penal (115).

El texto del actual art. 28, como ya lo hiciera la redacción original de la LORPM, al regular las medidas cautelares solo se refiere a delitos, por lo que habrá de entenderse que no cabe la adopción de estas por hechos constitutivos de falta (116).

La LORPM no limita los delitos para los que puede ser de aplicación esta medida cautelar aunque se ha defendido que es supletoriamente aplicable el listado de delitos del art. 57 CP (117).

5. Peculiaridades del internamiento en protección de la víctima

Conforme al apartado segundo del art. 28, tras la reforma 8/2006 los datos específicos que deben ser ponderados para decidir sobre la medida cautelar de internamiento serían: 1) la gravedad de los hechos; 2) las circunstancias personales y sociales del menor; 3) la existencia de un peligro cierto de fuga; y 4) especialmente, el que el menor hubiera cometido o no con anterioridad otros hechos graves de la misma naturaleza.

No se menciona el riesgo de atentar contra los bienes jurídicos de la víctima, finalidad que -junto al riesgo de eludir u obstruir la acción de la justicia por parte del menor- sí se admite en el apartado primero, al establecer las finalidades de las medidas cautelares en general.

Podría interpretarse que la regla especial para el internamiento del apartado segundo del art. 28 LORPM debe prevalecer sobre la regla general para las medidas cautelares del apartado primero del mismo precepto, con la consecuencia de que no cabría admitir un internamiento cautelar basado exclusivamente en la finalidad de evitar riesgos para la víctima, sin perjuicio de que tal finalidad pudiera ponderarse a la hora de fundamentar la decisión. Sin embargo, la Circular 1/2007 opta por una interpretación más flexible, admitiendo expresamente la posibilidad de acordar el internamiento en protección de la víctima (118).

La Fiscalía General del Estado en la Instrucción 10/2005, de 6 de octubre, sobre el tratamiento del acoso escolar desde el sistema de Justicia Juvenil, propugna en

relación con esta peculiar forma de criminalidad que el Fiscal podrá "interesar medidas cautelares en protección de la víctima. En los casos más graves cabrá, eventualmente, aplicar la medida de internamiento. No obstante, la aplicación de esta medida debe necesariamente restringirse, teniendo en cuenta los principios de excepcionalidad, proporcionalidad, subsidiariedad y provisionalidad, que sí rigen en el proceso penal en general, en el especial de menores aún tienen mayor rango y operatividad".

6. Orden de protección y proceso penal de menores

Los menores pueden ser sujetos activos del maltrato doméstico, tanto cuando lo dirigen contra sus progenitores como cuando lo hacen contra sus parejas, tanto en relaciones formalizadas como no formalizadas. Debe en este punto recordarse que conforme al [art. 48.2 CC](#) puede contraer matrimonio el menor con dispensa a partir de los catorce años (119).

Las Memorias de la Fiscalía General del Estado ponen de manifiesto la preocupante deriva que está experimentando este fenómeno (120).

En derecho comparado encontramos ejemplos de la admisión de la aplicación de las disposiciones sobre la orden de protección frente a denunciados menores de edad. Al respecto puede reseñarse la expresa previsión en Idaho (*Idaho Code*, Título 39, capítulo 63). También en Nueva York, la *Family Protection and Domestic Violence Intervention Act* de 1994 incluye la posibilidad de dictar *orders of protection* y *temporary orders of protection* contra menores infractores (*youthful offenders*) (121).

Tras la admisión de la medida cautelar de alejamiento (directamente o a través de la medida cautelar de libertad vigilada) y avanzando un paso más, se ha pretendido aplicar la orden de protección en el proceso penal de menores, no faltando resoluciones que han asumido la aplicación directa del [art. 544 ter](#) (vid. AAP Murcia, secc. 4.ª, de 23 de abril de 2004 (122) y AAP Girona, secc. 3.ª, 391/2004, de 22 junio (123)). También algunos autores apoyan esta posibilidad (124).

La [Ley 27/2003, de 31 de julio](#), que introduce esta medida, no menciona en ningún momento la posibilidad de que la regulación de la orden de protección sea aplicable al proceso penal de menores. Aun así, podría entenderse que en virtud de la aplicación supletoria de la [LECrim](#) al proceso penal de menores ([disposición final primera LORPM](#)) cabría aplicar en este el [art. 544 ter LECrim](#).

Sin embargo, en nuestra opinión, no cabe tal aplicación supletoria de las disposiciones del [art. 544 ter](#) al proceso penal de menores, ni en cuanto al procedimiento, ni en cuanto a las medidas cautelares susceptibles de ser acordadas. Como expresa la Consulta

3/2004, la aplicación supletoria de la LECrim "nunca puede realizarse *ab integro*, debiendo excluirse en aquellas materias que bien tienen una regulación suficiente en la LORPM, o que bien son incompatibles con sus principios informadores".

Lo cierto es que la LORPM contiene previsiones expresas tanto en relación con el procedimiento aplicable para decidir la tutela cautelar como respecto de las medidas susceptibles de ser adoptadas.

Por ello y siguiendo las conclusiones de la referida consulta, cabe entender que no son aplicables en el proceso penal de menores las disposiciones de los arts. 544 bis y ter LECrim (125).

A fortiori, debe tenerse presente que tras la reforma operada por LO 8/2006, de 4 de diciembre, se han incluido en el proceso penal de menores medidas cautelares específicamente orientadas a la protección de la víctima (alejamientos). Parece claro que si se han introducido estas sin hacer la menor referencia a la orden de protección, implícitamente se estaba partiendo de la exclusión de la aplicación de esta en el proceso penal de menores, conforme al brocardo *inclusionis unius, exclusio alterius*.

Ello no obstante, debe tenerse presente que, además de las posibilidades de aplicar la medida cautelar de alejamiento y de articular alejamientos a través de la medida cautelar de libertad vigilada, podrán adoptarse también en el proceso penal de menores medidas conforme al art. 158 CC para "*apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios*", pues de acuerdo con el párrafo último de dicho precepto "todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria". Además debe recordarse que el contenido de estas medidas puede ser muy amplio, no estando a priori cerrado, pues se introduce al final un *numerus apertus* ("disposiciones que considere oportunas") (126).

Por las mismas razones esgrimidas para excluir la aplicabilidad del art. 544 ter LECrim en el proceso penal de menores, debe entenderse que no son aplicables a los menores las previsiones procesales contenidas en la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género (LOMPICVG) (127).

VI. MEDIDAS CAUTELARES EN CASO DE INIMPUTABILIDAD

El art. 29 LORPM, no afectado por la reforma de 2006, bajo la rúbrica *medidas cautelares en los casos de exención de la responsabilidad*, dispone lo siguiente: "Si en el transcurso de la instrucción que realice el Ministerio Fiscal quedara suficientemente acreditado que el menor se encuentra en situación de enajenación mental o en cualquiera otra de las

circunstancias previstas en los [apartados 1º, 2º o 3º del art. 20 del Código Penal](#) vigente, se adoptarán las medidas cautelares precisas para la protección y custodia del menor conforme a los preceptos civiles aplicables, instando en su caso las actuaciones para la incapacitación del menor y la constitución de los organismos tutelares conforme a derecho, sin perjuicio todo ello de concluir la instrucción y de efectuar las alegaciones previstas en esta Ley conforme a lo que establecen sus [arts. 5.2 y 9](#), y de solicitar, por los trámites de la misma, en su caso, alguna medida terapéutica adecuada al interés del menor de entre las previstas en esta Ley".

Este precepto debe ponerse en conexión con el [art. 5 LORPM](#), que regula las bases de la responsabilidad de los menores; con el [art. 7.1.d\)](#), que aborda la medida de internamiento terapéutico; con el [art. 7.1.e\)](#), que regula la medida de tratamiento ambulatorio; con el [art. 9.7.ª](#), que trata sobre las medidas imponibles en caso de concurrencia de eximentes; y con el [art. 54.2](#), que autoriza en determinados supuestos a ejecutar medidas en centros socio-sanitarios.

También debe ponerse en relación con el [art. 762 LEC](#), que en un plano civil regula las medidas cautelares en los procedimientos de incapacitación, y con el [art. 763 LEC](#), que aborda el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico.

El texto del Proyecto de Ley de 16 de octubre de 1998 era idéntico al que fue finalmente aprobado. Únicamente durante la tramitación parlamentaria se añadió el inciso "conforme a lo que establecen sus [arts. 5.2 y 9](#)" (128).

El [artículo 29 LORPM](#) obliga por tanto al fiscal a promover la adopción de las medidas de protección y custodia del menor que fueran precisas conforme a los preceptos civiles aplicables, cuando en el transcurso de la instrucción resulte acreditada la enajenación mental, cualquier anomalía o alteración psíquica que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión, cuando se acredite que el menor al tiempo de cometer la infracción estaba en estado de intoxicación plena por alcohol, drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o bajo la influencia del síndrome de abstinencia a estas sustancias o cuando por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento tenga gravemente alterada la conciencia de la realidad.

En estos supuestos el fiscal deberá, en su caso, instar la incapacitación o la constitución de organismos tutelares, sin perjuicio de concluir el expediente y solicitar, si procede, una medida terapéutica adecuada a las necesidades del menor.

Al referirse la LORPM a medidas cautelares civiles para menores en los que se aprecie alguna de las circunstancias previstas en los [n.ºs 1, 2 y 3 del art. 20 CP](#), incurre en una confusión clara de conceptos. Pierde totalmente de vista el sentido técnico jurídico de la medida cautelar en el procedimiento penal de menores, confundiéndola con las medidas cautelares que podrían adoptarse en el seno del procedimiento de incapacitación.

Ni siquiera se especifica quién es competente para adoptar esas medidas, al hacer referencia a que "se adoptarán", con lo que se induce a confusión (129). Se utiliza una finalidad ajena a la del procedimiento penal "para la protección y custodia del menor" y se hace referencia a la fundamentación jurídica "conforme a los preceptos civiles aplicables".

En nuestra opinión, estas medidas debieran ser instadas ante el juez civil y no ante el juez de menores, y en el seno del procedimiento de incapacitación, y con base legal en los arts. 762 LEC (medidas cautelares en los procedimientos de incapacitación) y 763 del mismo texto legal (internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico). Y todo ello sin perjuicio de las facultades del juez de adoptar medidas protectoras provisionales -que no cautelares- al amparo del art. 158 CC.

La Circular 1/2000 se hace eco de la confusión en que incurre el art. 29 y tratando de deslindar los aspectos civiles y penales hace mención a que "en cuanto a la incapacitación del menor y la promoción de la constitución de los organismos tutelares, huelga decir que no son verdaderas medidas cautelares, y que para su promoción el fiscal se dirigirá a los órganos de la jurisdicción civil ante los que formulará las pretensiones que estime oportunas".

En relación con estos supuestos, como medida cautelar propia del proceso penal del menor, en el caso de que las circunstancias del procedimiento así lo exijan y concurren los presupuestos necesarios de toda medida cautelar, la que sí creemos que podrá adoptarse por el juez de menores es la medida cautelar de internamiento terapéutico, interpretando sistemáticamente el art. 28, en el que se regula la medida cautelar de internamiento, el art. 5 LORPM (bases de la responsabilidad de los menores), el art. 7.1.d) (medidas de internamiento terapéutico), el art. 7.1.e) (medida de tratamiento ambulatorio) y el art. 9.7.^a (medidas imponibles en caso de concurrencia de eximentes).

Esta misma línea es seguida por la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000 cuando declara que "la medida cautelar de naturaleza penal más adecuada para estos casos sería el internamiento terapéutico, cuyo presupuesto legal se hallaría en el art. precedente, al referirse al internamiento en centro en el régimen adecuado, lo que en buena hermenéutica autoriza la remisión a la medida del art. 7.1.d" (130).

La Circular 1/2007 muestra su sorpresa por el hecho de que la reforma 8/2006, pese a abordar la reestructuración de las medidas cautelares, haya "mantenido incólume el art. 29 LORPM, precepto que bajo la rúbrica medidas cautelares en los casos de exención de la responsabilidad incurre en graves deficiencias conceptuales, propicia interpretaciones erróneas, y, en definitiva traiciona, en su desarrollo, la rúbrica que pretendidamente sintetiza su contenido" (131).

En todo caso es aplicable el [art. 8 LORPM](#), de modo que si el delito imputado no lleva aparejada pena privativa de libertad, conforme al [CP](#), no podría imponerse ni medida privativa de libertad en sentencia, ni medida cautelar equivalente ([132](#)).

Conforme a la doctrina de la Fiscalía General del Estado no cabe interesar la imposición de una medida de internamiento terapéutico cuando los hechos no rebasen la mera falta.

También cabrá aplicar como medida cautelar el tratamiento ambulatorio en el marco de una medida cautelar de libertad vigilada, como regla de conducta de esta ([133](#)).

Algunos autores confunden la naturaleza de las medidas y parten de que acreditada la inimputabilidad debe procederse al archivo. Esto no es obviamente así: el [artículo 28](#) de la Ley establece que, en los casos del [artículo 1.º](#), [2.º](#), y [3.º del artículo 20 del Código Penal](#), el fiscal, además de actuar conforme a los preceptos civiles aplicables, actuará "sin perjuicio de concluir la instrucción y de efectuar las alegaciones previstas en esta ley conforme a lo que establecen sus [artículos 5.2](#) y [9](#) y de solicitar por los trámites de la misma, en su caso, alguna medida terapéutica adecuada al interés del menor de las previstas en esta Ley".

VII. ABONO DE LA MEDIDA CAUTELAR

De conformidad con el [art. 28.5 LORPM](#), "el tiempo de cumplimiento de las medidas cautelares se abonará en su integridad para el cumplimiento de las medidas que se puedan imponer en la misma causa o, en su defecto, en otras causas que hayan tenido por objeto hechos anteriores a la adopción de aquéllas".

Este precepto es trasunto de la regulación que sobre la materia se contiene en el Código Penal, que a tales efectos habrá de entenderse supletoriamente aplicable, conforme a la [Disposición Final Primera LORPM](#).

El [apartado primero del art. 58 CP](#) ha sido modificado por la [LO 5/2010](#), para neutralizar la interpretación emanada de la doctrina del TC en relación con el doble abono de la prisión provisional ([134](#)). El nuevo texto dispone que "el tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el Juez o Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada, salvo en cuanto haya coincidido con cualquier privación de libertad impuesta al penado en otra causa, que le haya sido abonada o le sea abonable en ella. En ningún caso un mismo periodo de privación de libertad podrá ser abonado en más de una causa". No cabrá tampoco doble abono en el proceso penal de menores.

El [art. 28.5 LORPM](#) establece criterios enormemente flexibles, ya que el juez dará la medida por cumplida en la parte que "estime razonablemente compensada por la medida cautelar", por lo que, especialmente en los supuestos de diferencias cualitativas entre medida cautelar y medida finalmente impuesta en sentencia, no habrá de atenderse a un criterio puramente cuantitativo.

Desde el punto de vista procedimental, el art. 28.5 LORPM dispone que "el Juez, a propuesta del Ministerio Fiscal y oídos el letrado del menor y el equipo técnico que informó la medida cautelar, ordenará que se tenga por ejecutada la medida impuesta en aquella parte que estime razonablemente compensada por la medida cautelar".

Pese a la dicción literal del precepto comentado, entendemos que, aún sin propuesta del fiscal, habrá de procederse a la compensación si esta efectivamente procede. En efecto, el [art. 10.1 párrafo séptimo del Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la LORPM](#), con mayor corrección, dispone que "en la liquidación de la medida practicada por el secretario del juzgado, se abonará en su caso el tiempo cumplido de las medidas cautelares en los términos del [artículo 28.5 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores](#)."

Una vez aprobada la liquidación por el juez, previo informe del Ministerio Fiscal y del letrado del menor, se comunicará a la entidad pública competente" (135).

Habrá también de aplicarse la medida cautelar de alejamiento a la medida definitiva de alejamiento, y si este no llega a imponerse, a la concreta medida definitivamente impuesta, operando con criterios de compensación racional.

El Dictamen 6/2011 de la fiscal de Sala Coordinadora de Menores introduce una tabla de equivalencias:

	Internamiento cerrado	Internamiento SA/A	Convivencia GE	Libertad vigilada	Prestac. BC	Tarea SE
Internamiento cerrado		2 días	4 días	4 días	16 horas	16 días
Internamiento SA/A			2 días	2 días	8 horas	8 días
Convivencia GE				1 día	4 horas	4 días
Libertad vigilada					4 horas	4 días

ALJM	4 días	2 días	1 día	1 día	4 horas	4 días
------	--------	--------	-------	-------	---------	--------

Para el Dictamen "las reglas de equivalencia, en caso de que quedara una fracción de medida cautelar sobrante, se interpretarán en beneficio del ejecutoriado (v. gr., si se ha cumplido una cautelar de 15 días de convivencia y se impone una medida definitiva de internamiento cerrado, se abonarán 4 días de internamiento cerrado).

En caso de que la medida cautelar ejecutada hubiera sido defectuosamente cumplida por el menor, las equivalencias podrán ser moduladas a la baja.

A la hora de abonar medidas cautelares debe darse por reproducido el texto de la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2004, de 22 de diciembre, sobre aplicación de la reforma del código penal operada por [ley orgánica 15/2003, de 25 de noviembre](#) (primera parte), que asume la interpretación correctora del TS tendente a ampliar los márgenes del abono evitando al mismo tiempo conceder al reo una licencia para delinquir que constituiría un perturbador factor criminógeno: "ha de permitirse el abono referido en casos de hechos delictivos cometidos con posterioridad al ingreso en prisión, siempre que esos hechos delictivos, por los que en definitiva ha de cumplirse la pena, sean anteriores a la fecha en que el reo tuvo conocimiento de la sentencia que le absolvió (o impuso pena menor a la prisión ya sufrida) en la causa en la que la prisión provisional fue acordada. Sólo a partir del momento en que tal sentencia fue conocida por el interesado cabe decir que éste puede actuar con el mencionado sentimiento de impunidad que constituye el fundamento de la limitación o excepción expresada en la frase final del [art. 58.1](#)" ([SSTS 808/2000, de 11 mayo](#) y [2394/2001, de 18 diciembre](#)).

La detención preventiva sufrida también debe abonarse para el cumplimiento de la pena. Las dudas y vacilaciones deben entenderse superadas con la amplitud del nuevo texto del [art. 58 CP](#) tras la reforma 15/2003: el tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la pena o penas impuestas. A efectos de realizar la conversión, un día de detención preventiva (aunque no se hayan agotado las 24 horas) equivaldrá a un día de internamiento cerrado".

El Dictamen también propone pautas para fortalecer el principio de celeridad en los supuestos de conformidad, a fin de dejar zanjada la decisión sobre el abono:

"Mención aparte merece la conversión cuando se produce una conformidad. En estos supuestos, con el fin de promover al máximo el principio de celeridad, esencial en la jurisdicción de menores, si durante la causa se han adoptado medidas cautelares, salvo circunstancias excepcionales, la conformidad debe condicionarse a la aceptación del quantum de la medida que ha de ser abonada, debiendo ponerse en conocimiento del Juez el acuerdo global alcanzado, para que en el mismo acto de la aprobación de la conformidad y previa audiencia del Equipo Técnico, conforme a las previsiones del [art.](#)

28.5 LORPM, se apruebe el quantum de medida cautelar que va a ser aplicado y por tanto, se allane el procedimiento de liquidación.

Con este sencillo expediente, se orilla el camino de la ejecución y queda resuelto un incidente que -si la Defensa plantea discrepancias en cuanto a los módulos de conversión- podría llegar a dilatar esta trascendental fase".

VIII. RECURSOS

Contra los autos que resuelven sobre medidas cautelares cabrá interponer recurso de reforma.

También cabrá interponer recurso de apelación, bien contra el auto que resuelva el recurso de reforma, bien directamente, *per saltum*, contra el auto que resuelve sobre la medida cautelar.

Conforme al **art. 41 apartado tercero LORPM** "contra los autos que pongan fin al procedimiento o resuelvan el incidente de los **arts. 13, 28, 29 y 40 de esta Ley**, cabe recurso de apelación ante la Audiencia Provincial por los trámites que regula la **Ley de Enjuiciamiento Criminal** para el procedimiento abreviado".

Frente al auto resolviendo la apelación cabrá interponer un recurso de amparo ante el TC (136).

La **STEDH de 16 de diciembre de 1999 (V. contra el Reino Unido)** en el caso de los niños de Liverpool declaró la vulneración del **art. 5 CEDH** al no haberse dado la oportunidad de una revisión por un tribunal de justicia sobre la legalidad de la situación de prisión provisional.

IX. LA IMPARCIALIDAD DEL JUEZ DE MENORES Y LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES

Las causas de abstención y de recusación, contenidas en el **art. 219 LOPJ**, al estar dirigidas a tutelar la imparcialidad del juzgador, integran el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, como ha tenido ocasión de declarar reiteradamente nuestro TC.

La **Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 noviembre 1989, en su art. 40.2 b) (137)** establece que "todo niño del que se alegue que ha infringido

las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantizará al menos, lo siguiente: iii) (que) la causa será dirimida por una autoridad u órgano judicial... imparcial".

Como expresa el TC "ser tercero entre partes, permanecer ajeno a los intereses en litigio y someterse únicamente al ordenamiento jurídico como criterio de juicio, son notas esenciales que caracterizan la función jurisdiccional..." (STC n.º 162/1999, de 3 de noviembre. Ponente: Tomás S. Vives Antón).

La imparcialidad objetiva implica que los jueces se acerquen a la causa "sin prevenciones ni prejuicios que en su ánimo pudieran quizás existir a raíz de una relación o contacto previos con el objeto del proceso" (STC n.º 157/1993, de 6 de mayo. Ponente: Luis López Guerra).

Una de las causas de abstención y de recusación consiste en "haber actuado como instructor de la causa penal" (art. 219.10 LOPJ). La finalidad es la de evitar prejuicios acerca de la culpabilidad del acusado por parte del órgano jurisdiccional encargado de conocer del juicio oral.

Debe también tenerse en cuenta para enmarcar el problema que, como ha reiterado el TC (SSTC n.º 106/89, 151/91, 136/92, 170 y 320/93), "no todo acto instructorio compromete dicha imparcialidad, sino tan solo aquellos que, por asumir el juez un juicio sobre la participación del imputado en el hecho punible, puedan producir en su ánimo determinados prejuicios sobre la culpabilidad del acusado que lo inhabiliten para conocer de la fase de juicio oral".

El TC ha mantenido que afecta a la imparcialidad objetiva el haber resuelto sobre la situación personal del imputado (STC n.º 145/1988 y 11/1989), si bien en otra sentencia, la STC n.º 106/1989, mantiene que solo afecta a la imparcialidad la prisión acordada de oficio y no cuando se dicta como consecuencia de un debate contradictorio (138).

Por su parte, para el TEDH no necesariamente el haber acordado la prisión del imputado supone pérdida de imparcialidad, y así en la STEDH de 26 de febrero de 1993 (Padovani) mantuvo que los temores de parcialidad no estaban justificados, pues entre otras razones se basó para privarle de libertad en las propias declaraciones del inculcado. En la STEDH de 24 de agosto de 1993 (Nortier), asunto específicamente afectante al derecho penal juvenil en un sistema (holandés) como el nuestro en el que el fiscal es el instructor, no se apreció la contaminación del juez pese a haber decidido durante la tramitación de la causa hasta cuatro veces sobre la petición de prisión, ya que al juez le bastaba con constatar la existencia de indicios serios al acordar la prisión, además de que el menor se había confesado autor y no recusó al juez cuando tuvo la oportunidad de hacerlo. Por último, en el caso Hauschildt el TEDH mantiene que conforme al derecho danés, donde la instrucción depende exclusivamente de la Policía y del Ministerio Fiscal,

los jueces realizan durante la instrucción una función meramente fiscalizadora, y al resolver sobre la prisión únicamente valoran si las sospechas de la Policía tienen algún fundamento, sin que esta valoración pueda equipararse a una declaración formal de culpabilidad. Sin embargo, sí se aprecia en este supuesto vulneración del derecho al juez imparcial, porque el Tribunal se basó para acordar la prisión en que había sospechas confirmadas de que se había cometido un delito (139).

A la vista de la configuración en la LORPM del fiscal como instructor, del juez como órgano de enjuiciamiento y como juez de garantías en la instrucción, y a la vista del reforzamiento de la asistencia letrada al menor, puede entenderse que continúan siendo de aplicación las conclusiones contenidas en la STC n.º 60/1995 de 17 de marzo, en la que el TC, en relación con la anterior LO 4/92, consideró que no vulneraba el derecho al juez imparcial el hecho de que el juez de menores llamado a enjuiciar al menor pudiera acordar su internamiento cautelar, practicar las diligencias que el fiscal no pudiera realizar por sí o participar en la comparecencia (140). Un sector de la doctrina asume esta tesis (141).

Pero debe recordarse que también el TC declaró que "constituye un común denominador de todas las medidas cautelares, penales y civiles, que puedan disponerse en el proceso penal el de que su "fumus boni iuris" o presupuesto material que justifica su adopción estriba en un fundado juicio de imputación que ha de formarse el Juez de Instrucción sobre la participación del acusado en el hecho punible (arts. 503.3 y 589 LECrim)... la asunción por el Juez de Instrucción de dicho juicio de imputación puede hacer nacer en el Juzgador cierto prejuicio sobre la responsabilidad penal del imputado que compromete, subjetiva y objetivamente, su imparcialidad para conocer de la fase de juicio oral contra un acusado con respecto al cual adoptó durante la instrucción cualquier género de medida cautelar"(SSTC n.º 310/2000, de 18 de diciembre y n.º 320/1993, de 8 de noviembre).

No cabe desconocer que lo relativo a la preservación de la imparcialidad del juez de menores es un debate inacabado y un problema aún sin solución definitiva, especialmente cuando se analiza el supuesto específico de la adopción de medidas cautelares. En el procedimiento de adultos para dictar prisión el juez debe analizar, conforme a lo dispuesto en el art. 503.1.2.º LECrim, "que aparezcan de la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión". Del mismo modo, en el proceso de menores el art. 28 LORPM establece como requisito de la adopción de la medida cautelar el que "existan indicios racionales de la comisión de un delito".

Qué duda cabe que esta valoración puede significar una toma de posición previa al juicio en relación con el concreto asunto y, por tanto, un prejuicio *-praeiudicium-* contaminante.

En nuestra opinión, cuando el juez de menores ha de decidir si procede o no la adopción de una medida cautelar (en especial cuando se trata de la más grave, del internamiento), necesariamente entra a valorar los elementos potenciales de prueba concurrentes, de forma que, solo cuando entiende que razonablemente habrá prueba bastante sobre la participación del imputado en los hechos, entra a analizar los demás presupuestos de la decisión.

Por ello, entendemos, puede producirse contaminación, pues necesariamente habrá contacto con el material de la instrucción y el juez se formará una opinión sobre el asunto antes de la celebración de la audiencia -prejuicio-, por lo que aun en el caso de que la doctrina del Constitucional continuara manteniéndose, lo más respetuoso con el derecho al juez imparcial sería dejar abierta la posibilidad en cada caso concreto de utilizar la abstención y de admitir la recusación (142).

Los pronunciamientos dictados hasta la fecha suelen ser reacios a estimar la recusación: así, la [SAP Orense, secc. 2.ª, n.º 112/2011, de 16 de marzo](#) (ponente: Manuel Cid Manzano) en un supuesto de recusación con base en la adopción de medida cautelar se decanta por la improcedencia por extemporánea y por entender que no concurre causa legal (143).

Se considera, sin embargo, procedente la abstención en un supuesto (caso Marta del Castillo) en el que hay una intervención en la instrucción con actuaciones relevantes que, por sus características y atendidas las circunstancias del caso concreto, presupongan un contacto de cierta intensidad con las investigaciones y pesquisas encaminadas a preparar el juicio oral. Se entiende que la causa de abstención puede existir a pesar de que el magistrado respecto de quien se postula no haya sido formalmente "instructor", siempre que en el ejercicio de sus funciones hubiese intervenido en la instrucción con actuaciones relevantes que, por sus características y atendidas las circunstancias del caso concreto, presupongan un contacto de cierta intensidad con las investigaciones y pesquisas encaminadas a preparar el juicio oral, cuando no se trata de una actividad instructora puntual, episódica (dictado de una medida cautelar en momento puntual y de forma incidental), sino de un contacto con el procedimiento, trascendental, relevante, porque el dictado de numerosas resoluciones, por los términos empleados en su redacción, necesariamente demuestran que el ahora abstenido ha tenido que conocer el procedimiento en toda su extensión, valorar y, lo que es, sin duda, importante y decisivo, formarse antes del dictado de alguna de las resoluciones un cierto criterio en orden a la resolución del expediente. Lo que, sin duda, le priva de la imparcialidad objetiva exigible ([AAP Sevilla, secc. 3.ª, n.º 419/2010, de 21 de junio](#). Ponente: José Manuel Holgado Merino) (144).

Bibliografía

1. AGUILERA MORALES, Marién. Las medidas cautelares en la Ley de Responsabilidad Penal del Menor (o crónica de un despropósito). En: *Revista Tribunales de Justicia*. La Ley, marzo 2003, n.º 3.
2. ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara. *Derecho Procesal Penal*. Oliva, Andrés de la (dir.). Madrid: Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1993.
3. CALATAYUD PÉREZ, Emilio. *Justicia de Menores: una justicia mayor*. CGPJ, 2000. (Manuales de Formación Continuada; 9).
4. CARRERA DOMÉNECH, Jorge. La orden de protección en el marco de la justicia penal de adolescentes. En: *Sentencias de TSJ y AP y otros tribunales*. Parte Estudio. Editorial Aranzadi, 2005, núm. 3.
5. CARRERA DOMÉNECH, Jorge. El proceso de responsabilidad civil en la Ley Orgánica 5/2000. En: *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*. Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, 2003.
6. COLÁS TURÉGANO, Asunción. *Derecho Penal de Menores*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2011. pp. 315-356.
7. CORONADO BUITRAGO, M.^a Jesús. *La singular posición de la víctima en la justicia de menores*. En: *La victimología*. 1993. (Cuadernos de Derecho Judicial).
8. DE LAMO RUBIO, Jaime. La víctima en el actual proceso de menores: presencias y ausencias. En: *La Ley*. 4 octubre 1999, núm. 4897.
9. DE URBANO CASTRILLO, Eduardo. *La responsabilidad penal de los menores (adaptada a la LO 8/2006, de 4 de diciembre)*. Thomson-Aranzadi, 2007.
10. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*. Thomson-Civitas, 2008. p. 332.
11. FIERRO GÓMEZ, Avelino. La instrucción. Diligencias de instrucción. En especial, determinación de la edad, identificación del menor, ruedas de reconocimiento. La imputación. En: *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*. Ministerio de Justicia-CEJAJ, 2002, I.
12. FIERRO GÓMEZ, Avelino. La intervención de Letrado y las medidas cautelares en el proceso penal de menores. En: *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*. Ministerio de Justicia-CEJAJ, II-2003.
13. GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, Gemma. *El proceso penal de menores*. Thomson-Aranzadi, 2007.
14. GIMENO SENDRA, Vicente. La prisión provisional y derecho a la libertad. En: *Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal*. 2000, V.
15. GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. Editorial Coléx, 2004.
16. GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. *Violencia de género y proceso*. Tirant Lo Blanch, 2007.

17. GÓMEZ RECIO, Fernando. *Medidas cautelares en la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*. CEJ, 2002.
18. GONZÁLEZ CANO, M.^a Isabel. Valoración de las reformas procesales operadas por la LO 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la ley orgánica de responsabilidad penal de los menores. En: *Diario La Ley*. 25 junio 2007, año XXVIII, número 6742. Edición electrónica.
19. HUETE PÉREZ, Luis. Problemas prácticos de la aplicación de la Ley Orgánica 5/2000. Organización y reparto de asuntos. En: *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*. 2003, núm. II.
20. KNEBES, William G. Guidelines for Domestic Violence Protection and Antiharassment Orders. En: *Washington Courts*. 2001. Vid. la página oficial de los tribunales de Washington: <http://www.courts.wa.gov>.
21. KRISBERG, Barry y AUSTIN, James F. *Reinventing juvenile justice*. California: Sage Publications, 1993. pp. 50-75.
22. LASTRA DE INÉS, Almudena. La fase de investigación. Actuación instructora. Las soluciones extrajudiciales. En: *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*. Ministerio de Justicia-CEJAJ, junio 2000.
23. MAPELLI CAFFARENA, Borja, GONZÁLEZ CANO, María Isabel y AGUADO CORREA, Teresa. *Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2002. p. 207.
24. MARTI SÁNCHEZ, Nicolás. Protección de la víctima y responsabilidad civil en la ley penal de los menores. En: *Actualidad Penal*. 2001, n.º 4.
25. MARTÍNEZ SERRANO, Alicia. El Tratamiento de la responsabilidad civil en la Ley de Justicia Juvenil. En: *Estudios del Ministerio Fiscal*. Volumen VII, p. 457.
26. OLIVER, Esther y VALLS, Rosa. *Violencia de género (Investigaciones sobre quiénes, por qué y cómo superarla)*. El Roure Editorial, 2004.
27. ORNOSA FERNÁNDEZ, Rosario. *Derecho Penal de Menores*. Ed. Bosch, 2000.
28. PÉREZ JIMÉNEZ, Fátima. *Menores infractores: estudio empírico de la respuesta penal*. Tirant. Criminología y educación social, 2006. p. 473.
29. RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. *Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Ed. Colex, enero 2000.
30. RODRÍGUEZ SOL, Luis. La imparcialidad objetiva de los Tribunales: antes y después de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de octubre de 1998 (caso Castillo Algar vs España). En: *Revista del Ministerio Fiscal*. 2000, núm. 7.
31. SANGUINÉ, Odone. *Prisión provisional y derechos fundamentales*. Tirant Lo Blanch, 2003.
32. SANZ HERMIDA, Ágata María. *Comentarios a la Ley Penal del Menor*. Iustel, 2007.

33. SENÉS MOTILLA, Carmen. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y sus competencias. En: *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género*. Gómez Colomer, Juan Luis (coord.). Universitat Jaime I, 2007. (Estudis jurídics; 13).
34. TAPIA PARREÑO, Jaime. Recientes reformas en materia de protección de menores víctimas en los procesos penales. En: *Diario La Ley*. 20 febrero 2007, año XXVIII, número 6655, p. 4.
35. TINOCO PASTRANA, Ángel. La víctima en el proceso penal de menores. En: *Diario La Ley*. 3 marzo 2005, año XXVI, número 6202.
36. TOMÉ GARCÍA, José Antonio. *El procedimiento penal del menor*. Thomson Aranzadi, 2004.
37. VAQUER ALOY, Antoni. La responsabilidad civil en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores: una propuesta de interpretación. En: *La Ley*. 12 enero 2001, año XXII, número 5224.
38. VALBUENA GARCÍA, Esther. *Medidas cautelares en el enjuiciamiento de Menores*. Thomson Aranzadi, 2008.
39. VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos. *Derecho Penal Juvenil europeo*. Dyckinson, 2005.
40. VENTURA FACI, Ramiro y PELÁEZ PÉREZ, Vicente. *Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Comentarios y jurisprudencia*. Editorial Cóllex, 2000.

Notas

- (1) ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara, *Derecho Procesal Penal*, OLIVA, Andrés de la (dir.), Madrid: Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1993, p. 381.
- (2) GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Penal*, Editorial Colex, 2004, p. 481.
- (3) DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, *La responsabilidad penal de los menores (adaptada a la LO 8/2006, de 4 de diciembre)*, Thomson-Aranzadi, 2007.
- (4) Vid. VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, *Derecho Penal Juvenil europeo*, Dyckinson, 2005, pp. 201 y 264.
- (5) Schall v. Martin, 467 U.S. 253 (1984).
- (6) Se ha enmarcado esta decisión dentro del giro conservador de la jurisprudencia de la *Supreme Court* norteamericana. Vid. KRISBERG, Barry, y AUSTIN, James F., *Reinventing juvenile justice*, California: Sage Publications, 1993, pp. 50 y 75.
- (7) KRISBERG, y AUSTIN, op. cit., p. 76. Estos autores señalan que no existe una correspondencia entre la gravedad del delito cometido y la mayor prolongación del internamiento sino que más bien se observa que los internamientos más prolongados los sufren los menores en situación de riesgo por pertenecer a núcleos familiares desestructurados.
- (8) En su redacción original: "Where possible, alternatives to remand in custody should be used for juvenile suspects, such as placements with relatives, foster families or other forms of

supported accommodation. Custodial remand should never be used as a punishment or form of intimidation or as a substitute for child protection or mental health measures".

- (9) TOMÉ GARCÍA, José Antonio, *El procedimiento penal del menor*, Thomson Aranzadi, 2004, p. 136.
- (10) Para SANZ HERMIDA, Ágata María, *Comentarios a la Ley Penal del Menor*, Iustel, 2007, p. 273, "parece que el interés del menor, una vez ponderados todos los presupuestos señalados, ha de ser nuevamente el estándar último utilizado para valorar la conveniencia de su adopción".
- (11) Con razón se ha criticado tal alusión porque distorsiona la finalidad esencial de aseguramiento. Así se mantiene que "las posibles medidas en defensa del menor no tienen justificación en un proceso penal, sin perjuicio de otras medidas protectoras necesarias pero independientes del proceso penal" y ello con base en que las medidas cautelares restrictivas de derechos "sólo pueden estar motivadas en la existencia de indicios racionales de la comisión del hecho delictivo y justificadas en el riesgo de que el menor imputado pueda eludir u obstruir la acción de la justicia". VENTURA FACI, Ramiro, y PELÁEZ PÉREZ, Vicente, *Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Comentarios y jurisprudencia*, Editorial Cóllex, 2000.
- Así, GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, Gemma, *El proceso penal de menores*, Thomson-Aranzadi, 2007, p. 111, ha mantenido que "el hecho incontestable de que la justicia penal de menores ha de estar primordialmente inspirada por la protección de los intereses del menor delincuente no implica que todas y cada una de las actuaciones que integran el proceso deban estar directa y fundamentalmente dirigidas a ese fin. Es más, solo en la medida en que cada acto cumpla satisfactoriamente su propia finalidad se obtendrá el resultado que se espera... Las medidas cautelares... no han de pretender la custodia y defensa del menor... En realidad el fin básico de toda medida cautelar ha de ser procurar la averiguación de la verdad de los hechos y evitar que la ausencia del menor en el proceso impida su desarrollo. Cuestión diferente es que accesorariamente pueda también servir a otros objetivos, como evitar la reiteración delictiva...". En la misma línea, GONZÁLEZ CANO, M.^a Isabel, "Valoración de las reformas procesales operadas por la LO 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la ley orgánica de responsabilidad penal de los menores", *Diario La Ley*, 25 de junio de 2007, año XXVIII, número 6742, edición electrónica, que entiende que "la finalidad de estas medidas están ligadas al cumplimiento efectivo del proceso y a los riesgos derivados de su dilación temporal. Sin embargo, en este punto, se mantiene en el texto del [art. 28](#) como finalidad de las medidas cautelares "la custodia y defensa del menor expedientado". Entendemos que este no es el fin de una medida cautelar sino de la labor asistencial de cara al menor. Una cosa es entender que en la adopción de las medidas cautelares debe valorarse el interés del menor, principio que inspira en general el expediente penal del menor, y que exige valorar las circunstancias personales y sociales del menor ([art. 28.1](#)), y otra bien distinta establecer como finalidad de la medida cautelar la custodia y defensa del menor, que justamente en muchos casos lo que justificaría sería precisamente la no adopción de medidas cautelares sino de medidas asistenciales ajenas al enjuiciamiento penal del menor, o de medidas administrativas como la declaración de desamparo o el acogimiento". También en la misma línea DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio, *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Thomson-Civitas, 2008, p. 332, y FIERRO GÓMEZ, Avelino, "La intervención de Letrado y las medidas cautelares en el proceso penal de menores", *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, Ministerio de Justicia-CEJAJ, II-2003, p. 648.
- (12) En el mismo sentido GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, op. cit., p. 105; GÓMEZ RECIO, op. cit., p. 632; CALATAYUD PÉREZ, Emilio, "Justicia de Menores: una justicia mayor", *Manuales*

de Formación Continuada, CGPJ, 2000, n.º 9, p. 151; y COLÁS TURÉGANO, Asunción, *Derecho Penal de Menores*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2011, pp. 315-356.

- (13) En esta línea, se considera que "el contenido de las medidas de libertad vigilada o de convivencia con otra persona, familia o grupo educativo y, de otra parte, su régimen legal, bien pudiera afirmarse que aquéllas están a caballo entre las medidas cautelares y las medidas de protección. En este sentido es de hacer notar que la Ley en absoluto deja claras la naturaleza y finalidad de aquellas medidas: los presupuestos legales a que se condiciona su adopción no parecen dejar lugar a dudas sobre su carácter cautelar, en cambio, el contenido de alguna de aquellas medidas es dato que abunda en su carácter tuitivo". AGUILERA MORALES, Marién, "Las medidas cautelares en la Ley de Responsabilidad Penal del Menor (o crónica de un despropósito)", *Revista Tribunales de Justicia*, La Ley, marzo de 2003, n.º 3, p. 22.

Para GÓMEZ RECIO "mientras que la medida cautelar penal salvaguarda el proceso -y a la sociedad en el caso de los reincidentes- para conseguir que se dicte sentencia, las medidas cautelares de medio abierto de la LORPM van más allá, van encaminadas a preparar el éxito de la sentencia. Protegen al menor e intentan garantizar que cuando se dicte sentencia firme, existan las condiciones para que la medida definitiva aún pueda llegar a buen fin. Este autor incluso señala que a través de la medida cautelar de libertad vigilada puede "adelantarse la intervención educativa sobre el menor, sobre la cual profundizará posteriormente la medida definitiva". GÓMEZ RECIO, Fernando, *Medidas cautelares en la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, CEJ, 2002.

- (14) Para GÓMEZ RECIO, op. cit., "a través de la medida cautelar de libertad vigilada puede "adelantarse la intervención educativa sobre el menor, sobre la cual profundizará posteriormente la medida definitiva".
- (15) Vid. LASTRA DE INÉS, Almudena, "La fase de investigación. Actuación instructora. Las soluciones extrajudiciales", *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, Ministerio de Justicia-CEJAJ, VI-2000, p. 207 y ss.

También considera que siempre es exigible comparecencia, sea cual sea la medida interesada, DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio, *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Thomson-Civitas, 2008, p. 333.

- (16) Este texto disponía respecto a las medidas cautelares de libertad vigilada que "el art. 28.1 no exige la celebración de una comparecencia, pero sí la preceptiva audiencia del Letrado del menor, del Equipo Técnico y de la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, audiencia que podrá verificarse por trámite escrito. En el caso de que el menor sea detenido por la Policía y puesto a disposición del Fiscal, si éste no tiene intención de solicitar la medida cautelar de internamiento habrá de poner en libertad al detenido dentro del plazo de 48 horas a contar desde el momento de la detención y posteriormente solicitar del Juez la adopción de la medida de libertad vigilada o de convivencia con otra persona, familia o grupo educativo si las considera apropiadas para la custodia y defensa del menor".
- (17) Durante la tramitación parlamentaria se propuso una enmienda tendente a legitimar a la acusación particular para que pudiera instar medidas cautelares pero esta no fue acogida en el Congreso, siendo finalmente asumida tras su pase por el Senado y posterior ratificación en el Congreso. En efecto, la enmienda núm. 168, firmante grupo parlamentario popular en el Congreso, propuso modificar el artículo 28 de la Ley con la siguiente redacción: "1. El Ministerio Fiscal y la acusación particular, cuando existan indicios racionales de la comisión de un delito y el riesgo de eludir u obstruir la acción de la justicia por parte del menor o de atentar contra los bienes jurídicos de la víctima, podrá solicitar del Juez de Menores, en cualquier momento, la adopción de medidas cautelares para la custodia y defensa del menor expedientado o para la debida protección de la víctima. Dichas medidas podrán consistir en internamiento en centro en el régimen adecuado, libertad vigilada, prohibición de

aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez, o convivencia con otra persona, familia o grupo educativo... El tiempo máximo de la medida cautelar de internamiento será de seis meses, y podrá prorrogarse mediante auto motivado, a instancia del Ministerio Fiscal y de la acusación particular, oído al letrado del menor, por otros seis meses como máximo". Como justificación se alegaba que "como parte acusadora, resulta justificado que la acusación particular también pueda interesar la adopción de medidas cautelares. Lo contrario iría en contradicción con lo dispuesto en la regla contenida en el artículo 25 de la presente Ley Orgánica que, expresamente, lo faculta a interesar la "imposición de medidas a las que se refiere la Ley. De otro lado, por coherencia, la prórroga de la medida también podrá ser solicitada por la acusación particular" (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 29 de marzo de 2006, núm. 76-7, p. 95).

- (18) La enmienda n.º 108, del grupo parlamentario de Izquierda Verde-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds propone la supresión de la expresión "a instancia de quien haya ejercitado la acción penal", por congruencia con la eliminación de la acusación particular. La enmienda n.º 23 del grupo parlamentario vasco (EAJ-PNV) propone precisamente suprimir el inciso "el Ministerio Fiscal, de oficio o a instancia de quien haya ejercitado la acción penal..." aportando como justificación la de que en el primer apartado se suprime "de oficio o a instancia de quien haya ejercitado la acción penal", porque entendemos que no añade nada a la legitimación del fiscal para solicitar estas medidas. El Ministerio puede actuar incluso a instancia de otras personas que no sean las partes personadas.
- (19) Esta interpretación es sostenida por COLÁS, op. cit., "del tenor literal del precepto se deduce que la acusación particular no puede instar directamente la imposición de las mismas al juez de menores, sino a través del Ministerio fiscal, surgiendo la duda sobre si el fiscal está o no obligado a dar traslado al juez de las peticiones de la otra parte acusadora o puede decidir no dar traslado. Parece que lo más adecuado es que el fiscal ha de dar traslado al juez, sin perjuicio de unirse a la petición o, por el contrario, considerar no necesaria la misma o, en su caso proponer otra. Por otra parte, tal interpretación resulta más acorde con lo dispuesto en el art. 25, en el que, al enumerar las facultades y derechos de la acusación particular, concreta que ésta puede instar la imposición de las medidas a las que se refiere esta Ley (art. 25. Ap. b) LORRPM)".
- (20) En sentido contrario, aun criticándolo, se ha entendido que "el acusador particular... no está autorizado para solicitar directamente al Juez de Menores la adopción de la medida cautelar, sino que ha de plantear su petición al Fiscal instructor, de modo que sea éste el que curse la solicitud". Vid. GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, op. cit., p. 106.
- (21) Para la Circular (vid. p. 14 y ss.) "en lo que hace a la legitimación de la acusación particular para interesar la adopción de medidas cautelares, tras la reforma 8/2006 la Ley zanja la cuestión en relación con la medida de internamiento al disponerse expresamente en el párrafo segundo del apartado segundo del art. 28 que el Juez de Menores resolverá, a instancia del Ministerio Fiscal o de la acusación particular reconociendo pues, la plena legitimación de ésta a tales efectos... Más dudas se plantean en cuanto a la legitimación de la acusación particular para promover la adopción de otras medidas cautelares. Los interrogantes traen causa en la previsión general del apartado primero del art. 28, conforme al que el Ministerio Fiscal, de oficio o a instancia de quien haya ejercitado la acción penal... podrá solicitar del Juez de Menores, en cualquier momento, la adopción de medidas cautelares para la custodia y defensa del menor expedientado o para la debida protección de la víctima... De la contraposición de este apartado primero dedicado a las medidas cautelares en general y del apartado segundo, dedicado específicamente a la medida de internamiento, siguiendo una interpretación literal podría llegarse a la conclusión de que la acusación particular con carácter general carece de legitimación para interesar medidas cautelares directamente del Juez, pudiendo únicamente proponer al Fiscal que las

solicite, disponiendo de legitimación por excepción para promover el internamiento... Sin embargo, una interpretación lógica y sistemática ha de llevarnos a superar el tenor literal de este precepto -cuya desarmonía con el apartado segundo trae causa en los avatares parlamentarios- y a propugnar el reconocimiento general de legitimación a la acusación particular para interesar medidas cautelares. En efecto, si se reconoce expresamente a ésta legitimación para promover el internamiento cautelar, que es la medida más intrusiva, sería absurdo negárselo para proponer medidas menos invasivas, representándose aún con más intensidad la sinrazón de la exégesis literal si se repara en que de seguirse se negaría legitimación al ofendido para impetrar la medida cautelar creada específicamente para su protección, esto es, la medida de alejamiento... Esta afirmación general debe ser a su vez objeto de una matización: a la vista de los taxativos términos utilizados por el Legislador y teniendo en cuenta que se trata de una facultad excepcional, en tanto derogadora de la regla general, habrá de entenderse que una vez agotados los seis meses ordinarios de duración de la medida cautelar de internamiento sólo cabrá adoptar la prórroga a instancias del Ministerio Fiscal, decayendo a tales efectos la legitimación de la acusación particular. El [apartado tercero del art. 28](#) claramente refiere que la medida cautelar de internamiento podrá prorrogarse pero *a instancia del Ministerio Fiscal*. Este matiz más restrictivo en la prórroga del internamiento cautelar de menores es por lo demás plenamente ajustado a las directrices sugeridas al respecto por la Recomendación Rec (2003)20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa... *A fortiori*, cabe subrayar cómo expresamente la enmienda nº 168 presentada en el Congreso durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley trató de que se reconociera legitimación a la acusación particular para interesar la prórroga del internamiento. La no aprobación de dicha enmienda revela inequívocamente que la *voluntas legislatoris* era contraria al reconocimiento de tal legitimación".

(22) DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, op. cit., p. 332.

En esta línea y sin diferenciaciones, para TAPIA PARREÑO, op. cit., p. 3, la reforma soluciona los problemas de legitimación de la acusación particular para solicitar medidas cautelares.

(23) Esta tramitación preferente de expedientes con medidas cautelares ya se postuló en la Instrucción 1/1993, de 16 marzo, sobre líneas de actuación del Ministerio Fiscal en el procedimiento de la [Ley 4/1992](#).

(24) Vid. [STC 128/1995 de 26 de julio](#), que establece que "el mero transcurso del tiempo, al margen de propiciar la aparición de circunstancias sobrevenidas, va disminuyendo el peligro de fuga puesto que si bien es cierto que la gravedad de la pena que amenaza al imputado podría constituir en un primer momento razón suficiente para afirmar un peligro efectivo y relevante de fuga, no contrarrestable con otras medidas de aseguramiento de menor intensidad coactiva, también lo es que este argumento se debilita por el propio paso del tiempo y la consiguiente disminución de las consecuencias punitivas que puede sufrir el preso".

(25) Coincide por tanto con las previsiones del procedimiento penal de adultos, pues la LECrim dispone en el [art. 519](#) la tramitación en pieza separada de todas las actuaciones sobre la situación personal.

(26) Este precepto dispone lo siguiente: 1. En aquellas circunscripciones judiciales en que existan cuatro o más Juzgados de Menores se establecerá un servicio de guardia en el que turnarán de modo sucesivo todos los órganos de tal naturaleza en ellas existentes.

2. El servicio de guardia se prestará durante la jornada ordinaria de trabajo del Juzgado que se encuentre en turno, sin que su régimen normal experimente por ello alteración alguna.

3. Fuera de dicha jornada, el Juez y el Secretario del Juzgado, así como el funcionario o funcionarios a los que por turno corresponda, permanecerán en situación de disponibilidad

y en condiciones de continua localización para atender puntualmente a cualesquiera incidencias propias del servicio de guardia que pudieren suscitarse, en cuyo caso se incorporarán al mismo de forma inmediata.

4. El servicio de guardia se prestará con periodicidad semanal y dará comienzo los jueves al iniciarse la correspondiente jornada de trabajo. La Sala de Gobierno podrá modificar el día de relevo de la guardia en los mismos términos previstos en el art. 59 del presente Reglamento.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 4, la Sala de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia, previo informe de la Junta de Jueces y del Ministerio Fiscal, podrá disponer el servicio de guardia de permanencia de tres días de los Juzgados de Menores, cuando así lo aconsejen las necesidades del servicio y mientras éstas permanezcan.

El Juzgado de guardia desempeñará su función en régimen de presencia de 9 a 21 horas, y, de 21 a 9 horas del día siguiente, en situación de disponibilidad y en condiciones de continua localización, para atender puntualmente a cualesquiera incidencias propias del servicio de guardia que pudieren suscitarse, en cuyo caso se incorporarán al mismo de forma inmediata.

- (27) Conforme a este precepto "igualmente constituirá objeto del servicio de guardia la adopción de medidas cautelares respecto de las personas comprendidas en el ámbito de aplicación de la [Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores](#), o la práctica de diligencias restrictivas de los derechos fundamentales de dichas personas, cuando su necesidad se suscite fuera de las horas de audiencia del correspondiente Juzgado de Menores, siempre que en la demarcación de dicho Juzgado de Menores no exista un servicio de guardia propio de esta clase de órganos jurisdiccionales. A estos efectos el Juez de Instrucción que atienda el servicio de guardia actuará en sustitución del correspondiente Juez de Menores. Adoptada la decisión que proceda, el Juez de Instrucción en funciones de guardia remitirá lo actuado al órgano competente y pondrá a su disposición, en su caso, al menor de que se trate".
- (28) El precepto no aclara -parece que de forma consciente-, si el juez de instrucción que sustituye es el juez de instrucción de guardia de la capital donde radique el juzgado de menores (pues este radica en la capital y extiende su jurisdicción a toda la provincia) o si, por el contrario, sustituirá el concreto juzgado de guardia del lugar donde se produce la detención o del lugar donde se van a interceptar las comunicaciones o se va a producir la entrada y registro. Quizás el fin último de esta indeterminación sea el de flexibilizar la concreción del juzgado competente para poder atender a supuestos en los que pudiera ser complicado trasladar al menor ante el juez de guardia de la capital de provincia (por ejemplo, en supuestos de islas distintas de aquella en la que se ubica la capital). Para GÓMEZ RECIO, op. cit., "este reglamento no especifica quién sustituye al Juez de Menores, si el Juzgado de Guardia del lugar donde se produjo la detención, o el de guardia de la capital donde se encuentre el Juzgado de Menores, que como tal Juzgado de Menores, en la generalidad de los casos extiende su jurisdicción a toda la provincia. Parece más lógica esta última solución, sobre todo en interés del menor ya que le evita nuevos traslados toda vez que, en principio, las Secciones de Menores de las Fiscalías tienen su sede en la misma capital donde radica el Juzgado de Menores".
- (29) Para GÓMEZ RECIO, op. cit., "pueden darse distintas posibilidades: 1) Que no exista aún expediente abierto sobre los hechos y el menor sea detenido por las fuerzas de seguridad en virtud de las averiguaciones efectuadas para el descubrimiento del delito, sin previa orden de detención del Fiscal, o que habiendo expediente abierto aún no se haya dictado ninguna orden de detención sobre el menor. La policía evidentemente, y habida cuenta del plazo de 24 horas del que dispone, pondrá el menor a disposición de la Sección de Menores del lugar de la detención. En estos casos, a nuestro juicio, el Fiscal del lugar de la detención -asesorado por el Fiscal que conozca de la causa- deberá solicitar la medida

cautelar de internamiento, si procede, ante su propio Juez de Menores, quien aunque no sea competente para conocer de los hechos, sí debe resolver sobre la situación del menor acordando la medida cautelar solicitada o la libertad del menor en un plazo de 72 horas, todo ello por aplicación analógica del artículo 499 de la LECrim. Seguidamente el Juez que acordó la medida cautelar remitirá al Juzgado competente la pieza separada en que se habrá documentado la adopción de la medida poniendo a su disposición al menor. Debiendo entonces, el Juez de Menores competente realizar las gestiones oportunas para el traslado del menor al correspondiente centro de menores de su Comunidad Autónoma si la medida se acordó en otra distinta. 2) Que exista expediente abierto en la Sección de Menores del lugar en el que se cometió el hecho, y la detención sea consecuencia de una orden del Fiscal a las fuerzas de seguridad. A nuestro juicio la solución es la misma que la dicha para el supuesto anterior. El Ministerio Fiscal, aun cuando sea el órgano Instructor, no es un órgano jurisdiccional, por lo que todavía no habrá ningún Juzgado conociendo de los hechos. Recordemos que la fase judicial del procedimiento de menores comienza con la remisión del expediente una vez finalizado. El Juzgado de Menores del lugar de la detención, aun no siendo el competente para conocer de la causa, es el primer órgano jurisdiccional que tiene que adoptar una decisión sobre la misma, por lo que es plenamente aplicable supletoriamente, o si se quiere analógicamente, el artículo 499 de la LECrim. La comparecencia, si procede, deberá celebrarse en el lugar de la detención. 3) Que el expediente haya sido remitido al Juzgado, y que sea el propio Juez de Menores el que haya ordenado la detención del menor, generalmente por encontrarse éste en ignorado paradero... en este caso si el menor es detenido en un lugar distante de la sede del Juzgado que ordenó la detención, se plantea un problema de difícil solución. La circular de la FGE 2/1995 de 22 de noviembre sobre nuevo régimen procesal de la prisión preventiva, para casos análogos sostiene que la prisión no la debe dictar el Juez de Instrucción del lugar de la detención, sino el Juez competente. De dos formas: o bien sin comparecencia, celebrándose ésta en las 72 horas siguientes a la detención por el Tribunal competente, si es posible su traslado en ese tiempo, o incluso en las 72 horas siguientes a que el detenido esté efectivamente a disposición del Tribunal competente, o bien como segunda opción, celebrando la comparecencia ante el Juez competente sin la presencia del detenido a quien se oirá por exhorto telegráfico... A nuestro juicio estas soluciones planteadas para el derecho penal de adultos son difícilmente aplicables al derecho de menores. Antes de nada, la primera cuestión que se plantea es que existiendo una orden de detención judicial, es discutible que el menor deba ponerse a disposición del Fiscal. Todo parece indicar que lo más lógico es que el menor una vez detenido le sea presentado en el plazo de 24 horas al Juez de Menores del lugar de la detención quien lo comunicará al órgano judicial que acordó la misma... El primer problema es el de la necesaria puesta en conocimiento del hecho de la detención al Fiscal, único legitimado para solicitar la medida cautelar de internamiento. Ha de tenerse en cuenta que aunque el Juez de Menores haya dictado una orden de detención del menor, el Fiscal no está obligado a solicitar su internamiento cautelar... Unamos a esto que la LORPM establece en su artículo 45.2 que "la ejecución de las medidas corresponde a las Comunidades Autónomas y Ciudades de Ceuta y Melilla, donde se ubique el Juzgado de Menores que haya dictado la sentencia, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo siguiente". A la luz de este precepto, detenido un menor en Bilbao por orden del Juez de Menores de Huelva, si decidimos que la comparecencia se celebre en Huelva, oyendo al menor por exhorto telegráfico, será extremadamente problemático que el auto de un Juez de la Comunidad Autónoma de Andalucía pueda vincular a la Entidad pública del País Vasco, que recordemos sólo está obligada a ejecutar las medidas de los Jueces de Menores ubicados en su territorio. Tampoco parece más factible que la entidad pública de reforma de Andalucía una vez que se le notifica la medida cautelar impuesta por un Juez de su territorio a un menor detenido fuera de él, se encargue de gestionar el traslado del menor, ya que mientras esto ocurre no se sabría muy bien en que situación jurídica quedaría

el menor, ni bajo qué tutela. Pensamos que la solución menos problemática será celebrar la comparecencia, cuando esta proceda, previa solicitud del Fiscal, ante el Juez de Menores del lugar de la detención, tal y como entendemos puede hacerse en los dos supuestos que hemos analizado anteriormente".

(30) VALBUENA GARCÍA, Esther, *Medidas cautelares en el enjuiciamiento de Menores*, Thomson Aranzadi, 2008, p. 265.

(31) Las conclusiones de este Dictamen son las siguientes: 7ª Cuando un menor sea detenido por orden del Fiscal o por decisión policial resultante de una investigación en curso, y lo fuera dentro de una demarcación provincial distinta a la de la Sección de Fiscalía y Juzgado de Menores que deban conocer de la causa, la competencia para legalizar su situación corresponderá a la Sección de Menores de la provincia donde se materializa la detención, a través de su servicio de guardia. En estos casos, si fuera procedente la puesta del menor a disposición del Fiscal, la Sección de Menores que ulteriormente sea la competente para instruir, si previamente hubiera iniciado actuaciones, cursará auxilio urgente -vía fax, sin perjuicio de acudir a otros medios como el correo electrónico acompañando la documentación oportuna y diligencias a practicar-.

8ª En los casos previstos en el número anterior, si procediese la puesta a disposición del Juez de Menores e impetrar la realización de la comparecencia prevista en el [art. 28-2 de la LORPM](#), para solicitar alguna medida privativa de libertad, o alguna otra de las medidas previstas en ese mismo artículo, se hará así por el Fiscal exhortado, sin perjuicio de su comunicación y la debida coordinación con la Sección de Menores que lleve a cabo la instrucción, procediendo luego a su inhibición.

9ª Si se diera el supuesto un menor detenido en un municipio o población situados a mayor distancia de la capital que corresponda a su provincia que a la capital de la provincia limítrofe, cuya Fiscalía y Juzgado de Menores fueren los competentes para conocer de la causa por la que hubiera sido detenido, lo procedente -como matización a la regla anterior y de conformidad con el [art. 505-6, primer inciso de la LECrim](#)- sería verificar el traslado del detenido a la capital de la provincia vecina, sede de la Sección de Menores competente para instruir, dando esta última las órdenes pertinentes a la Fuerza instructora luego de comunicación, que podría ser telefónica, con el Fiscal de la demarcación territorial donde se hubiera materializado la detención.

10ª Excepcionalmente podría proceder que se legalizase la situación personal del detenido no por la Sección de Fiscalía y Juzgado de Menores de la provincia en que se produce la detención, sino por la Sección y Juzgado competentes para el conocimiento de la causa y a cuya sede territorial habría de ser conducido el menor por la Fuerza policial, siempre que concurren cumulativamente las siguientes condiciones:

A) Que se trate de un delito de extrema o máxima gravedad ([art. 10-1-b y 10-2 LORPM](#)), cuya instrucción revistiese además especial complejidad, o que concorra este último elemento de complejidad y especial dificultad en la instrucción tratándose de delitos que no fuesen incardinables dentro de las modalidades citadas del [art. 10 LORPM](#).

B) Que afecte a provincias o poblaciones limítrofes o muy próximas entre sí, pudiéndose acudir a un medio de transporte que garantice el traslado del detenido en un corto y prudente intervalo temporal, asegurando holgadamente que durante el recorrido no se consuma el plazo máximo de detención policial.

C) La decisión al respecto corresponderá en cualquier caso al Fiscal de la Sección de Menores que deba conocer de la causa, quien expedirá las órdenes oportunas a la fuerza policial que se ocupe de la custodia del detenido para que proceda a la conducción de éste, debiendo dar cuenta -siempre que fuera factible- al Delegado de su Sección y comunicar tal designio al Fiscal del servicio de guardia de menores del lugar de detención.

- (32) En el mismo sentido, CALATAYUD PÉREZ, Emilio, "Justicia de Menores: una justicia mayor", *Manuales de Formación Continuada*, CGPJ, 2000, n.º 9, p. 154.
- (33) Como ha señalado GONZÁLEZ CANO, op. cit., "el procedimiento para la adopción de la medida cautelar de internamiento, responde esencialmente al modelo acusatorio del art. 504 bis 2 LECrim".
- (34) Su introducción trae causa en la enmienda 46 del grupo parlamentario federal de Izquierda Unida (vid. supra).
- (35) En el mismo sentido, FIERRO GÓMEZ, Avelino, "La intervención de Letrado y las medidas cautelares en el proceso penal de menores", *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, Ministerio de Justicia-CEJAJ, II-2003, p. 638.
- (36) Esta es la línea de la Circular 1/2007, que dispone al respecto que "desde el punto de vista procedimental habrán de mantenerse los criterios establecidos por la Consulta 3/2004, que partiendo de que en principio no es obligatoria la celebración de comparecencia, consideraba que *como norma general, por las implicaciones de la medida y su complejidad y con la finalidad de valorar adecuadamente el interés del menor, será aconsejable la celebración de comparecencia cuando vaya a solicitarse el alejamiento*".
- (37) Como se ha señalado, "los estudios empíricos que se han llevado a cabo en este tema en EEUU resaltan el hecho de que el interés del menor se perjudica si no se tiene una especial preocupación por el desarrollo temporal del procedimiento, dada la considerable importancia que tiene la variable tiempo en la vida de un adolescente. Estos experimentan cambios continuos en su físico y en sus emociones y son poco capaces de anticipar el futuro o gestionar los retrasos", PÉREZ JIMÉNEZ, Fátima, *Menores infractores: estudio empírico de la respuesta penal*, Tirant, Criminología y educación social, 2006, p. 473.
- (38) Memoria de la Fiscalía General del Estado correspondiente al año 2003 (Fiscalía de Sevilla).
- (39) "... se considera conveniente instar la reforma del art. 28.3 LORPM de forma que el tiempo máximo de duración de la medida cautelar de internamiento, en los supuestos previstos en la *disposición adicional cuarta*... se pueda prolongar por tiempo máximo de un año, con las garantías procesales inherentes a las medidas cautelares privativas de libertad. El plazo de seis meses como límite máximo para los internamientos cautelares en los supuestos graves... es insuficiente, pues en seis meses no se puede instruir, celebrar la audiencia y resolver la apelación en caso de que ésta exista, lo que da lugar a que sean puestos en libertad menores que han cometido hechos de extrema gravedad, cuando se está trabajando en su reinserción, con el consiguiente desconcierto para el propio menor y con la consiguiente y no menos importante alarma social... No se solicita su prolongación como regla general, pero si ante casos de extraordinaria gravedad, donde, en ocasiones, se tiene que estar a la espera de informes periciales de compleja elaboración como pruebas de ADN y que impiden enjuiciar con sentencia firme la conducta cometida por un menor en un periodo inferior a los seis meses", Memoria de la Fiscalía General del Estado correspondiente al año 2003, pp. 739-740.
- (40) *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, Ministerio de Justicia-CEJAJ, I-2001, p. 641 y ss.
- (41) La traducción es nuestra. En el original, no traducido al castellano: "when, as a last resort, juvenile suspects are remanded in custody, this should not be for longer than six months before the commencement of the trial. This period can only be extended where a judge not involved in the investigation of the case is satisfied that any delays in proceedings are fully justified by exceptional circumstances".
- (42) La enmienda n.º 60, firmada por doña Begoña Lasagabaster Olazábal (grupo parlamentario mixto), propuso la supresión de la posibilidad de prórroga con base en que "se considera innecesario el incremento de la duración posible del internamiento cautelar, así como de la posibilidad de prorrogarse más allá de los seis meses. En la Comunidad Autónoma de

Euskadi no se ha producido en todo el tiempo de vigencia de la [Ley Orgánica 5/2000](#) un solo caso en que el tiempo de internamiento cautelar fuere insuficiente. La respuesta a posibles problemas en este ámbito no debe estar en la restricción de la libertad de menores a los que se presume inocentes, sino en la dotación de medios y agilización de los trámites en la Administración de Justicia. Debería valorarse si es conveniente y oportuno regular la duración máxima de las medidas cautelares de medio abierto previstas en el artículo. Respecto a la duración de las medidas cautelares y su mantenimiento debería incluirse una cláusula, en el sentido de que, en ningún caso, su duración podrá ser superior a la duración máxima de la medida, atendiendo a las previsiones contenidas en los [artículos 9.3 y 10.1](#) o a la duración establecida para el caso concreto en el supuesto de sustanciación de recursos". En el mismo sentido, la enmienda 110 del grupo parlamentario de Izquierda Verde-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds abogaba por la supresión del internamiento prorrogado "por considerarse innecesario el incremento de plazos en la medida cautelar. Debe reforzarse la de menores y en especial la segunda instancia para agilizar la instrucción y el enjuiciamiento de los casos que requieran medida cautelar".

- (43) En el mismo sentido se ha entendido que "en relación con el procedimiento a seguir para acordar la prórroga, consideramos que el [art. 28](#) no exige celebrar una nueva vista oral pero sí la audiencia al menor en consonancia con el [art. 22.1 d\)](#). Por su parte, el [art. 25](#) establece análoga imposición en relación con el acusador particular", GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, *El proceso...*, op. cit., p.116.
- (44) Vid. ORNOSA FERNÁNDEZ, Rosario, *Derecho Penal de Menores*, Ed. Bosch, 2000, p. 362.
- (45) *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, Ministerio de Justicia-CEJAJ, I-2001, p. 641 y ss.
- (46) Dispone la circular que "cabe plantearse si la prórroga del internamiento cautelar más allá de los seis meses ordinarios exigirá la celebración de comparecencia con asistencia del menor. Del contraste de los términos utilizados por el [apartado segundo del art. 28](#) (se refiere a la comparecencia para acordar el internamiento) con los utilizados por el apartado tercero del mismo precepto (exige instancia del Ministerio Fiscal y audiencia del Letrado del menor) la conclusión ha de ser la de que el régimen es distinto, flexibilizándose los requisitos procedimentales para acordar la prórroga, que por tanto no precisará de comparecencia y podrá cumplimentarse con la audiencia (que no exige presencia física) del Letrado, aunque también -y con la misma matización- será preciso oír previamente al menor afectado. La flexibilidad en el abordaje procedimental de la prórroga es acorde con la necesidad de preservar el interés superior del menor, que podría quedar empañado con traslados constantes al Juzgado".
- (47) Aunque de *lege ferenda* se ha considerado "desacertado que la norma no faculte al acusador particular para instar la prolongación del internamiento", GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, *El proceso...*, op. cit., p. 117.

En sentido contrario se pronuncian las Conclusiones de las jornadas de fiscales especialistas en reforma de menores, celebradas en Almagro los días 6 y 7 de septiembre de 2007, que reconocen expresamente la legitimación de la acusación particular también para promover la prórroga (vid. conclusión 1.1).

- (48) Para la Fiscalía General del Estado "una vez agotados los seis meses ordinarios de duración de la medida cautelar de internamiento sólo cabrá adoptar la prórroga a instancias del Ministerio Fiscal, decaendo a tales efectos la legitimación de la acusación particular. El [apartado tercero del art. 28](#) claramente refiere que la medida cautelar de internamiento podrá prorrogarse pero a instancia del Ministerio Fiscal. Este matiz más restrictivo en la prórroga del internamiento cautelar de menores es por lo demás plenamente ajustado a las directrices sugeridas al respecto por la Recomendación Rec (2003)20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa".

- (49) En el mismo sentido, la Circular 1/2007, con cita de las SSTC n.º 231/2000, 272/2000 y 305/2000.
- (50) AAP Cádiz de 5 de junio de 2001: "Para el supuesto hipotético que se opte por pensar que estamos ante un olvido del legislador y la posible aplicación supletoria de la **disposición final primera**, debe hacerse la acotación siguiente antes comentada, cual es la imposible aplicación de normas analógicas o supletorias en perjuicio del menor agraviado (lo cual no es necesario que lo diga expresamente la Ley del Menor). Ni nuestro Derecho Penal, ni los principios derivados del mismo, permitiría una interpretación extensiva ni un uso analógico para agravar las situaciones personales o restringir en mayor grado los derechos fundamentales de los imputados, ya que nos moveríamos entonces en el campo de la analogía "in malam partem", desautorizada expresamente por el **artículo 2 del Código Penal** que, dicho sea de paso, sí puede y debe ser operativo lógicamente por el uso supletorio sin problemas interpretativos de la disposición final antes reseñada de la **Ley Orgánica 5/2000**".
- (51) Que dispone que "tendrán el carácter de normas supletorias, para lo no previsto expresamente en esta Ley Orgánica, en el ámbito sustantivo, el **Código Penal** y las leyes penales especiales, y, en el ámbito del procedimiento, la **Ley de Enjuiciamiento Criminal**, en particular lo dispuesto para los trámites del procedimiento abreviado regulado en el Título III del Libro IV de la misma".
- (52) En el mismo sentido, VALBUENA GARCÍA, op. cit., p. 26, ha rechazado esta posibilidad: "mantengo un firme rechazo ante la cuestionada posibilidad de aplicar al internamiento de menores plazos máximos de duración que rebasen el límite de nueve meses expresamente recogido en su legislación específica, puesto que dicho tope ha sido intencionadamente fijado por el legislador juvenil como respuesta a la necesidad desde el plano de la normativa internacional, de concebir tal medida privativa de libertad como último recurso y por el plazo más breve posible".
- (53) En el mismo sentido, VALBUENA GARCÍA, op. cit., p. 292.
- (54) Para GÓMEZ RECIO, op. cit., "el hecho de que tanto la medida cautelar de libertad vigilada, en todas sus variadas formas, así como la de convivencia con otra persona, familia o grupo educativo, subsistan a lo largo de toda la instrucción del expediente, y la circunstancia de que incluso se mantengan después de que se haya dictado sentencia de instancia, mientras dure la tramitación de los recursos de apelación o de casación, nos reafirma en nuestra idea de que estas medidas cautelares lejos de estar configuradas como un modo de asegurar el menor al proceso, suponen un avance del cumplimiento de la medida definitiva cuya eficacia resultaría menoscabada si sufriera interrupciones una vez iniciada. No puede ser de otra manera, puesto que carecería de eficacia educativa alguna la imposición al menor de determinadas pautas socioeducativas advirtiéndole que sólo deberá cumplirlas durante tres meses, interrumpiéndolas después y retomándolas meses más tarde cuando la sentencia fuera ya firme".
- (55) Así, puede leerse en las Memorias de la Fiscalía General del Estado cómo para la Fiscalía de Gerona es perjudicial la imposibilidad de solicitar medidas cautelares de internamiento en régimen cerrado si no ha habido violencia, intimidación o riesgo grave, por ejemplo en casos de menores multirreincidentes o de delitos contra la salud pública. De la misma opinión son la Fiscalía de Pontevedra y la Fiscalía de Lleida, que propone admitir esta posibilidad para lograr "una mayor contención que impidiera en la medida de lo posible reincidir en hechos delictivos, para evitar cuanto menos la sensación de impunidad que produce dicha situación, así como las consecuencias perjudiciales para los menores que se encuentran en dichos supuestos y que cuando alcanzan la mayoría de edad ya han hecho de la comisión de hechos ilícitos su medio de vida".

El AAP Las Palmas secc. 1.ª n.º 323/2004, de 30 junio, ponente: Ilma. Sra. D.ª M.ª Oliva Morillo Ballesteros, admitió el internamiento cerrado para un caso de tráfico de seres

humanos con peligro para la vida: "el caso de autos si existe un grave riesgo para la vida e integridad física de las personas que viajaban en la patera que supuestamente patroneaba el menor, lo que se infiere de los datos objetivos obrantes en el atestado, así al folio 5 se consigna que la embarcación que el menor patroneaba está fabricada en madera, tiene seis metros de eslora, carece de señalización e iluminación nocturna, bengalas, chalecos salvavidas y de motor auxiliar y por el hecho de que en esa patera viajaban hacinadas treinta y ocho personas. Existiendo fundados indicios de que concurre en la conducta del menor el subtipo agravado **número 3 del artículo 318 bis del CP**, al crear una situación concreta de peligro para la vida, la salud o la integridad física de los treinta y ocho inmigrantes que viajaban en la embarcación de seis metros de eslora, en unas condiciones infrahumanas, hacinados, careciendo la patera de medida de seguridad alguna, no llevando los pasajeros chalecos salvavidas, siendo un hecho habitual que muchas de las personas que viajan en pateras de las mismas características perezcan en nuestras costas, por lo que sí existe un riesgo grave y cierto para la vida e integridad física de las personas que viajaban en la patera".

- (56) El Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de 7 de octubre de 2005 en este punto declara que "la actual limitación legal de la aplicación de la medida cautelar de internamiento únicamente a delitos en los que concurra violencia, intimidación o riesgo grave ha generado problemas, denunciados en las Memorias de la Fiscalía General del Estado, cuando, no existiendo tal violencia, intimidación o riesgo grave, se dan situaciones como, por ejemplo, las de menores multirreincidentes o detenidos por delitos contra la salud pública, que habían llevado a algunas fiscalías a propugnar la eliminación de esa barrera.

También el Defensor del Pueblo se pronunció en el mismo sentido en su "Informe sobre el primer año de vigencia de la **Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor**", al postular que "sería conveniente clarificar los **artículos 9.2 y 28 de la Ley Orgánica 5/2000**, para que se determine de forma clara en qué delitos es posible acordar la medida cautelar de internamiento, contemplando dentro de ellos el robo con fuerza en casa habitada o los delitos relativos al tráfico de drogas".

- (57) Los fiscales reunidos en la "Cumbre Nacional de Canarias, los Fiscales y la ley del Menor" acordaron que: "Solo cabe la adopción de la medida cautelar de internamiento en régimen cerrado cuando se den los requisitos previstos en el **artículo 9.2 de la LORPM** cuando se den los requisitos para su imposición con carácter definitivo. A estos efectos se entiende que los delitos de tráfico de drogas pueden poner en peligro la vida o integridad física de las personas".

En la misma línea se ha considerado que "realmente, la libertad vigilada, la prohibición de comunicarse o aproximarse y la convivencia obligatoria, son medidas cautelares destinadas a evitar eventuales conductas delictivas del menor, por lo que más que finalidad cautelar tienen una finalidad preventiva especial durante la tramitación del proceso. En este sentido, y en cuanto a los tipos de medidas cautelares personales que contiene el precepto, hay que entender que su decisión en cada caso deberá hacerse homogénea y proporcionalmente, en función de la previsible medida a imponer, regla que omite el **art. 28**, y que reviste especial trascendencia ya que un imputado, protegido por la presunción de inocencia, no debe quedar obligado a tolerar durante el proceso una aflicción mayor que la correspondiente a la sanción que pueda imponerse en sentencia", GONZÁLEZ CANO, M.^a Isabel "Valoración de las reformas procesales operadas por la LO 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la ley orgánica de responsabilidad penal de los menores", *Diario La Ley*, 25 de junio de 2007, año XXVIII, número 6742, edición electrónica.

- (58) SANGUINÉ, Odone, *Prisión provisional y derechos fundamentales*, Tirant Lo Blanch, 2003, p. 358.

- (59) Admite también esta medida cautelar en el proceso penal de menores VALBUENA GARCÍA, op. cit., p. 232.
- (60) La Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2001 de 28 de junio sigue una interpretación amplia, al establecer que "la remisión directa que hace el [art. 17.4 LORPM](#) al [art. 520 bis LECrim](#) supone una derogación del régimen general de detención de menores establecido en aquel precepto en lo que se refiere al plazo máximo de duración de la detención policial, a su posible prórroga y a la incomunicación del detenido. Por ello, en los supuestos específicos del [art. 520 bis](#) se ha de entender que la detención gubernativa tiene una duración máxima ordinaria de 72 horas parificándose el tratamiento del detenido adulto y del menor".
- (61) A este respecto deben tenerse presentes las previsiones de la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2001. La prórroga de la detención se habrá de solicitar cuanto antes, en todo caso dentro de las primeras 48 horas y la decisión judicial habrá de recaer en las siguientes 24 horas, con riguroso respeto del límite constitucional de las 72 horas de duración de la detención gubernativa. La prórroga, si se concede, es por el tiempo absolutamente imprescindible, dentro de un plazo máximo de 48 horas y para fines exclusivamente relacionados con la investigación del delito. Tanto la solicitud como la decisión judicial, concediendo o denegando la prórroga, deben ser motivadas.
- (62) VALBUENA GARCÍA, op. cit. p. 230.
- (63) Vid. Circular 1/2007 de la Fiscalía General del Estado sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006, que establece que "los Sres. Fiscales se opondrán a cualquier solicitud de incomunicación de un menor -especialmente en caso de menores de menos de dieciséis años- salvo que sea estrictamente necesario para el buen éxito de las investigaciones en curso".
- (64) Vid. Memoria de la Fiscalía General del Estado correspondiente al año 2010: "En otro orden de cosas, hace años ya que distintas entidades de defensa de los derechos humanos, organizaciones no gubernamentales y organismos oficiales internacionales, entre los que cabe citar el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura del Consejo de Europa, viene formulando reiteradas observaciones acerca de la regulación en nuestro ordenamiento jurídico de la detención incomunicada, prevista como es sabido para delitos de terrorismo ([art. 520 bis](#) en relación con el [artículo 384 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal](#)). En concreto, y de manera más específica, dichos organismos vienen cuestionando su extensión a los detenidos menores de edad, por aplicación del [artículo 17.4 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores \(LORPM\)](#), que establece que "se aplicará, en su caso, lo dispuesto en el [artículo 520 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal](#), atribuyendo la competencia para las resoluciones judiciales previstas en dicho precepto al Juez de Menores". También el Comité de Derechos del Niño ha expresado particularmente su preocupación por la posibilidad de incomunicación de los niños (Turquia CRC/C/15/Add. 152 párrafos, 39, 40, 65 y 66) (...) Lo cierto es que ya en aquel momento la incidencia real del precepto resultaba ya sustancialmente irrelevante, hasta el extremo de que el mismo no había sido aplicado más que en un único y exclusivo caso, en el año 2004 (en el curso de la investigación del atentado terrorista islamista producido el 11 de marzo de ese año en Madrid). Con posterioridad aquel supuesto, y hasta la fecha actual, no se ha dado ningún otro supuesto en que la detención incomunicada de un menor se haya mostrado necesaria, pese a que -y conviene destacar este aspecto- sí han tenido lugar actuaciones judiciales (por ejemplo, en el contexto de la denominada *kale borroka*), dirigidas contra menores por su conducta vinculada a actividades incluidas en el marco del [artículo 384 bis LECrim](#), esto es, relacionadas con el terrorismo o la actividad de organizaciones terroristas. La constatación empírica, en los términos expuestos, de la inoperancia práctica del precepto legal cuestionado, hasta el punto de que prácticamente puede considerarse una norma en desuso, conduce a la paradoja de que la única repercusión práctica efectiva

que puede atribuírsele en los últimos siete años es, precisamente, la de venir generando reticencias y descalificaciones en el ámbito jurídico e institucional de la tutela de los Derechos Humanos".

- (65) La alarma social se introdujo en la [LECrim](#) junto con la "frecuencia con la que se cometan hechos análogos" a través de la reforma operada por [LO 10/1984, de 26 de diciembre](#). Las críticas a esta finalidad de la prisión provisional fueron brillantemente expuestas en el voto particular del magistrado Jiménez de Parga y Cabrera a la [STC n.º 98/1997, de 20 de mayo](#): "La "alarma social" no hay que identificarla, desde luego, con la alteración que puede experimentarse en un Juzgado por la presencia en el mismo, en concepto de imputado, de un personaje conocido por el gran público. Esto quizás sea "alarma judicial". Tampoco crea necesariamente "alarma social" la difusión periodística de la detención de personas habitualmente presentes en la escena pública. En una sociedad configurada por los medios de comunicación, como es la sociedad en la que somos y convivimos, con la televisión de lo público como nota definitoria de ella, la "alarma social" auténtica puede confundirse con la mera inquietud, susto o sobresalto, que crea el alarmismo, en cuanto tendencia a propagar rumores sobre peligros imaginarios o a exagerar los peligros reales. La "alarma social", en definitiva, para que tenga sitio en el ordenamiento constitucional, tiene que ser entendida de forma sumamente restrictiva. No basta con que el juez o el tribunal afirme, por sí y ante sí, que el hecho presuntamente delictivo ha producido "alarma social". Las garantías constitucionales exigen una ponderación de los datos de la situación, con los elementos objetivos (no las simples apreciaciones subjetivas) que la configuran. Y tal ponderación, con su resultado, debe constar en el correspondiente auto de prisión. (...) Debe tenerse en cuenta, además, que incluso una "alarma social", detectada judicialmente sólo en supuestos excepcionales, según acaba de exponerse, difícilmente justifica la prisión provisional. Va ganando terreno la tesis según la cual la prisión provisional por "alarma social" se convierte en una medida de seguridad oculta o encubierta, desfigurándose la medida cautelar con una finalidad propia de las penas. Estas últimas deben imponerse siempre en un proceso con todas las garantías, donde se respeten los derechos fundamentales reconocidos y protegidos por el [art. 24 CE](#). No son admisibles en nuestra [Constitución](#) las penas anticipadas, por lo que la prisión provisional basada en la "alarma social" podría pasar al museo arqueológico, junto al hacha de piedra. (...) la "alarma social" es un concepto aciago para la libertad personal, como quedó patente en la época más tenebrosa de varias naciones europeas. (...) ¿Qué es "alarma social"? "Cuándo la sociedad sufre esa inquietud, susto o sobresalto ante un mal que repentinamente la amenaza?". En el régimen nacional-socialista se incluyó la *Erregung in der Öffentlichkeit* como motivo suficiente para acordar la prisión provisional".
- (66) Con carácter general en relación con la prisión preventiva se ha manifestado que "sería inconstitucional que la sola alarma social ocasionada por el delito pudiera hacer llegar a desplazar el peligro de fuga, pues, por muy respetables que sean los sentimientos sociales de vindicta, la prisión provisional no está concebida como una pena anticipada que pueda cumplir fines de prevención, sino exclusivamente para asegurar la presencia del imputado". Por esta razón, el TEDH, si bien no ha llegado a declarar contraria al [CEDH](#) este motivo de alteración del orden público, sí que ha llamado la atención del juez a fin de que extreme su celo a la hora de revisar de oficio la permanencia en el tiempo, disponiendo la libertad del preso tan pronto como haya desaparecido aquella alteración ([STEDH Letellier de 26 de junio de 1991](#), [Kemmache de 27 de noviembre de 1991](#)...). GIMENO SENDRA, Vicente, "La prisión provisional y derecho a la libertad", *Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal*, V-2000. Para RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, esta finalidad equipara la medida a la pena "en el sentido de comenzar ya el cumplimiento de una sanción privativa de libertad y de procurar tranquilizar así a la población...", *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Ed. Colex, enero 2000.

- (67) Para el TC "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 o 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". "En el presente caso, nuestra decisión no puede acabar aquí. Como hemos destacado en el FJ 5, la Ley aplicada (arts. 503 y 504 LECrim) vulnera el art. 17 CE y esa vulneración ha podido ser determinante de la actuación inconstitucional de los órganos judiciales, por lo que se está en el supuesto previsto en el art. 55.2 LOTC y procede, por tanto, plantearse la cuestión de inconstitucionalidad relativa a dichos preceptos".
- (68) La Fiscalía General del Estado declaró que "en todo caso debe exigirse que concurra para la adopción de la medida cautelar de internamiento alguno de los fines legítimos aceptados por la doctrina del Tribunal Constitucional... siempre subordinados al respeto al principio del superior interés del menor. Por ello no podrá esta medida fundamentarse en la alarma social, pese al mantenimiento formal del texto del art. 28 LORPM".
- (69) En Italia el juez puede disponer la custodia cautelar cuando se proceda por un delito para el que la ley establezca la pena de prisión a perpetuidad o la reclusión no inferior en el máximo a nueve años (art. 23) en los siguientes supuestos: peligro para la adquisición de la prueba, peligro de fuga, peligro de que cometa graves delitos con armas u otros medios violentos o delitos contra el orden constitucional o de criminalidad organizada. Vid. VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, *Derecho Penal Juvenil Europeo*, Dyckinson, 2005, p. 265.
- (70) Deberá tenerse en cuenta a tales efectos la doctrina sentada por las SSTC 128/1995, 62/1996, 44/1997, 47/2000 y 8/2002, que introducía la necesidad de ponderar el momento procesal: "este Tribunal ha hecho especial hincapié en la necesidad de distinguir nítidamente dos momentos procesales diversos a la hora de hacer el juicio de ponderación sobre la presencia de los elementos determinantes de la constatación del riesgo de fuga: el momento inicial de adopción de la medida y aquel otro en que se trata de decidir el mantenimiento de la misma pasados unos meses. Citando la doctrina del TEDH este tribunal afirmó 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".
- (71) Para la Circular 1/2007, cuando el apartado segundo del art. 28 LORPM se refiere a la valoración de si el menor hubiera cometido o no con anterioridad otros hechos graves de la misma naturaleza, pese a la defectuosa formulación, ha de entenderse que el legislador tiene *in mente* el riesgo de reiteración delictiva. Deberá a este respecto tenerse en cuenta que al utilizar el criterio de la reiteración delictiva habrá de operarse con prudencia, pues es sabido que la doctrina del Tribunal Constitucional, aunque admite tal fundamento, lo hace con reservas (esto es, como reiteradamente declara, se admite "en un plano distinto, pero íntimamente relacionado con los otros fines", vid. SSTC n.º 145/01, 217/01 y 23/02 entre otras).
- (72) En efecto para el Informe "se incorpora correctamente en el Anteproyecto una mención a los fines legítimos que pueden perseguirse con el internamiento cautelar, asumiendo dos de los admitidos en el proceso penal de adultos: sustracción a la acción de la Justicia y reiteración delictiva, tomando en especial consideración el principio del superior interés del menor. Quizás la referencia a la reiteración delictiva debiera prescindir del adverbio "especialmente", pues es sabido que la doctrina del Tribunal Constitucional, aunque admite

este fundamento, lo hace con reservas (esto es, en un plano distinto, pero íntimamente relacionado con los otros fines, vid. SSTC 145/01, 217/01 y 23/02 entre otras)".

- (73) En este sentido se ha escrito que "efectivamente, son relativamente frecuentes los casos de menores con una gran actividad delictiva, que incluso son detenidos varias veces en una misma semana, y a los que generalmente ya se les han impuesto varias medidas con anterioridad. En estos supuestos, la medida cautelar de internamiento supone una ruptura brusca en la escalada delictiva del menor, mediante su traslado del medio en el que delinque y se desenvuelve cómodamente, a un espacio físico perturbador y desagradable para él, distinto totalmente a su entorno habitual". GÓMEZ RECIO, Fernando, *Medidas cautelares en la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, CEJ, 2002.

Para este mismo autor "sin embargo el internamiento cautelar, en estos casos, no sólo sirve para confinar al menor. Y es que aun cuando el evitar nuevos delitos, sea el principal efecto de este tipo de internamientos cautelares -aquí comparten una de las finalidades de la prisión provisional- puede también producir frutos que dotan al internamiento, como medida cautelar, de matices desconocidos en las medidas cautelares del derecho de adultos... El internamiento supone incluir al menor en un espacio que se percibe como hostil, donde las jerarquías con los educadores y sobre todo con los compañeros ya están establecidas, donde las normas hasta ahora inexistentes marcan el ritmo de los días. Durante el primero o el segundo mes, el desasosiego, el disgusto y el malestar del menor por su situación, deben ser muy elevados. Si a esto le añadimos el trabajo que los educadores del Centro puedan hacer con el menor en el escaso tiempo que el internamiento puede durar, podemos razonablemente pensar que la actitud del menor respecto del cual se adoptó la medida de internamiento puede haberse modificado para el momento de la audiencia... Este puede ser el momento clave para valorar si el internamiento debe continuar en la medida definitiva, o si por el contrario el tiempo transcurrido ha surtido algún tipo de efecto educativo que pueda ser aprovechado más eficazmente con una medida de medio abierto. Quizá el tiempo pasado haya sido ya una eficaz advertencia al menor, y la prolongación del internamiento pueda desaprovechar una predisposición favorable por su parte a observar comportamientos que le eviten en el futuro nuevas privaciones de libertad".

- (74) En el mismo sentido se ha considerado que "se ha de lamentar, no obstante, que no se haya aprovechado la ocasión para perfeccionar la norma en cuanto al orden en que han de ser apreciados los diversos datos que legitiman para la adopción del internamiento. Porque a nuestro juicio, el peligro cierto de fuga, que aparece relegado a un lugar secundario, debe ser el dato primordial, junto con los indicios racionales de la comisión del hecho", GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, Gemma, op. cit., p. 114.

- (75) Continúa la Circular declarando que "así, conforme al principio de excepcionalidad debe partirse de que el estado normal en el que menor imputado espera la celebración de la audiencia debe ser el de libertad. De esta nota de la excepcionalidad deriva la necesidad de aplicación del criterio hermenéutico del favor libertatis... Conforme al principio de subsidiariedad los Sres. Fiscales habrán de analizar no solo si concurren los requisitos para adoptar la medida sino que deberán evaluar si los fines que se persiguen pueden ser alcanzados con otras medidas menos gravosas de entre las previstas en la LORPM... De acuerdo con el principio de provisionalidad es necesario hacer una evaluación continua de los presupuestos y fines de la medida, y su consiguiente alzamiento en cuanto dejen de concurrir todos sus presupuestos. La adopción de la medida queda sometida siempre a una implícita cláusula rebus sic stantibus, debiendo de oficio promover su cesación el Fiscal y acordar en tal sentido el órgano jurisdiccional en cuanto proceda... El principio de proporcionalidad debe llevar a descartar la aplicación de la medida cautelar privativa de libertad como regla general ante casos de hechos punibles respecto de los que en una valoración prima facie sea probable que culminen en suspensión de condena, en sustitución de la medida privativa de libertad o directamente en condena a medida no privativa de

libertad. El principio también impone llevar a cabo antes de la adopción de la medida un juicio de ponderación en el que debe llegarse hasta la valoración de las consecuencias gravosas que la misma pueda eventualmente irradiar en el menor y los fines que puede cumplir para el resultado del proceso en que se aplica".

- (76) Sin embargo, esta interpretación cuenta con algún apoyo doctrinal: VALBUENA GARCÍA, op. cit., p. 379, ha defendido que "aunque para el internamiento en centro regulado por el [art. 28 LORPM](#) se contempla un plazo legal máximo... no creo procedente una aplicación analógica del mismo al internamiento terapéutico, cuya adopción sólo puede cimentarse en criterios de protección del menor".
- (77) "Entiende el recurrente que no existen motivos que justifiquen la continuación de la medida de internamiento, para lo que atiende a circunstancias que rodean el hecho y sus supuestos autores como la consignación judicial de cantidades para reparar el daño o la libertad provisional de que disfrutaban otros imputados mayores de edad, la inexistencia de situación de riesgo social y la contemplación en el auto del Juzgado de Menores de argumentos como el comportamiento en el Centro de Internamiento que no se encuentran entre los factores que deben tenerse en cuenta para la prórroga de la medida... Debe fundarse la medida cautelar, por un lado, en los indicios de conducta delictiva, que el recurso no discute, y, por otro, en el riesgo de eludir u obstruir la acción de la justicia o atentar contra los bienes jurídicos de la víctima, aspectos que fueron tratados en el inicial auto que decretó la medida y que ahora tampoco el recurso viene a discutir directamente, centrándose éste en la no concurrencia de elementos que deben valorarse para adoptar, y ahora prorrogar, la medida. El [artículo 28.2 de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores](#) prevé que para adoptar la medida de internamiento se atenderá a la gravedad de los hechos, valorando también las circunstancias personales y sociales del menor, la existencia de un peligro cierto de fuga y, especialmente, el que el menor hubiera cometido o no con anterioridad otros hechos graves de la misma naturaleza. Frente a lo expuesto en el recurso, la relación de hechos imputados viene a mostrar la gravedad de los mismos, al atentarse contra la propiedad ajena, mediante una actuación en grupo y valiéndose de objetos susceptibles de causar temor cierto a las víctimas de sufrir daño en su integridad; a ello se une que, según resulta de lo remitido, al ahora recurrente acababa de serle impuesta una medida de libertad vigilada durante un año por un robo con fuerza, por lo que el hecho que ahora se instruye viene a suponer una progresión delictiva hacia la comisión de hechos de mayor gravedad. El entorno del menor, como se desprende de los informes del Equipo Técnico, no es el más adecuado para su integración social -y no debe olvidarse que la medida que se adopte debe tomar en especial consideración el interés del menor, según el tenor del [artículo 28.1 de la LORPM](#), algo que no se prevé en la ley para los mayores de edad- con un grupo de amistades de características disociales, con resultado negativo en la ayuda de profesionales que han tratado de intervenir para su mejor adaptación y sin que tenga un adecuado entorno familiar. Como elemento ciertamente no previsto en la Ley, pero tampoco completamente desdeñable pues muestra las dificultades del menor para la convivencia respetando las normas de la vida en comunidad, se encuentran los múltiples quebrantamientos del orden durante sus primeros meses de internamiento que han dado lugar a varios expedientes y sanciones... Lo expuesto sirve para considerar adecuada y suficientemente justificada la medida adoptada".
- (78) "La medida cautelar de internamiento en Centro cerrado acordada respecto del menor Hernán por el Juzgado de Menores núm. 1 de Sevilla, nos parece adecuada y proporcional y el transcurso del tiempo no ha modificado los presupuestos que se tuvieron en cuenta al adoptarla... En esencia, el Juzgado de Menores núm. 1 de Sevilla tuvo en cuenta para dictar tal medida la naturaleza de los hechos, su gravedad, (robo con intimidación) la intimidación y luego violencia desplegada por el menor, (menciona amenazas codazos y manotazos). La participación indiciaria del menor Hernán en los hechos resulta acreditada

por el reconocimiento que de su vestimenta hizo el dueño del establecimiento al poco de ocurrir el hecho y ser detenido el menor, amén de la intervención de una pistola al menor, también reconocida por la víctima, al tiempo que decía gritando "te mato, te mato" en el curso de la persecución policial, y la ausencia de límites en la conducta del menor, que de ello se deduce y expone el juzgado (no realiza actividad laboral, educativa, formativa, se encuentra ocioso y se relaciona con grupo de iguales). Pues bien, estas variables no puede discutirse y su inexistencia actual es patente y en aplicación del [artículo 28 de la LORRPM](#) el internamiento cautelar debe ser mantenido. Existen indicios racionales suficientes para considerar que estamos en presencia de un delito de robo con intimidación y atentado a agente de la autoridad y para ello nos basamos en el informe del Ministerio Fiscal y el contenido del atestado (en los términos expuestos en el segundo párrafo de este razonamiento). Si a ello añadimos, que el Informe del Equipo Técnico, al parecer verbal, nos presenta un menor encartado que no realiza actividad laboral, educativa, formativa, se encuentra ocioso y se relaciona con grupo de iguales, que el propio menor admite que no trabaja ni estudia, consume hachís habitualmente y alcohol de modo esporádico y que los hechos revelan que actúa de forma impulsiva que determina conductas agresivas, es claro que no puede tildarse de desproporcionada la medida cautelar acordada, pues con ello se evita reiteración de conductas como la ejecutada, cuyo juicio de pronóstico arroja resultado positivo cuando se trata de menores con ese modo de proceder... No puede alegarse que la medida de internamiento cautelar acordada perjudique el interés del menor por cuanto, desde luego, internado el menor se puede llevar a cabo un control más efectivo del joven que permita trabajar con él en la modificación de las conductas inadecuadas y violentas que al parecer ha puesto en práctica y cuya prevención se hace necesaria, incluso en estos momentos".

- (79) "La medida cautelar de internamiento en Centro Semiabierto acordada respecto del menor José Ignacio por el Juzgado Instructor núm. 8 de Sevilla nos parece adecuada y proporcional y el transcurso del tiempo no ha modificado los presupuestos que se tuvieron en cuenta al adoptarla. En esencia, el Juzgado Instructor núm. 8 de Sevilla tuvo en cuenta para dictar tal medida la naturaleza de los hechos, su gravedad, la medida imponible, la necesidad de preservar bienes jurídicos de las víctimas y el riesgo de fuga... Pues bien, dado el escaso tiempo transcurrido desde que se le impuso la medida, todas las variables persisten en la actualidad y en aplicación del [artículo 28 de la LORRPM](#) el internamiento cautelar debe ser mantenido... Existen indicios racionales suficientes para considerar que estamos en presencia de dos delitos de robo con violencia en grado de tentativa y dos faltas de lesiones y para ello nos basamos en el informe del Ministerio Fiscal, el contenido del atestado y declaración del menor en Fiscalía (declaración del menor José Ignacio admitiendo que decidió dar tirones porque debía a una persona dinero porque es consumidor de polen aunque no habitual y que conocía la trascendencia de los hechos) y cuya manifestación auto-inculpatoria es evidente, de los que presumiblemente es autor el menor José Ignacio. Si a ello añadimos que el Informe del Equipo Técnico considera idónea tal medida, porque se trata de un menor perteneciente a una familia desestructurada, multiproblemática, con ausencia de pautas educativas para una adecuada socialización de sus hijos, que el menor se relaciona con grupo de iguales conflictivos, consumidores de droga y que de su manifestación se deduce que actúa de forma impulsiva con bajo nivel de autocontrol que determina reacciones irreflexivas, es claro que no puede tildarse de desproporcionada la medida cautelar acordada, pues con ello se evita reiteración de conductas como la ejecutada, cuyo juicio de pronóstico arroja resultado positivo cuando se trata de menores con esa personalidad... A mayor abundamiento, la medida de internamiento cautelar acordada no perjudica el interés del menor por cuanto, desde luego, internado el menor, se puede llevar a cabo un control más efectivo del joven que permita trabajar con él en la modificación de las conductas inadecuadas y violentas que al parecer ha puesto en práctica y cuya prevención se hace necesaria, desde en estos momentos iniciarios del expediente. Se

impone en consecuencia la desestimación del recurso de apelación y la declaración de oficio de las costas procesales".

(80) "El presente recurso se alza contra el [Auto de fecha 3 de febrero de 2009](#) en el que se acuerda la medida cautelar de internamiento en régimen cerrado del menor José Miguel por tiempo de tres meses... La medida cautelar de internamiento en régimen cerrado es una medida limitativa del derecho a la libertad consagrado en el [artículo 17 CE](#), de naturaleza similar a la prisión provisional establecida en los [artículos 503 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal](#). Por ello la aplicación de dicha medida se debe regir por los principios y garantías que el Tribunal Constitucional ha establecido para la prisión provisional; y, respecto a ésta el citado Tribunal ha señalado que es exigible para su adopción, junto a la previsión legal que permite adoptarla, una razón que la justifique constitucionalmente, debiendo ser adoptada con carácter excepcional dado su carácter limitador de un derecho fundamental... En el supuesto que se examina el Juez a quo fundamenta su resolución apreciando la situación personal del menor y su participación en los hechos imputados... en primer término debe precisarse que el presente trámite procesal no es exigible la existencia de pruebas de la participación del menor en los hechos delictivos que se le imputan, sino que expresamente el [artículo 503.3º](#) se refiere a "motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión", de forma que uno de los presupuestos legales habilitantes para la adopción de la medida cautelar de internamiento es la existencia de indicios racionales de los que puede inferirse la participación del imputado en los hechos que motivan la adopción de aquella medida, indicios que se aprecian en el supuesto ahora examinado, sin perjuicio de la ulterior prueba, ya que en el registro efectuado en el domicilio del menor fueron hallados efectos procedentes de los robos con violencia imputados... Asimismo estima la Sala que concurre el requisito relativo a la gravedad de los hechos imputados que exige el [artículo 9 LORPM](#), no ya sólo por las penas asignadas a los delitos de robo con violencia sino por haber concurrido dicha violencia, la cual no requiere, según el precepto expresado, la causación de un resultado lesivo concreto... En segundo término la medida cautelar de internamiento viene plenamente justificada por la situación personal del menor. En efecto, debe tenerse en cuenta no solamente la diversidad de infracciones que se le imputan en el presente expediente sino además que se encuentra en la actualidad ya cumplimiento una medida de internamiento en régimen cerrado y otro expediente por otro delito de robo con violencia, circunstancias que ponen de manifiesto la necesidad de abordar el tratamiento educativo en un marco de contención para evitar asimismo la reiteración delictiva".

(81) El [art. 28 LORPM](#) establece las normas generales para la adopción de las medidas cautelares frente a los menores delincuentes, exigiendo en su apartado primero, como presupuesto genérico para la adopción de todas las medidas, "que existan indicios racionales de la comisión de un delito o el riesgo de eludir u obstruir la acción de la justicia por parte del menor", recogiendo en su apartado segundo, como criterios específicos para decretar la medida cautelar de internamiento, "la gravedad de los hechos, su repercusión y la alarma social producida" y "las circunstancias personales y sociales del menor", la cual deberá decretarse, previo el informe del equipo técnico y de la entidad pública de protección o de reforma de menores, desde la perspectiva del interés del menor y de su situación procesal... Las conductas que habían motivado en este caso la incoación del expediente cuya resolución ha provocado este recurso de apelación son, en principio, subsumibles en el tipo delictivo de robo con intimidación...

No debemos olvidar, en ese sentido, que si bien la citada medida cautelar es de naturaleza excepcional y que exige como presupuesto la existencia de indicios racionales de la comisión de un delito y, como objetivo, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de esta, es lo cierto que entre esos fines se encuentran precisamente el de evitar que el menor expedientado "pueda actuar contra los bienes

jurídicos de la víctima" y asimismo evitar "el riesgo de que cometa otros hechos delictivos". Pues bien, consta en las actuaciones que efectivamente se ha dictado en fecha 1 de diciembre de 2008 sentencia por la que se condena al citado menor, como autor de un delito de robo con intimidación, a la medida de un año de internamiento cerrado, comprendiendo seis meses de internamiento efectivo y seis meses de libertad vigilada, por lo que no cabe cuestionar que no existían indicios de su participación delictiva, todo ello sin perjuicio de que se tramite otro expediente de reforma también por delito de robo... Si entre los criterios que jurisprudencialmente se han venido considerando relevantes para el enjuiciamiento de la suficiencia y racionalidad de la motivación se encuentran, en primer lugar, las características del delito y su gravedad, y en segundo lugar, las circunstancias concretas y las personales del menor, puede decirse que, atendiendo a los términos en que se expresa el auto impugnado en relación con los anteriores consideraciones, la decisión fue adoptada de manera fundada y suficiente (por referirse a todos los extremos que autorizan y justifican la medida), razonada (por expresar el proceso lógico que individualiza la aplicación de las exigencias constitucionales al caso concreto) y acorde con los fines de la institución... Por ello, al fundamentar la medida de internamiento en régimen cerrado, además de en los requisitos del [art. 28 LORPM](#), en la necesidad de protección de la víctima, se había expresado razonadamente por el juez de menores una fundamentación que es coherente con la naturaleza y fines de la decisión adoptada, y que expresaba la ponderación de las circunstancias personales del menor y las del caso concreto, máxime a tenor de lo señalado en su escrito de impugnación del recurso por el Ministerio Fiscal, de modo que, al concurrir en las circunstancias anteriormente expresadas todos los requisitos legales establecidos en ese sentido, el recurso de apelación debe ser desestimado.

- (82) La medida cautelar de internamiento en régimen cerrado es una medida limitativa del derecho a la libertad consagrado en el [artículo 17 CE](#), de naturaleza similar a la prisión provisional establecida en los [artículos 503 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal](#). Por ello la aplicación de dicha medida se debe regir por los principios y garantías que el Tribunal Constitucional ha establecido para la prisión provisional; y, respecto a esta el citado Tribunal ha señalado que es exigible para su adopción, junto a la previsión legal que permite adoptarla, una razón que la justifique constitucionalmente, debiendo ser adoptada con carácter excepcional dado su carácter limitador de un derecho fundamental... En el supuesto que se examina el juez a quo fundamenta su resolución apreciando la situación personal del menor y su participación en los hechos imputados... Por su parte, la defensa del recurrente fundamenta su impugnación en la no concurrencia de la gravedad que exige la LORPM y en la situación personal del menor... En relación con la primera de las impugnaciones debe señalarse que estima la Sala que sí concurre el presupuesto habilitante del [artículo 9 de la LORPM](#), ya que en la ejecución de los hechos imputados ha concurrido intimidación y violencia en las personas, circunstancias que permiten la adopción del internamiento en régimen cerrado... En segundo término, y en lo que se refiere a la situación personal del menor Alberto, se estima que efectivamente aconseja la adopción de la medida cautelar. En efecto, de las circunstancias familiares y personales se infiere que el menor se encuentra en una situación de riesgo que se ve confirmada por la existencia de varios expedientes incoados en la Fiscalía, lo que determina que el abordaje del menor deba realizarse en un medio que ofrezca la necesaria contención durante un limitado espacio temporal.
- (83) Teniendo en cuenta el reconocimiento de que por las respectivas víctimas fue objeto el referido menor, como autor de los dos robos con violencia e intimidación ocurridos los días 8 y 11 de abril de 2009, es indudable que existen indicios fundados sobre su participación en tales hechos, los cuales pueden calificarse de especial gravedad. Por tanto, teniendo en cuenta tales indicios y, además, la reiteración delictiva con que, según refiere el Ministerio Fiscal, se viene significando en otros expedientes que dicho menor tiene en la Fiscalía de Menores, sin duda, ha de llegarse a la conclusión de que no es procedente acceder al

levantamiento de la medida que se interesa en el recurso, estimando, en definitiva, que esta ha sido adoptada conforme a los criterios del [art. 28 de la LORPM](#) y que lo ha sido tras ponderar el juez que la acordó, sobre todo, el interés del menor afectado, pero también la prevención de otras actuaciones de similar naturaleza, y todo ello con la finalidad de poder propiciar un control más efectivo de su persona, con el fin de lograr una modificación de conductas inadecuadas y violentas como las que en este procedimiento se le atribuyen.

- (84) "El menor recurrente entiende improcedente la prórroga de la medida de internamiento en régimen semiabierto por no reunirse los requisitos exigidos por el [artículo 28 de la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores](#). Pero no es ésta la valoración que merece a la Sala la descripción fáctica y jurídica que de los hechos y circunstancias personales del menor se hace en el rollo de menores. En efecto, los hechos imputados al menor Armando consisten en la sustracción de objetos (diversas joyas) de una vivienda habitada siendo sorprendido "in fraganti" cuando salía de la misma con los objetos sustraídos en su poder y con un documento de identidad croata creado por sistema planográfico con su fotografía a imitación del auténtico, cuyo encaje penal se ubica en el delito intentado de robo con fuerza en las cosas en casa habitada ([arts. 237, 241.1 y 16 CP](#)) y en el delito de falsedad en documento oficial ([art. 392 CP](#)), resultando clara y evidente la participación directa del menor en los hechos al haber sido detenido cuando salía de la vivienda (delito flagrante). Por otro lado, y en relación con las circunstancias personales del menor Armando, es extranjero y cuenta con 17 años de edad, y contrariamente a lo expuesto en su recurso de apelación, ni nos constan esos familiares ni resulta que tenga domicilio conocido, es más, ha sido declarado administrativamente en situación legal de desamparo por carecer de adultos que se responsabilicen de él, por lo que no puede concluirse que tenga "arraigo familiar" y el menor no resulta que esté realizando ninguna actividad ni se encuentre en proceso formativo, es decir, ni tiene trabajo o actividad laboral a la que dedicarse ni está tampoco estudiando, a lo que debe añadirse que carece de control familiar, por ello el Informe del equipo técnico concluyó que la medida de internamiento era la más adecuada al interés del menor, a lo que debe añadirse el riesgo de que se sustraiga a la acción de la justicia de menores, la eluda, y que ante esa inactividad escolar o laboral vuelva a reincidir en el delito. En definitiva, persisten en el expediente las mismas razones por las cuales se decretó el internamiento del menor encartado, al tratarse de unos delitos que revisten gravedad, y la valoración de las circunstancias personales y sociales del menor aconsejan la adopción de la medida de internamiento en su propio interés, dándose todos los presupuestos y requisitos exigidos por la Ley para la prórroga de la medida cautelar de internamiento ([art. 28.3 LORPM](#)), por lo que el recurso que la combate debe ser desestimado".
- (85) Teniendo en cuenta el reconocimiento en rueda de que ha sido objeto el menor Jacobo, como partícipe en unos hechos de indudable gravedad, constitutivos de robo con intimidación, y dada la reiteración delictiva con que, según refiere el Ministerio Fiscal, se viene significando en numerosos expedientes que de él tiene la Fiscalía de Menores, por hechos similares, sin duda ha de llegarse a la conclusión de que no es procedente acceder al levantamiento de la medida que se interesa en el recurso, al constar, al menos indiciariamente, la participación directa que en los hechos tuvo el menor, estimando, en definitiva, que la medida que ha sido adoptada por la juez de menores, conforme a los criterios del [art. 28 de la LORPM](#), lo ha sido ponderando, sobre todo, el interés de este, debiendo ser mantenida en aras de tratar de prevenir otras actuaciones de similar naturaleza, y todo ello por considerar, además, que tal medida es proporcionada y acorde con dicho interés del menor, pues aun cuando lo sea por seis meses, es lo cierto que su cumplimiento se va a llevar a cabo en un centro semiabierto, lo cual supone que el citado menor residirá en este, pero pudiendo realizar fuera del mismo actividades formativas, educativas y de ocio, de conformidad con los informes de los equipos técnicos, con lo que se

podrá propiciar un control más efectivo de su persona, en aras de propiciar una modificación de conductas inadecuadas y violentas como la que en este procedimiento se le atribuye.

- (86) Ha de tenerse en cuenta que la medida discutida de libertad vigilada tiene una incidencia limitada en el derecho fundamental a la libertad personal, de una entidad mucho menor que otras medidas como podría ser un internamiento, de manera que su justificación se ha de analizar desde esta perspectiva... El artículo 7 de la LORPM define en su apartado h) el contenido de la medida de libertad vigilada incidiendo en el carácter mixto de esta, ya que hace referencia tanto a la función de supervisión de la actividad de la persona sometida a ella como a la función de apoyo que a esta se adjudica respecto de la persona por ella afectada en cuanto a la superación de los factores que determinaron la infracción cometida, describiendo los mecanismos para la consecución de dichas finalidades... Tales funciones de supervisión y apoyo se apuntan como necesarias en el presente caso, a la vista de los informes emitidos por los profesionales del equipo técnico, que reflejan la situación conflictiva en el orden personal y familiar que se vive por el menor... Consta en los informes la existencia de una complicada situación familiar marcada por la separación de los padres del menor y los extensos horarios laborales de la madre, con quien convive, y la falta de colaboración del padre, que dificultan su adecuada supervisión. El menor, de 16 años y 9 meses de edad en el momento de la adopción de la medida, se encuentra en una situación de riesgo social, derivado de las aludidas circunstancias familiares, y presenta una evolución negativa a nivel escolar, permaneciendo ocioso en la actualidad. Todo ello lleva a concluir que el menor se encuentra en una situación de conflicto que hace necesario el modo de intervención acordado con las finalidades antes expresadas de apoyo y supervisión propios de la medida de libertad vigilada, por lo que ha de ser confirmada por ser la más adecuada para el interés del menor.
- (87) Para GÓMEZ RECIO, op. cit., "el Fiscal y el Juez de Menores si realmente quieren que las medidas tengan un auténtico valor educativo, y no se conviertan tan sólo en un castigo tardío, deben tener a su disposición medios ágiles, capaces de asegurar que la situación del menor, al menos se estabilice hasta que la sentencia firme imponga la medida definitiva. Un mes en la vida de un niño es mucho tiempo y seis meses es una auténtica eternidad. Con la medida cautelar de libertad vigilada se puede intentar, si no iniciar completamente el proceso educativo y socializador que la medida firme comportará, al menos dar los primeros pasos de manera que el menor sienta que existe un control sobre él y perciba que está sujeto a un proceso judicial. Nada que ver, por tanto, con las medidas cautelares clásicas del proceso penal".
- (88) Que en su letra h) dispone, en relación con el contenido de la libertad vigilada:

"En esta medida se ha de hacer un seguimiento de la actividad de la persona sometida a la misma y de su asistencia a la escuela, al centro de formación profesional o al lugar de trabajo, según los casos, procurando ayudar a aquélla a superar los factores que determinaron la infracción cometida. Asimismo, esta medida obliga, en su caso, a seguir las pautas socio-educativas que señale la entidad pública o el profesional encargado de su seguimiento, de acuerdo con el programa de intervención elaborado al efecto y aprobado por el Juez de Menores. La persona sometida a la medida también queda obligada a mantener con dicho profesional las entrevistas establecidas en el programa y a cumplir, en su caso, las reglas de conducta impuestas por el Juez, que podrán ser alguna o algunas de las siguientes:

1ª Obligación de asistir con regularidad al centro docente correspondiente, si el interesado está en el período de la enseñanza básica obligatoria, y acreditar ante el Juez dicha asistencia regular o justificar en su caso las ausencias, cuantas veces fuere requerido para ello.

- 2ª Obligación de someterse a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, laboral, de educación sexual, de educación vial u otros similares.
- 3ª Prohibición de acudir a determinados lugares, establecimientos o espectáculos.
- 4ª Prohibición de ausentarse del lugar de residencia sin autorización judicial previa.
- 5ª Obligación de residir en un lugar determinado.
- 6ª Obligación de comparecer personalmente ante el Juzgado de Menores o profesional que se designe, para informar de las actividades realizadas y justificarlas.
- 7ª Cualesquiera otras obligaciones que el Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, estime convenientes para la reinserción social del sentenciado, siempre que no atenten contra su dignidad como persona".
- (89) Para SANZ HERMIDA, op. cit., p. 271, esta medida va directamente referida a la protección del menor imputado. Para GÓMEZ RECIO, op. cit., negar el carácter tuitivo de estas medidas es negar lo evidente, hasta tal punto es así que la medida de convivencia con otra persona, familia o grupo educativo podría adoptarse en cualquier proceso al amparo del [artículo 158 CC](#), en aquellos casos, por ejemplo, en los que el menor vive en un ambiente que le induce al delito. El legislador ha querido utilizar un mecanismo eficaz y rápido como es el de una medida cautelar en un proceso que se dice penal, para dar protección inmediata a un menor infractor que lo precisa.
- (90) *Libro Blanco de la Justicia*, CGPJ, Madrid, 1997, p. 247 y ss.
- (91) Como bibliografía específica de la responsabilidad civil por hechos cometidos por menores podemos destacar: ABRIL CAMPOY, "La responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 675, enero-febrero 2003, año LXXIX. ALBERT PÉREZ, Silvia, *Sistema de responsabilidad civil derivada de delito cometido por menores de edad*, Editorial Comares, 2007. ALONSO BURGOS, María del Carmen, "La responsabilidad civil del menor por la comisión de hechos delictivos. Aspectos sustantivos y procesales", II Jornadas de Secretarios de Menores, Estudios Jurídicos-Cuerpo de Secretarios Judiciales, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, VI-1999. ATIENZA NAVARRO, María Luisa, *La responsabilidad civil por los hechos dañosos de los alumnos menores de edad*, Editorial Comares, 2000. BARREDA HERNÁNDEZ, Armando, "La trascendencia de la solidaridad de padres o guardadores dentro de la pieza separada de responsabilidad civil instaurada en la LORPM", *Diario La Ley*, 2002, n.º 5493. BONILLA CORREA, Jesús Ángel, *La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor. aspectos sustantivos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009. CARRERA DOMÉNECH, Jorge, "La cosa juzgada en el proceso de responsabilidad civil regulado en la LO 5/2000", *Revista TSJ y AP*, Aranzadi, junio de 2000, n.º 5 y "Un modelo en cierto modo revolucionario... (Estudio de la doctrina de las Audiencias Provinciales relativa al art. 61.3 de la Ley Orgánica 5/2000)". CASAS PLANES, María Dolores, "Los deberes inherentes a la patria potestad como criterio de imputación en la responsabilidad civil de los padres", *El Derecho*, EDB, junio de 2005, 2005/83331, y "La responsabilidad civil de los padres por daños causados por sus hijos (II)", *Práctica de Derecho de Daños*, marzo 2006, n.º 36, sección Informe de Jurisprudencia, Editorial LA LEY. CUESTA MERINO, José Luis, "La responsabilidad civil en el nuevo proceso penal de menores. Especial examen de la pieza separada de responsabilidad civil", *Justicia penal de menores y jóvenes*, 2002. DÁVILA GONZÁLEZ, Javier, "La responsabilidad civil en la Ley Orgánica 5/2000, de responsabilidad penal de los menores". En *Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, La Ley, 2006. DÍAZ ALABART, Silvia, "La responsabilidad civil en la LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores". En *Responsa Iurisperitorum Digesta*, vol. II, y "La responsabilidad civil por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela", *ADC*, 1987.

Igualmente de esta autora "La responsabilidad de los Centros Docentes por los hechos dañosos de sus alumnos menores de edad", ponencias del Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Civil de Santiago de Compostela, 1999. "La responsabilidad por actos ilícitos de los sometidos a patria potestad o tutela", *Anuario de Derecho Civil*, julio-septiembre de 1987 y "Notas a la responsabilidad de los profesores en la nueva Ley de 7 de enero de 1991", *Revista Jurídica de Castilla La Mancha*, 1991, n.ºs 11 y 12. DURANY PICH, Salvador, "Padres y maestros", *Indret*, 1/00. DURANY PICH, Salvador, "Las reglas de la responsabilidad civil en el nuevo Derecho Penal de Menores", *INDret*, 1/2001. EGUSQUINZA BALMASEDA, M.ª Ángeles, "La responsabilidad civil de los menores derivada del delito o falta y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores", *Aranzadi civil-mercantil*, boletín mensual, 17 de junio de 2000. FERRER I RIVA, Josep, "Niños y adolescentes", *INDret*. FONT SERRA, Eduardo, *Responsabilidad civil del menor en la Ley de Responsabilidad Penal del Menor*, Barcelona: Atelier, 2003. GALLEGU DOMÍNGUEZ, Ignacio, "Responsabilidad civil de los padres y tutores por daños causados por menores y personas incapacitadas". En BELLO JANERIO, Domingo, *Cuestiones actuales de responsabilidad civil*, Editorial Reus, 2009. GARCÍA RUBIO, María Paz, "La responsabilidad civil del menor infractor", *Revista Xurídica Galega*, 2003, núm. 38, Vigo, pp. 39-49. GARCIANDÍA GONZÁLEZ, Pedro, "Tratamiento procesal de la responsabilidad civil en el proceso penal de menores tras la reforma de 2006: reflexiones a la luz de la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2007, de 26 de noviembre", *REDUR*, 5 de diciembre 2007. GÓMEZ CALLE, Esther, *La responsabilidad civil de los padres*, Editorial Montecorvo, 1992. GÓMEZ CALLE, Esther, "La responsabilidad civil del menor", *Derecho Privado y Constitución*, septiembre-diciembre de 1995, núm. 7. GUTIÉRREZ DÍAZ, María Victoria, "La responsabilidad civil. Personación del perjudicado. Medidas cautelares reales", *Curso sobre responsabilidad penal de los menores*, Málaga, 11 y 12 de mayo de 2000, Sevilla, 18 y 19 de mayo de 2000, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia y Consejería de Gobernación y Justicia de la Junta de Andalucía. HURTADO YELO, Juan José, "La responsabilidad civil dimanada de accidentes de circulación en la nueva Ley Orgánica 5/2000, de responsabilidad penal del menor", *Tráfico y Seguridad Vial*, n.º 27, marzo 2001, ref. 1082, Editorial LA LEY. LEÓN GONZÁLEZ, J. M., "La responsabilidad civil por los hechos dañosos del sometido a patria potestad". En *Estudios de Derecho civil en honor al profesor Castán Tobeñas*, Pamplona, 1969. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen, *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, Madrid: Edit. Tecnos, 1988. LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina, *La responsabilidad civil del menor*, Dickynson, 2001. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena, "La responsabilidad penal y civil del docente. Especial referencia al derecho de corrección y a la omisión del deber de vigilancia", *Actualidad Penal*, XL, p. 761. 99-2. MARTÍ SÁNCHEZ, Nicolás, "Protección de la víctima y responsabilidad civil en la ley penal de los menores", *Actualidad Penal*, 2001, n.º 4. MARTÍNEZ SERRANO, Alicia, "El Tratamiento de la responsabilidad civil en la Ley de Justicia Juvenil", *Estudios del Ministerio Fiscal*, volumen VII. MONROY ANTÓN, Antonio J., y CORDENTE MARTÍNEZ, Carlos A., "La responsabilidad de los padres en la educación de los hijos en la sociedad actual: culpa in vigilando y culpa in educando (a propósito de la AP Sevilla S 30 Nov. 2007)", *Diario La Ley*, 13 de mayo de 2008, n.º 6944. MORENO MARTÍNEZ, J. A., "Responsabilidad civil en los centros de enseñanza no superior por daños de sus alumnos (al amparo de la Ley Penal del Menor y últimas reformas administrativas". En *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Madrid, 2000. MORENO VERDEJO, Jaime, "La exigencia de responsabilidad civil en las infracciones penales cometidas por menores", *Revista OTROSI*, febrero de 2002. NAVARRO MENDIZÁBAL, Iñigo Alfonso, "La responsabilidad civil en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor", *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, 2001, n.º 53, Icade, ISSN 0212-7377. OLAVARRÍA IGLESIA, M.ª Teresa, "La responsabilidad civil en la Ley de Responsabilidad Penal del Menor", *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*,

VI-2000, Ministerio de Justicia-CEJAJ. PAÑOS PÉREZ, Alba, *La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por menores e incapacitados*, Atelier, 2010. PIPAÓN PULIDO, Jorge Guillermo, "Responsabilidad civil de los padres por los delitos y faltas cometidos por los hijos menores", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 4 de diciembre de 2008, n.º 764. RODRÍGUEZ AMUNÁTEGUI, Carlos, *La responsabilidad civil derivada del bullying y otros delitos de los menores de edad*, Laberinto, 2007. RODRIGUEZ LÓPEZ, Pedro, *Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores. Especial análisis de la reparación del daño*, Dijusa, 2005. SAMANES ARA, Carmen, "La acción civil ejercitada en el proceso de menores", *Anuario de Justicia de Menores*, núm. III. SAN JULIÁN PUIG, Verónica, "Regulación por parte del Derecho Civil Español de la responsabilidad extracontractual en el ámbito escolar: evolución legal y situación actual", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2003, Universidad Nacional Autónoma de México. TESÓN MARTÍN, Fernando, "La responsabilidad civil en la nueva Ley Penal de los Menores", *La Ley*, año XXII, n.º 5418. TORO PEÑA, Juan Antonio, "La Responsabilidad Civil en la Ley Orgánica 5/2000 (título octavo, artículos 61, 62, 63 Y 64)". En *Justicia de menores: una justicia mayor (Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores)*, Consejo General del Poder Judicial. URBANO GÓMEZ, Susana, "El régimen de responsabilidad civil "ex delicto" de la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero de 2000, reguladora de la responsabilidad penal del menor (LORPM)", *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, núm. 7/2002. VAQUER ALOY, Antoni, "La responsabilidad civil en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores: una propuesta de interpretación", *La Ley*, 12 de enero de 2001, año XXII, número 5224.

- (92) La reforma operada por **LO 8/2006** dispone en su Exposición de Motivos que "se incorpora como causa para adoptar una medida cautelar el riesgo de atentar contra bienes jurídicos de la víctima, y se establece una nueva medida cautelar consistente en el alejamiento de la víctima o su familia u otra persona que determine el juez".
- (93) El **art. 28** dispone en el **párrafo primero, apartado primero**, que "el Ministerio Fiscal, de oficio o a instancia de quien haya ejercitado la acción penal, cuando existan indicios racionales de la comisión de un delito y el riesgo de eludir u obstruir la acción de la justicia por parte del menor o de atentar contra los bienes jurídicos de la víctima, podrá solicitar del Juez de Menores, en cualquier momento, la adopción de medidas cautelares para la custodia y defensa del menor expedientado o para la debida protección de la víctima".
- El párrafo segundo, apartado primero, del mismo precepto establece que "dichas medidas podrán consistir en internamiento en centro en el régimen adecuado, libertad vigilada, prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez, o convivencia con otra persona, familia o grupo educativo".
- (94) GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, op. cit., p. 110.
- (95) En este sentido, GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, Gemma, *El proceso penal de menores*, Thomson-Aranzadi, 2007, p. 110.
- (96) En este mismo sentido, CARRERA DOMÉNECH, Jorge, "La orden de protección en el marco de la justicia penal de adolescentes", *Sentencias de TSJ y AP y otros tribunales*, núm. 3/2005, Parte Estudio Editorial Aranzadi, Pamplona, 2005.
- (97) No obstante, algún autor ha subrayado que "en una parte importante de los hechos conocidos se ha constatado la incidencia que tiene el consumo de drogas o estupefacientes en la conducta violenta del menor frente a sus familiares así como en otros ámbitos como por ejemplo la escuela", HUETE PÉREZ, Luis, "Los menores como autores de malos tratos a parientes", *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, CEJAJ-Instituto de la Mujer, II-2002 p. 212.

- (98) En el mismo sentido, TINOCO PASTRANA, op. cit.
- (99) Se trata de agresiones juveniles sin motivo, para ser colgadas en la red con intención de lograr la notoriedad entre iguales e incluso el reconocimiento público. Algunos episodios de esta manifestación de la delincuencia juvenil han generado graves delitos, llegando a cobrarse vidas. Entre ellos se mencionan la quema de una indigente en un cajero automático en Barcelona, en diciembre de 2005, o el rociamiento con disolvente en octubre de 2007 en Lucena a Pedro Luis, sin saberlo, y sin llegar a despertar jamás, siendo quemando. Vid. *El Semanal*, n.º 1064.
- (100) La Ley Orgánica de Protección del Niño y del Adolescente de Venezuela, de 2 de octubre de 1998, dispone en su art. 582 entre otras las siguientes medidas cautelares: d) prohibición de salir, sin autorización, del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el tribunal; e) prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares; f) prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa.
- En Estados Unidos, en el Estado de Washington, los padres o los tutores pueden solicitar una orden de alejamiento (*antiharassment order*) en protección de un menor contra un denunciado (*respondent*) menor de 18 años que esté siendo investigado por un delito contra el menor. Esta medida puede prohibir al menor denunciado asistir al colegio del solicitante (*prohibit a minor respondent from attending petitioner's child's school*). Además, las violaciones al alejamiento cometidas por un menor de 18 años pueden ser castigadas como delito de desacato (KNEBES, William G., "Guidelines for Domestic Violence Protection and Antiharassment Orders", Washington Courts, 2001. Vid. página oficial de los tribunales de Washington, <http://www.courts.wa.gov>).
- (101) En esta consulta se adoptaron las siguientes conclusiones: 1.º Las medidas cautelares aplicables en el proceso penal de menores son las expresamente previstas en los arts. 28 y 29 LORPM; 2.º Dentro de la medida cautelar de libertad vigilada cabe imponer cualquier regla de conducta que respete las exigencias legales establecidas en el art. 7.1. h); 3.º Cabe imponer el alejamiento del menor maltratador respecto de la víctima como regla de conducta de la medida cautelar de libertad vigilada, orientada esta globalmente al interés del menor dentro del contexto del proceso educativo de este; 4.º La medida cautelar de libertad vigilada acompañada de la regla de conducta consistente en el alejamiento respecto de la víctima no estará temporalmente limitada, pudiendo mantenerse durante todo el curso del proceso hasta la sentencia firme, sin perjuicio de la obligación de los fiscales de evitar su prolongación innecesaria, instando su alzamiento tan pronto desaparezca la causa justificadora de estas. Vid. *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 15 de febrero de 2005, año LIX, suplemento al n.º 1983.
- (102) En dichas jornadas se aprobó como conclusión n.º 20 la de que "se podría acordar, dentro de una medida cautelar de libertad vigilada y como medio de protección de la víctima, que el menor no pueda acercarse a ella, ya que cabría su adopción como una de las reglas de conducta previstas en el art. 7. 1. h) de la LORPM".
- (103) HUETE PÉREZ, op. cit., p. 206. También en esta línea GÓMEZ RECIO, op. cit., p. 629; y TOMÉ GARCÍA, op. cit., p. 132.
- (104) TINOCO PASTRANA, Ángel, "La víctima en el proceso penal de menores", *Diario La Ley*, 3 de marzo de 2005, año XXVI, número 6202.
- (105) Como se ha dicho "en cuanto a las circunstancias sociales y personales del menor (situación de riesgo, salud mental, adicción a sustancias, mala relación familiar, etc.) evidentemente hacen referencia a posibles casos de desamparo o riesgo que entendemos nunca deben ser presupuestos para la adopción o decretamiento de una privación de libertad cautelar penal, sino que exigen la actuación asistencia adecuada al caso".

MAPELLI CAFFARENA, Borja, GONZÁLEZ CANO, María Isabel, y AGUADO CORREA, Teresa, *Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2002, p. 207.

- (106) La Circular 1/2007 declara al respecto que, reiterando lo resuelto en la Consulta 3/2004, los problemas de protección que pueda generar el alejamiento cautelar en el menor sometido a la medida pueden ser abordados con las previsiones generales de nuestro ordenamiento: bien comunicándolo a la Entidad Pública de Protección de Menores para que adopte las medidas de protección procedentes ([arts. 17 y 18 LO 119/96, de 15 de enero, de protección jurídica del menor y arts. 172 y ss. CC](#)), bien instando una medida de protección ante el propio juez de menores conforme a lo previsto en el [art. 158 CC](#).
- (107) Este Anteproyecto, de forma temerariamente escueta, declaraba que la medida cautelar "podrá consistir en... alejamiento de la víctima o de su familia u otras personas que el Juez determine".
- (108) Publicado en el BOCG, 27 de enero de 2006, núm. 76-1.
- (109) No obstante, la posibilidad de imponerla al menos en su modalidad de prohibición de residencia había sido puesta en duda por alguna resolución de la jurisprudencia menor. La [SAP Asturias, sec. 2.ª, n.º 334/2003, de 20 de diciembre](#), pte.: Barrio Bernardo-Rua, M.ª Luisa, consideraba que "la medida de prohibición de residencia, además de ser de aplicación más que dudosa por tratarse de una prohibición no contemplada como regla de conducta en el [artículo 7 apartado h/ de la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores](#) y sí en el [artículo 33-2 g\) del Código Penal](#) como de pena privativa de derechos de carácter grave atendida su duración".
- (110) Así se pregunta el Informe "si no hubiera sido más afortunada la conformación legal del alejamiento no como medida autónoma, sino precisamente como regla de conducta vinculada a la libertad vigilada, lo que habría permitido captar mejor la imprescindible orientación educativa de las medidas en Derecho Penal de Menores, pues como tal regla de conducta gira en torno al programa de intervención elaborado por el profesional encargado de la ejecución, en el que se incluyen las correspondientes pautas socioeducativas y la planificación del seguimiento y control del menor sometido a procedimiento ([arts. 7.1 h LORPM y 18.2 del Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley](#)) (...) Es cierto, no obstante, que la posibilidad de aplicar en cualquier caso de manera conjunta varias medidas de distinta naturaleza ([artículo 7.4](#)) permite reorientar por vía judicial ese eventual desajuste, pero la redefinición legal del alejamiento en el sentido propuesto mejoraría su aspecto reeducativo, ajustándola mejor al sentido general de la ley".
- (111) "Como novedad paralela a la introducida en el catálogo de medidas, la reforma 8/2006 incorpora expresamente la posibilidad de tutelar cautelarmente a la víctima a través del alejamiento. La innovación, bien es cierto, no deja de ser relativa, pues ya la Fiscalía General del Estado, por medio de su Consulta 3/2004, de 26 de noviembre, sobre la posibilidad de adoptar la medida cautelar de alejamiento en el proceso de menores dejó meridianamente claro que era posible a través de la medida de libertad vigilada y de sus reglas de conducta, establecer este alejamiento cautelar. Incluso esta modalidad de alejamiento tiene un mejor anclaje con los principios inspiradores de la LORPM, pues adoptado bajo el paraguas de la libertad vigilada podrá revestirse de unos contenidos educativos de los que carece el puro y simple alejamiento".
- (112) Introducido por [Ley Orgánica 15/2003, de 25 noviembre](#).
- (113) En efecto, la Circular 1/2007 declara que, desde el punto de vista del control material de la medida, habrá de tenerse en cuenta que si lo acordado es un alejamiento puro, es decir, no

integrado como regla de conducta en una libertad vigilada, deberá el juez oficiar a efectos de su control a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, sin que sea necesario - dada la ausencia de contenido educativo de la medida- requerir a la Comunidad Autónoma para que lleve a efecto su ejecución y control.

La enmienda n.º 48, firmada por Doña Begoña Lasagabaster Olazábal (grupo parlamentario mixto), al regular la medida de alejamiento expresamente establecía que "el Juzgado de Menores recabará el auxilio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado competentes en el territorio". También la enmienda n.º 128, del grupo parlamentario de Izquierda Verde-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds sugería el siguiente inciso: el control de la ejecución de esta medida le corresponderá a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado competentes en cada Comunidad Autónoma.

En esta línea se ha defendido que "el control de la ejecución de esta medida de alejamiento (bien sea con la regulación actual o con la previsión legal futura) debería ser realizado por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado competentes, incluidas obviamente las Policías autonómicas, más que por parte de las Comunidades Autónomas encargadas de la ejecución de la medida. En el texto legal definitivo no existe ninguna mención especial o específica relativa a la ejecución de esta medida, por lo que habrá de ejecutarla la Comunidad Autónoma competente, conforme al régimen general previsto en la Ley, pero entiendo que será conveniente que se dé cuenta también a las mencionadas Policías para una mayor eficacia de la ejecución". TAPIA PARREÑO, Jaime, "Recientes reformas en materia de protección de menores víctimas en los procesos penales", *Diario La Ley*, 20 de febrero de 2007, año XXVIII, número 6655, p. 4.

- (114) Pese a sus evidentes defectos, el informe del CGPJ de 23 de noviembre de 2005 al Anteproyecto de Ley por el que se modifica la [LO 5/2000](#) consideró sin más acertada la incorporación de esta medida.
- (115) Tal inclusión se produjo a instancias del CGPJ y del Consejo Fiscal. El primero de dichos órganos consideró al respecto en su informe al Anteproyecto que "la norma reproduce así de forma casi literal la regulación contenida en el [Código Penal](#), sin hacer mención como posible punto de referencia de la medida de alejamiento el centro educativo, escolar o de formación profesional, para el caso, desgraciadamente frecuente, de que la víctima sea precisamente otro menor en edad escolar. La dramática realidad del acoso escolar... planteará, sin duda, un delicado conflicto de intereses, pues el alejamiento del acosador representará de hecho su expulsión del centro educativo... es indudable que el mal menor vendrá representado por la salida del acosador del ámbito educativo en el que se produjo la infracción, correspondiendo a la comunidad y a las entidades educativas competentes proveer los recursos necesarios para asegurar la formación del menor infractor en otro centro en tanto se cumple la medida de alejamiento". Por su parte, el Consejo Fiscal declaraba a estos efectos que "aunque sea evidentemente susceptible de incluirse en la expresión "cualquier otro que sea frecuentado por ellos", sería conveniente añadir a la lista de lugares abarcables por la prohibición, la mención explícita del *centro escolar* al que acude la víctima, lo que contribuiría, en un ámbito que actualmente es fuente de creciente preocupación... a clarificar y reforzar en caso necesario la operatividad de esta concreta medida en dicho ámbito, evitando en lo posible que la solución del conflicto, especialmente cuando el autor del hecho es también alumno del mismo centro, recaiga sobre los propios órganos directivos de éste último, con las numerosas tensiones y riesgos que ello puede implicar".
- (116) En el mismo sentido, GÓMEZ RECIO, op. cit., p. 632. También la Circular 1/2007, de 26 de noviembre, *sobre criterios interpretativos tras la reforma de la Legislación Penal de Menores de 2006* establece que para que puedan adoptarse medidas cautelares, los

hechos imputados al menor han de alcanzar el rango de delito, no siendo suficiente a tales efectos la imputación de una falta.

- (117) VALBUENA GARCÍA, op. cit., p. 364.
- (118) Para la Circular (p. 68) "en definitiva, interpretando sistemáticamente los **apartados primero y segundo del nuevo art. 28**, y de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre los fines de las medidas cautelares, puede entenderse que serán fines susceptibles de ser perseguidos con el internamiento cautelar el de evitar el riesgo de fuga, conjurar el riesgo de oscurecimiento del proceso mediante la destrucción de fuentes de prueba, hacer frente al riesgo de reiteración delictiva y evitar nuevos atentados contra bienes jurídicos de la víctima".
- (119) Los estudios indican que las jóvenes son objeto de más ataques que las mujeres de más edad, y que está muy presente en las relaciones entre chicos y chicas jóvenes, lo que indica que se están socializando o presenciando relaciones afectivas en las que la violencia es ingrediente habitual. OLIVER, Esther, y VALLS, Rosa, *Violencia de género (Investigaciones sobre quiénes, por qué y cómo superarla)*, El Roure Editorial, 2004, pp. 55, 56, 58.
- (120) Algunos de los comentarios que se dedican al problema son los siguientes: "Se observa un incremento del 17,9% en el número de expedientes incoados contra menores de edad, por conductas de maltrato dirigidas de ordinario contra los propios progenitores", Memoria de la Fiscalía General del Estado correspondiente al año 2005, Ministerio de Justicia, Imprenta Nacional del BOE, 2005, p. 447; "Se ocupa la Fiscalía de Barcelona del preocupante incremento de menores de edad que causan malos tratos, sobre todo a sus padres, ya que el factor determinante, en algunos supuestos de tales comportamientos son las alteraciones en el carácter y el padecimiento de enfermedades mentales, pese a lo cual se observa una inexistencia de Centros adecuados para el tratamiento de dichos agresores, lo que representa un tremendo problema para los progenitores, que se ven frecuentemente desbordados e impotentes ante el problema y sin saber dónde acudir en busca de ayuda", Memoria de la Fiscalía General del Estado correspondiente al año 2005, Ministerio de Justicia, Imprenta Nacional del BOE, 2005, p. 442; "En relación a los progenitores, víctimas del maltrato, se ha incrementado en relación al año anterior. Muchos son los que denuncian, muy pocos los que mantienen la denuncia durante la instrucción de la causa, acogiendo de nuevo en el hogar al hijo agresor, siendo en estos casos muy ineficaz la adopción de una medida cautelar de alejamiento. Los progenitores que denuncian a sus hijos buscan una solución al problema puntual que sus hijos plantean, pues en su inmensa mayoría suelen sufrir adicción a sustancias estupefacientes o algún tipo de desequilibrio psíquico. Los padres denunciadores no requieren del Juzgado que sus hijos ingresen en prisión: ni tan siquiera solicitan que se les aplique una medida de alejamiento. Quieren que sus hijos sean ingresados en centros donde les traten de su enfermedad, de su adicción, donde se ocupen de ellos... Las medidas de alejamiento que los Juzgados aplican respecto de los hijos, como medida de protección frente a los padres víctimas del maltrato, suele tener escasísima duración, regresando el hijo al hogar con consentimiento de los padres e iniciándose de nuevo el ciclo de violencia", Observación de la Fiscalía del TSJ de Cataluña incluida en la Memoria de la Fiscalía General del Estado correspondiente al año 2003, Ministerio de Justicia, Imprenta Nacional del BOE, 2003, p. 657; "Se ha detectado un porcentaje alarmante de hijos e hijas que ejercen la violencia de modo habitual sobre la madre, excepcionalmente sobre la madre y padre... Los primeros casos registrados no se tomaron en consideración al presentarse asociados a problemas de fondo tales como alcoholismo, drogadicción o perturbaciones mentales. Posteriormente se observó el mismo fenómeno en adolescentes que podríamos considerar dentro de los parámetros de la normalidad, que sencillamente utilizan la violencia como medio rápido de consecución de sus fines" (Fiscalía TSJ de Cataluña, Destacamento de Sabadell), *Memoria*

- de la *Fiscalía General del Estado* correspondiente al año 2002, Ministerio de Justicia, Imprenta Nacional del BOE, 2002, p. 382.
- (121) <http://www.opdv.state.ny.us/legislation/summary96.html>, 1996, New York State Domestic Violence Laws.
- (122) Rollo de apelación n.º 64/2004: "ciertamente la [Ley 27/2003](#)... atribuye a los jueces de instrucción la competencia para dictar orden de protección para las víctimas de violencia doméstica... Si la persona que presuntamente actúa con violencia es menor de edad, al ser necesario un delito o falta... como soporte o base para dictar la orden de protección, es evidente que la competencia corresponde al Juez de Menores".
- (123) Ponente: Capdevila Salvat, Carmen, JUR 2004\220412: "... La Sala discrepa de los argumentos del Juez "a quo" relativos a su falta de competencia en orden a pronunciarse sobre el fondo de la solicitud formulada... la Sala entiende que... lo dispuesto en el [art. 544 ter](#) sobre la orden de protección para las víctimas de violencia doméstica resulta de aplicación en el procedimiento de menores en virtud de lo establecido en la [Disposición Final Primera de la Ley](#)... Por otro lado no parece que pueda suponer una quiebra al principio de legalidad la adopción de una orden de protección respecto de un menor, siempre y cuando se le imponga alguna de las medidas cautelares previstas en el [artículo 28 de la LO 5/2000](#) en relación con el [art. 7 de la citada Ley](#)".
- (124) La admite con matices CARRERA DOMÉNECH, op. cit., y abiertamente TINOCO PASTRANA, op. cit., y TOMÉ GARCÍA, José Antonio, *El procedimiento penal del menor*, Thomson Aranzadi, 2004, p. 132.
- (125) En el mismo sentido, SENÉS MOTILLA, Carmen, "Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y sus competencias". En GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (coord.), *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género*, Col.lecció Estudis jurídics, n.º 13, Universitat Jaume I, 2007, p. 228.
- (126) En el mismo sentido, CARRERA DOMÉNECH, op. cit., "no cabe duda de que el juez de menores se halla igualmente investido de competencia objetiva por razón de la materia, para adoptar este tipo de medidas...".
- (127) Algún autor duda sobre la competencia de los JVM y la aplicabilidad de la ley especial para menores autores de violencia de género, decantándose finalmente por la competencia de los Juzgados de Menores. Vid., en este sentido, GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *Violencia de género y proceso*, Tirant Lo Blanch, 2007, p. 148 y ss.
- (128) La enmienda núm. 49 del grupo parlamentario federal de Izquierda Unida propuso añadir a continuación de "... previstas en esta Ley..." lo siguiente: "... conforme a lo que establecen sus [artículos 5.2 y 9](#)...". El informe de la ponencia sobre el Proyecto de LORPM propuso incorporar esta enmienda núm. 49.
- (129) De hecho, algunos comentaristas consideran que es el juez de menores el competente para adoptar estas medidas civiles.
- (130) La CFGE apunta a otra posibilidad al hacer mención a que "hay que considerar comprendida en el ámbito del [art. 29 LORPM](#) la posibilidad de sujetar al menor a un tratamiento ambulatorio como medida de naturaleza tuitiva, fundada en el [art. 158.3.º CC](#), a la vista de su probada eficacia en el tratamiento de enfermedades mentales y situaciones de drogodependencia. A diferencia de lo que ocurre con el internamiento terapéutico, inserto en el elenco de medidas cautelares del [art. 28 LORPM](#), el tratamiento ambulatorio constituiría una medida protectora de naturaleza civil".
- (131) Continúa la Circular 1/2007 afirmando que "debe claramente partirse de que el [art. 29 LORPM](#) ni regula propiamente medidas cautelares, ni las medidas a que hace referencia son susceptibles de ser adoptadas por el Juez de Menores en el curso del expediente de

reforma del menor. Declara este precepto que en caso de concurrencia de cualesquiera de las circunstancias previstas en los n.º 1º, 2º y 3º del art. 20 CP se adoptarán las medidas cautelares precisas para la protección y custodia del menor conforme a los preceptos civiles aplicables, instando en su caso las actuaciones para la incapacitación del menor y la constitución de los organismos tutelares conforme a derecho. Pues bien, tal previsión debe interpretarse en el sentido de que en tales casos, cuando proceda, el Fiscal promoverá en vía civil las medidas de protección previstas en la legislación civil (internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, art. 763 LEC), o en su caso instará de la Entidad Pública de Protección de Menores la adopción de las medidas previstas en la LO 1/1996 y en los arts. 172 y ss. CC.

La que sí cabrá impetrar del Juez de Menores en estos casos en el expediente de reforma será la adopción, cuando proceda, de la medida cautelar de internamiento terapéutico, admisible a la vista de la amplia formulación del párrafo segundo del apartado primero del art. 28, conforme al que las medidas cautelares podrán consistir en internamiento en centro en el régimen adecuado, de modo que si el delito imputado no lleva aparejada pena privativa de libertad, conforme al CP, no podría imponerse ni medida privativa de libertad en sentencia ni medida cautelar equivalente.

También podrán los Sres. Fiscales en estos supuestos promover en el propio proceso penal de menores las medidas que consideren necesarias al amparo de lo dispuesto en el art. 158 CC. Entre ellas, reiterando lo establecido en la Circular 1/2000, cabrá adoptar cautelarmente la medida de tratamiento terapéutico".

- (132) En el mismo sentido, DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, op. cit., p. 347.
- (133) En este sentido, la Fiscalía Provincial de Córdoba apunta a que al no ser posible imponerlo como medida autónoma con carácter cautelar y siendo a veces necesario empezar una intervención con ese tratamiento, se buscan sus ventajas a través de las obligaciones que pueden imponerse junto con la medida cautelar de libertad vigilada. Vid. Memoria de la Fiscalía General del Estado correspondiente al año 2008, p. 747.
- (134) Vid. STC n.º 57/2008, de 28 de abril. Pte.: Conde Martín de Hijas, Vicente.
- (135) Como ha señalado VALBUENA GARCÍA, op. cit., p. 379, "la LORPM diseña un trámite muy distinto, en el que la compensación por parte del Juez de Menores se condiciona a una propuesta del Ministerio Fiscal".
- (136) VALBUENA GARCÍA, op. cit., p. 284.
- (137) Incorporada a nuestro ordenamiento interno el 31 de diciembre de 1990.
- (138) Reproducimos por su interés, un fragmento de la STC 106/89: "puesto que no toda intervención del Juez antes de la vista tiene carácter de instrucción, debe comprobarse, examinando las actuaciones, si el Juez recusado había realizado previamente una actividad que merezca la referida calificación. En tal sentido, y debido a la circunstancia de que la instrucción comporta la realización de múltiples y heterogéneos actos, algunos de los cuales podrían no tener naturaleza inquisitiva, en la línea preconizada por la STC 145/1988 se impone un atento estudio de los realizados en el presente caso a fin de determinar si, en su ejecución, pudo el Juez instructor comprometer su imparcialidad... la prisión provisional, la cual no tiene por qué necesariamente erigirse en causa de abstención o de recusación a los efectos de preservar la imparcialidad del Juzgador. Dicha pérdida de imparcialidad tan sólo habrá que estimarla concurrente cuando el Juez de Instrucción adopte de oficio esta medida cautelar sin la previa instauración del contradictorio".
- (139) RODRÍGUEZ SOL analiza la trascendencia de la STEDH de 28 de octubre de 1998 (caso Castillo Algar) en nuestro país, entendiendo que se reiteran las máximas y conceptos que el TEDH ya había venido manteniendo (importancia de las apariencias, existencia o no de temores objetivamente justificados y necesidad de resolver caso por caso). Para este

autor, la sentencia del caso Castillo Algar "no es sino un eslabón más en una cadena jurisprudencial que, lejos de proporcionar seguridad jurídica a los justiciables, se pierde en un exceso de casuismo, condicionado en gran parte por la diversidad de modelos procesales que abarca su conocimiento y que por el mismo motivo, sólo con mucha cautela se puede aplicar para resolver, sin ayuda de otros criterios, situaciones aparentemente similares". RODRÍGUEZ SOL, Luis, "La imparcialidad objetiva de los Tribunales: antes y después de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de octubre de 1998 (caso Castillo Algar vs España)" *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 7-2000.

- (140) Los razonamientos que emplea el TC son plenamente trasvasables a la nueva regulación: "es cierto que esta posibilidad del Juez de Menores, consistente en acometer determinadas actuaciones preparatorias del juicio o de carácter aseguratorio, aparece expresamente contemplada en diversos pasajes de la ley cuestionada, y, así, por una parte, el Fiscal ha de "solicitar del Juzgado de Menores la práctica de las diligencias que no pueda efectuar por sí mismo" (art. 15.1-2.a) y, por otra, a este mismo Juez le corresponde "la adopción de medidas cautelares" y, de modo especial, el depósito o internamiento provisional del menor (art. 15.1-5.a). Pero tampoco lo es menos que esta impresión de los jueces proponentes acerca de su pérdida de imparcialidad "subjetiva", se desvanece o no es suficiente para justificar un atentado a la imparcialidad "objetiva", si se piensa en que tales actos, legalmente vedados al M. Público, no constituyen, en puridad, actos de investigación o instructorios, sino que son única y exclusivamente limitativos de los derechos fundamentales... Se trata de actos puramente jurisdiccionales que la **Constitución** expresamente reserva a Jueces y Magistrados... a quienes les encomienda no sólo la última, sino también la primera palabra, por lo que, en cuanto tales, no poseen una naturaleza policial o instructoria, sino netamente procesal y sometidas, por tanto, a la vigencia, en la medida de lo posible, del principio de contradicción... A diferencia del modelo clásico del Juez de Instrucción, aquí el internamiento cautelar del menor solo puede efectuarlo el Juez a petición expresa del Fiscal y nunca de oficio, es decir, en tanto que prolongación de una detención policial previamente adoptada. La anterior circunstancia, unida a la de que la designación de Abogado, en tal caso, deviene preceptiva -por lo que puede la defensa penal combatir con eficacia dicha resolución limitativa del derecho a la libertad-, ocasiona que el Juez de Menores no pueda ya ser configurado como un "juez instructor" (puesto que la instrucción le ha sido desgajada y conferida al M.º Público), sino como un "juez de la libertad" o garante del libre ejercicio de los derechos fundamentales, siendo, por lo demás, aplicable al supuesto examinado la doctrina del Tribunal Europeo sustentada en el caso Hauschildt (STEDH 24 mayo 1989 y secundada en el caso Saint-Marie, 16 diciembre 1992), según la cual, cuando la prisión provisional se adopta a instancia del M.º Público (o el de la policía judicial) y el imputado está asistido de Abogado (y puede, por tanto, impugnar con eficacia esta resolución), no es aplicable la doctrina iniciada en los casos Piersack, De Cubber o Ben Yaacoub, ya que la asunción de la instrucción por el M.º Público, unida a la plena vigencia del principio de contradicción en la adopción de esta medida cautelar dota al Juez de la imparcialidad necesaria para valorar libremente, y como tercero no comprometido en la investigación, el material de hecho exclusivamente aportado por el M.º Público, instructor, la acusación y la defensa.
- (141) En el mismo sentido se pronuncia GISBERT JORDÁ, que considera que "se sigue manteniendo la adecuada separación de funciones entre el Juez y el Fiscal de menores preservando adecuadamente la imparcialidad del Juez de Menores...". GISBERT JORDÁ, Teresa, *Análisis del procedimiento. Sus fases. Las demás partes en el proceso. Especial atención a la víctima como coadyuvante sin acción*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, VI-2000 (Ministerio de Justicia-CEJAJ). Vid. igualmente DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, op. cit., p. 329.

- (142) En la misma línea, GÓMEZ RECIO, op. cit. Defiende también la necesidad de abstención del juez de menores que ha adoptado la medida cautelar AGUILERA MORALES, op. cit., p. 16; y GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, Gemma, *El proceso penal de menores*, Thomson-Aranzadi, 2007, p. 108.
- (143) "... obligado rechazar la pretensión recusatoria reproducida en esta alzada tanto por virtud de su notoria extemporaneidad como por manifiesta ausencia de encaje normativo en el precepto (art. 219.11 LOPJ) de invocada aplicación.... Ha de coincidir con la Juzgadora de instancia acerca de que, cuando menos tal solicitud recusatoria debió plantearse tras la notificación de la conclusión instructoria producida al ser evidente por imperativo legal que al tratarse el Juzgado de Menores de un Órgano Jurisdiccional Provincial único y exclusivo no era factible mantener duda alguna en torno a la identidad de la titular del órgano Jurisdicente; máxime cuando la parte recurrente había instado su abstención con carácter previo. Esta Sala comparte al respecto el contenido del inicial fundamento Jurídico de la sentencia apelada y el [Auto precedente de 3-12-2010](#) denegatorio de la recusación articulada... Por otra parte esta última no tiene encaje en el [art. 219.11.LOPJ.](#), al resultar palmario que la adopción de medida cautelar en ningún caso comporta ejercicio de actividad instructoria. La imparcialidad del órgano de enjuiciamiento no se ve comprometida, en cuanto que el Juzgado de menores actúa como Juez de Garantías, porque adopta medidas cautelares; asumiendo la labor instructora el Ministerio Fiscal. No estima la Sala que los concretos razonamientos contenidos en el Auto de Medidas Cautelares, de obligada motivación argumental, supongan extralimitación Jurisdiccional. Antes bien se conectan con la necesaria valoración de indicios de inculpación de precisa concurrencia previa para viabilizar su adopción".
- (144) "... la cuestión que ahora se suscita, sobre la justificación de su abstención, puede tener alcance extraordinario en el futuro y por ello se deben de extremar las garantías y el alcance de nuestro pronunciamiento. No se nos escapa que, sobre abstención el [Tribunal Constitucional en sentencia 143/06, 11/2000 o 142/97](#), refiere la necesidad de valorar caso por caso, o como expone el [Auto de 16 de febrero de 2007 del TSJ de Andalucía](#) "... según doctrina jurisprudencial muy consolidada... será imprescindible valorar cuidadosamente la intensidad del `contacto` que en el caso concreto tales resoluciones hayan podido suponer con el asunto...".

Este mismo Tribunal Superior en [Auto de 27 de febrero, de 2007](#) señaló: "... La doctrina jurisprudencial sobre la causa de abstención y recusación contemplada por el [apartado undécimo del artículo 219 LOPJ](#), que queda reflejada en el [Auto de la Sala Especial de Recusaciones de este Tribunal de 31 de octubre de 2006](#), ha admitido una interpretación no literal del precepto, equiparando la expresión "haber participado en la instrucción de la causa penal" con la de haber realizado actuaciones o adoptado decisiones cuya naturaleza pueda calificarse como de "verdadera actividad instructora" ([sentencia del Tribunal Constitucional número 151/1991](#)), de forma tal que haya supuesto un "contacto con el procedimiento" que pueda inducir a cualquiera de las partes a sospechar razonablemente "que pudiera haberse formado criterio en orden a la resolución del asunto en un determinado sentido" ([sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2001](#)), porque el Tribunal "haya expresado un prejuicio sobre el fondo de la cuestión o sobre la culpabilidad del imputado" ([sentencias del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1999, 2 de enero de 2000, 19 de septiembre de 2000](#))... Así, dicha causa de abstención puede existir a pesar de que el magistrado respecto de quien se postula no haya sido formalmente "Instructor", siempre que, eso sí, en el ejercicio de sus funciones, hubiese intervenido en la instrucción con actuaciones relevantes que, por sus características, y atendidas las circunstancias del caso concreto, presupongan un contacto de cierta intensidad con las investigaciones y pesquisas encaminadas a preparar el juicio oral. Esta posibilidad quedó ratificada de forma significativa con la jurisprudencia del [Tribunal Europeo de Derechos Humanos](#) que, en

varias sentencias (24 de mayo de 1989, caso Hausschildt, y 28 de octubre de 1998, caso Castillo-Algar) consideró vulnerado el derecho a un juez imparcial por el hecho de que el enjuiciamiento se encomendase a quien decidió en orden al procesamiento, aunque fuese por vía de recurso contra la decisión del juez encargado de la instrucción...". Ciertamente, la LORRPM encomienda la iniciativa procesal al Ministerio Fiscal. Ahora bien, esta actividad instructora no conlleva la práctica de todo tipo de diligencias porque los arts. 23.3 y 26.3 de la ley referida vedan a esa institución la práctica de diligencias restrictivas de derechos fundamentales y encomiendan al juez la práctica de las diligencias restrictivas de derechos fundamentales que sean precisas para el buen fin de las investigaciones. Además, el juez de menores podrá, previa solicitud del Ministerio Fiscal, de oficio o a instancia de quien haya ejercitado la acción penal, adoptar medidas cautelares para la custodia y defensa del menor expedientado o para la debida protección de la víctima, si se cumplen los requisitos subjetivos contemplados en el art. 28 de la Ley. Pues bien, es esencialmente en estos tramos del expediente (amén del secreto del sumario, art. 24, y en la apertura y tramitación de la pieza de responsabilidad civil, ex art. 64 de la Ley de Menores) donde habrá que estudiar si se ha producido ese contacto de cierta intensidad con las investigaciones y pesquisas encaminadas a preparar el juicio oral, que pudiera condicionar la imparcialidad objetiva que le es exigible al juez de menores. En el presente caso, el Titular el Juzgado de Menores núm. 3 de Sevilla en su comunicación remite hasta once autos y dos providencias, cuyos dictados, según su criterio, "... revelan en su conjunto un íntimo contacto previo con el objeto del proceso y una importantísima participación personal y directa en la instrucción de la causa, desarrollando con su práctica una investigación directa de los hechos que habrán de ser objeto de enjuiciamiento...". Pues bien, si analizamos su contenido, convenimos en lo acertado de tal afirmación, pues de otra forma no se puede convenir cuando se ha dictado la medida cautelar de internamiento en régimen cerrado respecto del menor imputado tras apreciar la existencia de indicios racionales suficientes para atribuirle la participación en concepto de autor de un delito de encubrimiento previsto y penado en el artículo 451.2 de Código Penal, en relación con un delito de homicidio previsto y penado en el artículo 138 del mismo texto legal; esta situación cautelar que se mantuvo y se acordó su prórroga hasta el límite legalmente permitido por el artículo 28.3 de la LORRPM (auto dictado el 21 de julio de 2009). Posteriormente se han adoptado las medidas cautelares de convivencia con grupo educativo y la prohibición de aproximarse a menos de 50 kilómetros de la familia nuclear de la víctima del presente procedimiento o de comunicarse con ellos por cualquier medio o procedimiento. Además, por dos veces, el Juzgado núm. 3 ha decretado el secreto de las actuaciones impidiendo a las partes -salvo al MF- intervenir en las diligencias y tomar conocimiento de estas. En igual sentido, a instancia del Ministerio Fiscal ha realizado personalmente una investigación de los hechos interviniendo directamente en la instrucción de la causa, practicando conforme prevé el artículo 23.3 de la LORRPM toda una serie de diligencias restrictivas de derechos fundamentales, que fueron las señaladas en las acotaciones primera a quinta que hemos transcrito en el primer fundamento de esta resolución. Pues bien, expuesto lo anterior, consideramos que la causa de abstención invocada por el Titular del Juzgado núm. 3 de Menores de Sevilla es ajustada a derecha de conformidad con el art. 219.11 de la LOPJ. En efecto, si el magistrado-juez del Juzgado de Menores núm. 3 de Sevilla ha tomado parte activa en la instrucción (ha tomado contacto relevante con la instrucción) de unas diligencias y esa causa se enjuiciase por el mismo magistrado que llevó a efecto relevantes actuaciones de claro matiz instructor, es claro que pudiera verse comprometida su imparcialidad objetiva, en cuyo supuesto la abstención se estima justificada. No se trata de una actividad instructora que podríamos denominar, puntual, episódica (dictado de una medida cautelar en momento puntual y de forma incidental), sino de un contacto con el procedimiento, trascendental, relevante, porque el dictado de numerosas resoluciones, por los términos empleados en su redacción, necesariamente, demuestran que el ahora

abstenido ha tenido que conocer el procedimiento en toda su extensión, valorar y lo que es, sin duda importante y decisivo, formarse antes del dictado de alguna de las resoluciones un cierto criterio en orden a la resolución del expediente, lo que sin duda le priva de la imparcialidad objetiva exigible.

Consideramos, por lo expuesto, que, admitiendo justificada la abstención, no solo se preserva la imparcialidad en el ánimo del juzgador, sino que también se elimina toda duda, sospecha o recelo por los justiciables, cumpliendo con ello las premisas expuestas por el Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre actuaciones "relacionadas con la Instrucción".

Información sobre el artículo

Título del artículo: "Medidas cautelares personales en el proceso penal de menores"

Autor: José Miguel de la Rosa Cortina

Incluido en el número monográfico sobre *La instrucción en el proceso penal de menores* de Cuadernos Digitales de Formación 20 - 2011 (Directores: Blanca Isabel Subiñas Castro y José Miguel de la Rosa Cortina)

DOI:

Editor: Consejo General del Poder Judicial (Madrid)

Fecha de publicación: 2012

Copyright 2011, Consejo General del Poder Judicial

License:

Notas

40 referencias bibliográficas