

UNIVERSIDAD MIGUEL HERNÁNDEZ DE ELCHE

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS DE ELCHE



DOBLE GRADO EN DERECHO Y ADMINISTRACIÓN Y DIRECCIÓN  
DE EMPRESAS



TRABAJO FIN DE GRADO

**LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO  
PENAL DE MENORES**

CURSO 2020/2021

Autora: Andrea Plaza Conchilla

Tutora: Olga Fuentes Soriano



## RESUMEN

El proceso penal de menores presenta ciertas particularidades que lo diferencian del proceso penal de adultos, éstas son debidas fundamentalmente al principio rector del interés superior del menor. En este sentido, la finalidad principal de este proceso se basa en la reeducación y resocialización del menor, pues a pesar de que se ejerza el *ius puniendi* por parte del Estado, la respuesta de éste debe ir conducida a la aplicación de medidas educativas.

No obstante, la dilación necesaria de todo proceso penal hace que, durante su tramitación deban adoptarse ciertas medidas que permitan garantizar su normal desarrollo y la efectividad de la posterior sentencia que se dicte en su caso. El instrumento procesal que se presenta para lograr este fin son las medida cautelares. Éstas tienen como finalidad principal evitar el riesgo de eludir u obstruir la acción de la justicia por parte del presunto autor del hecho delictivo.

Ahora bien, las medidas cautelares en el proceso penal de menores muestran algunas diferencias con las estipuladas en el proceso de adultos, incluyéndose tanto unas medidas diferentes como otras finalidades que se basan en la protección de la víctima y la custodia y defensa del menor infractor. Estas disimilitudes se deben básicamente a la minoría de edad del autor del hecho delictivo y a las circunstancias que envuelven al mismo, al y como tendremos ocasión de analizar en la parte principal de este trabajo.

Así pues, como concluiremos, la legislación penal en el ámbito de menores, en algunas cuestiones de gran relevancia, se constituye como una innovación de aplicación necesaria en el proceso penal de adultos, pudiendo tomarse como ejemplo ante la imprescindible modificación de este proceso.

**Palabras clave:** Proceso penal de menores, responsabilidad penal del Menor, menores de edad, medidas cautelares, Ministerio Fiscal, principio del interés superior del menor.



# ÍNDICE

<b>ABREVIATURAS .....</b>	<b>7</b>
<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>9</b>
<b>1. EL PROCESO PENAL DE MENORES: CARACTERES GENERALES.....</b>	<b>13</b>
<b>2. LAS MEDIDAS CAUTELARES .....</b>	<b>31</b>
<b>2.1. CONCEPTO Y FINALIDAD .....</b>	<b>31</b>
<b>2.2. PRESUPUESTOS .....</b>	<b>38</b>
2.2.1. <i>Fumus boni iuris</i> .....	39
2.2.2. <i>Periculum in mora</i> .....	41
<b>2.3. CARACTERES .....</b>	<b>44</b>
2.3.1. <i>Instrumentalidad</i> .....	44
2.3.2. <i>Provisionalidad y temporalidad</i> .....	46
2.3.3. <i>Excepcionalidad</i> .....	48
2.3.4. <i>Jurisdiccionalidad</i> .....	49
2.3.5. <i>Proporcionalidad</i> .....	52
2.3.6. <i>Homogeneidad</i> .....	53
<b>3. CLASES DE MEDIDAS CAUTELARES.....</b>	<b>56</b>
<b>3.1. MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES .....</b>	<b>57</b>
3.1.1. <i>Detención</i> .....	58
3.1.2. <i>Internamiento</i> .....	77
3.1.3. <i>Libertad vigilada</i> .....	86
3.1.4. <i>Prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o su entorno</i> ....	88
3.1.5. <i>Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo</i> .....	89
<b>3.2. MEDIDAS CAUTELARES REALES.....</b>	<b>92</b>
<b>4. CONCLUSIONES .....</b>	<b>94</b>
<b>5. BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>95</b>



## ABREVIATURAS

AP	Audiencia Provincial
Art./arts.	Artículo/artículos
CDN	Convención de los Derechos del Niño
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CP	Código Penal
EMUME	Equipos Mujer-Menor
FGE	Fiscalía General del Estado
FJ	Fundamento Jurídico
GRUME	Grupo de Menores
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrím	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
LOHC	Ley Orgánica del Procedimiento de <i>Habeas Corpus</i>
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LORPM	Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores
MF	Ministerio Fiscal
Núm.	Número
Op.Cit.	Obra Citada
p./pp.	Página/páginas
RLORPM	Reglamento de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
VV.AA	Varios Autores
Vid.	Véase





## INTRODUCCIÓN

Actualmente, los delitos cometidos por menores de edad están presentando un ligero crecimiento. Es evidente que, día tras día, se presentan en los medios de comunicación noticias relativas a diferentes hechos delictivos en los que participan menores. Así, en 2019, los menores condenados por sentencia firme presentaron un aumento del 3,3% respecto a las cifras del año anterior<sup>1</sup>.

Ante ello, cabe preguntarse qué sucede cuando el presunto autor de los hechos delictivos resulta ser menor de edad y si, en tal caso, merece el mismo tratamiento procesal y penal que merecería un adulto. Sin duda, el daño causado puede ser idéntico, pero la pregunta es si el reproche social ante su conducta debe ser también similar o merece la toma en consideración de otros aspectos que lo diferencien de lo establecido para los adultos debido a su minoría de edad. Así pues, la responsabilidad penal de los menores amerita un tratamiento diferente de la de los adultos, y no se rige, en consecuencia, por los mismos textos legales; de modo que, mientras que la exigencia de responsabilidad penal a los adultos se rige por la LECrim, la de los menores lo hace por lo establecido en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, regula la Responsabilidad Penal de los menores (en adelante LORPM), no obstante, en ocasiones, como veremos, se hace necesaria la aplicación supletoria de la LECrim para solventar los vacíos legales que presenta la regulación de menores.

La LORPM se aplica para aquellos menores infractores cuya edad esté comprendida entre los 14 y los 18 años, por lo que, los menores de 14 años están exentos de responsabilidad penal, y alcanzados los 18 años se habrá de atender a lo dispuesto en la LECrim y en el Código Penal.

La diferencia entre ambos textos legales radica fundamentalmente en la necesidad de que el Estado eduque a los menores infractores y no se base únicamente en ejercer el *ius puniendi*, como así es en el caso de los adultos. No obstante, la exigencia de responsabilidad criminal es idéntica para ambos, siendo regulada en el Código Penal; de

---

<sup>1</sup> Según datos aportados por la “Estadística de Condenados: adultos/menores”, [INE](#), 2019.

modo que, los delitos que puede cometer un menor de edad son los mismos que puede cometer un adulto, siendo diferente la respuesta que otorga el Estado.

En este sentido, el proceso penal de menores se constituye como un procedimiento de naturaleza sancionadora-educativa, basándose en el principio del interés superior del menor. Este principio se fundamenta, como estudiaremos, en la necesidad de que durante todo el proceso se busque y se adopte lo más conveniente para la reeducación y resocialización del menor.

A partir de ello, se presentan en el proceso penal de menores grandes diferencias respecto al de adultos. De entre ellas, la más notoria, es la atribución al Ministerio Fiscal de la dirección de la fase instructora, la cual, en el proceso penal de adultos es competencia del Juez de Instrucción. Además, el órgano jurisdiccional competente es el especializado Juez de Menores, el cual será el encargado de adoptar todas aquellas medidas restrictivas de derechos fundamentales, como son las medidas cautelares, y de dictar la sentencia correspondiente.

La fase de instrucción se denomina en el proceso penal de menores la ‘incoación del expediente de reforma’. Dicha fase se basa, con carácter general, en la investigación de los hechos y del autor de los mismos, siendo necesario para ello, en algunas ocasiones, limitar los derechos fundamentales del menor presunto autor del delito para garantizar el correcto desarrollo del proceso y la posterior efectividad de la sentencia que se dicte en su caso. Para ello, el ordenamiento jurídico posee como instrumento procesal las medidas cautelares, objeto de estudio del presente trabajo.

La cuestión que se presenta ahora, es si las medidas cautelares cumplen la misma función en el proceso de menores que en el de adultos, si son las mismas, o incluso, si debido al interés superior del menor que hemos comentado, se presentan diferencias o particularidades para su adopción.

A la vista de todo lo comentado, queda patente que el proceso penal de menores presenta ciertas particularidades respecto al proceso de adultos; no obstante, dada la extensión de este procedimiento, en el presente trabajo se pretende ofrecer un estudio pormenorizado

de las medidas cautelares previstas en la legislación de menores, examinando las cuestiones más relevantes y peculiares de las mismas.

Para cumplir con ello, se comienza haciendo un breve análisis sobre los caracteres generales del proceso penal de menores a partir de la examinación de la LORPM, llevándose a cabo un estudio minucioso de su ámbito de aplicación y los principios generales que dan razón a este proceso, tratando así de proporcionar una visión global sobre el mismo.

Una vez que se han adquirido las nociones básicas sobre este proceso, nos adentraremos en la cuestión de fondo de este trabajo, la cual se trata, como ya hemos comentado, de las medidas cautelares previstas en aquellos casos en los que el presunto autor del hecho delictivo es un menor. En el epígrafe dedicado a éstas nos centraremos en generar una definición adecuada sobre ellas y en el estudio de sus características generales, y además, tendremos ocasión de examinar los presupuestos que exige la Ley para su adopción. Todo ello se comparará a grandes rasgos con lo establecido para los adultos, delimitando así las particularidades que presenta el procedimiento de menores, y haciéndose necesario en ocasiones, como veremos, una revisión a la LORPM para solventar las lagunas legales que presenta.

Por último, se analizarán exhaustivamente cada una de las medidas cautelares que son susceptibles de adoptar en el proceso penal de menores, determinando sus principales diferencias con las medidas previstas en el proceso de adultos, debidas fundamentalmente al principio del interés superior del menor y a la naturaleza sancionadora-educativa de la LORPM. No obstante, algunas de las medidas cautelares contempladas en esta Ley cautelares poseen un carácter más protector que cautelar, dado que, como tendremos ocasión de comentar, se desvían de la finalidad principal de garantizar el correcto funcionamiento del proceso.

Es preciso mencionar que para la realización de este trabajo de investigación jurídica, en primer lugar, se han planteado los grandes aspectos del proceso para, posteriormente, ir concretando el estudio en las medidas cautelares, tal y como ya se ha comentado. Para ello, se ha trabajado con fuentes doctrinales, legales y jurisprudenciales, comenzando por estudiar manuales y tratados que han ayudado a obtener una visión general de este

proceso, hasta adentrarse en la investigación de temas específicos a través de artículos doctrinales o monografías sobre la materia y a través de sentencias que analizan el estudio y la solución del caso concreto.

Con todo ello, se ha conseguido desarrollar un trabajo a partir del cual el lector podrá adquirir conocimientos detallados sobre el tratamiento procesal y penal de los menores infractores y de las medidas cautelares que salvaguardan el desarrollo de este procedimiento.



## 1. EL PROCESO PENAL DE MENORES: CARACTERES GENERALES

El Código Penal establece en su artículo 19 que “los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código”. De tal manera que, se instaura un criterio de edad biológica para exigir la responsabilidad criminal. Sin embargo, esto no significa que los menores de 18 años no cometan delitos, ni que los poderes públicos no tengan el deber de responder ante estas conductas<sup>2</sup>. Así pues, el legislador ha detallado que los menores de 18 años que cometan un hecho delictivo podrán ser declarados responsables con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor.

Para dar cumplimiento a las previsiones del artículo 19 del Código Penal, en el año 2000 entró en vigor la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante LORPM), la cual posteriormente vino modificada por la LO 8/2006, de 4 de diciembre.

Tal y como su nombre indica, la LORPM consagra un proceso ordinario para determinar la responsabilidad penal de los menores, entendiéndose por tales, los mayores de catorce años y los menores de dieciocho años<sup>3</sup>.

Así pues, esta Ley se trata de una norma sancionadora-educativa, que “consagra la responsabilidad del menor, al que estima dueño de sus actos, pero la reacción jurídica ante éstos ha de ser necesariamente distinta de la reacción penal a los actos de los adultos”<sup>4</sup>. En tal sentido, la propia LORPM prevé la aplicación supletoria tanto del Código Penal, en el ámbito material, como de la LECrim, en el ámbito procesal<sup>5</sup>.

Por su parte, el Código Penal es de aplicación supletoria en el proceso penal de menores debido a que los tipos delictivos son los mismos tanto para menores como para mayores

---

<sup>2</sup> MORENO CATENA, V., “Ámbito de aplicación y garantías procesales en el proceso penal de menores” en *Proceso penal de menores* (Coord. GONZÁLEZ PILLADO), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p.21

<sup>3</sup> Art. 1.1 LORPM.

<sup>4</sup> GARCÍA GARCÍA, J. (Dir), “Justicia juvenil en Andalucía. Diez años de funcionamiento de la Ley Orgánica de Responsabilidad penal del menor”, Consejería de Justicia e interior, accesible en <https://www.juntadeandalucia.es/>, p. 9.

<sup>5</sup> MORENILLA ALLARD, P., *El proceso penal del menor. Actualizado a la LO 8/2006 de 4 de diciembre*, Colex, Madrid, 2007, p.55

de edad, de modo que, lo que realmente varía entre el proceso penal de menores y el de adultos es la respuesta del Estado, tanto en lo que a la tramitación del procedimiento se refiere, cuanto en lo que a imposición de la pertinente sanción o medida.

La diferente respuesta que otorga el Estado dependiendo de si el autor del hecho delictivo es mayor o menor de edad, viene debida principalmente a que “los menores son personas que se encuentran todavía en una fase inicial del proceso de formación”. Por ello, “la existencia y singularidad del derecho penal de menores suele justificarse con base en una orientación más intensa a la función de prevención especial, y más concretamente, a la idea de proporcionar al menor los recursos necesarios para poder vivir en sociedad sin cometer nuevos delitos (...)”<sup>6</sup>; derivándose de esto la naturaleza sancionadora-educativa de la LORPM<sup>7</sup>.

Por otro lado, tal y como ya hemos tenido la ocasión de mencionar, el ámbito de aplicación de la LORPM, se centra en la edad del imputado en el momento de la comisión del hecho tipificado como delito. En este sentido, la Ley hace una distinción entre dos grupos de edad, distinguiendo, por un lado, los menores que alcanzan una edad de hasta 14 años, y por otro, los que tienen entre 14 y 18 años.

No obstante, el art. 4 LOPRM, en su redacción originaria, desarrollaba lo previsto en el art. 69 CP, de modo que, se preveía la posibilidad de aplicar la LO 5/2000 a los jóvenes entre 18 y 21 años, cuando se tratase de faltas o delitos menos graves, sin violencia o intimidación en las personas y sin grave peligro para la vida o integridad física. Ello, tras la modificación originada por la LO 8/2006, se derogó definitivamente, sustituyendo la redacción original del art. 4 por la actual, que nada tiene que ver con su anterior contenido<sup>8</sup>. De tal manera, tras esta reforma, se suprime la posibilidad de aplicar la LORPM a los comprendidos entre 18 y 21 años. A consecuencia de ello, el art. 69 CP ha quedado materialmente sin contenido, debiendo denunciarse que el mismo “sigue intacto

---

<sup>6</sup> CARDENAL MONTRAVETA, S., *La responsabilidad penal de los menores*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 89-90.

<sup>7</sup> Exposición de motivos LORPM, apartado II.6: “(...) la redacción de la presente Ley Orgánica ha sido conscientemente guiada por los siguientes principios generales: naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa del procedimiento (...)”.

<sup>8</sup> Instrucción FGE 5/2006, de 20 de diciembre, sobre los efectos de la derogación del art. 4 LO 5/2000, de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los menores, prevista por la LO 8/2006, de 4 de diciembre, accesible en <https://www.fiscal.es/>.

puesto que el legislador español no se ha preocupado de derogarlo, tal y como en buena técnica jurídica debería haber hecho”<sup>9</sup>.

Por tanto, la LORPM será de aplicación con todas sus consecuencias para los menores que ostenten una edad comprendida entre 14 y 18 años. Así pues, la edad mínima es de 14 años, de modo que, quien no haya alcanzado esa edad en el momento de realizar un hecho delictivo, no puede exigírsele responsabilidad penal por vía de este texto legal. Este límite tiene la base en que el legislador entiende que los menores de 14 años carecen de suficiente madurez como para ser conscientes de los hechos cometidos. De modo que, en virtud del art. 3 LORPM, cuando el autor del delito sea un menor de 14 años deberá atenderse a lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes. En estos casos, el Ministerio Fiscal deberá remitir a la entidad pública de protección de menores las actuaciones que sean convenientes para valorar la situación del menor, y ésta habrá de promover las medidas de protección adecuadas según lo dispuesto en la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En línea con lo anterior, cabe resaltar que, aprovechando la reforma de la LORPM, operada por la LO 8/2006, hubo un intento en vano de rebajar la edad mínima a los 12 años. Desde luego, la rebaja o no de la edad mínima es una cuestión que a día de hoy genera discrepancias entre la doctrina; sin duda, a la postura que me adhiero, es que realmente la razón que alega el legislador en la Exposición de Motivos de la LORPM no es por la que se deba mantener la edad de 14 años como edad mínima, puesto que se establece que “con base en la convicción de que las infracciones cometidas por los niños menores de esta edad son en general irrelevantes y que, en los escasos supuestos en que aquéllas pueden producir alarma social, son suficientes para darles una respuesta igualmente adecuada los ámbitos familiar y asistencial civil, sin necesidad de la intervención del aparato judicial sancionador del Estado”, por lo que, adhiriéndome a este postura, sería más correcto alegar esta edad por el hecho de que a partir de los 14 años, los menores ya han adquirido, de manera general, la formación esencial que aporta la

---

<sup>9</sup> JIMÉNEZ DÍAZ, M.J., “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad penal de los menores”, Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, artículos RECPC 17-19, 2015, accesible en <http://criminet.ugr.es/>, p. 9.

realización de la enseñanza básica, la cual es obligatoria hasta que se termina la ESO a los 15 o 16 años proporcionándole esta la necesaria madurez mental<sup>10</sup>.

Una vez aclarado el ámbito de aplicación de la LORPM, es conveniente llevar a cabo un análisis de los principios que inspiran el derecho procesal penal de menores.

Al respecto, en la Exposición de Motivos de la LORPM se establece que: “la presente Ley Orgánica ha sido conscientemente guiada por los siguientes principios generales: naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa del procedimiento y de las medidas aplicables a los infractores menores de edad, reconocimiento expreso de todas las garantías que se derivan del respeto de los derechos constitucionales y de las especiales exigencias del interés del menor, diferenciación de diversos tramos a efectos procesales y sancionadores en la categoría de infractores menores de edad, flexibilidad en la adopción y ejecución de las medidas aconsejadas por las circunstancias del caso concreto, competencia de las entidades autonómicas relacionadas con la reforma y protección de menores para la ejecución de las medidas impuestas en la sentencia y control judicial de esta ejecución”<sup>11</sup>. A continuación trataremos de profundizar en cada uno de ellos.

En primer lugar, acerca de la naturaleza jurídica de esta Ley cabe destacar que, tal y como se establece en su Exposición de Motivos, el procedimiento penal de menores y las medidas aplicables a éstos, poseen una naturaleza “formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa”<sup>12</sup>. De modo que, el derecho penal de menores se trata de un derecho punitivo, en el que el *ius puniendi* lo ostenta el Estado, entendido éste como la respuesta sancionadora de aquél ante conductas que están tipificadas como delito en el Código Penal<sup>13</sup>. Así pues, la LORPM se constituye como una norma sancionadora, dado que establece medidas que suponen una sanción y que, a consecuencia de ello, limitan los derechos de los menores, incluso con la máxima gravedad al limitar el derecho

---

<sup>10</sup> JIMÉNEZ DÍAZ, M.J., “Algunas reflexiones sobre...”, Op. Cit., pp.15-16.

<sup>11</sup> Exposición de Motivos LORPM, apartado II.6.

<sup>12</sup> Exposición de motivos LORPM, apartado II.6.

<sup>13</sup> BLASCO BAREA, J.A., “Responsabilidad Penal del Menor: principios y medidas judiciales aplicables en el Derecho Penal Español”, Revista de Estudios Jurídicos nº 8, 2008, accesible en <https://revistaselectronicas.ujaen.es/>, p. 9.



a la libertad<sup>14</sup>. Sin embargo, la prioridad del proceso penal de menores no es solamente ejercer el *ius puniendi*, es decir, no trata únicamente de castigar al menor infractor, sino que, además, va dirigido a determinar los problemas que han llevado a éste a delinquir y, así aplicar medidas con carácter educativo y resocializador para reinsertarlo en la sociedad<sup>15</sup>.

De tal manera, a tenor de la naturaleza “materialmente sancionadora-educativa” se deriva que, el derecho penal de menores es justicia “esencialmente individualizadora”, pues, a diferencia de lo que ocurre en el derecho penal de adultos, no se impone una sanción concreta para cada delito, sino que, se establece un amplio catálogo de medidas para selección la más adecuada en cada caso, atendiendo no solo a los hechos cometidos, sino también a la edad, circunstancias familiares y sociales, personalidad y al principio del interés del menor.

En relación con lo anteriormente comentado, el principio que justifica la finalidad educativa propia de este procedimiento es el del interés superior del menor. Éste viene a significar que “todas las cuestiones que se susciten han de resolverse buscando lo más conveniente para el menor”; no obstante, se debe concretar que, ‘lo más conveniente’ “no puede identificarse con lo más cómodo o con las preferencias de éste, sino con la respuesta más adecuada al caso, teniendo en cuenta su proyección de futuro en la formación de la personalidad del menor a la vista de sus circunstancias”, requiriéndose, por tanto, a raíz de este principio, una investigación en profundidad de la concreta situación personal y familiar del menor<sup>16</sup>.

Este principio aparece en la Ley en dos formas concretas. Por un lado, en la Exposición de Motivos de la LORPM, el interés del menor se formula como la razón que justifica la intervención del Estado en la vida y en los derechos fundamentales del menor; de modo que, “opera como criterio global de justificación de la LORPM”. Por otro lado, el

---

<sup>14</sup> RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., “Naturaleza jurídica de la Ley Orgánica de Responsabilidad penal del menor. Principios que rigen la norma. Características del sistema”, en *Ley Orgánica de responsabilidad penal de menores. Especial análisis de la reparación del daño*, Ed. Dijusa, 2005, accesible en [vLex.com](http://vLex.com), apartado 2.1 (pp. 25-41).

<sup>15</sup> MORENO CATENA, V., “Ámbito de aplicación...”, *Op. Cit.*, p.27

<sup>16</sup> DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E.M., “El interés superior del menor y la proporcionalidad en el derecho penal de menores: contradicciones del sistema”, en *El Derecho penal de menores a debate. I Congreso Nacional sobre Justicia Penal Juvenil*, Ed. Dykinson, Madrid, 2010, accesible en [vLex.com](http://vLex.com), p. 85.

principio del interés del menor aparece como un criterio al que debe de atenderse en aquellas situaciones en las que un órgano del Estado, ya sea el Ministerio Fiscal o el Juez de Menores, deba decidir sobre el grado de intervención estatal en la vida del menor y en sus derechos fundamentales<sup>17</sup>. Esto se puede ver reflejado en el artículo 28 LORPM dedicado a las reglas generales de las medidas cautelares, dado que éstas suponen una limitación a los derechos fundamentales del menor, las cuales constituyen el objeto de estudio de este trabajo. En dicho precepto, el legislador ha dejado constancia de que, además de otros presupuestos y caracteres que tendremos ocasión de comentar, es necesario que, para adoptar una medida cautelar se deba tener en consideración el interés del menor.

Por lo tanto, todas las decisiones que se adopten en el proceso penal de menores deben estar sometidas a este principio. Sin embargo, insistiendo, esto no significa que se le otorgue al menor infractor una reducción de las medidas impuestas para su rehabilitación, sino que, se determinará la medida más beneficiosa para su reinserción y su reeducación, compuesta principalmente de un contenido socioeducativo<sup>18</sup>.

Si seguimos profundizando en la caracterización que se realiza en la Exposición de Motivos de la LORPM sobre los principios estructuradores del proceso penal de menores, se puede observar que se reconoce expresamente, como no podría ser de otra manera, el cumplimiento expreso de “todas las garantías que se derivan del respeto de los derechos constitucionales y de las especiales exigencias del interés del menor”. Este reconocimiento a las garantías y principios constitucionales conlleva el respeto al principio acusatorio, al derecho de defensa, a la presunción de inocencia y al derecho a un juez imparcial. Estos principios no distan en gran medida del proceso penal de adultos, sin embargo, se establecen ciertas diferencias fundamentadas en el interés del menor.

En cuanto al principio acusatorio, cabe señalar que, éste se concibe como el principio estructurador del proceso penal en su conjunto. Así pues, en virtud de ello, “nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido

---

<sup>17</sup> PAREDES CASTAÑÓN, J.M., “El principio del interés del menor en derecho penal: una visión crítica”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3º Época, nº 10, 2013, accesible en <http://e-spacio.uned.es>, p. 157.

<sup>18</sup> BLASCO BAREA, J.A., “Responsabilidad Penal...”, *Op. Cit.*, p. 9.

oportunidad de defenderse de manera contradictoria, estando por ello, obligado el Juez o Tribunal a pronunciarse dentro de los términos del debate, tal y como han sido formulados por la acusación y la defensa”<sup>19</sup>.

Así pues, lo que se desprende de este principio es que para que se pueda llevar a cabo el enjuiciamiento penal debe de existir una parte acusadora que postule el procedimiento, debiendo ser ésta diferente del órgano jurisdiccional encargado de juzgar. Por lo tanto, el Juez carece de competencia para promover la acusación asegurándose así su imparcialidad. Además, cabe resaltar que, a tenor de este principio, “el Juez nunca podrá sobrepasar el objeto del proceso condenando por hechos distintos de los que fueron objeto de acusación, o a persona distinta del acusado”<sup>20</sup>.

Con todo esto, lo que se pretende es que, para garantizar la independencia y la imparcialidad del órgano que ha de juzgar, la labor de investigación y acusación se encomienda a otro órgano diferente. A raíz de esto, surge la principal gran diferencia entre el proceso penal de adultos y el de menores. Así pues, en el primero de éstos, la fase de instrucción es competencia del Juez de Instrucción; mientras que en el proceso de menores, lo es del Ministerio Fiscal.

Por consiguiente, en el proceso penal de menores, el Ministerio Fiscal tiene encomendadas todas aquellas facultades de investigación tendentes a la averiguación de los hechos y del presunto autor de los mismos, confiando al Juez de Menores la adopción de todas aquellas medidas, cautelares o definitivas, restrictivas de derechos fundamentales. A tenor de esto, tal y como tendremos ocasión de estudiar a lo largo de este trabajo, las medidas cautelares en el proceso penal de menores, al constituirse como medidas limitativas del derecho fundamental a la libertad, únicamente pueden ser adoptadas por el Juez de Menores, bajo la previa solicitud del Ministerio Fiscal.

El hecho de que el Ministerio Fiscal sea el director de la instrucción ha estado, en nuestro país, en continuos debates. Así pues, el Anteproyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento

---

<sup>19</sup> STC 11/1992, de 27 de enero, FJ nº 3

<sup>20</sup> DE LA ROSA CORTINA, J.M., “Los principios del derecho procesal penal de menores: instrumentos internacionales, doctrina de la Fiscalía General del Estado y Jurisprudencia”, accesible en <https://www.fiscal.es>, p. 11.

Criminal planteado en 2021, se basa principalmente en otorgar las mencionadas facultades instructoras al Ministerio Fiscal en el proceso penal de adultos, equiparándose, por tanto, al proceso penal de menores.

Esto ha sido defendido por una buena parte de la doctrina, a la que me adhiero indudablemente, dado que se considera que “otorgar la instrucción al Ministerio Fiscal, además de constituir una reforma plenamente constitucional, fortalece el principio de imparcialidad judicial y procura una mejor aplicación del principio de exclusividad jurisdiccional, pues la actuación judicial quedaría reservada al enjuiciamiento, valoración, en su caso, de las diligencias instructoras y control de legalidad de lo actuado; además, permite hacer políticamente responsable al Ministerio Fiscal por la oportunidad de iniciar o no una concreta investigación procesal”<sup>21</sup>.

Al margen de lo anterior, prosiguiendo con el análisis de los principios estructuradores del proceso penal de menores, una diferencia fundamental entre éste y el de adultos, radica en el principio de legalidad de la sanción, o en este caso, de la medida. Es claro, como ya hemos comentado anteriormente, que los tipos delictivos en cuanto a la descripción de los hechos son los mismos tanto para menores como para mayores de edad; sin embargo, la sanción difiere completamente. Así pues, la sanción prevista para los adultos es la fijada en el Código Penal, mientras que para los menores no está regulada del mismo modo.

En tal sentido, cabe resaltar que, la LORPM no establece qué medida es aplicable a cada hecho delictivo. Por lo tanto, en el proceso penal de menores se permite la aplicación flexible de aquella medida que sea más adecuada al superior interés del menor en cada caso concreto. Así pues, el Juez de Menores goza de amplia discrecionalidad para fijar la medida que mejor se ajuste a la edad, circunstancias familiares y sociales y a la personalidad del menor<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> FUENTES SORIANO, O., “El Ministerio Fiscal. Consideraciones para su reforma”, documento de trabajo 16/2003, accesible en [fundacionalternativas.org](http://fundacionalternativas.org), p.28.

<sup>22</sup> Vid. GÓMEZ CASADO, M.T., “El proceso penal de menores: su proyección sobre el proceso penal de adultos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, Tesis doctoral, 2017, accesible en el repositorio digital de la Universidad de Murcia <https://digitum.um.es/>, p. 130.

No obstante, en la mencionada Ley se establecen diferentes reglas para la aplicación de las medidas que se encuentran catalogadas de manera general en la misma. Tales reglas quedan constatadas en el art. 9 LORPM, en el que se diferencian las medidas que serían aplicables en los casos en los que el hecho cometido se trate de un delito leve, permitiéndose en estos supuestos la adopción de las medidas de libertad vigilada, amonestación, permanencia de fin de semana, prestaciones en beneficio de la comunidad, entre otras; o las aplicables en los delitos graves, como el internamiento en régimen cerrado.

Además, tampoco se establece en la Ley una duración concreta para éstas, sino que lo que establece el legislador en el art. 9.3 LORPM es un límite general máximo de 2 años.

En suma, el principio de legalidad en el proceso penal de menores queda expresamente vinculado al principio de flexibilidad, el cual queda consagrado en la Exposición de Motivos de la LORPM cuando se manifiesta que debe existir “flexibilidad en la adopción y ejecución de las medidas aconsejadas por las circunstancias del caso concreto”. Por tanto, según hemos tenido ocasión de comentar, el principio de flexibilidad permite, por un lado, que el Juez aplique la Ley y sus consecuencias a cada menor según su estado psicosocial, su situación personal y familiar y las circunstancias concurrentes en la comisión del delito. Y por otro lado, le permite modificar con posterioridad la medida impuesta cuando la evolución del menor y su comportamiento así lo aconsejen<sup>23</sup>.

Así, es importante mencionar que, tanto para adoptar una medida cautelar o una medida definitiva, el Juez de Menores, como comentaremos más adelante, deberá atenerse a lo solicitado por el Ministerio Fiscal, además de atender a la valoración realizada por el equipo técnico, el cual analizaremos a continuación.

Continuando con el análisis de los principios que se reconocen en la LORPM, es momento de examinar el derecho de defensa. Éste se entiende como aquel derecho que ostenta el sujeto pasivo del proceso a obtener también la tutela efectiva por medio de una adecuada defensa<sup>24</sup>. Este derecho comprende otros derechos como son el derecho a la

---

<sup>23</sup> BLASCO BAREA, J.A., “Responsabilidad Penal...”, *Op. Cit.*, p. 9

<sup>24</sup> MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Penal* (con CORTÉS DOMÍNGEZ, V.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 157

asistencia de abogado, el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes, el derecho a no declarar contra sí mismo y el derecho a no confesarse culpable<sup>25</sup>.

Así, en el art. 546 LOPJ se dispone que “es obligación de los poderes públicos garantizar la defensa y la asistencia de abogado (...)”. En el mismo sentido, en el ámbito de menores, la Convención de los Derechos del Niño establece en su art. 40.2 que todo menor “dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa”.

El derecho de defensa en el proceso penal de menores nace en el momento en que se incoa el expediente, es decir, desde el momento en que se inicia la fase de instrucción. Así queda reconocido en el art. 22.1 LORPM, el cual establece que, “desde el mismo momento de la incoación del expediente, el menor tiene derecho a designar abogado que le defienda, o a que le sea designado de oficio (...)”. De modo que, a tenor de este precepto, el menor tiene derecho, desde las primeras actuaciones, ya sea en fase policial o ante el Fiscal, a designar abogado que le defienda o a que le sea designado de oficio<sup>26</sup>.

Continúa el art. 22.2 LORPM sosteniendo que, el Fiscal requerirá al menor y a sus representantes legales para que designen un abogado en el plazo de tres días, declarando que si no se hace, será nombrado de oficio.

Cabe destacar que, el abogado del menor deberá intervenir, entre otras diligencias, en la adopción de medidas cautelares, y especialmente si se ha solicitado la adopción de la medida de internamiento, la cual requiere, como veremos, la celebración de una comparecencia.

Sin duda, una de las peculiaridades que presenta el proceso penal de menores frente al de adultos respecto al derecho de defensa es que, desde el momento de la incoación del expediente, se le reconoce al menor el derecho a una asistencia efectiva y psicológica, y

---

<sup>25</sup> BELTRÁN MONTOLIU, A., “El derecho de defensa y la asistencia letrada en el proceso penal ante la Corte Penal Internacional”, Tesis Doctoral, accesible en el repositorio digital de la Universidad Jaume I de Castellón, <https://www.tdx.cat/>, p.80

<sup>26</sup> Consulta FGE 4/2005, de 7 de diciembre, sobre determinadas cuestiones en torno al derecho de asistencia letrada en el proceso penal de menores, apartado II.2. Se le cuestionó a la FGE si es renunciable por los menores denunciados y sus representantes legales el derecho a la asistencia letrada en fase policial y en fase de las Diligencias Preliminares del MF.

la posibilidad de que estén presentes sus padres, representantes legales o tutores, u otra persona que él designe, si así lo autoriza el Juez de Menores, además de poder estar también asistido por el equipo técnico. Incluso, como veremos en el caso concreto de la detención, si se adopta esta medida es obligatoria la presencia de quienes ejerzan la patria potestad, tutela o guarda, salvo que las circunstancias aconsejen lo contrario, y en su defecto, deberá ser el Ministerio Fiscal, por otra persona diferente al instructor, quien esté presente<sup>27</sup>.

Otra de las características que presenta la LORPM y que queda así mencionada en su Exposición de Motivos, es la “diferenciación de diversos tramos a efectos procesales y sancionadores en la categoría de infractores menores de edad”.

Como ya se ha analizado, el ámbito de aplicación de la LORPM comprende a los menores de edad entre 14 y 18 años. Sin embargo, en la Ley se diferencian dentro de este intervalo dos tramos de edad a efectos de graduar las medidas a imponer según los hechos cometidos por estos menores.

Los tramos que se establecen son, por un lado, los menores de 14 y 15 años, y por otro, los de 16 y 17 años. En tal sentido, la diferencia fundamental de estos tramos radica en la duración de la medida que se adopte.

Estos dos tramos se justifican en la LORPM por el hecho de que cada grupo de edad presenta “diferentes características que requieren, desde un punto de vista científico y jurídico, un tratamiento diferenciado, constituyendo una agravación específica en el tramo de los mayores de dieciséis años la comisión de delitos que se caracterizan por la violencia, intimidación o peligro para las personas”<sup>28</sup>.

Por otro lado, y en penúltimo lugar, en la Exposición de Motivos de la Ley en cuestión, le es reconocido al menor el derecho a la presunción de inocencia. Este derecho se puede analizar en un doble sentido. En el ámbito material, la presunción de inocencia se basa en el derecho que posee toda persona a ser considerado inocente, sin que pueda ser declarado culpable de unos hechos de carácter delictivo hasta que así se falle en una sentencia

---

<sup>27</sup> Así se establece en el art. 17 LORPM.

<sup>28</sup> Exposición de Motivos LORPM, apartado II.10.

condenatoria. Por su parte, en el ámbito procesal, este derecho implica que recaer en la parte acusadora el deber de convencer al Juez sobre la culpabilidad del acusado, pudiendo utilizar éstos los medios de prueba que crea convenientes<sup>29</sup>.

De tal manera que, a tenor de este derecho, el menor deberá ser considerado inocente hasta que se haya dictado contra él una sentencia condenatoria, siendo preciso que para destruir esa presunción sea necesaria “una mínima actividad probatoria producida con las garantías procesales de la que se pueda deducir, por tanto, la culpabilidad del procesado”<sup>30</sup>. Sin embargo, el contenido de este derecho en el proceso penal de menores, no dista respecto al contemplado en el de adultos, tratándose de un derecho igualmente reconocido a todas las personas en el art. 24 de la Constitución Española.

En último lugar, se hace mención en la Exposición de Motivos de la LORPM al derecho a un juez imparcial. Éste está configurado en el art. 24.2 de la CE como un derecho fundamental que admite la facultad de acceder a un proceso con todas las garantías, el cual, se vincula al derecho a un juez ordinario predeterminado por la ley en función de las normas sobre competencia funcional, objetiva y territorial.

La imparcialidad del Juez se puede analizar desde una doble perspectiva. Por un lado, se encuentra la imparcialidad subjetiva, la cual exige que el Juez no mantenga relaciones indebidas con las partes. Y por otro lado, la imparcialidad objetiva, se refiere al objeto del proceso, a partir de la cual se asegura que el Juez no ha tomado postura anteriormente en relación con este<sup>31</sup>.

Llegados a este punto, es necesario traer a colación que la competencia objetiva en el proceso penal de menores corresponde a los Juzgados de Menores. En cambio, en cuanto a la competencia en ámbito de recursos y para tipos delictivos concretos, podrán conocer según el caso, la Audiencia Provincial, la Sala de Menores del TSJ de la Comunidad Autónoma correspondiente y el Juzgado Central de Menores de la AN.

---

<sup>29</sup> PEDRAJAS MORENO, A., “Derecho a la presunción de inocencia y proceso de trabajo”, Revista Derecho Privado y Constitución, nº 4, 1994, accesible en <https://dialnet.unirioja.es/>, p. 226.

<sup>30</sup> STC 31/1981, de 28 de julio, FJ nº 3.

<sup>31</sup> STC 47/2011, de 12 de abril, FJ nº 9.



En la LORPM el Juez de Menores se constituye como un “Juez de garantías”, al cual le corresponde adoptar todas aquellas resoluciones limitativas de derechos fundamentales, como es el caso de las medidas cautelares.

Además de lo comentado, el Juez de Menores es el órgano competente para enjuiciar y sentenciar, además de llevar a cabo la ejecución de la sentencia y la vigilancia del cumplimiento de las medidas adoptadas. Todo ello plantea dudas entre la doctrina sobre la imparcialidad de este órgano, dado que corresponde al mismo tanto la adopción de medidas cautelares como el enjuiciamiento y dictado de la sentencia correspondiente. No obstante, esta cuestión será analizada con más profundidad en el apartado correspondiente al carácter de jurisdiccionalidad de las medidas cautelares.

Sin duda alguna, otra de las características peculiares del proceso penal de menores es la intervención de otros sujetos que no forman parte del proceso penal de adultos. Se trata del equipo técnico y del personal colaborador.

El equipo técnico es una pieza fundamental del proceso penal de menores. Éste se trata de un órgano de la Administración de Justicia que depende funcionalmente del Ministerio Fiscal y que se encuentra adscrito a los Juzgados de Menores<sup>32</sup>.

Este órgano está compuesto por expertos de diferentes áreas como son la psicología, pedagogía o sociología, debiendo ser especialistas en menores y, actuando, por tanto, como peritos<sup>33</sup>.

En el art. 4 del Reglamento de la LORPM se establece que el equipo técnico “estará formado por psicólogos, educadores y trabajadores sociales cuya función es asistir

---

<sup>32</sup> Así se desprende de los art. 21 y 27 LORPM.

<sup>33</sup> En tal sentido, GIMENO SENDRA, V., “El proceso penal de menores”, *La Ley: Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n° 6, 2001: “Los equipos técnicos son, como su nombre indica, grupos de peritos, especialistas en psicología, pedagogía o sociología y dependientes del MF (art. 27), a quien le han de prestar asesoramiento sobre la personalidad del menor en punto a proponerle las medidas más adecuadas para la obtención de su reinserción (art. 7.3). Con este objetivo, durante la instrucción del expediente, el MF requerirá del equipo técnico la elaboración de un informe expresivo de las circunstancias psicológicas, familiares y educativas del menor, entorno social en el que vive y, en general, sobre cualquier otra circunstancia relevante a los efectos de la adopción de alguna de las medidas previstas en la Ley” (apartado II.3), accesible en <https://insignis-aranzadigital-es.publicaciones.umh.es>.

técnicamente en las materias propias de sus disciplinas profesionales a los Jueces de Menores y al Ministerio Fiscal, elaborando los informes y propuestas necesarias”.

Por tanto, al equipo técnico se le atribuyen diversas funciones como de asistencia al menor, de mediación y conciliación entre el autor y la víctima, y de seguimiento del correcto cumplimiento de las medidas impuestas. Sin embargo, la función más importante del equipo técnico es la elaboración de un informe a petición del Ministerio Fiscal durante la instrucción, o incoación del expediente, que deberá versar sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como sobre su entorno social, y en general, sobre cualquier otra circunstancia relevante a los efectos de la adopción de alguna de las medidas, ya sean cautelares o definitivas. El objetivo principal de este informe es aproximar al Juez y al Fiscal a la realidad única del menor<sup>34</sup>.

Por último, cabe resaltar que, “el informe del equipo técnico constituye, tanto para el Fiscal como para el Juez de Menores, una fuente de información de uso imprescindible aunque no vinculante para adoptar las oportunas decisiones sobre prosecución del proceso y selección de medidas”. Además, la naturaleza del informe es la propia de un dictamen de peritos, “en cuanto que es emanado de un órgano imparcial al servicio de la Administración de Justicia y presenta una eficacia legal reforzada por su carácter preceptivo”<sup>35</sup>.

Otro de los órganos que se incluyen como personal colaborador en el proceso penal de menores son las entidades públicas de protección o de reforma de cada comunidad autónoma, las cuales están integradas, normalmente, en un Departamento con competencias en Justicia o Bienestar social. Estas entidades tienen encomendada la función de protección, reforma y defensa de los menores a quienes se les ha atribuido la comisión de un delito, de modo que, éstas intervienen para hacer propuestas sobre los centros disponibles y sobre la factibilidad y eficacia de las medidas que pretenden imponerse<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> COLÁS TURÉGANO, A., *Derecho Penal de Menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p.161

<sup>35</sup> Circular FGE 1/2000, apartado VI.3.E.

<sup>36</sup> MORENILLA ALLARD, P., *El proceso...*”, *Op. Cit.*, p.95

Así pues, la principal función de estas entidades autonómicas es ejecutar las medidas impuestas por el Juez de Menores. Para ello, pueden utilizar sus propios recursos o establecer convenios con otros entes públicos e incluso con entidades privadas sin ánimo de lucro<sup>37</sup>.

Si bien, este órgano debe ser escuchado por el Juez de Menores en diversos trámites, como, entre otros, en la adopción de las medidas cautelares, en la que deberá informar sobre la naturaleza de las mismas<sup>38</sup>. Además, cabe resaltar que, en el caso de que el Juez de Menores vea conveniente la modificación de la medida adoptada, ya sea cautelar o definitiva, para el caso de que las circunstancias que la motivaron cambien, la Entidad pública de protección o reforma podrá emitir un informe valorando tal situación si así el caso lo requiere<sup>39</sup>.

Por otro lado, en relación al acusador particular o víctima, cabe señalar que no fue hasta la reforma del año 2003 de la LORPM cuando esta parte tendría derechos procesales si el infractor era menor de edad. La ley destaca que podrán personarse como acusación particular “las personas directamente ofendidas por el delito, sus padres, sus herederos o sus representantes legales si fueran menores o incapaces”; de modo que, la propia LORPM excluye la acción popular para iniciar el procedimiento en atención al interés del menor que predomina en este proceso<sup>40</sup>.

Por último, cabe resaltar dos ideas importantes que destacan en el proceso penal de menores: el principio de oportunidad y el principio de intervención mínima.

El principio de oportunidad se constituye como un instrumento del Fiscal de Menores para desistir de la incoación del expediente atendiendo a la escasa gravedad del ilícito, la carencia de antecedentes, la edad mental del menor y otras circunstancias relevantes<sup>41</sup>.

Así queda detallado en el artículo 18 LORPM, titulado este como ‘desestimación de la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar’, el cual

---

<sup>37</sup> COLÁS TURÉGANO, A., *Derecho penal...*, *Op. Cit.*, p.163.

<sup>38</sup> Art. 28 LORPM

<sup>39</sup> Art. 13 LORPM

<sup>40</sup> MORENILLA ALLARD, P., *El proceso...*, *Op. Cit.*, p.88

<sup>41</sup> BLASCO BAREA, J.A., “Responsabilidad Penal...”, *Op. Cit.*, p. 14

establece que “el Ministerio Fiscal podrá desistir de la incoación del expediente cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas o faltas, tipificados en el Código Penal o en las leyes penales especiales”.

Este principio, por tanto, lo que va a permitir es que no se incoe un procedimiento pese a concurrir los requisitos legales para ello, o incluso que, se pueda poner fin anticipadamente a un proceso ya iniciado, pese a concurrir indicios de criminalidad y existir pruebas contundentes sobre su autoría<sup>42</sup>. Para poder fin al procedimiento se requiere que, según el art. 19 LORPM, “el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe”.

Por tanto, el fundamento de este principio en el proceso penal de menores deriva de la esencia del proceso, “en tanto en cuanto no se persigue la retribución por el delito sino la educación-resocialización del menor”. De modo que, en el proceso penal de menores no se ejecuta el *ius puniendi* estatal, sino que, como ya comentamos en su momento, se está persiguiendo la reeducación del menor infractor<sup>43</sup>.

Así pues, cabe destacar que, en el proceso penal de adultos no rige este principio, sino que lo hace el principio de legalidad, según el cual el procedimiento deberá iniciarse siempre ante la sospecha de la comisión de cualquier delito, de modo que, el Ministerio Fiscal no puede solicitar el sobreseimiento si concurren los presupuestos materiales y es conocido el autor de los hechos<sup>44</sup>. Por tanto, el principio de legalidad niega la facultad del órgano encargado de la acusación para omitir la persecución por entender que la misma no es oportuna o conveniente; mientras que, el principio de oportunidad, supone que el Fiscal podrá no incoar el expediente o archivarlo por la existencia de razones de interés social o de utilidad pública, por la escasa lesión social producida por el delito, por la ausencia de interés en la persecución, por el estímulo para obtener la rehabilitación del

---

<sup>42</sup> DE LA ROSA CORTINA, J.M., “Los principios del derecho procesal...”, *Op. Cit.*, p. 6

<sup>43</sup> DE LA ROSA CORTINA, J.M., “Los principios del derecho procesal...”, *Op. Cit.*, p. 6

<sup>44</sup> Vid. DE LA ROSA CORTINA, J.M., “Los principios del derecho procesal...”, *Op. Cit.*, p.5

autor, por obtener la pronta reparación de la víctima, por evitar dilaciones indebidas o incluso por descongestionar la justicia penal<sup>45</sup>.

En tal sentido, una parte de la doctrina considera que el principio de oportunidad “debería introducirse en el proceso penal de manera obligatoria, debido a la asunción de las teorías relativas de la pena las cuales otorgan a ésta un fin, no siendo por tanto, una mera retribución, de modo que, es preciso que dicho procedimiento cuente con la elasticidad necesaria para que puedan cumplirse los fines de la pena”<sup>46</sup>.

En segundo lugar, y para finalizar el breve análisis del proceso penal de menores, cabe traer a colación el principio de intervención mínima. Este se basa en la necesidad de que el derecho penal debe ser la última ratio a la que acudir para solucionar los conflictos, evitando, por tanto, la excesiva judicialización de la vida cotidiana<sup>47</sup>.

En el ámbito de la justicia de menores este principio cobra una especial relevancia en el sentido de que, a diferencia de lo que sucede en el proceso penal de adultos, se permite la mediación entre las partes como solución extrajudicial.

Así pues, a tenor del artículo 19 LORPM, el Ministerio Fiscal podrá desistir de la continuación del expediente cuando “el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño a la víctima o al perjudicado por el delito”.

Cabe aclarar que, la mediación se trata de un proceso autónomo para la resolución de conflictos, la cual consiste en promover la comunicación entre las partes, debiendo éstas haberla aceptado voluntariamente, para que sean ellas mismas las que busquen una solución a sus problemas<sup>48</sup>.

Por tanto, la conciliación o reparación que establece el mencionado precepto se lleva a cabo a través de un proceso de mediación en el cual, el menor infractor y la víctima hablan

---

<sup>45</sup> BARJA DE QUIROGA, J., “El principio de oportunidad: cuestiones generales” en *Postmodernidad y proceso europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*, Ed. Dykinson, Madrid, 2020, accesible en [vLex](#), pp.67-68.

<sup>46</sup> BARJA DE QUIROGA, J., “El principio de oportunidad...”, *Op. Cit.*, pp. 63.64

<sup>47</sup> BLASCO BAREA, J.A., “Responsabilidad Penal...”, *Op. Cit.*, p.15

<sup>48</sup> VVAA, “La mediación en el Derecho Penal de Menores”, *Revista Miramar*, 2009, accesible en [www.icamalaga.es](http://www.icamalaga.es), p. 46.

del conflicto originado por el hecho delictivo, de cómo les ha afectado y de las repercusiones que han padecido. Si ambos llegan a un acuerdo, ya sea a partir de un intercambio de explicaciones, de un pacto de restitución de daños o de la realización por el menor de actividades en beneficio de la comunidad, entre otras opciones, el Fiscal solicitará al Juez de Menores el sobreseimiento y el archivo de las actuaciones<sup>49</sup>.

Por último, cabe señalar que, entre los requisitos que deben concurrir para poder plantear el inicio de la mediación, el art. 19 LORPM establece que el hecho delictivo haya sido cometido sin violencia o intimidación; siendo necesario, además, que se de la constatación minuciosa de la comisión de los hechos por parte del menor, así como la garantía de que ambas partes participan voluntariamente<sup>50</sup>.

En conclusión, y en modo de introducción a lo que realmente es el objeto de estudio de este trabajo, cabe resaltar que el proceso penal de menores posee, como ya se ha comentado, ciertas similitudes y diferencias con el proceso penal de adultos, debidas fundamentalmente al principio del interés del menor. Sin embargo, no se puede olvidar que la finalidad principal de este proceso es ejercer el *ius puniendi* por parte del Estado, pero con la condición de aplicar medidas educativas. Así pues, dentro de estas, procederemos a estudiar las medidas cautelares que la LORPM incluye en caso de que el infractor sea menor de edad y se cumplan los requisitos para su imposición.

---

<sup>49</sup> VVAA, “La mediación...”, *Op. Cit.*, p. 47.

<sup>50</sup> CRUZ MÁRQUEZ, B., “La mediación en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: conciliación y reparación del daño”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 07-14, 2005, accesible en el repositorio digital de la Universidad de Granada [criminet.ugr.es](http://criminet.ugr.es), p. 24.

## 2. LAS MEDIDAS CAUTELARES

### 2.1. Concepto y finalidad

El proceso penal se divide en dos grandes fases: la fase de instrucción y la fase de juicio oral. La fase de instrucción se constituye como aquella parte del proceso dirigida a la determinación del hecho presuntamente delictivo y su autoría<sup>51</sup>. De modo que, ésta se dirige a preparar la posterior fase de juicio oral, teniendo como objetivos principales la investigación del hecho delictivo y la identidad del presunto autor del mismo.

Estas actividades que se llevan a cabo en la fase de instrucción, necesariamente, se demoran en el tiempo, lo cual, pueden suponer un riesgo para la eficacia del proceso y de la sentencia que se dicte, bien porque el investigado, y en su caso, posterior imputado, esté ausente en la celebración del juicio oral, o bien porque éste pueda frustrar los efectos de la sentencia que pudiese llegar a dictarse<sup>52</sup>. Para cubrir este riesgo se hace necesaria la previsión de medidas cautelares, dirigiéndose a garantizar el éxito del proceso y la efectividad de la ejecución de la sentencia que se dicte en su caso.

Por tanto, podemos definir las medidas cautelares como “aquellas actuaciones procesales encaminadas a impedir que la voluntad del sujeto pasivo logre que el proceso penal resulte ineficaz, burlando el ejercicio del *ius puniendi* del Estado y los derechos patrimoniales de quienes han de ser reparados de las consecuencias dañosas de los hechos”<sup>53</sup>.

En tal sentido, se puede decir que la finalidad de las medidas cautelares es “proteger al proceso de aquellas eventuales conductas del imputado que constituyen un peligro para su realización”<sup>54</sup>. Además, el TC admitió que “la finalidad constitucionalmente protegida de las medidas cautelares no es otra que la de asegurar la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano judicial relativo precisamente a los derechos e intereses legítimos

---

<sup>51</sup> FUENTES SORIANO, O., “La fase de instrucción. Principios generales” en *Derecho Procesal Penal* (Dir. ASENSIO MELLADO, Coord. FUENTES SORIANO), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p.140.

<sup>52</sup> MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal...*, *Op.Cit.*, p.307.

<sup>53</sup> MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal...*, *Op.Cit.*, p.308.

<sup>54</sup> PUJADAS TORTOSA, V., “Para una teoría general de las medidas cautelares penales”, Tesis Doctoral, Girona, 2007, accesible en el repositorio digital de la Universitat de Girona <https://dugi-doc.udg.edu/>, p. 80.

llevados ante los Jueces y Tribunales en el proceso principal en el que se resuelve la cuestión de fondo”<sup>55</sup>.

En resumen, pues, la función de las medidas cautelares es garantizar la efectividad del proceso penal en curso evitando ciertos riesgos relevantes para el normal desarrollo del procedimiento o para la ejecución de la sentencia. Dichos riesgos giran en torno a la actuación del imputado, como son su sustracción a la acción de la justicia, la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba o la obstaculización por otros medios de la ejecución de la sentencia firme. Sin embargo, debe resaltarse que “ciertos ordenamientos jurídicos incluyen entre los fines propios de las medidas cautelares otros que son ajenos al carácter instrumental de estas medidas en relación a la efectividad del proceso, tales como la evitación de la reiteración delictiva o de la denominada ‘alarma social’, desviándose del carácter cautelar de dichas medidas”<sup>56</sup>. En tal sentido, entre los presupuestos que se establecen en el art. 503 LECrim para poder adoptar la medida de prisión provisional, encontramos en el apartado 2 de dicho precepto, el de evitar el riesgo de reiteración delictiva. Del mismo modo queda detallado en el art. 5.1.c CEDH cuando establece que “nadie puede ser privado de su libertad, salvo (...) cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción (...)”. De este modo, este presupuesto se desvía del carácter cautelar, como tendremos ocasión de analizar más detalladamente a continuación, y “descansa sobre las ideas de peligrosidad y pretende cumplir una función de prevención”<sup>57</sup>.

En suma, cabe destacar que, tanto para el proceso penal de adultos como para el proceso de menores, las medidas cautelares se definen de igual manera. Sin embargo, su declaración y aplicación difiere en el caso de menores, debido fundamentalmente al principio del interés superior del menor que sustenta este proceso, el cual exige que el Juez de Menores debe llevar a cabo con mayor rigor si cabe la adopción de la medida

---

<sup>55</sup> STC 218/1994 de 18 julio, fundamento jurídico 3.

<sup>56</sup> GARCÍA MORENO, J.M., “Consideraciones generales sobre la regulación de las medidas cautelares personales en el Anteproyecto de ley de Enjuiciamiento Criminal”, 2012, accesible en [elderecho.com](http://elderecho.com), última consulta 20/05/2021: “En todo caso debe resaltarse que ciertos ordenamientos jurídicos incluyen entre los fines propios de las medidas cautelares algunos que son ajenos al carácter instrumental de estas medidas en relación con la efectividad del proceso penal, como sucede con la finalidad de evitación de la reiteración delictiva o de la denominada “alarma social”, pues se trata de fines distintos al aseguramiento del normal desarrollo del proceso en curso y de la ejecución de la eventual sentencia condenatoria” (apartado II).

<sup>57</sup> ASENSIO MELLADO, J.M., “La prisión provisional”, Tesis Doctoral, 1986, accesible en el repositorio digital de la Universidad de Alicante <https://rua.ua.es>, p. 23.



cautelar que sea menos gravosa para el menor. Para ello se deberá tener en cuenta el informe del equipo técnico, siendo necesario que se compruebe la concurrencia de los presupuestos y la situación social del menor.

Las medidas cautelares se encuentran reguladas en el Capítulo II (“De las medidas cautelares”), del Título III (“De la instrucción del procedimiento”), de la LORPM; concretamente, en los artículos 28 y 29.

Como se puede observar en la propia rúbrica del Título III “De la instrucción del procedimiento”, las medidas cautelares se enmarcan en la fase de instrucción del proceso penal de menores. Además, como ya tuvimos la ocasión de comentar, la gran diferencia del proceso de menores frente al proceso de adultos, es que el director de la instrucción es el Ministerio Fiscal; sin embargo, la autorización de medidas restrictivas de derechos fundamentales, como son las medidas cautelares, corresponde únicamente al Juez de Menores.

En atención a lo establecido en el art. 28.1 LORPM, el Ministerio Fiscal, de oficio o a instancia de quien haya ejercitado la acción penal, podrá solicitar al Juez de Menores la adopción de medidas cautelares. De modo que, tal y como se establece en el primer apartado de este precepto, el Ministerio Fiscal se constituye, por regla general, como el único legitimado para solicitar la adopción de medidas cautelares al Juez<sup>58</sup>. Y por su parte, el Juez de Menores es el único competente para poder adoptarlas.

Como excepción a la regla general comentada, el apartado 2 del art. 28 LORPM, admite la posibilidad de que la acusación particular pueda solicitar directamente al Juez de Menores la adopción de la medida cautelar de internamiento. Por lo tanto, el Ministerio Fiscal no es el único legitimado para solicitar la adopción de medidas cautelares, sino que, para el caso de solicitar el internamiento cautelar, también está legitimada la acusación particular.

Esto genera cierta incompreensión legal, puesto que, siguiendo una interpretación literal se puede llegar a la conclusión de que la acusación particular carece de legitimación para

---

<sup>58</sup> COLÁS TURÉGANO, A., *Derecho penal...*, Op. Cit., p. 152

solicitar las medidas cautelares directamente al Juez, pudiendo únicamente proponer al Fiscal que las solicite, excepto para promover el internamiento. Ante estas incongruencias, la Fiscalía General del Estado considera que “si se reconoce expresamente la legitimación de la acusación particular 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”<sup>59</sup>.

Además, cabe señalar que, si la acusación particular propone al Ministerio Fiscal la solicitud de una medida cautelar y éste rechazase su práctica, la acusación particular podrá solicitarla directamente ante el Juez, el cual resolverá sobre esta petición por auto motivado<sup>60</sup>.

Por otro lado, respecto a la finalidad de las medidas cautelares en el proceso penal de menores, se puede resaltar que, en el artículo 28 de la LORPM, además de los fines generales de evitar el riesgo de eludir u obstruir la acción de la justicia por parte del menor o de atentar contra los bienes jurídicos de la víctima, se añade que estas medidas podrán ser adoptadas, por un lado, para la custodia y defensa del menor, y por otro, para la protección de la víctima.

Así pues, la inclusión de la posibilidad de orientar las medidas cautelares para la “custodia y defensa” del menor expedientado parece desviarse de los fines propios de estas medidas. En esta línea, algunos autores como GONZÁLEZ PILLADO creen que este objetivo no es muy acertado, argumentando que si “la finalidad de las medidas cautelares en este ámbito es conseguir un efecto beneficioso para el menor, no tendría sentido prever los presupuestos para la adopción de medidas cautelares, las cuales estarían siempre amparadas por el supuesto de custodia y defensa del menor”<sup>61</sup>. Lo que crea confusión de

---

<sup>59</sup> Circular FGE 1/2007, de 23 de noviembre, sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006, p. 6.

<sup>60</sup> FERNÁNDEZ OLMO, I., “La instrucción en el procedimiento de menores por el Ministerio Fiscal”, Estudios jurídicos, nº 2007, 2007, accesible en <https://www.icamalaga.es>, p. 25.

<sup>61</sup> GONZÁLEZ PILLADO, E., “Medidas cautelares” en *Proceso penal de menores* (Coord. GONZÁLEZ PILLADO), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 161-162.

En el mismo sentido PORTAL MANRUBIA, J., *Medidas cautelares personales en el proceso penal de menores (según reforma de la LO 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12*

esta finalidad es que, “para los casos en los que el menor tenga que ser defendido de algún peligro durante el procedimiento se tengan que adoptar medidas cautelares, de naturaleza eminentemente penal-educativa, y no de medidas cautelares de protección civil, por lo tanto, las medidas cautelares en el proceso de menores van dirigidas a la custodia del menor, no a su defensa, para asegurar el objeto del proceso y el cumplimiento de la sentencia”<sup>62</sup>.

De modo que, si el menor imputado en el expediente precisa de medidas de protección, se deberá dar traslado a la Entidad Pública de Protección de Menores para que proceda conforme a sus atribuciones legales, “pero tal situación no puede ser la base sobre la que se erija una medida cautelar conforme al art. 28 LORPM”. Por lo tanto, “desechado su carácter de fin cautelar debe interpretarse como una llamada de atención hacia la necesidad de que la decisión cautelar no contravenga el interés del menor”<sup>63</sup>.

Así pues, la introducción por parte del legislador de esta finalidad de custodia y defensa del menor difiere del objetivo principal de las medidas cautelares, de modo que, se trataría de una medida de protección del menor infractor, y no una medida instrumental para garantizar el éxito del proceso.

De similar manera sucede con el fin previsto de “protección de la víctima”, puesto que si la finalidad general de las medidas cautelares es evitar que el supuesto autor de los hechos pueda eludir u obstruir la acción de la justicia, no se tratan, en principio, de medidas pensadas para la protección de las víctimas; la cual, como su propio nombre indica, se trataría de una medida de protección.

En este sentido, si analizamos los presupuestos clásicos de las medidas cautelares, como a continuación lo haremos más detenidamente, el *fumus boni iuris* va ligado a la imputación, y el *periculum in mora* deberá determinarse fundamentalmente por la

---

*de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*), Grupo difusión, Madrid, 2008, p.125: “Así pues cabe pensar que en futuras reformas del artículo 28 el legislador debería tomar en consideración lo afirmado con anterioridad para establecer que su función es la de mantener la eficacia del proceso sobre todo porque dicha normativa es posible que se aplique a los jóvenes que han cometido hechos punibles durante su minoría de edad a los cuales no se les debe custodiar ni defender”.

<sup>62</sup> SERRANO TÁRRAGA, M.D, “Las medidas cautelares aplicables a los menores de edad”, Boletín de la Facultad de Derecho, núm 22, 2003, accesible en [e-spacio.uned.es](http://e-spacio.uned.es), p.163

<sup>63</sup> Circular FGE 1/2007, sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006, p. 65.

existencia de un peligro de ocultación del imputado. De tal modo, que al tratarse de una medida de protección, el *periculum in mora* “desplaza su centro de gravedad del imputado a la víctima”; siendo ahora el peligro a evitar que la víctima sufra nuevas agresiones<sup>64</sup>.

Es importante, por tanto, diferenciar entre medidas cautelares y medidas de protección, teniendo éstas últimas como finalidad principal “garantizar la vida de la víctima (o del menor expedientado) y de sus familiares, su integridad física y psíquica, su libertad y seguridad, así como su libertad e indemnidad sexual, y la protección de su intimidad y su dignidad”<sup>65</sup>.

Por otro lado, como se comentó al inicio de este apartado, las medidas cautelares del proceso penal de menores se encuentran reguladas en el Capítulo II del Título III de la LORPM, en el que se encuadran los artículos 28 y 29, sin embargo, parte de la doctrina considera que el artículo 29 no regula una medida cautelar, sino que se trata nuevamente de una medida de protección<sup>66</sup>.

Dicho precepto dispone que cuando quede acreditado, en el transcurso de la instrucción del proceso, que el menor se halla en situación de enajenación mental o inmerso en alguno de los supuestos previstos en los apartados 1, 2 o 3 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. Por tanto, en el art. 29 LORPM ya no habla el legislador de “custodiar y defender al menor”, sino de “protegerlo y custodiarlo”, queriendo con ello poner de manifiesto que, “ahora, lo realmente importante será la protección de la persona del menor exento de responsabilidad y, quizás tan sólo secundariamente, su custodia”; del mismo modo que sucede en el proceso penal de adultos, “el fin principal perseguido por este tipo de medidas es la protección de la persona internada, evitando con ello los riesgos que para su salud e integridad podría acarrear una vida sin control médico y, solo secundariamente, la seguridad ciudadana”.

---

<sup>64</sup> CARRERA DOMÉNECH, J., “La orden de protección en el marco de la justicia penal de adolescentes”, Revista Aranzadi, nº 3/2005, 2005, accesible en <https://insignis-aranzadidigital-es.publicaciones.umh.es>, apartado 1.

<sup>65</sup> MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal...*, *Op.Cit.*, p. 361.

<sup>66</sup> *Id.*, GONZÁLEZ PILLADO, E., “Medidas...”, *Op.Cit.*, p. 159

En este sentido, VALBUENA GARCÍA opina que el art. 29 LORPM diferencia entre dos clases de medidas terapéuticas; por un lado, las que con carácter cautelar, e importadas del ámbito civil, pueden acordarse sobre el menor imputado, y por otro, aquellas que, posteriormente, le pueden ser impuestas, esta vez de forma no cautelar, en la sentencia que recaiga en el expediente<sup>67</sup>.

Sin embargo, no me adhiero a la opinión anteriormente comentada, sino que, a mi parecer, se trata de una medida de protección para el menor, y no una medida cautelar, dado que, nada tiene que ver con la finalidad de garantizar el éxito del proceso, sino que su fin principal es proteger la vida del menor y/o su integridad física y psíquica<sup>68</sup>. Ciertamente es que con ello se trataría de evitar el riesgo de que el menor pueda obstruir la acción de la justicia, pero, tal y como lo expresa la autora mencionada, eso es una cuestión secundaria, y siempre debe ser la principal finalidad para adoptar una medida cautelar.

De otro lado, cabe destacar que las medidas cautelares previstas en el mencionado capítulo II de la LORPM, no son las únicas medidas cautelares que se pueden adoptar en el proceso penal de menores. Así pues, el art. 28 LORPM prevé como medidas cautelares: el internamiento cautelar en un centro en el régimen adecuado (cerrado, semiabierto o abierto); la libertad vigilada; la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o su entorno; y la convivencia con otra persona, familia o grupo educativo. No obstante, en el art. 17 LORPM, fuera por tanto del Capítulo II del Título I dedicado a las “medidas cautelares”, se regula la detención de un menor, la cual también se trata de una medida cautelar de carácter personal como las mencionadas anteriormente<sup>69</sup>.

Una cuestión importante que surge a raíz de lo anterior, es si la Ley establece una lista tasada de medidas cautelares en el proceso penal de menores, o por el contrario, si se trata de un *numerus apertus*. Ante esto existen discrepancias entre la doctrina, puesto que, por un lado, hay autores que consideran que las medidas cautelares a imponer sobre un menor de edad son únicamente las enumeradas en la LORPM<sup>70</sup>. Mientras que, por otro lado, se

---

<sup>67</sup> VALBUENA GARCÍA, E., “Protección y custodia cautelar del menor de edad exento de responsabilidad. Un análisis profundo del artículo 29 de la LORPM”, Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, VOL 13, 2009, accesible en <https://ruc.udc.es>, p. 893-896.

<sup>68</sup> En el mismo sentido, GONZÁLEZ PILLADO, E., “Medidas...”, *Op.Cit.*, p. 159.

<sup>69</sup> GONZÁLEZ PILLADO, E., “Medidas...”, *Op.Cit.*, p. 160

<sup>70</sup> *Vid.*, VALBUENA GARCÍA, E., “Protección y custodia cautelar...”, *Op. Cit.*, p. 891.

considera que las medidas cautelares no constituyen *numerus clausus*, sino que el propio precepto habla de que dichas medidas “podrán consistir”, y además, “falta la mención de medidas que pueden tener gran incidencia en el proceso penal de menores como la privación del permiso de conducir ciclomotores o vehículos, la retención del pasaporte o la citación cautelar”, argumentándose que, por lo tanto, el Juez de Menores puede aplicar de manera supletoria las medidas que se establecen en la LECrim cuando sea estrictamente necesario y respetando siempre el superior interés del menor<sup>71</sup>.

La Fiscalía General del Estado resolvió esta cuestión interpretando sin vacilación que “la LORPM prevé un *numerus clausus* o catálogo expreso y cerrado de medidas”<sup>72</sup>.

Finalmente, cabe mencionar que la regulación contenida en la LORPM sobre las medidas cautelares es incompleta, produciéndose un vacío legal en muchos aspectos importantes, los cuales, como ya veremos más adelante, hacen necesario acudir a la LECrim como ley de aplicación supletoria, generando en algunas ocasiones dificultades interpretativas debido a “la complicación que supone integrar estas disposiciones con normas pensadas para el proceso de adultos, que nada tiene que ver con los fines perseguidos por el proceso de menores”<sup>73</sup>.

## 2.2. Presupuestos

Las medidas cautelares, en tanto en cuanto suponen una limitación de la libertad o de otros bienes jurídicos de quien las sufre, han de adoptarse en casos absolutamente justificados. En tal sentido, para asegurar la legitimidad de la medida que se pretende adoptar, se exige la concurrencia de dos presupuestos: el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*.

Tal y como se verá más detalladamente a continuación, el primero de ellos consiste en la existencia de indicios de que un determinado sujeto ha cometido un hecho con caracteres de delito, o de que lo va a cometer de forma inminente<sup>74</sup>. Mientras que el segundo se basa

---

<sup>71</sup> En este sentido, GONZÁLEZ PILLADO, E., “Medidas...”, *Op.Cit.*, pp. 178-179.

<sup>72</sup> Consulta FGE 3/2004, de 26 de noviembre, sobre la posibilidad de adoptar la medida cautelar de alejamiento en el proceso de menores.

<sup>73</sup> GONZÁLEZ PILLADO, E., “Medidas...” *Op.Cit.*, p. 160.

<sup>74</sup> *Vid.*, GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., *El proceso penal de los menores*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p.98

en el peligro existente de que, durante la pendencia del proceso, se pueda atentar contra la efectividad de éste y, para el caso, de la posterior sentencia condenatoria<sup>75</sup>.

Estos presupuestos se mencionan en el artículo 28.1 LORPM, al establecer éste que se podrá solicitar la adopción de una medida cautelar “(...) 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 (...)”.

En este sentido, la Ley exige que ambos presupuestos concurren acumuladamente, de modo que, cuando el legislador hace referencia a la necesidad de que existan “indicios racionales de la comisión de un delito” correspondería a la concurrencia del presupuesto del *fumus boni iuris*; mientras que cuando alude al “riesgo de eludir u obstruir la acción de la justicia por parte del menor o de atentar contra los bienes jurídicos de la víctima” se exige, además, el presupuesto de *periculum in mora*.

Todas estas exigencias se verán complementadas en algunos casos concretos, con la necesidad de observar determinados presupuestos específicos exigidos por la Ley. En el caso, por ejemplo, del internamiento en el que además de requerirse los presupuestos anteriormente comentados, se hace necesario atender a la gravedad de los hechos, la valoración de las circunstancias personales y sociales del menor, la existencia de un cierto peligro de fuga y la reiteración delictiva por parte del menor. De profundizar en todo ello, no obstante, nos ocuparemos en el apartado dedicado al estudio de cada una de las medidas.

### 2.2.1. *Fumus boni iuris*

El primero de los presupuestos que debe concurrir para adoptar una medida cautelar es el *fumus boni iuris*, entendido este como la apariencia de buen derecho, o lo que es lo mismo, en la existencia de “indicios racionales de la comisión de un delito” por parte de un menor de edad.

---

<sup>75</sup> Vid., PORTAL MANRUBIA, J., *Medidas cautelares...*, Op. Cit., p. 184.

Por lo tanto, este presupuesto “exige que resulten en el proceso elementos que, al menos indiciariamente, justifiquen una resolución final condenatoria, pues dado que la medida cautelar representa una limitación o una prohibición para el ejercicio de derechos por parte del presunto responsable, sin una sentencia que imponga la condena, es preciso encontrar indicios suficientes para sostener el *ius puniendi* en el caso concreto”<sup>76</sup>.

El *fumus boni iuris* requiere, por tanto, de un juicio de probabilidad sobre la responsabilidad penal del menor.

En este sentido, para la adopción de una medida cautelar, el Ministerio Fiscal, en su labor de incoación del expediente, deberá investigar sobre la existencia de hechos indiciarios constitutivos de delito y la responsabilidad del menor en su comisión<sup>77</sup>. De modo que, previamente a solicitar la adopción de una medida cautelar, el Fiscal deberá investigar y justificar que el menor es presuntamente autor de un hecho tipificado como delito. Es preciso enfatizar que, para el caso de que el menor declare en sede policial o en la fiscalía de menores que reconoce y/o acepta parte de los hechos que se le imputan, quedarán admitidos los indicios racionales para atribuirle la participación en concepto de autor<sup>78</sup>.

Posteriormente a la solicitud del Ministerio Fiscal, es preciso que el Juez oiga al abogado del menor, al equipo técnico y a la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, los cuales informarán sobre la naturaleza de la medida cautelar más adecuada para el caso. Cabe señalar que, si la medida que se solicita es la de internamiento, como se verá cuando se estudie dicha medida, será necesario que se convoque una comparecencia.

Es importante señalar que, tanto el equipo técnico como la entidad pública de protección o reforma únicamente deberán informar sobre la naturaleza de la medida cautelar atendiendo al interés del menor, y que, ninguno de ambos deberían pronunciarse “acerca

---

<sup>76</sup> MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal...*, Op.Cit., p.312

<sup>77</sup> Art. 16 LORPM

<sup>78</sup> Juzgado de Menores de Sevilla, Auto nº 158/2008, de 15 de febrero, FJ 1: “En el caso que nos ocupa ha de accederse a la petición de medida cautelar interesada por el Ministerio Fiscal atendiendo a la gravedad de los hechos que al menor se imputan, (...), existiendo indicios racionales de entidad y calidad suficientes para atribuirle a la menor la participación en concepto de autor tal y como resulta de la declaración realizada en sede policial por el perjudicado y las manifestaciones en fiscalía de Menores del propio menor que vino a reconocer y aceptar parte de los hechos que se le imputan”.



de los hechos que se imputan a éste, es decir, que su función debe limitarse a informar acerca de la adecuación de la medida solicitada por el Fiscal, evitando, en la medida de lo posible, cualquier pronunciamiento relativo a la naturaleza o la gravedad de los hechos”<sup>79</sup>.

Sin embargo, el abogado del menor podrá oponerse a la adopción de medidas o proponer una medida distinta a la solicitada por el Fiscal<sup>80</sup>.

Posteriormente a todo esto, el Juez deberá resolver en auto motivado sobre la adopción o no de medidas cautelares, es decir, sobre si concurren tanto el presupuesto de *fumus boni iuris* como el de *periculum in mora*; y en caso positivo, sobre el tipo de medida cautelar, debiendo ajustarse a lo solicitado por las partes, no pudiendo imponer una medida más gravosa ni de mayor duración que la solicitada por éstas. De modo que, el Juez de Menores es el encargado de llevar a cabo un primer juicio sobre la suficiente certeza de que el menor expedientado sea el autor del hecho que se le imputa para poder adoptar una medida cautelar<sup>81</sup>.

### 2.2.2. *Periculum in mora*

El segundo presupuesto que se requiere para adoptar una medida cautelar es el *periculum in mora*, el cual hace referencia al peligro que puede derivarse de la propia duración del proceso<sup>82</sup>.

Este presupuesto se concreta en la posible desaparición del presunto responsable del hecho delictivo, de modo que, si éste no se encuentra disponible a lo largo del proceso se pone en peligro la celebración del juicio oral y, en su caso, la efectividad de la sentencia condenatoria. Además de éstos, el *periculum in mora* también se concreta en la posible ocultación o desaparición de los bienes, y en las posibles actuaciones que impidan o

---

<sup>79</sup> SALA DONADO, C., “Proceso penal de menores: especialidades derivadas del interés de los menores y opciones de política criminal”, Tesis Doctoral, Girona, 2002, accesible en <https://www.tesisenred.net/>, p. 315

<sup>80</sup> SALA DONADO, C., “Proceso penal...”, *Op. Cit.*, p. 315

<sup>81</sup> PORTAL MANRUBIA, J., *Medidas cautelares...*, *Op. Cit.*, p. 184.

<sup>82</sup> GONZÁLEZ PILLADO, E., “Medidas...”, *Op. Cit.*, p. 180.

dificulten el propio desarrollo del proceso, como pueden ser la ocultación o desaparición de pruebas<sup>83</sup>.

En el artículo 28 LORPM se precisa que este peligro se formaliza en 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”.

En tal sentido, cabe destacar que los riesgos generales que normalmente se incluyen en el *periculum in mora* son: el riesgo de fuga del presunto autor del hecho delictivo, de modo que se impediría la celebración del juicio oral y el cumplimiento en su caso de la sentencia condenatoria; el peligro de ocultación, alteración o destrucción de pruebas; el peligro de ataque a los bienes jurídicos de la víctima y el peligro de reiteración delictiva; mientras que ha quedado radicalmente rechazada por la doctrina la idea de integrar en este presupuesto la necesidad evitar la alarma social<sup>84</sup>.

Sin embargo, es importante destacar que las únicas medidas cautelares en sentido estricto serían las que se dirigen a evitar la fuga del sujeto y la ocultación de pruebas, ya que los demás que se incluyen se destinan a la protección de la víctima, quedando por tanto, fuera de la finalidad de las medidas cautelares y ajustándose más al carácter propio de una medida de protección, tal y como ya explicamos anteriormente<sup>85</sup>.

Respecto a cómo determinar si es posible que exista alguno de estos riesgos para adoptar una medida cautelar, cabe señalar que, en este sentido, una parte de la doctrina opina que la carencia de legislación respecto a ello en el proceso penal de menores, hace necesario que sean los Tribunales quienes deban interpretar los diferentes motivos para determinar que se cumple el presupuesto de *periculum in mora* en el caso de que se trate de un menor infractor<sup>86</sup>.

---

<sup>83</sup> MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal...*, *Op.Cit.*, p.312

<sup>84</sup> ASECIO MELLADO, J.M., “Medidas cautelares personales (I)” en *Derecho Procesal Penal* (Dir. ASECIO MELLADO, Coord. FUENTES SORIANO), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 279.

<sup>85</sup> NEIRA PENA, A.M., “Medidas cautelares personales. Detención y prisión provisional. La incomunicación. La libertad provisional y otras medidas cautelares personales. El procedimiento de “habeas corpus” en *Derecho Procesal Penal* (Coord. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J.), Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, p. 334.

<sup>86</sup>Véase, PORTAL MANRUBIA, J., *Medidas cautelares...*, *Op. Cit.*, pp. 185-188.

Para ello, en el proceso de adultos se atiende a las circunstancias del imputado y los caracteres propios del hecho punible, sin embargo en el caso de menores, se hace necesario que el informe del equipo técnico determine el grado de contención que se le ofrece al menor desde su ámbito social para conocer si el menor quedaría sometido y disponible a lo largo del procedimiento, o por el contrario, si el menor posee suficiente autonomía para desarrollarse sin un grupo social, se podrían aplicar los motivos a los que se atiende en el proceso de adultos, sobre todo si el delito cometido se trata de homicidio, asesinato, agresión sexual o terrorismo<sup>87</sup>.

Así pues, a partir del informe del equipo técnico, los Tribunales han estipulado unos elementos que permiten conocer si existe el peligro que entraña el presupuesto del *periculum in mora* cuando el infractor sea un menor. Estos elementos son la falta de aceptación por parte del menor de las pautas de comportamiento social, puesto que, si el menor no se compromete a cumplir íntegramente la medida que se adopte, el riesgo de fuga se intensifica; la convivencia en un entorno problemático que no controle al menor, al igual que el anterior, si el entorno del menor no es el adecuado y se constituye como desfavorable tanto para la reeducación del menor como para evitar el riesgo de fuga<sup>88</sup>; el desarraigo del menor, puesto que, el hecho de que el menor esté desamparado y/o alejado de su familia, afecta al proceso socializador de éste, produciendo grave riesgo de fuga<sup>89</sup>; y la reiteración delictiva a consecuencia del número de expedientes que tiene incoados<sup>90</sup>.

---

<sup>87</sup> PORTAL MANRUBIA, J., *Medidas cautelares...*, *Op. Cit.*, p. 186.

<sup>88</sup> AP Barcelona (Sección 3ª), Auto núm. 263/2019 de 15 de abril, FJ 4: “Sus progenitores constituyen figuras desfavorables para su proceso psicosocial, dada la toxicomanía que padece el padre y los problemas de salud mental que afectan a la madre (...); tras un intento de convivencia con la familia extensa caracterizada por sus dificultades de comportamiento y falta de habilidades de sus familiares, pasó con 12 años a ser tutelado por la Administración, pero pronto incurrió en una dinámica de fugas por falta de aceptación de los centros de protección. Presenta dificultades de comportamiento dentro de dichos centros y también en el ámbito escolar, con muy poca tolerancia a la frustración (...) Así, atendiendo a tales dificultades y la falta de compromiso del menor en relación al cambio de su estilo de vida, dicho equipo propone una medida en un contexto contenedor que le permita poner fin a su escalada de comportamiento delictivo”.

<sup>89</sup> AP Las Palmas (Sección 1ª), Auto núm. 370/2003, de 2 de julio, FJ 3: “Por lo que atendiendo a la gravedad de los hechos, especial agresividad mostrada por el menor hacia los educadores y la policía, las circunstancias personales de menor, desarraigo familiar, inactividad, inadaptación social, personal y escolar, nula asunción de responsabilidades, las cuales se ponen de manifiesto en el informe del equipo técnico de fecha 30 de abril de 2003 donde se propone en interés del menor que permanezca en un centro donde su conducta pueda ser contenida adecuadamente y se le ofrezca la posibilidad de aprendizaje de conductas alternativas a la delincuencia y una normas mínimas de comportamiento socialmente adaptativo”.

<sup>90</sup> AP Madrid (Sección 4ª), Auto núm. 192/2005 de 6 octubre, FJ 3: “La medida cautelar cuestionada es adecuada al riesgo de que trate de eludir la acción de la Justicia ante la gravedad de la medida que pudiera imponérsele, su escaso arraigo en el país, dado que su único vínculo es que una parte de su familia próxima

Por último, cabe resaltar que frente al auto del Juzgado de Menores que declare la adopción o no de una medida cautelar cabe recurso de reforma ante el mismo órgano, con un plazo de 3 días desde la notificación de dicha resolución. No obstante, en los casos en que el auto acuerde o deniegue una medida cautelar de internamiento, libertad vigilada o convivencia con una persona, familia o grupo educativo, cabe recurso de apelación ante la Audiencia Provincial<sup>91</sup>.

### 2.3. Caracteres

Las medidas cautelares, además de los presupuestos comentados anteriormente, deben atender a una serie de caracteres generales, tratándose éstos de unas condiciones propias e inescindibles de las medidas cautelares, de modo que, sin su presencia perderían éstas el carácter cautelar.

Las características generales de las medidas cautelares son: instrumentalidad, provisionalidad, excepcionalidad, jurisdiccionalidad, proporcionalidad y homogeneidad<sup>92</sup>. Todas ellas, como veremos, presentan ciertas particularidades en el proceso penal de menores que las diferencian del proceso penal de adultos, debido principalmente al interés del menor.

#### 2.3.1. Instrumentalidad

Las medidas cautelares se caracterizan por estar supeditadas a un proceso principal, del cual actúan como un instrumento para conseguir su éxito<sup>93</sup>. Es decir, como ya se comentó, la finalidad principal de las medidas cautelares es garantizar el correcto funcionamiento

---

que reside en España desde hace años. A lo que se suma el enorme peligro de reiteración delictiva, dada la inoperancia de otras medidas desde el prisma de la prevención especial, y la existencia de otros expedientes abiertos. Además, es la propuesta por el equipo técnico, en atención a su situación elevadísimo riesgo social, por una importante falta de control familiar, con graves déficits para imponer pautas de control y supervisión, permitiendo que lleve un estilo de vida desestructurado, sin ocupación alguna; a lo que se unen los severos problemas de adaptación y ajuste en todas las áreas, con una incapacidad de modificar sus conductas, que se caracterizan por la escasa reflexión, limitada capacidad de empatía, dureza emocional, incapacidad de control de impulsos, y prevalencia del interés personal”.

<sup>91</sup> LÓPEZ LÓPEZ, A.M., “Recursos contra resoluciones del Juez de Menores: apelación y reforma”, Boletín núms. 1899-1900, accesible en <https://dialnet.unirioja.es/>, p. 20.

<sup>92</sup> GONZÁLEZ PILLADO, E., “Las medidas cautelares en el proceso penal de menores en España”, Revista IUS, n° 24, Puebla, México, 2009, accesible en <https://www.revistaius.com/>, p.47.

<sup>93</sup> MORENO CATENA, V., *Derecho procesal...*, Op.Cit, p. 310

del proceso penal, de modo que, sin la existencia de un procedimiento en curso, la medida cautelar no tendría justificación.

Sin embargo, la instrumentalidad de las medidas cautelares no significa únicamente que éstas deban vincularse a un proceso, sino que “supone también que la medida cautelar que se pretenda adoptar se debe vincular con el objeto y con los hechos que la identifican, es decir, con la sentencia cuyo cumplimiento se intenta asegurar y con la tramitación que se pretende garantizar”. De tal modo que, es necesario que la medida cautelar se adecue a los fines que en cada caso se persigan, “lo que puede suponer incluso que el contenido de la medida resulte idéntico a la condena que se llegue a imponer en la sentencia y a las medidas ejecutivas que se hayan de ordenar”<sup>94</sup>.

Las medidas cautelares tienen un carácter accesorio, dependiente e instrumental; sin embargo, esta instrumentalidad “es un importante obstáculo a la hora de pretender configurar un proceso cautelar autónomo, pues la autonomía no es compatible con la instrumentalidad propia de las medidas cautelares”<sup>95</sup>. De modo que, no cabe entender las medidas cautelares como una institución autónoma, sino que dependen del proceso principal.

Por tanto, las medidas cautelares, como norma general, únicamente podrán ser adoptadas cuando esté pendiente un proceso principal. No obstante, la excepción a ésta, se debe a que existen medidas cautelares para cuya adopción el proceso principal puede no haberse incoado. Es el caso, por ejemplo, de la detención, la cual, como tendremos ocasión de estudiar más adelante, se puede llevar a cabo incluso antes de haberse iniciado el procedimiento. Así pues, si finalmente el proceso no se incoa, deberá alzarse a esta medida.

---

<sup>94</sup> MORENO CATENA, V., *Derecho procesal...*, *Op.Cit.*, p. 310

<sup>95</sup> Así lo establece SUBIRATS ALEIXANDRI, M.C., “Las medidas cautelares: su instrumentalidad”, accesible en [Derecho.com](http://Derecho.com), 2001, última consulta 24/05/2021: “Toda institución de garantía, como lo es la medida cautelar, está encaminada a una institución principal de la que depende y cuyas vicisitudes le afectan plenamente. La medida cautelar tiene un carácter accesorio, dependiente e instrumental, esta instrumentalidad es un importante obstáculo a la hora de pretender configurar un proceso cautelar autónomo, pues la autonomía casa muy mal con la instrumentalidad propia de las medidas cautelares”(apartado 2.a).

En tal sentido, las medidas cautelares deben levantarse cuando el proceso principal termine. De modo que, si el proceso termina, ya sea por sentencia firme o por auto definitivo, se produce la extinción de la medida cautelar, por lo que ésta ha de alzarse, dado que ya no hay efectos que requieran ser asegurados, o sustituirse por los efectos que se declaren en la sentencia condenatoria<sup>96</sup>.

Así pues, en el proceso penal de menores, según se regula en la LORPM, la medida cautelar, como norma general, se puede solicitar una vez que el Ministerio Fiscal ha incoado el expediente y ha dado cuenta de ello al Juez de Menores competente. Además, añade el legislador en el artículo 28.1 LORPM que “la medida cautelar adoptada podrá mantenerse hasta que recaiga sentencia firme”. Es decir, se manifiesta expresamente que la medida cautelar se configura como un instrumento del proceso que tienden a asegurar su resultado, de modo que, si el proceso penal concluye, necesariamente la medida cautelar debe extinguirse. Sin embargo, tal y como veremos a continuación, la medida cautelar no se alza únicamente cuando recaiga sentencia firme, sino que, podrá hacerlo por medio de cualquier resolución judicial que finalice el proceso o, tal y como se establece en el art. 13 LORPM, cuando el Juez de Menores, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, considere oportuno, atendiendo a las circunstancias del caso, poner fin a la medida cautelar, ya sea alzándola o modificándola.

### 2.3.2. Provisionalidad y temporalidad

El carácter provisional de las medidas cautelares se subordina a su instrumentalidad, de modo que, al estar encaminadas a asegurar la efectividad de la sentencia, deben tener una vigencia limitada en el tiempo.

Así pues, por su vinculación al proceso y en relación a los fines que se persiguen, las medidas cautelares son provisionales, debiendo necesariamente quedar sin efecto cuando finalice el procedimiento o incluso antes si éstas ya no resultan necesarias. Se exige, pues,

---

<sup>96</sup> SUBIRATS ALEIXANDRI, M.C., “Las medidas cautelares...”, *Op. Cit.*: “Las medidas cautelares deben extinguirse cuando el proceso principal termine. Si la pretensión estimada en ese proceso no es estimada, la medida deberá extinguirse porque ya no hay efectos que requieran ser asegurados. Si la pretensión ha sido estimada, la medida también debe extinguirse, porque entonces ya pueden desplegarse los efectos propios de la sentencia principal” (apartado 2.a).

que las medidas cautelares solo pueden estar vigentes en tanto en cuanto se mantengan las causas que motivaron su adopción<sup>97</sup>.

Por consiguiente, la provisionalidad de las medidas cautelares implica que solo podrán estar vigentes mientras cumplan su función de garantizar la eficacia del proceso<sup>98</sup>. Así queda recogido en el artículo 28.1 LORPM, el cual establece que la medida cautelar se podrá mantener, como máximo, hasta que recaiga sentencia firme.

Este rasgo característico de las medidas cautelares es lo que la doctrina ha conocido como la sumisión de estas a la cláusula *rebus sic stantibus*, de modo que, si las circunstancias o la situación de hecho que motivó la adopción de una medida cautelar desaparecen o se modifican, ésta deberá, bien extinguirse o alzarse, o bien ser sustituida por una medida más adecuada que se adapte a las nuevas circunstancias<sup>99</sup>.

En tal sentido, en el art.13 LORPM se establece que el Juez de Menores, ya sea de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal o a solicitud del abogado del menor, “podrá, en cualquier momento, dejar sin efecto la medida impuesta, reducir su duración o sustituirla por otra, siempre que la modificación redunde en el interés del menor”. Por lo tanto, a tenor de dicho precepto, ante la extinción o modificación de las circunstancias que instaron la adopción de la medida cautelar en cuestión, el Juez de Menores es el competente para poner fin o reducir la medida cautelar que existía o sustituir ésta por otra que se adecúe a las circunstancias actuales.

Por su parte, el carácter de temporalidad afecta principalmente a las medidas que inciden de manera más intensa en los derechos fundamentales, en particular, al derecho a la libertad del presunto autor del hecho delictivo. En tal sentido, el legislador establece unos plazos máximos de duración de las medidas cautelares, que no se pueden sobrepasar bajo ningún concepto.

Estos límites temporales se regulan en la LORPM, por un lado, en el art. 17.4 para el caso de la detención, y por otro lado, en el art. 28.3 para el internamiento cautelar. Así pues,

---

<sup>97</sup> MORENO CATENA, V., *Derecho procesal...*, Op.Cit, p. 311

<sup>98</sup> PORTAL MANRUBIA, J., *Medidas cautelares...*, Op. Cit., p. 129.

<sup>99</sup> MORENO CATENA, V., *Derecho procesal...*, Op.Cit, p. 311

como veremos cuando analicemos cada una de ellas, para la detención se establece un plazo máximo de 48 horas tras las cuales el menor deberá ser puesto en libertad o a disposición judicial; y para el internamiento cautelar se regula un límite máximo de 9 meses. En ambos casos, como tendremos ocasión de estudiar, los plazos que establece la Ley son más reducidos que los permitidos en las medidas cautelares de igual naturaleza en el proceso de adultos, debido fundamentalmente al principio del interés del menor.

Cabría resumir lo visto anteriormente en la idea de que el carácter de provisionalidad atiende a que las medidas cautelares solamente pueden permanecer vigentes durante la pendencia del proceso, pudiendo ser levantadas o modificadas si cambian las circunstancias que la motivaron; mientras que, el carácter de temporalidad se basa en los plazos máximos de duración que se establecen legalmente para algunas clases de medidas cautelares, los cuales, nunca podrán excederse.

### 2.3.3. Excepcionalidad

Como se ha tenido ocasión de constatar a lo largo de este epígrafe, las medidas cautelares suponen una limitación en los derechos fundamentales de la persona sobre la que se imponen; en concreto, suponen una restricción al derecho a la libertad consagrado en el artículo 17 CE.

En consecuencia, la excepcionalidad de las medidas cautelares supone que sólo estarán justificadas cuando constituyan el único medio para garantizar los fines perseguidos, y siempre que no exista una medida menos gravosa que garantice la eficacia del proceso penal<sup>100</sup>.

Este carácter de las medidas cautelares queda detallado en numerosa normativa internacional, entre otras, las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, establecen que “la privación de libertad de un menor deberá

---

<sup>100</sup> GONZÁLEZ PILLADO, E., “Medidas...”, *Op.Cit.*, p. 164.



decidirse como último recurso y por el periodo mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales”<sup>101</sup>.

El TC ha explicado que la excepcionalidad de las medidas cautelares “debe de basarse en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes, pues una medida desproporcionada o irrazonable no sería propiamente cautelar sino que tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso”<sup>102</sup>. Con ello, se sientan las bases del contenido de la motivación judicial, de modo que, el auto por el que se acuerde una medida cautelar habrá de contener la expresión de ese juicio de razonabilidad.

#### 2.3.4. Jurisdiccionalidad

La jurisdiccionalidad supone que la medida cautelar ha de ser acordada por un órgano jurisdiccional, y además, éste ha de tratarse de un órgano competente para ello. Esto nos conduce derechamente al Juez de Menores el cual se trata del único competente para su adopción. Así lo recoge el artículo 28.1 LORPM cuando establece 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 (...)”.

Sin embargo, tal y como ya se tuvo ocasión de adelantar, la Ley admite una excepción a esta jurisdiccionalidad de las medidas cautelares; en concreto, la detención puede llevarse a cabo por la policía, el Ministerio Fiscal o incluso por particulares, lo cual será objeto de estudio en el apartado destinado a ello.

El hecho de que el Juez de Menores sea el encargado de adoptar las medidas cautelares, y posteriormente, lo sea también para dictar la futura sentencia, ha generado ciertas controversias sobre la imparcialidad de este órgano jurisdiccional. En este sentido, a pesar de que el Ministerio Fiscal sea el director de la instrucción, como ya se ha comentado, debe solicitar la adopción de medidas cautelares al Juez de Menores, estando obligado a

---

<sup>101</sup> Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990, regla nº 2, accesible en <https://www.acnur.org/>, p.1.

<sup>102</sup> STC 108/1984 de 26 de noviembre, FJ nº 2.

comunicarle a éste los hechos y todas aquellas actuaciones que han sido practicadas para probar la participación del menor en el hecho delictivo. Tales motivos son los desencadenantes de la cuestión de imparcialidad del Juez, dado que “pueden generar en él prejuicios y prevenciones sobre la culpabilidad del menor”. Por lo tanto, “es el Juez de Menores el que debe examinar si en los hechos concurren indicios racionales de haber sido cometidos por el menor y de estar encuadrados en las Leyes penales y el que luego en el juicio oral comprueba si esos indicios se han plasmado en verdadera prueba de cargo, que permita eventualmente una condena”<sup>103</sup>.

Esta cuestión se planteó ante el Tribunal Constitucional para que resolviese sobre si la acumulación de ambas funciones comentadas en el Juez de Menores era constitucional o no, alegándose que “como consecuencia de haber efectuado, el Juez de Menores, funciones instructoras, ha perdido la imparcialidad necesaria”.

Ante ello, el TC resolvió que no se trataba de una situación inconstitucional, pues “el Juez de Menores no puede ser configurado como un ‘Juez Instructor’ dado que la instrucción le ha sido desgajada y conferida al Ministerio Público, sino que es configurado como un ‘Juez de la libertad’ o garante del libre ejercicio de los derechos fundamentales, (...) de modo que, la asunción de la instrucción por el Ministerio 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 (...)”<sup>104</sup>. Es decir, la imparcialidad del Juez de Menores no se ve afectada porque no asume funciones instructoras, dado que éstas son encomendadas al Ministerio Fiscal, sino que es competente para resolver sobre las cuestiones que afecten a los derechos fundamentales, como garantía del libre ejercicio de éstos.

Así, dado que el Juez de Menores nunca podrá por sí mismo valorar las condiciones para decretar una medida cautelar, salvo que se lo pida y argumente el Ministerio Fiscal, el TC entiende que con ello queda salvada su imparcialidad<sup>105</sup>.

---

<sup>103</sup> STC 60/1995, de 17 de marzo de 1995, antecedentes, párrafo 9.

<sup>104</sup> STC 60/1995, de 17 de marzo de 1995, FJ nº 6.A

<sup>105</sup> STC 60/1995, de 17 de marzo de 1995, FJ nº 6.A

A pesar de ello, parte de la doctrina, con la que coincido, no está de acuerdo con la conclusión del TC, puesto que “la valoración judicial sobre los actos de instrucción que exige la adopción de la medida cautelar quebranta el principio de imparcialidad judicial”<sup>106</sup>.

En la misma línea, a mi parecer, es inevitable que el Juez de Menores se forme una opinión sobre la culpabilidad del menor expedientado antes del juicio oral, puesto que si es totalmente necesario que previamente a la adopción de la medida cautelar se compruebe la concurrencia tanto del *fumus boni iuris* como del *periculum in mora*, o lo que es lo mismo, de la posibilidad de que existan indicios racionales de la comisión del hecho delictivo por parte del menor y de que éste pueda poner en peligro la eficacia del proceso, el Juez de Menores debe asegurarse, a partir de lo aportado por el Ministerio Fiscal, de que estos presupuestos se cumplen, de tal manera que debe creer, con gran probabilidad, que el menor es el autor del delito, poniendo así en cuestión su imparcialidad en el juicio oral.

La gran diferencia que a este respecto se plantea entre el proceso penal de menores y el de adultos, es que, como es sabido, en el de adultos la dirección de la fase instructora compete al Juez de Instrucción que, por virtud, precisamente, del principio acusatorio, debe ser siempre un órgano judicial distinto de aquél a quien compete el enjuiciamiento de la causa. Esta circunstancia evita la posible contaminación del juzgador y su consiguiente pérdida de imparcialidad.

A la vista de la situación expuesta en relación con las peculiaridades del proceso de menores, comparto la opinión de quienes consideran que una posible solución para garantizar la imparcialidad del Juez de Menores es que, al igual que sucede en los casos en los que se debe adoptar una medida cautelar de urgencia fuera de las horas de audiencia de éste, sea el Juez de Instrucción el competente para adoptar las medidas cautelares, solventándose así el problema de imparcialidad del Juez de Menores<sup>107</sup>.

---

<sup>106</sup> En este sentido, GONZÁLEZ PILLADO, E., “Medidas...”, *Op.Cit.*, p. 163.

<sup>107</sup> SERRANO TÁRRAGA, M.D., “Las medidas cautelares...”, *Op.Cit.*, p. 164.

### 2.3.5. Proporcionalidad

El carácter de proporcionalidad se basa en la correcta relación entre la medida cautelar, el hecho delictivo presuntamente cometido y lo que se busca garantizar con ésta. De modo que, la proporcionalidad implica que la medida cautelar “debe adecuarse tanto a los fines que con ella se persiguen como a los hechos que se depuran y a su gravedad, de modo que el sacrificio que la medida representa en la esfera de los derechos del sujeto no puede ser más oneroso que para quien la padece que el posible resultado de la sentencia condenatoria”<sup>108</sup>.

Para probar el cumplimiento de este carácter, es necesario constatar si la medida cautelar reúne tres requisitos, los cuales se basan en analizar su idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto<sup>109</sup>.

En primer lugar, respecto a la idoneidad, es necesario que la medida que se pretende adoptar sea susceptible de conseguir el objetivo propuesto. En segundo lugar, la necesidad atiende a que dicha medida es necesaria, “en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia”. Por último, la proporcionalidad en sentido estricto atiende a que, “de dicha medida deban derivarse más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto”<sup>110</sup>.

Cabe destacar que, el Juez no podrá adoptar una medida que suponga una mayor restricción de derechos ni por un tiempo superior a la medida solicitada por el Ministerio Fiscal<sup>111</sup>. En esta línea, para el caso de que el Juez de Menores adopte una medida que el Ministerio Fiscal considera desproporcionada, éste último podrá considerar que se ha vulnerado el derecho fundamental a la libertad, consagrado en el art. 17 CE, de modo que, podrá presentar recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional<sup>112</sup>.

---

<sup>108</sup> MORENO CATENA, V., *Derecho procesal...*, *Op.Cit*, p. 311

<sup>109</sup> STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ nº 4.

<sup>110</sup> STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ nº 4. En el mismo sentido, STC 89/2006, de 27 de marzo, FJ nº3.

<sup>111</sup> Art. 8 LORPM.

<sup>112</sup> STC 169/2001, de 16 de julio, FJ nº 1: “(...) Ministerio Fiscal, quien interesa la estimación de la demanda de amparo ya que considera que se ha vulnerado el derecho a la libertad personal del recurrente, en virtud de la ausencia de previsión legal y de proporcionalidad de la medida cautelar”.

No obstante, en el proceso penal de menores es necesario que, además de los tres requisitos mencionados, la medida cautelar que se adopte deberá respetar el principio del interés del menor, al igual que sucede de manera generalizada a lo largo de todo el procedimiento.

En tal sentido, el art. 7.3 LORPM establece que “para la elección de la medida o medidas adecuadas se deberá atender de modo flexible, no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor (...)”; de modo que, el carácter de proporcionalidad en el proceso penal de menores exige que se atiendan a más circunstancias que las requeridas en el proceso penal de adultos.

#### 2.3.6. Homogeneidad

Por último, se requiere que la medida cautelar debe ser similar a la medida definitiva que se impondría en la sentencia condenatoria si se considera que el menor es el autor del hecho delictivo. Esto se debe principalmente a que las medidas cautelares afectan, por lo general, a los mismos bienes jurídicos que pueden verse restringidos por efecto de la sentencia cuya eficacia tratan de asegurar<sup>113</sup>.

Por tanto, la medida cautelar deberá ser necesariamente semejante a la medida definitiva que se le imponga al menor en la sentencia firme<sup>114</sup>. Es decir, si ante las características del delito presuntamente cometido y las circunstancias del menor, para garantizar la efectividad del proceso, se adopta la medida de internamiento, para que ésta sea homogénea a la medida definitiva, se exige que, si se da el caso, en la sentencia condenatoria se imponga la medida de internamiento; siendo, en contrario, heterogéneas si finalmente se impone una medida diferente a la de internamiento.

---

<sup>113</sup> MELÓN MUÑOZ, A. (Dir), MARTÍN NIETO, P. (Coord), “Memento práctico Francis Lefebvre Procesal”, Ed. LEFEBVRE-ELDERECHO,S.A, Madrid, accesible en <https://online-elderecho-com.publicaciones.umh.es>, 2021: “Las medidas cautelares afectan por lo general a los mismos bienes jurídicos que pueden verse restringidos por efecto de la sentencia cuya eficacia tratan de asegurar. Ello hace posible, en unos casos (patrimoniales), su transformación en medidas de ejecución y, en otros (detención y prisión y privaciones de otros derechos), su abono para el cumplimiento de la pena definitivamente impuesta. Cuando entre esta y la medida cautelar no exista homogeneidad, el juez o tribunal debe ordenar que se tenga por ejecutada la pena impuesta en aquella parte que estime compensada” (apartado 9.1.3).

<sup>114</sup> PORTAL MANRUBIA, J., *Medidas cautelares...*, *Op. Cit.*, p. 131.

Lo que se pretende es que la medida cautelar que se adopte no sea más restrictiva que la futura medida definitiva que pudiera imponerse. De tal manera, “resulta evidente que no cabe acordar cautelarmente medidas que produzcan consecuencias que nunca podrían derivarse de la resolución final”<sup>115</sup>.

De modo que, en el caso de que se dicte sentencia condenatoria, si efectivamente se ha salvaguardado la homogeneidad entre la medida cautelar y la medida definitiva, no habrá problema de abono, pues, tal y como se establece en el artículo 58 CP, “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 impuesta (...)”; de tal manera que, se compensará el tiempo en que efectivamente se ha estado cumpliendo la medida cautelar con el plazo de duración de la medida definitiva establecido en la sentencia.

De igual manera queda establecido en el art. 28.5 LORPM, el cual exige que para que el Juez ordene que se tenga por ejecutada la medida impuesta en aquella parte que estime razonablemente compensada por la medida cautelar, deberá ser así propuesto por el Ministerio Fiscal y ser oídos tanto el abogado del menor como el equipo técnico, el cual informó sobre la medida cautelar más adecuada, tal y como ya tuvimos la ocasión de comentar.

El problema con esta cuestión surge cuando la medida cautelar no ha guardado homogeneidad con la medida definitiva impuesta. Ante esto, el art. 59 CP establece que “cuando las medidas cautelares sufridas y la pena impuesta sean de distinta naturaleza, el Juez o Tribunal ordenará que se tenga por ejecutada la pena impuesta en aquella parte que estime compensada”.

Ante la ausencia de regulación sobre los parámetros para llevar a cabo la compensación de la medida cautelar con la medida definitiva, la Fiscalía General del Estado ha elaborado un cuadro de equivalencias a tenor de lo establecido en el art. 7 LORPM y de la aplicación supletoria y analógicamente de las conversiones establecidas en el art. 88.1

---

<sup>115</sup> AP Las Palmas de Gran Canaria, Auto nº 192/2014, de 10 octubre, FJ nº 2.

CP, para aquellos supuestos en los que el menor haya sido condenado a una medida de diferente naturaleza de aquella que cumplió cautelarmente<sup>116</sup>.

	Intern cerrado	Internam SA/A	Convivencia GE	Lib. Vig.	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

Tabla 1. Reglas de equivalencia para las liquidaciones de condena en el proceso penal de menores.

Fuente: Dictamen 6/2010 FGE.

Además, añade la FGE que, “las reglas de equivalencia, en caso de que quedara una fracción de medida cautelar sobrante, se interpretarán en beneficio del ejecutoriado”, es decir, en beneficio del menor<sup>117</sup>.

En resumen, las medidas cautelares se deben de adoptar en los supuestos que sean totalmente necesarias para garantizar el éxito de dicho proceso y la efectividad de la futura sentencia, atendiendo al cumplimiento de los presupuestos de *fumus boni iuris* y *periculum in mora*, además del deber de asegurarse que la medida que se pretende adoptar cumple íntegramente con los caracteres comentados; siendo necesario también, en el proceso penal de menores que, tanto el Fiscal como el Juez de Menores desarrollen dichas labores con la mayor precisión posible para que, siempre, se salvaguarde y se proteja el interés superior del menor.

<sup>116</sup> Dictamen FGE 6/2010, “sobre el abono de medidas cautelares y la liquidación de condena”.

<sup>117</sup> Dictamen FGE 6/2010, “sobre el abono de medidas cautelares y la liquidación de condena”.

### 3. CLASES DE MEDIDAS CAUTELARES

Las medidas cautelares, tanto en el proceso penal de adultos como en el de menores, pueden ser de dos clases: personales y reales. En ambos procesos, se debe atender a los mismos presupuestos para su adopción, pero sin olvidar que, en el proceso de menores es necesario hacer un especial hincapié al principio del interés del menor, al cual deberán ajustarse, también, las medidas cautelares.

Las medidas cautelares, como se tuvo ocasión de analizar en su momento, tienen como finalidad principal garantizar el normal desarrollo del procedimiento y la efectiva ejecución de una eventual sentencia condenatoria. No obstante, el objetivo de las medidas cautelares personales difiere en cierta medida del objetivo de las medidas cautelares reales, los cuales serán parte del objeto de estudio de este apartado.

Además, es importante, previamente, diferenciar entre las medidas cautelares y las medidas de protección, las cuales, como ya se apuntó anteriormente, tienen como fin principal “garantizar la vida de la víctima y de sus familiares, su integridad física y psíquica, su libertad y seguridad, así como su libertad e indemnidad sexual, y la protección de su intimidad y su dignidad”<sup>118</sup>.

Sin embargo, tanto en el proceso de adultos como en el de menores se regulan ciertas medidas dirigidas a proteger a la víctima del hecho delictivo como medidas cautelares, pudiendo llegar por ello a desvirtuar la naturaleza cautelar de la institución, toda vez que se pretende dar protección de forma concreta a una determinada persona con independencia de proteger la eficacia del proceso<sup>119</sup>. Como se expondrá con detalle en su apartado correspondiente, pueden generar ciertas controversias, en cuanto a su naturaleza cautelar o de protección, la medida de prohibición de comunicarse con la víctima o con determinadas personas y la de convivencia en un grupo educativo, ambas reguladas en el art. 28.1 LORPM destinado a las medidas cautelares.

---

<sup>118</sup> MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal...*, Op.Cit., p. 361.

<sup>119</sup> PORTAL MANRUBIA, J., *Medidas cautelares...*, Op.Cit., p. 188.



### 3.1. Medidas cautelares personales

Las medidas cautelares personales para ASECIO MELLADO “son aquellas resoluciones judiciales mediante las cuales, y en el curso de un proceso penal, se limita la libertad de movimientos del imputado con la finalidad de asegurar la celebración del juicio oral y eventualmente la sentencia que en su día se pronuncie”<sup>120</sup>.

Por lo tanto, las medidas cautelares personales tienen como finalidad principal la evitación de la fuga del imputado o menor expedientado y así garantizar la celebración del juicio oral y la ejecución de la posterior sentencia. Sin embargo, es importante señalar que las medidas cautelares personales en el proceso penal de menores no persiguen íntegramente los mismos objetivos que en el proceso penal de adultos, puesto que, tal y como se establece en el artículo 28 LORPM, además de los objetivos generales de evitar el riesgo de eludir u obstruir la acción de la justicia o de atentar contra los bienes jurídicos de la víctima y proteger a ésta, se añade que en el procedimiento de menores las medidas cautelares personales pueden ir dirigidas a defender y custodiar al menor; lo cual genera ciertas controversias dado que más que una medida cautelar se trataría de adoptar una medida con la finalidad de proteger al menor presuntamente autor del hecho delictivo<sup>121</sup>.

Conviene recordar ahora que las medidas cautelares se encuentran reguladas en el Título III LORPM, en el Capítulo II, dentro del cual se encuentran los artículos 28 y 29. De esta normativa se desprenden diferentes cuestiones. En primer lugar, no todas las medidas previstas en estos dos artículos son medidas cautelares; en realidad, el artículo 29 establece que, para el caso de que quede suficientemente acreditado que el menor se encuentre en una situación de enajenación mental u otra prevista en los apartados 1, 2 y 3 del art. 20 CP, se podrán adoptar medidas cautelares encaminadas a la protección y custodia del menor, de modo que, tal y como se ha comentado anteriormente, se desvía de la finalidad cautelar y se encuadra más en una medida de protección<sup>122</sup>. En segundo

---

<sup>120</sup> ASECIO MELLADO, J.M., “Las medidas cautelares...”, *Op.Cit.*, p. 279.

<sup>121</sup> GONZÁLEZ PILLADO, E., “Las medidas cautelares en el proceso penal...”, *Op. Cit.*, p.45

<sup>122</sup> En contra, VALBUENA GARCÍA, E., “Protección y custodia cautelar...”, *Op. Cit.*, p.896, “con la redacción del art. 29, la Ley instaura un tratamiento cautelar específico para los menores exentos de responsabilidad penal, totalmente distinto al previsto en el artículo precedente. Así, frente a la posibilidad de utilizar el mismo régimen de medidas cautelares penales previsto para menores responsables de sus actos, regulado por el art. 28 LORPM, con la particularidad de ejecutar su cumplimiento en centros especiales, el legislador opta por la vía del tratamiento cautelar independiente; dado, en mi opinión, el fin

lugar, en el artículo 28 LORPM se prevén como medidas cautelares la medida de internamiento en un centro en diferentes regímenes, la libertad vigilada, la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con la persona que se determine y la convivencia con otra persona, familia o grupo educativo, considerando que las últimas dos, como ya se ha argumentado, tienen un carácter más proteccionista que cautelar. No obstante, estas medidas reguladas en el art. 28 no son las únicas que se pueden adoptar en el proceso penal de menores, sino que fuera de este Capítulo, concretamente en el art. 17 se regula la detención, que, como veremos, se trata también de una medida cautelar personal<sup>123</sup>.

En suma, a continuación realizaremos un análisis de cada una de estas medidas cautelares reguladas en la LORPM, sin embargo, cabe señalar previamente que esta regulación parece incompleta pues se evaden muchas cuestiones importantes, siendo necesaria la aplicación supletoria de la LECrim, lo cual en algunas situaciones dificulta la adecuación de éstas a los fines perseguidos en el proceso de menores<sup>124</sup>.

### 3.1.1. Detención

Como ya se apuntó, la detención de un menor se encuentra regulada en el artículo 17 LORPM. Pese a que no se encuentra regulado dentro del Capítulo II del Título III de dicha ley dedicado a las medidas cautelares, sin embargo, no se tiene duda de que se trate de una medida cautelar de carácter personal, dado que se constituye como una medida para garantizar la efectividad del proceso penal.

#### 3.1.1.1. Concepto y presupuestos

No existe una definición legal de la detención ni en el artículo 17 LORPM ni en el artículo 17 CE, centrándose ambos preceptos en recoger determinadas garantías, que como veremos, deben ser salvaguardadas durante la ejecución de la misma.

---

estrictamente tuitivo de las medidas cautelares que han de servir de respuesta ante menores que se encuentran afectados por una enfermedad mental, drogodependencia o alteración de la percepción”

<sup>123</sup> GONZÁLEZ PILLADO, E., “Medidas...”, *Op.Cit.*, pp. 159 y 160

<sup>124</sup> GONZÁLEZ PILLADO, E., “Medidas...”, *Op.Cit.*, p. 160

Por tanto, ante dicho vacío legal, la doctrina ha entendido que la detención es una medida cautelar que supone la restricción del derecho fundamental de la libertad ambulatoria originada por la presunta comisión de un hecho delictivo<sup>125</sup>.

La configuración de la libertad como Derecho Fundamental ha llevado al Tribunal Constitucional a pronunciarse no solo sobre ella, sino también sobre las distintas instituciones jurídicas que conllevan una posible limitación o vulneración de la misma. En este sentido y, en relación con la detención, institución que sin duda supone la total afectación de la libertad, el TC ha sostenido que se considera detención “cualquier situación en la que la persona se vea impedida u obstaculizada para autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita”<sup>126</sup>.

En este sentido, cabe resaltar que en la Constitución Española no se concibe la libertad individual como un derecho absoluto y no susceptible de restricciones. Lo que señala el artículo 17 CE es que “sólo la Ley puede establecer los casos y la forma en que la restricción o privación de libertad es posible, reserva de Ley que por la excepcionalidad de la restricción o privación exige una proporcionalidad entre el derecho a la libertad y la restricción de esta libertad, de modo que se excluyan -aun previstas en la ley- restricciones de libertad que, no siendo razonables, rompan el equilibrio entre el derecho y su limitación”. La necesidad, por tanto, de que el detenido esté personalmente disponible, y por el tiempo indispensable, “es una causa legítima para limitar su libertad; pero esta limitación ha de ser proporcionada al fin que la justifique”<sup>127</sup>.

A partir de la definición expuesta, a continuación se analizarán las peculiaridades que presenta la detención respecto de los caracteres generales de las medidas cautelares.

En primer lugar, respecto a la instrumentalidad, la detención además de poder decretarse en el seno de un procedimiento penal, como todas las restantes medidas cautelares deben hacerlo, ésta puede llevarse a cabo antes de la iniciación del proceso. Esta característica ha llevado a denominar a la detención como una ‘medida precautelar’, “en cuanto sirve

---

<sup>125</sup> Vid., SERRANO TÁRRAGA, M.D., “Las medidas cautelares...”, *Op.Cit.*, p.170

<sup>126</sup> STC 98/1986, de 10 de julio, Fundamento Jurídico 4, párrafo 2.

<sup>127</sup> STC 178/1985, de 19 de diciembre, Fundamento Jurídico 3.

no para garantizar directamente los fines del proceso, sino para garantizar la posible adopción de las auténticas medidas cautelares”<sup>128</sup>.

En línea con lo anterior, se distinguen, según el sujeto que la lleve a cabo, como se verá en el siguiente apartado, cuatro tipos de detención: las detenciones policiales; las judiciales; las realizadas por el Ministerio Fiscal y las llevadas a cabo por cualquier otro ciudadano particular. Sin embargo, cabe destacar que la Fiscalía General del Estado, en la Consulta 3/1998 sobre el cuestionamiento de la conceptualización de la detención no judicial como medida cautelar, considera que “únicamente la detención ordenada por la autoridad judicial es propiamente una medida cautelar al participar de la nota de jurisdiccionalidad característica de las medidas cautelares en el proceso penal”, por lo que, “tanto la detención policial o la llevada a cabo por un particular, a pesar de haber sido catalogadas por extensión como medida cautelar, no puede ser reputada en rigor como tal, de ahí que se haya denominado medida precautelar”, cuya finalidad, como se ha comentado anteriormente, es garantizar la posible adopción de auténticas medidas cautelares<sup>129</sup>.

En segundo lugar, como se tuvo ocasión de analizar en su momento, la jurisdiccionalidad en las medidas cautelares supone que deben ser adoptadas por el Juez. No obstante, tal y como puede apreciarse, la detención puede llevarse a cabo, además de por el Juez, por el Ministerio Fiscal, la Policía o incluso cualquier ciudadano particular, siempre y cuando concurren las garantías que la ley establece.

Y en tercer lugar, respecto al carácter de provisionalidad, la detención se diferencia de las demás medidas cautelares por su carácter provisionalísimo, en el sentido de que ésta debe tener “una duración que ha de ser extremadamente breve, concretado sustancialmente al periodo o lapso temporal necesario para adoptar alguna decisión distinta, trasladar al afectado ante el Juez, o recabar alguna diligencia de imprescindible ejecución”<sup>130</sup>.

---

<sup>128</sup> Consulta FGE 3/1998, de 3 de abril, sobre la detención y delitos de quebrantamiento de condena, apartado VI, párrafo 3º, disponible en [www.fiscal.es](http://www.fiscal.es).

<sup>129</sup> Consulta FGE 3/1998, de 3 de abril, sobre la detención y delitos de quebrantamiento de condena, apartado VI, párrafo 3º.

<sup>130</sup> DE LEMUS VARA, F.J., “La detención: breves apuntes sobre las garantías exigibles. Notas sobre determinados supuestos”, Revista de Derecho vLex nº 176, accesible en <https://vLex.com>, Enero, 2019, apartado 1 párrafo 4.

Por otro lado, en lo que respecta a los presupuestos que deben darse para justificar la adopción de esta medida cautelar, como en todas las demás, es necesaria la concurrencia del *fumus boni iuris* y *periculum in mora*, es decir, que existan indicios racionales de la comisión de un delito y que concurra un determinado riesgo de eludir u obstruir la acción de la justicia por parte del menor o de atentar contra los bienes jurídicos de la víctima. Sin embargo, ante la falta de regulación en la LORPM sobre los supuestos en los que puede detenerse a un menor de edad presuntamente implicado en la comisión de un hecho delictivo, se hace inevitable la aplicación supletoria del artículo 492 LECrim, que a su vez remite al art. 490 LECrim<sup>131</sup>.

De tal manera que, en dichos preceptos se exige, tanto para llevar a cabo la detención de un adulto, como supletoriamente, la de un menor, que concurren, de un lado, respecto al *fumus boni iuris*, la existencia de indicios de que se ha cometido un hecho con caracteres de delito o de que se va a cometer de forma inminente, y además, que exista la sospecha fundada de que el sujeto en cuestión ha participado o pretende participar en la realización de tal hecho; y de otro lado, respecto al *periculum in mora*, la existencia de un riesgo constatable de sustracción a la acción de la justicia o, en ocasiones, en el de reiteración de la actividad delictiva<sup>132</sup>.

A pesar de la ausencia de regulación sobre estos presupuestos en la LORPM se debe resaltar que, la detención, al tratarse de una medida cautelar personal limitativa del derecho fundamental a la libertad, deberá adoptarse siempre respetando estrictamente el principio de proporcionalidad. Además, sólo podrá decretarse cuando no exista otra medida eficaz menos gravosa, llevándose a cabo, solo en los casos más graves, para no perturbar el carácter educativo en el que se basa el proceso penal de menores, y sin olvidar que debe primar el principio del interés del menor<sup>133</sup>.

---

<sup>131</sup> MARTÍNEZ PARDO, V., “La detención de los menores de edad”, Revista Aranzadi, nº 3/2002, accesible en [www.acaip.info](http://www.acaip.info), 2002, pp.7-8

<sup>132</sup> GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., *El proceso penal...*, Op.Cit., p.98

<sup>133</sup> SERRANO TÁRRAGA, M.D., “Las medidas cautelares...”, Op.Cit., p.173

### 3.1.1.2. Sujetos y legitimación

En cuanto a los sujetos legitimados para llevar a cabo la detención, el artículo 17 LORPM únicamente hace referencia a las “autoridades y funcionarios”, dentro de los cuales se entiende que se encuentra la policía y el Ministerio Fiscal, denominándose en estos casos como “detención gubernativa”; sin embargo, dicho artículo no hace mención a la detención acordada por el Juez de Menores y por los ciudadanos particulares.

A pesar de ello, como analizaremos a continuación, la detención puede llevarse a cabo tanto por la policía, como por el Ministerio Fiscal, por el Juez de Menores y por los particulares.

En primer lugar, la detención puede acordarse por la policía; en concreto, la competencia en materia de detención viene atribuida a los miembros de la policía judicial, la cual está constituida por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, dentro de la que se encuentra la Guardia Civil, la Policía Nacional, la Policía Autónoma y la Policía Local. Además, cabe señalar que para que se ajuste la detención al principio rector del proceso penal de menores, es decir, al interés del menor, estos funcionarios deben especializarse en menores, contando con grupos especializados como EMUME<sup>134</sup> y GRUME<sup>135</sup>, de la Guardia Civil y la Policía Nacional, respectivamente. Por lo tanto, en el caso de que la detención se ejerza por alguno de estos agentes, se denomina ‘detención policial’.

Respecto a los criterios que deben concurrir para llevar a cabo la detención policial de un menor, la doctrina difiere en si estos deben ser idénticos o no respecto a la detención de

---

<sup>134</sup> Informe de situación de los Equipos Mujer-Menor (EMUMEs), 2005, accesible en [portal.uned.es](http://portal.uned.es), p.1. “El EMUME (Equipo Mujer-Menor) de la Guardia Civil se creó en 1995 debido al aumento de casos delictivos en los que se encontraban implicados las mujeres y los menores, tanto como víctimas como en calidad de autores, comprendiendo su ámbito de actuación en la violencia en el entorno familiar; los delitos contra la libertad sexual, agresiones y abusos sexuales, tanto fuera como dentro del ámbito familiar; los delitos relacionados con la delincuencia juvenil; y los actos delictivos relacionados con el tráfico de seres humanos con fines de explotación sexual y pornografía infantil”.

<sup>135</sup> El GRUME (Grupo de Menores) se encuentra incardinado en las Brigadas Provinciales de Policía Judicial, trabajando en colaboración con las Instituciones públicas y privadas relacionadas con la problemática de menores, tanto desde su protección como de reforma. Sus principales funciones ser: protección de las víctimas menores de edad de cualquier tipo de maltrato; y protección de los menores infractores. Están encargados, por tanto, de llevar a cabo la investigación de hechos delictivos cometidos por menores; cumplimentar órdenes judiciales de traslados de menores a los diferentes centros; cumplimentar requerimientos de la Fiscalía de Menores sobre averiguaciones de domicilio; y localizar y detener por incomparecencia a citaciones. Sobre este tema puede verse: NIETO MORALES, C., “La instrucción del procedimiento” en *Intervención con menores en conflicto con la ley*, Ed. Dykinson, 2016, pp. 47-73, accesible en [vLex](http://vLex), apartado 8.1.1.

un adulto. En este sentido, una parte de la doctrina considera que no existe especialidad alguna sobre la detención de menores por estos agentes, pudiendo ser, por lo tanto, detenidos en los mismos casos y circunstancias previstos para los mayores de edad<sup>136</sup>. Así pues, aplicando supletoriamente el artículo 492 LECrim, el menor deberá ser detenido por la Policía cuando se trate de una persona fugada de establecimientos penitenciarios o estando en camino hacia ellos; que se hallen en situación de rebeldía o que sean sorprendidos en delito flagrante; además de, cuando tal persona “estuviese procesado por delito que tenga señalada en el Código pena superior a la de prisión correccional; al procesado por delito a que esté señalada pena inferior si sus antecedentes o circunstancias del hecho hicieren presumir que no comparecerá cuando fuere llamado por la Autoridad Judicial; y cuando se tengan motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un delito y que dicha persona tuvo participación en él”<sup>137</sup>.

En el lado opuesto, la doctrina considera que las circunstancias que deben darse para la detención del menor deben ser diferentes que para los adultos, de este modo, la policía solo puede proceder a la detención del menor cuando sea sorprendido ‘in fraganti’ o se haya producido la fuga, o cuando así haya sido solicitado por la autoridad encargada de la instrucción, en este caso, por el Ministerio Fiscal<sup>138</sup>. Con esta postura, a la que me adhiero, se adapta la detención al proceso penal de menores, salvaguardándose el principio del interés del menor.

Haciendo referencia al carácter provisionalísimo de la detención, como ya se comentó anteriormente, la detención de un menor por funcionarios de la policía deberá limitarse al tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, además, para la detención policial se impone un límite máximo de 24 horas, tras las cuales, la Policía deberá poner al menor en libertad o a disposición del Ministerio Fiscal<sup>139</sup>. Mientras que para los adultos, en línea con lo que establece la Constitución Española, el plazo máximo permitido es de 72 horas, debiendo, después, poner a dicha persona en libertad o a disposición judicial.

---

<sup>136</sup> Vid., MARTÍNEZ PARDO, V., “La detención de los menores...”, *Op.Cit*, apartado 4.

<sup>137</sup> Art. 490 y 492 LECrim

<sup>138</sup> LANDROVE DIAZ, G., *Derecho penal de menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 284.

<sup>139</sup> Artículo 17.4 LORPM

En segundo lugar, la detención puede ser acordada por el Ministerio Fiscal durante la fase de instrucción, dadas las facultades instructoras que se le encomienda en el proceso penal de menores, sin necesidad de que sea solicitada dicha medida al Juez de Menores. De este modo, el Fiscal, como director de la instrucción, deberá acordar la detención del menor en aquellos casos en los que sea precisa la presencia del menor para la práctica de una diligencia<sup>140</sup>. Además, la detención también podrá ser ordenada por el Ministerio Fiscal como consecuencia de la incomparecencia del menor para prestar declaración ante la incoación del expediente, de modo que la citación para declarar se convertirá en orden de detención<sup>141</sup>. De tal manera, éste es el único caso en el que el Ministerio Fiscal puede emitir una orden limitativa de derechos fundamentales, puesto que, a pesar de ser el director de la instrucción en el proceso de menores, en caso de tener que realizar diligencias que afecten a derechos fundamentales tendrá que pedir autorización judicial, la cual vendrá en forma de auto motivado<sup>142</sup>.

Para el caso de que se haya llevado a cabo la detención policial del menor se deberá notificar inmediatamente al Ministerio Fiscal, y posteriormente deberá ser puesto a disposición del Fiscal de Menores, el cual deberá resolver, dentro del plazo de 48 horas desde la detención, sobre la situación del menor y acordar su puesta en libertad o la incoación del expediente. Por lo tanto, este nuevo plazo de 48 horas correspondería a una prórroga del plazo máximo de 24 horas de la detención policial la cual deberá ser establecida por Acuerdo o Decreto del Ministerio Fiscal.

En tercer lugar, respecto a la detención judicial, como ya se mencionó, la LORPM no contempla la detención del menor por parte del Juez de Menores. En este sentido, cabe señalar que el Juez carece de competencia para acordar la detención del menor durante la fase de instrucción; sin embargo, sí podrá decretar dicha medida desde el momento que asuma la dirección del proceso dado que las medidas cautelares podrán ser adoptadas en cualquier momento del mismo<sup>143</sup>.

---

<sup>140</sup> MARTÍNEZ PARDO, V., “La detención de los menores...”, *Op.Cit*

<sup>141</sup> NOYA FERREIRO, M.L., “Las medidas cautelares en el proceso penal del menor”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Universidad de Santiago de Compostela, accesible en [usc.es](http://usc.es), 2006, p.172

<sup>142</sup> Artículo 23.3 LORPM

<sup>143</sup> GONZÁLEZ PILLADO, E., “Medidas...”, *Op.Cit.*, p.166



El supuesto más frecuente es que el Juez de Menores acuerde la detención en la fase de audiencia, concretamente en el caso de que el menor citado no comparezca sin justificar causa, de modo que, según señala dicha precepto, la orden de comparecencia podrá convertirse en orden de detención<sup>144</sup>.

Es importante señalar que, en el momento de que el menor detenido es puesto a disposición del Juez de Menores, éste último deberá pronunciarse sobre la adopción de alguna otra medida cautelar, solicitada por el Fiscal, pudiendo mantener la detención del menor durante el plazo máximo mientras se valoran las circunstancias sociales y personales de éste, o por el contrario, bien deberá decretar la libertad o bien elevar la detención a prisión, debiendo aplicarse de manera supletoria el art. 497 LECrim. A tenor de este mismo precepto, y debido a la falta de regulación en la LORPM, la detención judicial del menor no podrá exceder de 72 horas<sup>145</sup>.

No obstante, en todo caso, tanto si la detención es acordada por el Juez de Menores como por el Ministerio Fiscal, se deberá tener presente la gravedad del hecho delictivo, y atenerse al cumplimiento de los principios de proporcionalidad y excepcionalidad, ya comentados, antes de acordar dicha medida, de modo que, sólo podrá decretarse si no existe otra medida menos gravosa, y sin olvidar que, siempre se debe tener presente el interés superior del menor.

Por lo tanto, en resumen, como veremos en profundidad más adelante, la LORPM establece unas 24 horas como límite máximo de la detención policial, tras las cuales, el menor deberá ser puesto en libertad o a disposición del Ministerio Fiscal. Una vez puesto a disposición del Fiscal de Menores, éste dispone de 48 horas máximo para resolver sobre la situación del menor, las cuales computan desde el momento en que el menor ha sido detenido, por lo que el plazo para que el Fiscal decida si desistir de la incoación del expediente o bien poner al menor a disposición del Juez de Menores, dependerá del plazo que haya estado en instancias policiales, de modo que, si en la detención policial se ha agotado el plazo de 24 horas, el Fiscal dispondrá máximo de 24 horas más. Si finalmente éste decide poner al menor a disposición del Juez de Menores, aplicando supletoriamente

---

<sup>144</sup> Se aplica supletoriamente el art. 487 LECrim.

<sup>145</sup> MARTÍNEZ PARDO, V., “La detención de los menores...”, *Op.Cit.*, apartado 5.D.

la LECrim, como ya se ha comentado, tendrá de plazo para resolver entre otras, sobre la adopción de medidas cautelares, en un plazo máximo de 72 horas.

Finalmente, respecto a la detención por particulares, su falta de regulación en el artículo 17 LORPM podría generar ciertas dudas sobre su posible adopción o no para el caso de los menores de edad. Sin embargo, prácticamente la totalidad de la doctrina no ve inconveniente en, una vez más, aplicar supletoriamente el artículo 490 LECrim, el cual regula las condiciones de la detención de adultos por particulares<sup>146</sup>. De tal modo que, cualquier persona podrá detener a un menor en los casos en que éste fuese sorprendido en flagrante delito; que se hubiese fugado del establecimiento penal o centro en el que estuviese internado o durante algún traslado; al que se fugase estando detenido; o si estuviere en rebeldía.

La consecuencia principal de la detención por particulares supone la inmediata puesta a disposición del menor detenido de la autoridad competente, siendo normalmente ante los agentes policiales, pero sin que nada impida que se pueda llevar a cabo ante el Juez o Fiscal del lugar en que la detención se haya producido<sup>147</sup>.

Por lo tanto, los motivos que habilitan a los particulares para proceder a la detención de un menor son idénticos que para el caso de un adulto. Esto es debido principalmente a que, por mera apariencia física no es posible determinar la mayoría o minoría del sujeto, pues, será posteriormente cuando, tras la puesta a disposición de la autoridad competente, comiencen las diferencias de tramitación<sup>148</sup>. Además, el principio del interés del menor no se ve afectado en este caso siempre y cuando se respeten íntegramente las garantías previstas para el proceso penal de adultos<sup>149</sup>.

En cualquier caso, el particular que detiene debe justificar su actuación en atención a “motivos racionalmente suficientes” tal como así lo impone el art. 491 LECrim, de modo

---

<sup>146</sup> En este sentido, GONZÁLEZ PILLADO, E., “Medidas...”, *Op.Cit.*, p.167, GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., *El proceso penal...*, *Op.Cit.*, p.99, NOYA FERREIRO, M.L., “Las medidas cautelares en el proceso...”, *Op.Cit.*, p.174.

<sup>147</sup> NOYA FERREIRO, M.L., “Las medidas cautelares en el proceso...”, *Op.Cit.*, p.174

<sup>148</sup> GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., *El proceso penal...*, *Op.Cit.*, p.99

<sup>149</sup> GONZÁLEZ PILLADO, E., “Medidas...”, *Op.Cit.*, p.167

que si no existiera esta justificación se estaría ante un posible caso de detención ilegal, como veremos a continuación.

Es importante finalmente traer a colación determinados supuestos especiales de la detención de menores.

En primer lugar, respecto al caso excepcional de que la detención del menor venga provocada debido a su implicación en delitos de terrorismo o pertenencia a bandas armadas, cabe señalar que el artículo 17.4 LORPM remite a lo dispuesto en el artículo 520 bis LECrim, atribuyendo la competencia para dictar las resoluciones que correspondan al Juzgado Central de Menores, y admitiendo que, bajo resolución motivada del Juez, podrá prorrogarse en dicho caso la detención hasta un límite máximo de otras 48 horas más, además de acordar la incomunicación del menor detenido para garantizar los resultados de la investigación. Sin embargo, parte de la doctrina considera que existe cierta dificultad interpretativa respecto a estos plazos de prórroga, haciendo dudar sobre si la prórroga de 48 horas se añade a las 72 previstas con carácter general para los adultos, o a las 24 concedidas a la policía para detener a un menor, o a partir de las 48 horas en que el menor, bajo control del Fiscal, debe ser puesto a disposición judicial<sup>150</sup>. Esta disputa ha sido zanjada por la Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2000 de 18 de diciembre (apartado VI.3.F.b), la cual considera que, contando con la prórroga, la detención del menor no podrá durar más de 72 horas.

Una segunda especialidad se observa en la detención de menores extranjeros. Para estos casos, la normativa prevé la comunicación de dicha detención a las correspondientes autoridades consulares cuando el menor tuviera su residencia fuera de España o cuando así lo solicite el propio menor o sus representantes legales, tal y como se establece en el artículo 17.1 LORPM. Por lo tanto, si el menor es residente en el extranjero la notificación de la detención es obligatoria a las autoridades consulares, y además, con independencia de que resida o no en España, se habrá que comunicar al cónsul de su país si lo pide el menor o sus representantes legales<sup>151</sup>.

---

<sup>150</sup> GONZÁLEZ PILLADO, E., “Medidas...”, *Op.Cit.*, p.175

<sup>151</sup> MARTÍNEZ PARDO, V., “La detención de los menores...”, *Op.Cit.*, apartado 5.C.

Por último, en tercer lugar, dado que según la LORPM los menores de 14 años están exentos de responsabilidad penal, como ya se comentó en su momento, para el caso de que un menor de esta edad sea detenido por agentes de la policía, la intervención de éstos deberá ser siempre de carácter protector administrativo, y tras la comunicación al Ministerio Fiscal, deberán proceder a la entrega del menor a quienes ejerzan la patria potestad, tutela o la guarda de hecho, o a la Entidad Pública de protección de menores<sup>152</sup>

### 3.1.1.3. Procedimiento de Habeas Corpus

El artículo 17 LORPM culmina la regulación de la detención con la inclusión de una serie de especificaciones sobre el procedimiento de *habeas corpus* para el caso de los menores.

El procedimiento de *habeas corpus* se constituye como una garantía frente a la ilegalidad de una detención<sup>153</sup>. Por lo tanto, a partir de este proceso, cualquier persona que considere que ha sido detenida sin cumplirse las garantías legalmente previstas podrá comparecer inmediatamente ante el Juez competente para resolver sobre la licitud o no de dicha privación de libertad. Así, este procedimiento supone una forma de tutela del derecho fundamental de libertad, siendo mencionado en el art. 17.4 CE.

El reconocimiento constitucional del proceso de *habeas corpus* pasa por diferir la regulación del mismo a lo que al respecto disponga la legislación ordinaria y, como consecuencia de ello se promulgó la Ley Orgánica reguladora del procedimiento de ‘Habeas Corpus’ (en adelante LOHC).

A razón de este procedimiento, cualquier persona que considere que ha sido detenida ilegalmente tiene derecho a comparecer ante el Juez para “exponer sus alegaciones contra las causas de la detención o las condiciones de la misma, al objeto de que el Juez resuelva sobre la conformidad a Derecho de la detención”<sup>154</sup>.

Previamente al análisis de este procedimiento en la legislación de menores, la LOHC en su artículo 1 establece que son personas ilegalmente detenidas: “las que lo fueren por una

---

<sup>152</sup> Así se establece en la Instrucción nº 1/2017, de la Secretaría de Estado de seguridad, por la que se actualiza el “protocolo de actuación policial con menores”, en su apartado 3.3.

<sup>153</sup> NOYA FERREIRO, M.L., “Las medidas cautelares en el proceso...”, *Op.Cit.*, p.189

<sup>154</sup> Exposición de Motivos LOHC, párrafo 5.

autoridad, agente de la misma, funcionario público o particular, sin que concurran los supuestos legales, o sin haberse cumplido las formalidades prevenidas y requisitos exigidos por las leyes; las que estén ilícitamente internadas en cualquier establecimiento o lugar; las que lo estuvieran por plazo superior al señalado en las leyes, si transcurrido el mismo, no fuesen puestas en libertad o entregadas al Juez más próximo al lugar de la detención; y las privadas de libertad a quienes no les sean respetados los derechos que la Constitución y las leyes procesales garantizan a toda persona detenida”.

Si volvemos ahora a la regulación del proceso de *habeas corpus* en el proceso de menores, la primera concreción que lleva a cabo el artículo 17.6 LORPM es que el órgano competente para conocer del procedimiento de *habeas corpus* es el Juez de Instrucción del lugar en que se encuentre el menor privado de libertad. Además, añade el precepto, que para el caso en que se desconozca dicho lugar, será competente el Juez de Instrucción de donde se produjo la detención. En defecto de ambos, será competente el del lugar donde se hayan tenido las últimas noticias sobre el paradero del menor detenido<sup>155</sup>.

Por lo tanto, el proceso de *habeas corpus* no es competencia del Juez de Menores, sino del Juez de Instrucción. La doctrina considera acertada esta atribución de competencia tanto por evitar la “contaminación” del Juez de Menores, como por la proximidad del detenido al Juzgado de Instrucción, no debiendo olvidar que los Juzgados de Menores tienen su sede en la capital de provincia y no en cada partido judicial<sup>156</sup>. Además, se considera que con esto se consigue cierta celeridad en dicho procedimiento, dado que al ser el mismo para menores y para adultos, no se hace necesario un análisis sobre la edad del detenido, debiendo el Juez competente únicamente resolver sobre la licitud o no de la detención de dicha persona.

La segunda cuestión a destacar de la regulación efectuada por el art. 17.6 LORPM se refiere al deber de la fuerza pública responsable de la detención de comunicar al Ministerio Fiscal la petición de *habeas corpus* instada por el propio menor. En

---

<sup>155</sup> Del mismo modo se establece en el artículo 7 de la Ley Orgánica de *Habeas Corpus*.

<sup>156</sup> MARTÍNEZ PARDO, V., “La detención de los menores...”, *Op.Cit.*, apartado 8.

En el mismo sentido, entre otros, GONZÁLEZ PILLADO, E., “Medidas...”, *Op.Cit.* p. 175, GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., *El proceso penal...*, *Op.Cit.*, p. 99. En contra, PORTAL MANRUBIA, J., *Medidas cautelares...*, *Op. Cit.*, p 120, el cual ve necesario modificar la legislación y posibilitar que existan Jueces de Menores de guardia para revisar dichas situaciones, atendidas las características y necesidades de cada menor.

consecuencia, el Ministerio Fiscal tendrá conocimiento de la solicitud de dicho procedimiento antes de lo que se establece para el proceso de adultos el cual conocerá una vez que la solicitud haya sido examinada por el Juez<sup>157</sup>.

El problema que surge en este caso es que el menor puede instar este procedimiento contra la detención ordenada por el Ministerio Fiscal, lo cual hace necesario que concurren dos Fiscales con funciones contrapuestas. Por un lado, estará el Fiscal encargado de la Sección de Menores que deberá comunicar la solicitud de incoación del menor detenido, y por otro lado, el fiscal adscrito al Juzgado de Instrucción competente que intervendrá en el proceso de *habeas corpus*<sup>158</sup>. Esta previsión genera cierta controversia doctrinal por cuanto parece contravenir el principio de unidad de actuación del Ministerio Fiscal al darse cita dos Fiscales en un mismo procedimiento, en ejercicio y defensa de posiciones procesales contrapuestas<sup>159</sup>.

Al margen de las precisiones anteriores, nada más contiene el art. 17 LORPM sobre el proceso de *habeas corpus*, remitiéndose para todo lo demás a la regulación contenida con carácter general en la LOHC. En consonancia con ello, pues, también para el caso de los menores detenidos de forma presuntamente ilegal, este procedimiento se inicia por medio de un escrito o mediante una comparecencia, no siendo necesaria la intervención de abogado ni de procurador, debiendo constar, tanto si se inicia por medio de un escrito o por medio de una comparecencia, las circunstancias personales del detenido, el lugar en que se halle el privado de libertad, autoridad o persona bajo cuya custodia se encuentre, si fueran conocidos, y el motivo concreto por el que se solicita el *habeas corpus*<sup>160</sup>.

Realizada la solicitud del procedimiento, el Juez deberá examinar la concurrencia de los requisitos para su tramitación, debiendo dar traslado de la misma al Ministerio Fiscal. Tras ello, mediante auto, acordará la incoación del procedimiento o denegará la solicitud por ser ésta improcedente. Si se acuerda la incoación del procedimiento, el Juez deberá ordenar a la autoridad a cuya disposición se encuentre la persona detenida, que la ponga de manifiesto ante él. El Juez, con carácter previo a dictar resolución, deberá oír a la

---

<sup>157</sup> Artículo 6 LOHC

<sup>158</sup> Circular FGE 1/2000, epígrafe VI apartado 3.F.c, accesible en [www.fiscal.es](http://www.fiscal.es).

<sup>159</sup> Entre otros, GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., *El proceso penal...*, Op.Cit., p.100

<sup>160</sup> Artículo 4 LOHC

persona privada de libertad, al Ministerio Fiscal y la autoridad o persona que hubiere practicado la detención<sup>161</sup>.

Este procedimiento finalizará mediante auto motivado del Juez en el cual se podrá estimar bien que no se ha ocasionado una detención ilegal, acordando el archivo de las actuaciones, o bien, estimar que sí se ha dado una detención ilegal por lo que se deberá acordar bien la puesta en libertad del detenido, continuar con la detención pero en otro establecimiento o bajo la custodia de otras personas, o que la persona detenida sea puesta a disposición judicial si ya ha transcurrido el plazo máximo legalmente establecido para su detención<sup>162</sup>.

#### *3.1.1.4. Garantías de la detención*

La detención, en cuanto “medida cautelar que comporta la privación de libertad de la persona durante un limitado espacio de tiempo -el imprescindible para presentar al detenido ante la autoridad judicial y, en su caso, tomarle declaración-, constituye una restricción de un derecho fundamental, y debe por ello estar provista de una serie de garantías que la hagan constitucionalmente admisible”<sup>163</sup>.

Las garantías de la detención de un menor de edad se relacionan con los aspectos policiales y procesales de la misma, las cuales se encuentran -insuficientemente- reguladas en el artículo 17 LORPM.

Respecto a la forma de practicar la detención, a tenor del precepto mencionado, se requiere que se lleve a cabo de la manera que menos perjudique al menor. Sin embargo, lo establecido en la LORPM es más escueto que lo regulado en la LECrim, en la cual se establece la necesidad de llevar a cabo la detención de la manera que “menos perjudique al detenido en su persona, reputación y patrimonio”<sup>164</sup>. Esta mención a la reputación y patrimonio del detenido está pensada para aquellas situaciones en las que se realizan

---

<sup>161</sup> Artículos 6 y 7 LOHC

<sup>162</sup> Artículo 8 LOHC

<sup>163</sup> Instrucción 3/2009 FGE, sobre el control de la forma en que ha de practicarse la detención, apartado II, accesible en [www.icamalaga.es](http://www.icamalaga.es)

<sup>164</sup> Artículo 520.1 LECrim

detenciones retransmitidas por medios de comunicación o en los casos en los que esta medida se ejecuta dañando más allá de lo necesario el patrimonio del afectado<sup>165</sup>.

Esta falta de regulación en la LORPM se ha tenido que solventar equiparando la forma de detención del menor a la practicada en los casos de adultos. En este sentido, en la Instrucción nº 1/2017, de la Secretaría de Estado de seguridad, por la que se actualiza el “Protocolo de actuación policial con menores”, en su apartado 4.2.1, establece que “la detención deberá practicarse en la forma que menos perjudique al menor en su persona, reputación o patrimonio, con una respuesta policial proporcionada a sus circunstancias personales y al delito cometido”<sup>166</sup>.

Respecto al lugar de la detención, el artículo 17.3 LOPRM establece que “mientras dure la detención, los menores deberán hallarse custodiados en dependencias adecuadas y separadas de las que se utilicen para los mayores de edad, y recibirán los cuidados, protección y asistencia social, psicológica, médica y física que requieran, habida cuenta de su edad, sexo y características individuales”. En el mismo sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 37.c determina que “todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño”. También se ve detallado este aspecto en la Instrucción nº 1/2017 mencionada anteriormente, en su apartado 4.6. estableciendo que “los menores detenidos deberán hallarse custodiados en dependencias policiales adecuadas que cumplan con las medidas básicas de seguridad, con atención a sus circunstancias específicas, como peligrosidad, incomunicación, motivo de la detención, trastorno psíquico, sexo u otras, y en todo caso separadas de las que se utilicen para los detenidos mayores de edad, evitando, si las circunstancias de su peligrosidad lo permiten, el ingreso en calabozos”.

En suma, lo que se pretende con ello es que la detención no influya negativamente en el proceso reeducativo que debe comenzar desde el mismo momento en que el menor se encuentra sometido a la Administración de Justicia<sup>167</sup>. Se cumplen así con estas previsiones las exigencias que derivan de la vigencia del principio del superior interés del

---

<sup>165</sup> DE LEMUS VARA, F.J., “La detención: breves apuntes...”, *Op.Cit.*, apartado 1 párrafo 12.

<sup>166</sup> Instrucción nº 1/2017, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se actualiza el “Protocolo de actuación policial con menores”, apartado 4.2.1, accesible en [www.sipepol.es](http://www.sipepol.es)

<sup>167</sup> GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., *El proceso penal...*, *Op.Cit.*, p.100



menor al evitarse de esta manera cualquier posible trato inadecuado durante la duración de la detención<sup>168</sup>.

Por otro lado, en lo que respecta al plazo de duración de la detención, de acuerdo con el carácter excepcional y provisionalísimo de esta medida cautelar, la LORPM establece, como ya se mencionó anteriormente, que la detención del menor “no podrá durar más tiempo del estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos”, pero además, impone para la detención policial el límite máximo de 24 horas y, añade que, el Ministerio Fiscal deberá decidir sobre la situación personal del menor dentro de las 48 horas siguientes a partir de la detención; es decir, se admite una prórroga de 24 horas más tras pasar el menor a disposición del Fiscal para que este decida sobre la puesta en libertad del menor, sobre el desestimiento o sobre la incoación del expediente.

Este límite máximo difiere en lo constitucionalmente establecido, puesto que en el art. 17 CE se establece que dicho plazo máximo es de 72 horas, al igual que así se establece en la LECrim para la detención de adultos.

Por lo tanto, lo primero que se desprende de los plazos de duración que establece la Ley es que la detención está constitucionalmente caracterizada por su limitación temporal, lo cual implica que debe estar inspirada por el criterio del lapso temporal más breve posible<sup>169</sup>. Lo segundo que se puede observar es que, en cuanto a los límites temporales de la detención, operan dos plazos: uno relativo y otro máximo absoluto. El primero de ellos consiste en el tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, el cual tendrá una determinación temporal variable según las circunstancias del caso. Y, por su parte, el plazo máximo absoluto es el que concreta la Ley en el caso de adultos en 72 horas y en menores en 48 horas. Sin embargo, siempre debe prevalecer aquél que resulte más beneficioso para el detenido, superponiéndose, por lo tanto, el plazo relativo al plazo absoluto<sup>170</sup>.

---

<sup>168</sup> GONZÁLEZ PILLADO, E., “Medidas...”, *Op.Cit.*, p.168

<sup>169</sup> En este sentido, entre otras, STC 31/1996, de 27 de febrero, fundamento n° 8; STC 199/1987, de 16 de diciembre, fundamento n° 8.

<sup>170</sup> STC 23/2004 de 23 de febrero, fundamento n°2 párrafo 4.

Sin duda, en esta garantía temporal el legislador ha tenido en cuenta la edad del presunto autor del hecho delictivo y el interés del menor que predomina en este proceso. Sin embargo, una parte de la doctrina no considera del todo acertada esta disminución del límite máximo de 48 horas frente a las 72 horas en adultos, considerando que el plazo que se otorga al Ministerio Fiscal puede resultar insuficiente dado que depende de la hora en la que fue detenido por la Policía, y para el caso que esta agote el plazo de 24 horas, el Fiscal únicamente tendrá máximo otras 24 horas para resolver sobre la situación del menor<sup>171</sup>.

Finalmente, frente a lo comentado anteriormente, la LORPM guarda silencio sobre el tiempo que dispone el Juez de Menores para decidir sobre la situación del menor una vez puesto a su disposición. Esto lleva, de nuevo, a aplicar supletoriamente el artículo 497 LECrim, de modo que el plazo máximo será de 72 horas desde su puesta a disposición ante este órgano.

Es importante, por otro lado, hacer referencia a los derechos que le son reconocidos al menor detenido. Éstos vienen regulados en los apartados 1 y 2 del artículo 17 LORPM, los cuales, salvo alguna especialidad que veremos a continuación, son similares a los reconocidos para los adultos en el artículo 520 LECrim, precepto al que la LORPM remite.

El primero de los derechos reconocidos al menor en el art. 17.1 LORPM, es el derecho a ser informado. La Ley establece que “las autoridades y funcionarios que intervengan en la detención de un menor (...) estarán obligados a informarle, en un lenguaje claro y comprensible y de forma inmediata de los hechos que se le imputa, de las razones de su detención y de los derechos que le asisten”<sup>172</sup>.

Por lo tanto, de lo regulado en dicho precepto se desprende que, el que lleve a cabo la detención del menor deberá, en primer lugar, deberá informarle por qué se le detiene, es decir, los hechos que se le imputan, los cuales deben ser constitutivos de delito. En segundo lugar, se le debe informar de las razones o fundamentos de su detención, es decir, que la conducta que ha llevado a cabo se encuentra tipificada en un precepto legal

---

<sup>171</sup> GONZÁLEZ PILLADO, E., “Medidas...”, *Op.Cit.*, p.169

<sup>172</sup> Artículo 17.1 LORPM

concreto. Y por último, se le debe informar sobre el resto de derechos que tiene como detenido y que le otorga la Ley, los cuales, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 520.2 LECrim, y salvo algunas peculiaridades que se verán a continuación, son los derechos a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, a designar abogado, a acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad, a que se ponga en conocimiento del familiar o persona que desee su privación de libertad y el lugar de su custodia, derecho a comunicarse telefónicamente, a ser visitado por las autoridades consulares de su país, derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete, a ser reconocido por el médico forense y a solicitar asistencia jurídica gratuita<sup>173</sup>.

La información de estos derechos puede causar problemas de comprensión al menor, por lo que la Ley requiere que se utilice un lenguaje claro y sencillo, adaptado a la edad del detenido, y aunque esta información debe realizarse al principio de la detención, en línea con gran parte de la doctrina, entiendo que puede ser adecuado aplazarla o reproducirla al momento en que esté presente el representante, tutor o guardador de hecho del menor o, en su defecto, ante el Ministerio Fiscal<sup>174</sup>. A mi parecer, lo más correcto sería volver a reproducirla una vez que el menor se encuentre acompañado por la persona que ejerza la patria potestad, representante legal o tutor, o por el Fiscal para asegurar su comprensión, y no aplazarla hasta tal momento, de modo que, siempre, de manera inmediata a la detención, es imprescindible informar al menor sobre sus derechos y los hechos que motivan su detención.

Otro derecho que posee el detenido es el de designar abogado. De este modo, toda declaración del menor detenido se prestará en presencia de su abogado, además de exigirse la presencia de sus representantes legales, siempre y cuando las circunstancias no lo desaconsejen, y en defecto de estos, del Ministerio Fiscal. Sin embargo, como es sabido, el artículo 520.8 LECrim admite la posible renuncia a la preceptiva asistencia de abogado en los casos en los que la detención se base en hechos tipificados como delitos contra la seguridad del tráfico; en cambio, a mi juicio, adhiriéndome a la opinión de

---

<sup>173</sup> En el mismo sentido, artículo 4 Directiva (UE) 2016/800 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales.

<sup>174</sup> MARTÍNEZ PARDO, V., “La detención de los menores...”, *Op.Cit.*, apartado 5.

ciertos autores, esta posibilidad no debe regir en el proceso de menores, puesto que, el artículo 17.2 LORPM establece que “toda declaración del detenido” debe llevarse a cabo en presencia de su abogado<sup>175</sup>.

Es importante resaltar que, tal y como se ha mencionado, se requiere la presencia del Ministerio Fiscal en la declaración del menor en sustitución de sus representantes legales. Esto crea controversias entre la doctrina dado que, al igual que sucedía para el proceso de *habeas corpus*, se daría una situación en la que estarían presentes dos miembros del Ministerio Fiscal en un mismo acto, lo que rompe con el principio de unidad de actuación de este órgano y además, se considera que la participación de este segundo fiscal no parece aportar ninguna garantía superior al menor<sup>176</sup>. Posición a la que sin duda me adhiero, dado que, en caso de que los representantes legales no puedan estar presentes en la declaración del menor, sí necesariamente lo hará su abogado, por lo que la presencia de otro Fiscal no hace más que romper con el principio de unidad dado que, en el mismo acto dos miembros de este órgano ostentarían posturas contrapuestas.

Siguiendo con las garantías o los derechos de los que se rodea la detención del menor, cabe mencionar también el derecho a que se notifique la práctica de esta medida al Ministerio Fiscal y a sus representantes legales. El artículo 17.1 LORPM, como ya se comentó anteriormente, obliga a que una vez sea llevada a cabo una detención policial, sean los agentes los que inmediatamente notifiquen de los hechos y del lugar de la custodia tanto al Ministerio Fiscal como a los representantes legales del menor, o incluso a las autoridades consulares para el caso de que el menor detenido fuese extranjero.

La principal diferencia que presenta este derecho a diferencia del proceso de adultos, es que la notificación al Fiscal se debe hacer en todo caso y de forma inmediata, debido principalmente a que el Ministerio Fiscal es el director de la instrucción en el proceso de menores, y además, asume el deber de defender los derechos del menor, a tenor del art. 6 LORPM<sup>177</sup>.

---

<sup>175</sup> GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., *El proceso penal...*, *Op.Cit.*, p.100

<sup>176</sup> En este sentido, GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., *El proceso penal...*, *Op.Cit.*, p.100 y GONZÁLEZ PILLADO, E., “Medidas...”, *Op.Cit.*, p.172

<sup>177</sup> GONZÁLEZ PILLADO, E., “Medidas...”, *Op.Cit.*, p.171

En suma, de todo lo anterior se puede concluir que la detención de un menor se asemeja en gran parte a lo dispuesto para los mayores de edad, si bien con algunas especificidades propias a la edad del detenido y a las facultades dotadas al Ministerio Fiscal en este proceso. Parece ser, sin embargo, que éstas son insuficientes por lo que se ve necesaria una revisión por parte del legislador para adecuar más esta medida al principio del interés superior del menor y así abarcar las diferentes lagunas que presenta la LORPM en esta materia.

### 3.1.2. Internamiento

#### 3.1.2.1. Concepto y presupuestos

El internamiento cautelar se encuentra regulado en el artículo 28 LORPM, en concreto, dicho precepto establece en sus apartados 2 y 3 un régimen específico para esta medida cautelar respecto a los presupuestos para su adopción, el procedimiento para adoptarla y su duración.

El internamiento se puede definir como aquella medida cautelar de carácter personal que conlleva la privación de libertad del menor imputado en aquellos supuestos en los que se cumplen los presupuestos legalmente establecidos<sup>178</sup>.

Por lo tanto, esta medida es la que incide con más gravedad en el derecho a la libertad, de modo que solo puede adoptarse en los casos legalmente previstos y en la medida en que no haya otras medidas menos gravosas<sup>179</sup>.

Cabe resaltar que esta medida se asemeja a la prisión provisional en el proceso de adultos, por lo que deberán aplicarse los mismos principios constitucionales que para ésta, de modo que, el internamiento solo podrá adoptarse de manera excepcional y subsidiariamente, es decir, ante hechos especialmente graves y siempre que el resto de medidas sean insuficientes para cumplir con la finalidad de las medidas cautelares<sup>180</sup>.

---

<sup>178</sup> GONZÁLEZ PILLADO, E., “Medidas...”, *Op.Cit.*, p.184

<sup>179</sup> NOYA FERREIRO, M.L., “Las medidas cautelares en el proceso...”, *Op.Cit.*, p. 35

<sup>180</sup> GONZÁLEZ PILLADO, E., “Medidas...”, *Op.Cit.*, p.185

Así pues, los presupuestos que deben concurrir para la adopción de esta medida cautelar, además de los ya analizados de *periculum in mora* y *fumus boni iuris*, es decir, que exista cierto riesgo de eludir u obstruir la acción de la justicia por parte del menor y que existan indicios racionales de la comisión de un delito, son los establecidos en el artículo 28.2 LORPM que se basan en atender la gravedad de los hechos, valorar las circunstancias personales y sociales del menor, la existencia de un peligro cierto de fuga, y que el menor ya haya cometido anteriormente o no otros hechos de la misma naturaleza.

El primero de los requisitos que debe darse para poder adoptar esta medida es que el hecho cometido por el menor sea grave. En este sentido, la LORPM no determina qué circunstancias deben acontecer para valorar la gravedad de los hechos, por lo que deberá ser revisada caso por caso, sin haber establecido el legislador un instrumento para determinar qué delitos serían susceptibles de solicitar el internamiento del menor, entendiéndose que se genera cierta inseguridad jurídica<sup>181</sup>.

Ante esto, la mayoría de la doctrina considera que para valorar la gravedad de los hechos y así poder o no adoptar esta medida cautelar, se debe tratar de un hecho tipificado como delito grave por el Código Penal o por las leyes penales especiales; o si se tratase de un delito tipificado como menos grave, se requiere que haya mediado para su consecución violencia o intimidación en las personas o se haya generado grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas; o que el menor pertenezca o actúe al servicio de una banda, organización o asociación que se dedique a la realización de actividades delictivas; así viene regulado en el artículo 9.2 LORPM para aplicar la medida de internamiento en régimen cerrado.

El segundo de los requisitos a los que alude el artículo 28.2 LORPM se basa en atender las circunstancias personales y sociales del menor, cuya finalidad es hacer un juicio de valor sobre la medida más adecuada a adoptar para que la reinserción social sea efectiva<sup>182</sup>. Se encomienda esta labor de análisis al equipo técnico, el cual, como ya se comentó anteriormente, debe desarrollar un informe sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como de su entorno social. Incluso, salvo en casos excepcionales, se considera necesaria la valoración de los padres o tutores. De tal forma

---

<sup>181</sup> PORTAL MANRUBIA, J., *Medidas cautelares...*, *Op. Cit.*, p. 330

<sup>182</sup> PORTAL MANRUBIA, J., *Medidas cautelares...*, *Op. Cit.*, p. 341

que el internamiento cautelar del menor procedería, atendiendo a ese presupuesto, en los casos en que la personalidad compleja del mismo, su tendencia a la violencia y a la automarginación puedan derivar en situaciones que comporten grave riesgo para la sociedad<sup>183</sup>.

Sin embargo, algunos autores, a los que me adhiero, consideran que esta exigencia era “innecesaria” porque para adoptar cualquier medida cautelar se debe atender a lo dispuesto en el informe del equipo técnico, y a partir de éste decretar bien una medida cautelar o bien una medida de protección para el caso de que el menor se encuentre en una situación de desamparo<sup>184</sup>.

El tercer requisito que señala el legislador es la existencia de un peligro cierto de fuga. Lo que se pretende es acentuar en este caso el *periculum in mora*, de tal manera que el Juez de Menores debe asegurarse sobre este peligro para adoptar la medida de internamiento, pero además, se exige que ese peligro sea “cierto”, es decir, que exista una probabilidad real de que el menor tenga intención de eludir u obstruir la acción de la justicia.

Por último, el cuarto requisito que debe tenerse en cuenta para la adopción de esta medida cautelar se basa en la valoración por parte del Juez de Menores sobre si el menor hubiera cometido o no con anterioridad hechos graves de la misma naturaleza. A tenor de ello, se alude a la reiteración delictiva que se requiere para la adopción de la prisión provisional en el proceso de adultos<sup>185</sup>.

Con esta exigencia se le permite al Juez de Menores “valorar si el menor está inmerso en una espiral de comisión de delitos graves para conocer la peligrosidad real de sus actos frente a la sociedad”, de modo que, sería necesario, por lo tanto, efectuar una intervención sobre el menor a partir de una medida cautelar privativa de libertad<sup>186</sup>.

---

<sup>183</sup> NOYA FERREIRO, M.L., “Las medidas cautelares en el proceso...”, *Op.Cit.*, p. 37

<sup>184</sup> En este sentido, GONZÁLEZ PILLADO, E., “Medidas...” *Op.Cit.*, p. 187 y PORTAL MANRUBIA, J., *Medidas cautelares...*, *Op. Cit.*, p. 341

<sup>185</sup> Artículo 503.2 LECrim

<sup>186</sup> PORTAL MANRUBIA, J., *Medidas cautelares...*, *Op. Cit.*, p.338.

En conclusión, ante la enumeración de estos requisitos, la Fiscalía General del Estado en la Circular 1/2007, de 23 de noviembre, considera que está mal formulada en la LORPM, estableciendo que, en primer lugar, “debe partirse de que el riesgo de fuga ha de ser el factor principal a tener en cuenta”; y en segundo lugar, “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”.

### *3.1.2.2. Modalidades*

Respecto a las modalidades de internamiento cautelar que se pueden adoptar, el artículo 28 LORPM establece que “se podrá decretar de forma cautelar el internamiento en el régimen que se estime más adecuado”, sin embargo, no alude dicho precepto a las diversas opciones que se pueden decretar ni a lo que se debe entender por “más adecuado”, por lo que se hace necesario acudir al artículo 7.1 LORPM en el cual se regulan las diferentes modalidades de la medida definitiva de internamiento que puede ser impuesta a los menores de edad; determinándose que podrá imponerse la medida cautelar de internamiento en régimen cerrado, semiabierto y abierto, siendo cada uno de ellos analizados a continuación.

Respecto al internamiento cautelar en régimen cerrado cabe destacar que, según establece la ley, dicha modalidad se basa en que el menor deberá residir en un centro y en él desarrollará todas aquellas actividades formativas, educativas, laborales y de ocio. El objetivo que se pretende con este régimen es que el menor adquiera “los suficientes recursos de competencia social para permitir un comportamiento responsable en la comunidad, mediante una gestión de control en un ambiente restrictivo y progresivamente autónomo”<sup>187</sup>.

Por otro lado, respecto al internamiento semiabierto, y a diferencia del anterior, el menor residirá en el centro pero podrá realizar fuera del mismo algunas de las actividades que se establezcan en el programa individualizado que se haya establecido en cada caso. Por lo tanto, este régimen exige que se desarrolle un proyecto educativo para reorientar al menor. Además, admite la ley que dichas actividades puedan ir modificando sus horarios

---

<sup>187</sup> De tal manera se establece en la Exposición de Motivos de la LORPM, en el apartado III.16.



y condiciones en función de la evolución personal del menor, pero siempre en línea con lo establecido en el programa individualizado<sup>188</sup>.

Cabe señalar que lo comentado sobre el programa individualizado de la ejecución de la medida se establece para la medida definitiva, sin embargo, para el caso del internamiento cautelar este programa será sustituido por un modelo individualizado de intervención en el cual se contendrá una planificación de las actividades adecuadas a las características y circunstancias personales del menor, tal y como se establece en el artículo 29 RLORPM.

Por su parte, el internamiento en régimen abierto, a tenor del artículo 7.1 LORPM, implica que el menor resida en el centro como si fuese su domicilio habitual, permitiéndose que éste realice todas las actividades del proyecto educativo fuera del mismo, según “los servicios normalizados de su entorno”, es decir, en su centro educativo, formativo o laboral habitual.

Respecto al sentido de la expresión de “domicilio habitual” en el régimen abierto, es importante resaltar que el legislador requiere que el menor permanezca en el centro un mínimo de 8 horas diarias, siendo obligatorio que pernocte en él. Sin embargo, se admite la posibilidad de que el Juez de Menores, tras la solicitud de la entidad pública competente, permita que el menor no pernocte en el centro por un periodo determinado si las actividades formativas o laborales así lo exigen. Además, con el mismo requisito de solicitud de la entidad pública y atendido a la evolución del menor, el Juez podrá decretar que la medida de internamiento se desarrolle en viviendas o instituciones de carácter familiar bajo el control de dicha entidad, lo cual desde mi punto de vista, parece derivarse de una modificación de la medida cautelar de internamiento a una sustitución de ésta por la medida de convivencia con otra persona, familia o grupo educativo que estudiaremos más adelante.

Al margen de estas modalidades comentadas, el artículo 7.1 LORPM regula también un internamiento terapéutico en régimen cerrado, semiabierto o abierto. Éste se desarrollará en centro terapéuticos, con las características de los tres regímenes posibles comentadas anteriormente, pero dirigido especialmente a los menores que padezcan anomalías o

---

<sup>188</sup> Artículo 25 RLORPM

alteraciones psíquicas, dependencia a bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o que padezcan alteraciones en la percepción que determinen una alteración grave de la conciencia de la realidad.

El régimen jurídico del internamiento terapéutico dependerá de si tal medida se impone por problemas o enfermedades mentales o por adicciones, al igual que también dependerá de si se ha impuesto a un menor inimputable por apreciarse una eximente completa (según el artículo 20 CP) o si se ha impuesto a un menor imputable total o parcialmente, es decir, dependiendo de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal (según el artículo 21 CP). En este sentido cabe añadir que la medida impuesta a un menor inimputable debe estar inspirada por criterios exclusivamente terapéuticos, mientras que la medida impuesta a un imputable puede atender a otras consideraciones como la necesidad pedagógica de expresar al menor el reproche que su conducta merece, pudiendo en este último caso, imponer otro tipo de medida adicional adecuada a las circunstancias del menor<sup>189</sup>.

Es importante señalar que para el caso de que este internamiento se adopte debido a una adicción, el artículo 27.3 RLORPM exige que medie el consentimiento del menor, de modo que si este no presta dicho consentimiento para iniciar un tratamiento de deshabituación, o una vez iniciado lo abandone, la entidad pública no podrá iniciar o deberá suspender dicho tratamiento poniéndolo en conocimiento del Juez de Menores.

Por último, parte de la doctrina considera que, a partir de la aplicación supletoria de la LECrim, se puede adoptar el internamiento cautelar incomunicado y atenuado al igual que legalmente se establece para la prisión provisional. De modo que, el primero de estos regímenes se adoptará en los supuestos de delitos de terrorismo, debiendo ser adoptado por lo tanto por el Juzgado Central de Menores, y el segundo, cuando por razón de enfermedad el internamiento entrañe grave peligro para la salud de menor, se podrá llevar a cabo en el domicilio de éste con todas las medidas de vigilancia que se estimen convenientes<sup>190</sup>.

---

<sup>189</sup> Circular FGE 3/2013, de 13 de marzo, sobre los Criterios de aplicación de las medidas de internamiento terapéutico en el sistema de justicia juvenil, apartado I, accesible en [www.boe.es](http://www.boe.es).

<sup>190</sup> GONZÁLEZ PILLADO, E., "Medidas..." *Op.Cit.*, p. 186.

### 3.1.2.3. Procedimiento

Tal y como se apuntó al principio del apartado destinado a esta medida cautelar, el artículo 28 LORPM establece un proceso característico para adoptar el internamiento que difiere del previsto para adoptar el resto de medidas cautelares personales.

De tal precepto se desprende que para la adopción de esta medida cautelar se requiere, en primer lugar, la solicitud de dicha medida bien por parte del Ministerio Fiscal o bien por la acusación particular, respetando de tal manera el principio acusatorio regulado en el artículo 8 LORPM<sup>191</sup>.

Tras esta solicitud, se celebrará una comparecencia a la que deberán asistir el abogado del menor, las demás partes personadas, un representante del equipo técnico y otro de la entidad pública de protección de menores. Todos ellos podrán proponer los medios de prueba que puedan practicarse en el acto o en las 24 horas siguientes y deberán informar al Juez sobre la viabilidad de aplicar dicha medida.

Cabe señalar que para la admisión y práctica de prueba, las partes deben exponer los hechos a favor de la adopción o no de la medida cautelar de internamiento, y para el caso de que no se pudiese justificar de forma clara la elevada probabilidad de que el menor sea el autor del hecho delictivo, deberán proponer el medio que estimen más pertinente para poder acreditar dicha autoría<sup>192</sup>.

Con todo esto, el Juez de Menores deberá resolver en forma de auto motivado sobre la adopción o no de esta medida cautelar en cuestión, pero siempre deberá atenerse al principio del interés del menor y sujetarse, principalmente, al cumplimiento de los principios de proporcionalidad, excepcionalidad, provisionalidad y homogeneidad, que rigen de manera general en las medidas cautelares.

Nada dice, sin embargo, el artículo 28.2 LORPM sobre la necesaria presencia del menor en el procedimiento para la adopción de esta medida cautelar, la cual se considera

---

<sup>191</sup> Dicho artículo dispone que “el Juez de Menores no podrá imponer una medida que suponga una mayor restricción de derechos ni por un tiempo superior a la medida solicitada por el Ministerio Fiscal o por la acusación particular”.

<sup>192</sup> PORTAL MANRUBIA, J., *Medidas cautelares...*, *Op. Cit.*, p. 257.

necesaria, dado que en el supuesto contrario se estaría atentando ante el derecho del menor de “ser oído por el Juez o Tribunal antes de adoptar cualquier resolución que le concierna personalmente” según se establece en el artículo 22.1.d LORPM<sup>193</sup>.

Por último, respecto al plazo para la celebración de dicha comparecencia, nada se establece en la LORPM, por lo que no queda otra opción que acudir supletoriamente, una vez más, a los dictados de la LECrim. En este sentido, según el artículo 497.1 LECrim, la comparecencia deberá celebrarse en un plazo máximo de setenta y dos horas a partir de la puesta a disposición judicial. Además es conveniente que la convocatoria de la comparecencia no se demore, dado que puede que determinados medios de prueba tengan que practicarse necesariamente en las 24 horas siguientes a la comparecencia, por lo que conviene dejar un margen razonable de tiempo ante esta eventualidad<sup>194</sup>.

Para el caso de que no se pueda celebrar la comparecencia dentro del plazo de 72 horas, por aplicación supletoria de lo dispuesto en el art. 505.2 LECrim, no queda sino entender que el Juez de Menores podrá acordar el internamiento del menor mediante auto motivado y la convocatoria de una nueva comparecencia que deberá celebrarse en el plazo de las siguientes 72 horas.

#### 3.1.2.4. Duración

El último aspecto que diferencia la medida cautelar de internamiento de las demás es su duración, de modo que, mientras en el apartado 1 del artículo 28 LORPM se establece que “la medida cautelar adoptada podrá mantenerse hasta que recaiga sentencia firme”, a continuación se establece en dicho precepto un límite máximo para la misma.

De acuerdo con ello, la medida de internamiento podrá tener una duración máxima de 6 meses, pueden ser prorrogada por otros 3 meses más como máximo a instancia del Ministerio Fiscal, previa audiencia del abogado del menor y en forma de auto motivado.

Es relevante resaltar que previamente a la entrada en vigor de la LO 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se reforma la LORPM, este plazo máximo de duración era de tres

---

<sup>193</sup> En el mismo sentido, GONZÁLEZ PILLADO, E., “Medidas...”, *Op.Cit.*, p. 188.

<sup>194</sup> Circular FGE nº 1/2000, *Op. Cit.*, apartado VI.3.F.

meses prorrogable por otros tres. Sin embargo, la doctrina consideraba este plazo excesivamente breve, especialmente para determinados casos de mayor gravedad y complicación<sup>195</sup>.

En cualquier caso y como sucede con todos los plazos legales de las medidas cautelares, éste que nos ocupa tampoco debe agotarse, pues la medida de internamiento -como en puridad, cualquier otra medida cautelar, solo debe subsistir mientras que cumpla con la función principal por la que fue adoptada, es decir, preservar la eficacia del proceso<sup>196</sup>.

Por último, en relación a la prórroga se debe tener en cuenta que ésta debe solicitarse con carácter previo a la expiración del plazo inicial, puesto que si no se insta con antelación se debe de poner en libertad al menor o se debe solicitar la adopción de otra medida cautelar<sup>197</sup>. Además, en caso contrario, se estaría vulnerando el derecho a la libertad tanto si se supera el límite máximo como si pudiéndose solicitarse la prórroga ésta no se haya solicitado en el plazo oportuno<sup>198</sup>.

Una controversia que suscita, a mi parecer, la posibilidad de solicitar otra medida cautelar tras el cumplimiento del plazo señalado para el internamiento, es que si dicha medida se acordó como última ratio sin posibilidad de adoptar otra menos gravosa para garantizar la eficacia del proceso, ahora se podría imponer otra medida menos limitativa del derecho a la libertad del menor, por lo que se estaría actuando indebidamente ante los principios de proporcionalidad y excepcionalidad de las medidas cautelares<sup>199</sup>.

Por otra parte, el legislador no ha establecido cuáles podrían ser los motivos para poder acordar la prórroga, por lo que, según considera la doctrina, habrá que atender a la complejidad del caso, a la actividad del abogado recurrente para ver si ha dilatado de forma maliciosa el proceso, y a la actividad del Ministerio Fiscal a fin de constatar si hubo dejadez en la instrucción que haya comportado una dilación del proceso<sup>200</sup>.

---

<sup>195</sup> GONZÁLEZ PILLADO, E., "Medidas...", *Op.Cit.*, p. 190

<sup>196</sup> PORTAL MANRUBIA, J., *Medidas cautelares...*, *Op. Cit.*, p. 348

<sup>197</sup> Auto nº 183/2002, de 24 de junio, de la AP de Castellón

<sup>198</sup> STC nº 147/2000, de 29 de mayo.

<sup>199</sup> En la misma línea GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., *El proceso penal...*, *Op.Cit.*, p. 116.

<sup>200</sup> PORTAL MANRUBIA, J., *Medidas cautelares...*, *Op. Cit.*, p. 351

### 3.1.3. Libertad vigilada

#### 3.1.3.1. Concepto y presupuestos

La segunda de las medidas cautelares que se consagran en el artículo 28 LORPM es la libertad vigilada; sin embargo, este precepto no lleva a cabo una definición sobre esta medida, lo que hace necesario acudir, de nuevo, al artículo 7 LORPM el cual define las medidas definitivas que se pueden adoptar tras una sentencia condenatoria.

En concreto, en el apartado 1.h) de dicho precepto, se define la libertad vigilada como aquella medida que requiere un seguimiento de la actividad del menor sometido a la misma y de su asistencia a la escuela, centro de formación profesional o al lugar de trabajo, procurando ayudar al menor a superar los factores que determinaron la infracción cometida.

Por lo tanto, la libertad vigilada se trata de una medida cautelar personal que restringe el derecho a la libertad ambulatoria, de carácter más leve que el internamiento, puesto que permite al menor continuar en su medio habitual pero sometido a ciertas condiciones que restringen dicho derecho<sup>201</sup>.

La libertad vigilada como medida cautelar crea controversias entre la doctrina. En este sentido, el deber de acudir al artículo 7 LORPM para concretar esta medida y conocer las diferentes pautas de comportamiento que se le imponen al menor, supone ciertos problemas, dado que dicha regulación se destina para la medida que ya es definitiva y no para una medida cautelar. De tal manera que, los deberes que impone dicho artículo deben ser cumplidos solo en el caso de que así se impongan en una sentencia condenatoria<sup>202</sup>.

Las obligaciones que podría imponer el Juez de Menores, en el caso de adoptar esta medida como definitiva, son: asistir con regularidad al centro docente y acreditar dicha asistencia ante el Juez; someterse a programas de diversa naturaleza formativa; prohibición de acudir a determinados lugares; prohibición de ausentarse del lugar de residencia sin autorización judicial previa; obligación de residir en un lugar determinado,

---

<sup>201</sup> NOYA FERREIRO, M.L., “Las medidas cautelares en el proceso...”, *Op.Cit.*, p. 39

<sup>202</sup> GONZÁLEZ PILLADO, E., “Medidas...”, *Op.Cit.*, p. 192

o de comparecer personalmente ante el Juez de Menores; o cualquier otra que se estime conveniente siempre que no atenten contra la dignidad del menor como persona<sup>203</sup>.

Lo que se sugiere es “equiparar” la libertad vigilada como medida cautelar con la libertad provisional establecida en el proceso de adultos, pero siempre atendiendo al interés del menor<sup>204</sup>. De esta manera, la libertad vigilada se constituiría como una limitación inferior a la que impone el internamiento pero con ciertas condiciones que restringen el derecho a la libertad ambulatoria, por lo que, considerándolo más adecuado según el carácter cautelar de la medida, las obligaciones que se podría adoptar serían las de comparecer ante el Juez de Menores los días que así se establezca, la prohibición de ausentarse del lugar de residencia sin autorización judicial previa o la obligación de residir en un lugar determinado. Con ello, se podrá garantizar la finalidad principal de las medidas cautelares destinada a la evitación de obstruir o eludir la acción de la justicia por parte del menor, con una lesión inferior de sus derechos e intereses.

### 3.1.3.2. Procedimiento

Para la adopción de la medida cautelar de libertad vigilada se atenderá a lo establecido de manera general en el artículo 28.1 LORPM, dado que como se ha comentado anteriormente, la única medida cautelar que difiere en cuanto al procedimiento y duración es el internamiento.

Una vez sea solicitada esta medida por parte del Ministerio Fiscal, el Juez de Menores resolverá sobre la adopción o no de ésta atendiendo a las circunstancias del menor y a la imposibilidad de acordar una medida menos gravosa. Además se requiere que sean oídos previamente su abogado, el equipo técnico y un representante de la entidad pública de protección o reforma de menores amparando tal medida, sin olvidar que siempre se debe respetar el interés del menor.

Respecto a la duración de esta medida cautelar, la Ley no establece un periodo máximo sino que únicamente menciona que podrá prolongarse hasta que recaiga sentencia firme. Sin embargo, la duración máxima de esta medida con carácter definitivo, es decir, una

---

<sup>203</sup> De tal manera se establece en el artículo 7.1.h) LORPM.

<sup>204</sup> En el mismo sentido, PORTAL MANRUBIA J., *Medidas cautelares...*, *Op. Cit.*, p.376

vez que ha sido impuesta en una sentencia condenatoria, es de 2 años, tal y como se establece en el artículo 9.3 LOPRM.

En este sentido, parece que el legislador no contemplaba la posibilidad de que la tramitación del proceso penal de menores pudiese alargarse más de esos dos años, lo que explica que no se regule un límite máximo para esta medida cautelar (ni para las que analizaremos a continuación). Por lo tanto, si el máximo de la medida definitiva es de 2 años, también será éste “el tope para la medida cautelar que no podrá ser rebasado por imperativo de la ley y sin necesidad de declaración expresa”<sup>205</sup>.

#### 3.1.4. Prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o su entorno

Debido a la polémica que acarrea la posibilidad o no de imponer la medida de alejamiento para los menores de edad, haciéndose necesario la aplicación supletoria del artículo 544 bis LECrim, en la reforma implantada por la LO 8/2006, se introdujo en el artículo 28.1 LORPM la medida cautelar de prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o su entorno; sin embargo, al igual que sucedía con la libertad vigilada, este precepto no establece una definición clara sobre la misma, por lo que se hace inevitable acudir al artículo 7.1.i) a tal fin.

De tal manera, esta medida se puede definir como la negativa a que el menor se acerque a las personas que determine el Juez de Menores, en cualquier lugar en que se encuentren, su domicilio, su centro docente o laboral, o cualquier otro que sea frecuentado por éstos; además de impedir al menor que se comunique con estas personas por cualquier medio.

Sin embargo, a la vista de lo anterior y tal como se comentó al inicio de este trabajo, esta medida no cumple con la finalidad propia de las medidas cautelares de garantizar el desarrollo del proceso, sino que su principal función es la de proteger a la víctima, por lo que se trataría de una medida de protección más que una medida propiamente cautelar<sup>206</sup>.

---

<sup>205</sup> STS 146/2014, 14 de Febrero de 2014, Fundamento de derecho nº 9.

<sup>206</sup> En el mismo sentido, Sentencia 420/2007 del Juzgado de Menores de Alicante de 9 de diciembre 2008, fundamento de derecho nº 7.



En cambio, protegiendo el carácter cautelar de esta medida, una minoría de la doctrina considera que la protección de la víctima es un efecto de la misma pero que no es su finalidad principal; de modo que ésta “se acuerda porque la víctima es un testigo de la acusación, que permite mantener la imputación contra el menor en el momento de la celebración de la audiencia y que, a su vez, al final del proceso debe obtener la tutela judicial efectiva mediante la medida que se le imponga al menor”. Así pues, lo que se pretende con esta medida es “evitar que el menor realice cualquier presión psicológica sobre la víctima durante la pendencia del proceso y pueda conseguir que en el acto de la audiencia varíe el relato histórico de los hechos”<sup>207</sup>. Esta es una postura que no comparto, dado que, a mi juicio, se trata de una argumentación un tanto subjetiva o indeterminada en el sentido de que, en unos casos es posible que ese sea el riesgo que haya que evitar con la adopción de esta medida, pero en otros casos más graves, aplicando supletoriamente el artículo 544 bis LECrim (el cual hace mención a los delitos consagrados en el artículo 57 CP), es posible que lo que realmente se deba salvaguardar sea tanto el bien jurídico protegido de la vida como el de la integridad física de la víctima, debiendo, por lo tanto, atenderse por un lado a la peligrosidad o a la existencia de indicios racionales de criminalidad del presunto autor del delito, como a las características y circunstancias personales del menor para poder adoptar esta medida cautelar<sup>208</sup>.

Finalmente, cabe señalar que tanto para acordar esta medida como para analizar si procede otra medida restrictiva de la libertad frente a su incumplimiento, será necesario que se lleve a cabo una comparecencia según el procedimiento previsto para la adopción del internamiento cautelar en el artículo 28.2 LORPM<sup>209</sup>.

### 3.1.5. Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo

La última de las medidas cautelares que regula el artículo 28 LORPM es la convivencia con otra persona, familia o grupo educativo.

Esta medida supone la imposición al menor de la obligación de convivir con otra persona, con una familia distinta a la suya o con un grupo educativo adecuadamente seleccionados

---

<sup>207</sup> PORTAL MANRUBIA, J., *Medidas cautelares...*, *Op. Cit.*, pp. 423 y 424

<sup>208</sup> GONZÁLEZ PILLADO, E., “Medidas...”, *Op.Cit.*, p. 104: “Necesaria concurrencia de indicios racionales de criminalidad (...) para la adopción de esta medida”

<sup>209</sup> Circular FGE, nº 1/2000 de 18 diciembre, apartado 3.14.

para orientar a éste en su proceso de socialización, durante un tiempo determinado por el Juez<sup>210</sup>.

Prácticamente la totalidad de la doctrina considera que esta convivencia se trata de una medida de carácter protector o asistencial cuya función difiere de la estipulada para las medidas cautelares, dado que ésta se adopta principalmente ante situación de riesgo o desamparo del menor<sup>211</sup>; sin embargo, para la adopción de esta medida no se contempla dicha situación sino que, al estar regulada en el artículo correspondiente a las medidas cautelares, deben concurrir los presupuestos comentados de *periculum in mora* y *fumus boni iuris*<sup>212</sup>. Por tanto, sólo en estos casos podrá ser acordada esta medida cautelar, y durante el tiempo que perdure el proceso hasta que recaiga sentencia firme, de modo que, si la situación de riesgo o desamparo perdura deberá gestionarse esta convivencia por la vía civil según el artículo 172 CC<sup>213</sup>.

Además, es importante resaltar que para la adopción de esta medida se deberá atender a la influencia de la persona o familia con la que conviva el menor sobre el hecho cometido, de manera que, lo que proporciona esta medida es un ambiente favorable para la educación y socialización del menor<sup>214</sup>.

En esta línea cabe señalar que, la convivencia del menor con personas diferentes a su núcleo familiar logra una gran efectividad para los casos de delitos de violencia doméstica causada por el menor, dado que se considera una solución de fácil ejecución, ajustada a los fines perseguidos por las medidas cautelares y escasamente traumáticas tanto para el menor como para su familia<sup>215</sup>.

A vista del precepto mencionado anteriormente, el legislador hace una diferencia entre convivir con una persona o familia que pueden ser o no parientes del menor, o con un grupo educativo el cual pertenecerá a una entidad pública u organización.

---

<sup>210</sup> Según establece el artículo 7.1.j) LORPM para la medida definitiva con el mismo nombre.

<sup>211</sup> NOYA FERREIRO, M.L., “Las medidas cautelares en el proceso...”, *Op.Cit.*, p. 40

<sup>212</sup> GONZÁLEZ PILLADO, E., “Medidas...”, *Op.Cit.*, p. 195

<sup>213</sup> NOYA FERREIRO, M.L., “Las medidas cautelares en el proceso...”, *Op.Cit.*, p. 40

<sup>214</sup> SERRANO TÁRRAGA, M.D., “Las medidas cautelares...”, *Op.Cit.*, p. 30

<sup>215</sup> Circular FGE 1/2010, apartado III.2.4

En el primero de los casos, estas personas serán elegidas por la Administración Pública y se atenderá a su capacidad física y educativa, la dedicación con la que puedan atender a las necesidades del menor, las circunstancias económicas para garantizar la estabilidad de éste, el entorno en el que va a residir y la cercanía al domicilio de quien ejerza la patria potestad<sup>216</sup>.

En el segundo de los casos, el menor estará bajo la vigilancia y custodia de una entidad pública u organización que deberá contar con personal especializado, la cual deberá asumir la guarda del menor debiendo atender a las necesidades de éste<sup>217</sup>.

Por último cabe señalar que aunque no se prevea como necesario el consentimiento del menor para adoptar esta medida, la Fiscalía General del Estado considera que su concurrencia será decisiva para garantizar su éxito, de modo que se impone la necesidad de que los Fiscales valoren debidamente el grado de asentamiento del menor<sup>218</sup>. Sin embargo, se alude a que tratándose de una medida que aleja al menor de su núcleo familiar, pocas veces la acogerá con agrado, de tal modo que, se impone tanto para el Fiscal como para los equipos técnicos y para el representante de la entidad de reforma, la tarea de orientar al menor, informándole sobre en lo que consiste tal medida y, sobre todo, que constituye una alternativa muy ventajosa para él frente a la medida de internamiento en un centro<sup>219</sup>.

Al igual que sucedía con las medidas anteriormente comentadas, en caso de incumplimiento de ésta, se valorarán las circunstancias del caso para solicitar la comparecencia según el proceso establecido en el artículo 28.2 LORPM y en ella barajar la posibilidad de imponer otro tipo de medida.

---

<sup>216</sup> PORTAL MANRUBIA, J., *Medidas cautelares...*, *Op. Cit.*, p. 415

<sup>217</sup> PORTAL MANRUBIA, J., *Medidas cautelares...*, *Op. Cit.*, p. 416

<sup>218</sup> Circular 1/2010 FGE apartado III.2.4

<sup>219</sup> Circular 6/2013 de 1 de enero

### 3.2. Medidas cautelares reales

Como ya se comentó, las medidas cautelares pueden ser de dos clases: personales y reales. Por lo tanto, tras el estudio detallado que hemos llevado a cabo de las primeras, es momento de analizar las segundas.

Las medidas cautelares reales tienen por objeto la sujeción de bienes patrimoniales con la finalidad de asegurar las eventuales responsabilidades pecuniarias que puedan declararse en el proceso<sup>220</sup>.

A raíz de esta definición, se puede desprender que la adopción de una medida cautelar real se prevé para garantizar la ejecución del fallo condenatorio en materia de responsabilidad civil<sup>221</sup>.

Sin embargo, y sorpresivamente, tras la lectura de la LORPM se observa que éstas no se regulan ni se mencionan a lo largo de esta Ley, existiendo por tanto un vacío legal que conlleva a preguntarse si es posible adoptar tales medidas en el proceso de menores o no.

En primer lugar cabe destacar que las medidas cautelares se fundamentan constitucionalmente en el artículo 24.2 CE destinado al derecho a la tutela judicial efectiva, por medio del cual, la víctima debe tener asegurada la ejecución de los pronunciamientos patrimoniales, de manera que la limitación en la disponibilidad de ciertos bienes del presunto actor del hecho delictivo, rasgo característico de las medidas cautelares reales, se convierte en el instrumento idóneo para garantizar a lo largo del proceso penal los derechos del perjudicado por tal delito, al estar destinada dicha medida a asegurar las responsabilidades pecuniarias que, posteriormente y en su caso, serán declaradas en una sentencia condenatoria. Por tanto, “la efectividad que se predica de la tutela judicial respecto de cualesquiera derechos o intereses legítimos reclama la posibilidad de acordar las adecuadas medidas cautelares que aseguren la eficacia real del pronunciamiento futuro que recaiga en el proceso”<sup>222</sup>.

---

<sup>220</sup> SERRANO TÁRRAGA, M.D., “Las medidas cautelares...”, *Op.Cit.*, p.2

<sup>221</sup> GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., *El proceso penal...*, *Op.Cit.*, p. 119

<sup>222</sup> STC 14/1992 de 10 de febrero, fundamento jurídico nº 7.

De esta manera, parece conveniente que, ante el mencionado vacío legal en la LORPM, se debe acudir supletoriamente en esta materia a la LECrim, dado que, en caso contrario, la víctima del presunto hecho cometido por el menor no tendría garantizado su derecho constitucional de la tutela judicial efectiva. Por lo que parece que el legislador dio por sentada la admisión de este tipo de medida cautelar en el proceso de menores, mediante la aplicación supletoria de los artículos 589 y siguientes de la LECrim<sup>223</sup>.

Por lo tanto, en el proceso de menores sí podrán adoptarse aquellas medidas cautelares reales siempre y cuando concurren los presupuestos generales de *fumus boni iuris* y de *periculum in mora*<sup>224</sup>.

Otra cuestión a destacar en este aspecto es que, normalmente, los menores suelen carecer de patrimonio para poder hacer frente a estas medidas, por lo que quedarán sometidos a ellas sus padres, tutores, acogedores o guardadores legales o de hecho, al igual que las compañías aseguradoras que hayan asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas de los actos del supuesto menor infractor, al ser todos ellos responsables solidariamente del menor<sup>225</sup>.

En cuanto a las medidas que se podrán adoptar y el procedimiento para ello, se deberá aplicar supletoriamente el artículo 764 LECrim, el cual deriva a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En este sentido, en el artículo 727 LEC se establece que las medidas cautelares que se pueden acordar, entre otras, son el embargo preventivo de bienes, la intervención o la administración judicial de bienes productivos, el depósito de cosa mueble, la formación de inventarios de bienes y la anotación preventiva de demanda o otras anotaciones registrales.

En conclusión de todo lo expuesto a lo largo de este epígrafe, se observa como, a pesar de la reforma introducida por la LO 8/2006, muchos aspectos han quedado vacíos de regulación en la LORPM, de modo que, tal y como hemos podido comprobar, la

---

<sup>223</sup> VALBUENA GARCÍA, E., "Protección y custodia cautelar...", *Op. Cit.*, p.10 (p.896)

<sup>224</sup> GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., *El proceso penal...*, *Op.Cit.*, p. 119

<sup>225</sup> Artículos 61.3 y 63 LORPM

aplicación supletoria de la LECrim se hace necesaria, por lo que, para realmente hacer efectivo el interés del menor parece conveniente que el legislador modifique e introduzca aquellos preceptos que se han comentado a lo largo del estudio de estas medidas cautelares teniendo en cuenta la edad y las características del presunto autor del delito.

#### **4. CONCLUSIONES**

1.- Mediante la reforma operada por LO 8/2006 se suprimió definitivamente la posibilidad de aplicar la LORPM a los jóvenes de entre 18 y 21 años. Esta decisión es totalmente acertada puesto que, a la vista del principio del superior interés del menor el cual justifica la gran mayoría de particularidades de este procedimiento y, atendiendo a que dichas personas no son menores de edad a ningún efecto, ni siendo tratados como tal en ningún entorno jurídico, no deben serlo tampoco a efectos penales, debiendo atenerse, por tanto, exclusivamente a lo dispuesto en la LECrim.

2.- La dirección de la fase instructora por el Ministerio Fiscal en el proceso penal de menores es una cuestión que debería ser instaurada en el proceso de adultos. De este modo, el Ministerio Fiscal es el competente para llevar a cabo la investigación de los hechos y del autor de los mismos, garantizando, en mayor medida, la independencia e imparcialidad del órgano jurisdiccional. Con ello, además, se aseguraría que la labor de los Jueces se concentrase únicamente en “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”, tal y como se establece en el art. 117 CE. Así mismo, en el contexto actual en nuestro país, estando en fase de tramitación legislativa un Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal que pretende otorgar al Fiscal la dirección de la instrucción, el sistema del proceso penal de menores debería ser tomado como ejemplo para la modificación del procedimiento de adultos, agilizando así su implantación.

3.- La previsión del principio de oportunidad en la LORPM permite que el Ministerio Fiscal pueda acordar el desistimiento de la incoación del expediente o la conclusión anticipada del proceso si se cumplen las condiciones necesarias, evitando con ello afectar a la reeducación del menor infractor. No obstante, este principio se vincula al principio de intervención mínima, admitiendo, a partir de éste, la mediación como un proceso autónomo para la resolución de conflictos de menor envergadura. La integración de estos

dos principios en el proceso penal de adultos sería una gran innovación, aportando multitud de ventajas, entre ellas, la descongestión de la justicia penal.

4.- La duración máxima de la detención en el proceso penal de menores es de 48 horas, mientras que para los adultos se establece un máximo de 72 horas. En ambos casos, agotado este plazo se deberá poner al detenido en libertad o a disposición judicial. No obstante, a pesar de que esta reducción temporal se establece para garantizar el interés superior del menor, no parece del todo acertada, puesto que, en ocasiones este plazo resulta insuficiente para que el Ministerio Fiscal resuelva sobre la situación del menor.

5.- El órgano jurisdiccional competente para conocer del procedimiento de *habeas corpus* es el Juez de Instrucción y no el Juez de Menores. Con ello se garantiza tanto la imparcialidad del Juez de Menores como cierta celeridad en el mencionado procedimiento, puesto que, al desarrollarse de la misma manera tanto para menores como para adultos, no se hace necesario distinguir la edad del detenido, pues el Juez únicamente deberá resolver sobre la licitud o no de la detención del sujeto en cuestión.

6.- Para concretar las pautas que exige la libertad vigilada cuando se adopta como medida cautelar es necesario acudir al artículo 7 LORPM, que se encarga de regular la medida definitiva. De este modo, la aplicación de las pautas que establece este artículo impondría las mismas consecuencias al presunto autor del hecho delictivo que al menor condenado en una sentencia. Lo que se propone, por tanto, es que la medida cautelar de libertad vigilada consista en obligar al menor a comparecer ante el Juez de Menores, la prohibición de ausentarse de su lugar de residencia sin autorización judicial o la obligación de residir en un lugar determinado, garantizándose con estas pautas la finalidad principal de las medidas cautelares.

7.- La medida cautelar de convivencia con otra persona, familia o grupo educativo, es una de las medidas que más efectividad logra, puesto que proporciona al menor un ambiente favorable para su educación y socialización sin afectar apenas al interés del menor. En consecuencia, entiendo que si las circunstancias del caso lo permiten, esta medida debería ser la primera en valorarse, puesto que con ello se garantizaría plenamente el cumplimiento del principio del interés superior del menor.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

ASENCIO MELLADO, J.M., “La prisión provisional”, Tesis Doctoral, 1986, accesible en el repositorio digital de la Universidad de Alicante <https://rua.ua.es>.

ASENCIO MELLADO, J.M., “Medidas cautelares personales (I)” en *Derecho Procesal Penal* (Dir. ASENCIO MELLADO, Coord. FUENTES SORIANO), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

BARJA DE QUIROGA, J., “El principio de oportunidad: cuestiones generales” en *Postmodernidad y proceso europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*, Ed. Dykinson, Madrid, 2020, accesible en [vLex](https://vlex.com).

BELTRÁN MONTOLIU, A., “El derecho de defensa y la asistencia letrada en el proceso penal ante la Corte Penal Internacional”, Tesis Doctoral, accesible en el repositorio digital de la Universidad Jaume I de Castellón, <https://www.tdx.cat/>.

BLASCO BAREA, J.A., “Responsabilidad Penal del Menor: principios y medidas judiciales aplicables en el Derecho Penal Español”, *Revista de Estudios Jurídicos* nº 8, 2008, accesible en <https://revistaselectronicas.ujaen.es/>.

CARDENAL MONTRAVETA, S., *La responsabilidad penal de los menores*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

CARRERA DOMÉNECH, J., “La orden de protección en el marco de la justicia penal de adolescentes”, *Revista Aranzadi*, nº 3/2005, 2005.

COLÁS TURÉGANO, A., *Derecho Penal de Menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

CRUZ MÁRQUEZ, B., “La mediación en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: conciliación y reparación del daño”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 07-14, 2005, accesible en el repositorio digital de la Universidad de Granada [criminet.ugr.es](https://criminet.ugr.es).



DE LA ROSA CORTINA, J.M., “Los principios del derecho procesal penal de menores: instrumentos internacionales, doctrina de la Fiscalía General del Estado y Jurisprudencia”, accesible en <https://www.fiscal.es>.

DE LEMUS VARA, F.J., “La detención: breves apuntes sobre las garantías exigibles. Notas sobre determinados supuestos”, Revista de Derecho vLex nº 176, accesible en <https://vLex.com>, Enero, 2019.

DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E.M., “El interés superior del menor y la proporcionalidad en el derecho penal de menores: contradicciones del sistema”, en *El Derecho penal de menores a debate. I Congreso Nacional sobre Justicia Penal Juvenil*, Ed. Dykinson, Madrid, 2010, accesible en [vLex.com](https://vLex.com).

FERNÁNDEZ OLMO, I., “La instrucción en el procedimiento de menores por el Ministerio Fiscal”, Estudios jurídicos, nº 2007, 2007, accesible en <https://www.icamalaga.es>.

FUENTES SORIANO, O., “El Ministerio Fiscal. Consideraciones para su reforma”, documento de trabajo 16/2003, accesible en [fundacionalternativas.org](http://fundacionalternativas.org).

FUENTES SORIANO, O., “La fase de instrucción. Principios generales” en *Derecho Procesal Penal* (Dir. ASENSIO MELLADO, Coord. FUENTES SORIANO), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

GARCÍA GARCÍA, J. (Dir), “Justicia juvenil en Andalucía. Diez años de funcionamiento de la Ley Orgánica de Responsabilidad penal del menor”, Consejería de Justicia e interior, accesible en <https://www.juntadeandalucia.es/>.

GARCÍA MORENO, J.M., “Consideraciones generales sobre la regulación de las medidas cautelares personales en el Anteproyecto de ley de Enjuiciamiento Criminal”, 2012, accesible en [elderecho.com](http://elderecho.com). Última consulta: 20/05/2021.

GARCÍA-ROSTAN CALVÍN, G., *El proceso penal de los menores*, Thomsom Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

GIMENO SENDRA, V., “El proceso penal de menores”, *La Ley: Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 6, 2001.

GÓMEZ CASADO, M.T., “El proceso penal de menores: su proyección sobre el proceso penal de adultos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, Tesis doctoral, 2017, accesible en el repositorio digital de la Universidad de Murcia <https://digitum.um.es/>.

GONZÁLEZ PILLADO, E., “Las medidas cautelares en el proceso penal de menores en España”, *Revista IUS*, nº 24, Puebla, México, 2009, accesible en <https://www.revistaius.com/>.

GONZÁLEZ PILLADO, E., “Medidas cautelares” en *Proceso penal de menores* (Coord. GONZÁLEZ PILLADO), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

JIMÉNEZ DÍAZ, M.J., “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad penal de los menores”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, artículos RECPC 17-19, 2015, accesible en <http://criminnet.ugr.es/>.

LANDROVE DIAZ, G., *Derecho penal de menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

LÓPEZ LÓPEZ, A.M., “Recursos contra resoluciones del Juez de Menores: apelación y reforma”, *Boletín núms. 1899-1900*, accesible en <https://dialnet.unirioja.es/>.

MARTÍNEZ PARDO, V., “La detención de los menores de edad”, *Revista Aranzadi*, nº 3/2002, accesible en [www.acaip.info](http://www.acaip.info), 2002.

MELÓN MUÑOZ, A. (Dir), MARTÍN NIETO, P. (Coord), “Memento práctico Francis Lefebvre Procesal”, Ed. LEFEBVRE-ELDERECHO,S.A, Madrid, accesible en <https://online-elderecho-com.publicaciones.umh.es>, 2021. Última consulta: 2/06/2021.

MORENILLA ALLARD, P., *El proceso penal del menor. Actualizado a la LO 8/2006 de 4 de diciembre*, Colex, Madrid, 2007.

MORENO CATENA, V., “Ámbito de aplicación y garantías procesales en el proceso penal de menores” en *Proceso penal de menores* (Coord. GONZÁLEZ PILLADO), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Penal* (con CORTÉS DOMÍNGEZ, V.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

NEIRA PENA, A.M., “Medidas cautelares personales. Detención y prisión provisional. La incomunicación. La libertad provisional y otras medidas cautelares personales. El procedimiento de “habeas corpus” en *Derecho Procesal Penal* (Coord. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J.), Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.

NIETO MORALES, C., “La instrucción del procedimiento” en *Intervención con menores en conflicto con la ley*, Ed. Dykinson, 2016.

NOYA FERREIRO, M.L., “Las medidas cautelares en el proceso penal del menor”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Universidade de Santiago de Compostela, accesible en [usc.es](http://usc.es), 2006.

PAREDES CASTAÑÓN, J.M., “El principio del interés del menor en derecho penal: una visión crítica”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3º Época, nº 10, 2013, accesible en <http://e-spacio.uned.es>.

PEDRAJAS MORENO, A., “Derecho a la presunción de inocencia y proceso de trabajo”, *Revista Derecho Privado y Constitución*, nº 4, 1994, accesible en <https://dialnet.unirioja.es/>.

PORTAL MANRUBIA J., *Medidas cautelares personales en el proceso penal de menores (según reforma de la LO 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores)*, Grupo difusión, Madrid, 2008.

PUJADAS TORTOSA, V., “Para una teoría general de las medidas cautelares penales”, Tesis Doctoral, Girona, 2007, accesible en el repositorio digital de la Universitat de Girona <https://dugi-doc.udg.edu/>.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., “Naturaleza jurídica de la Ley Orgánica de Responsabilidad penal del menor. Principios que rigen la norma. Características del sistema”, en *Ley Orgánica de responsabilidad penal de menores. Especial análisis de la reparación del daño*, Ed. Dijusa, 2005, accesible en [vLex.com](http://vLex.com).

SALA DONADO, C., “Proceso penal de menores: especialidades derivadas del interés de los menores y opciones de política criminal”, Tesis Doctoral, Girona, 2002, accesible en <https://www.tesisenred.net/>.

SERRANO TÁRRAGA, M.D, “Las medidas cautelares aplicables a los menores de edad”, Boletín de la Facultad de Derecho, núm 22, 2003, accesible en [e-spacio.uned.es](http://e-spacio.uned.es).

SUBIRATS ALEIXANDRI, M.C., “Las medidas cautelares: su instrumentalidad”, accesible en [Derecho.com](http://Derecho.com), 2001. Última consulta: 24/05/2021.

VALBUENA GARCÍA, E., “Protección y custodia cautelar del menor de edad exento de responsabilidad. Un análisis profundo del artículo 29 de la LORPM”, Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, VOL 13, 2009, accesible en <https://ruc.udc.es>.

VVAA, “La mediación en el Derecho Penal de Menores”, Revista Miramar, 2009, accesible en [www.icamalaga.es](http://www.icamalaga.es).

## **RECURSOS WEB**

Circular FGE 3/2013, de 13 de marzo, sobre los Criterios de aplicación de las medidas de internamiento terapéutico en el sistema de justicia juvenil, apartado I, accesible en [www.boe.es](http://www.boe.es).

Circular FGE 1/2000, epígrafe VI apartado 3.F.c, accesible en [www.fiscal.es](http://www.fiscal.es).

Consulta FGE 3/1998, de 3 de abril, sobre la detención y delitos de quebrantamiento de condena, apartado VI, párrafo 3º, disponible en [www.fiscal.es](http://www.fiscal.es).

Informe de situación de los Equipos Mujer-Menor (EMUMEs), 2005, accesible en [portal.uned.es](http://portal.uned.es).

Instrucción 1/2017, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se actualiza el “Protocolo de actuación policial con menores”, apartado 4.2.1, accesible en [www.sipepol.es](http://www.sipepol.es)

Instrucción 3/2009 FGE, sobre el control de la forma en que ha de practicarse la detención, apartado II, accesible en [www.icamalaga.es](http://www.icamalaga.es)

Instrucción 5/2006 FGE, de 20 de diciembre, sobre los efectos de la derogación del art. 4 LO 5/2000, de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los menores, prevista por la LO 8/2006, de 4 de diciembre, accesible en <https://www.fiscal.es/>.

Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990, regla nº 2, accesible en <https://www.acnur.org/>,