

LAS MEDIDAS CAUTELARES APLICABLES A LOS MENORES DE EDAD

M.^a DOLORES SERRANO TÁRRAGA*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.— 3. COMPETENCIA PARA RESOLVER SOBRE LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.— 4. TRAMITE PARA LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. 5. DURACIÓN. 6. MEDIDAS CAUTELARES PREVISTAS EN LA LEY: A) La detención. B) Medida cautelar de internamiento en centro en el régimen adecuado. C) Libertad vigilada. D) Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo. E) Medidas cautelares en caso de exención de la responsabilidad.— 7. CUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

1. INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores introduce, en materia de medidas cautelares, una regulación que, en algunos aspectos, difiere de la legislación penal común.

Se adoptan estas medidas durante la instrucción de la causa para asegurar que la tutela judicial sea efectiva y los efectos de la senten-

* Profesora Asociada del Departamento de Derecho Penal (Derecho Penal y Criminología) de la UNED. Doctora en Derecho. Diplomada en Criminología.

cia¹. La dilación del procedimiento penal, hace necesario, en determinados casos, la adopción de estas medidas para no frustrar el cumplimiento de la sentencia.

Las medidas cautelares pueden ser de dos clases: personales y reales. Personales cuando tienen por objeto restringir la libertad del imputado para asegurar su puesta a disposición judicial, y reales, cuando tienen por objeto la sujeción de bienes patrimoniales con la finalidad de asegurar las eventuales responsabilidades pecuniarias que puedan declararse en el proceso.

En la Ley de Responsabilidad del menor sólo se contemplan medidas cautelares personales.

Las medidas cautelares, en el proceso de menores, tienen las mismas características que en el proceso penal de adultos: a) jurisdiccionalidad: se tienen que adoptar por el órgano jurisdiccional competente²; b) son medidas provisionales, su duración está limitada, como máximo hasta que se dicte sentencia; c) son instrumentales, porque tienden a asegurar el resultado del proceso; d) son revocables, pueden ser modificadas o dejadas sin efecto a lo largo del proceso, si se modifican las circunstancias y los presupuestos que motivaron su adopción³; e) deben ser homogéneas con las medidas ejecutivas que se impondrán en la sentencia, pero esto no quiere decir que tengan que ser idénticas a las medidas ejecutivas, porque las medidas cautelares están dirigidas a asegurar los efectos de la sentencia⁴.

La Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor prevé, en su artículo 28⁵, la adopción de medidas cautelares

¹ GIMENO SENDRA, V.; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. y GARBERÍA LLOBREGAT, J.: «Los Procesos Penales», *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal con formularios y jurisprudencia*, tomo 4, Ed. Bosch, Madrid, 2000, pág. 16.

² GIMENO SENDRA, V.; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. y GARBERÍA LLOBREGAT, J.: «Los Procesos Penales», *op. cit.*, pág. 18.

³ CALDERÓN CEREZO, A., y CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *Derecho Procesal Penal*, Ed. Dykinson, Madrid, 2002, pág. 248.

⁴ GIMENO SENDRA, V.; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. y GARBERÍA LLOBREGAT, J.: «Los Procesos Penales», *op. cit.*, págs. 19-20.

⁵ Capítulo II de la LORRPM: «De las medidas cautelares», en el artículo 28 se regulan las reglas generales: «1. El Ministerio Fiscal, cuando existan indi-

al inicio o durante la tramitación de la causa, igual que en el proceso ordinario, para asegurar al menor, garantizar la investigación, la celebración del juicio, el cumplimiento de la medida y la protección del menor⁶.

En la Exposición de Motivos de la Ley se dice que la adopción de medidas cautelares sigue el modelo de solicitud de parte, en audiencia contradictoria, en la que debe valorarse especialmente, el superior interés del menor. Las medidas cautelares también tendrán una finalidad educativa al igual que todas las medidas que recoge la Ley.

2. PRESUPUESTOS PARA LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Para adoptar las medidas cautelares en el proceso de menores, deben concurrir los presupuestos generales de las mismas, relativos al *fumus boni iuris*, o apariencia de buen derecho, que tiene el sentido de fundada sospecha de la participación del imputado en el hecho punible, y *periculum in mora*, o peligro por el retardo en la conclusión del procedimiento⁷.

a) *Fumus boni iuris*: La existencia de indicios racionales de la comisión de un delito⁸.

cios racionales de la comisión de un delito o el riesgo de eludir u obstruir la acción de la justicia por parte del menor, podrá solicitar del Juez de Menores, en cualquier momento, la adopción de medidas cautelares para la custodia y defensa del menor expedientado. Dichas medidas podrán consistir en internamiento en centro, en el régimen adecuado, libertad vigilada o convivencia con otra persona, familia o grupo educativo. El Juez, oído el letrado del menor, así como el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, que informarán especialmente sobre la naturaleza de la medida cautelar, resolverá sobre lo propuesto tomando en especial consideración el interés del menor. La medida cautelar adoptada podrá mantenerse hasta el momento de la celebración de la audiencia prevista en los artículos 31 y siguientes de esta Ley o durante la sustanciación de los eventuales recursos.

⁶ CALATAYUD PÉREZ, E., «Instrucción del procedimiento», en *Justicia de menores: una justicia mayor*, Consejo General del Poder Judicial, Manuales de Formación Continuada, 9, Madrid, 2000, pág. 150.

⁷ CALDERÓN CEREZO, A., y CHOCLÁN MONTALVO, J. A., «Derecho procesal penal», *op. cit.*, pág. 247.

⁸ Artículo 28.1 de la LORRPM.

Aquí, en el proceso de menores, se produce una diferencia respecto al proceso penal de adultos, ya que la Ley Reguladora de la Responsabilidad del Menor no exige, como lo hace la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁹, que haya motivos de responsabilidad penal en relación con los hechos que se están enjuiciando y contra los que se va a decretar la medida, sino que sólo exige que exista probabilidad de una responsabilidad¹⁰. Aunque no se recoge expresamente en la Ley, en cuanto a los menores también deberá observarse lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal en cuanto a que a la persona contra la que se va a adoptar una medida cautelar, pueda serle imputado el hecho delictivo, y así se desprende de la Circular 1/2000 de la Fiscalía General del Estado, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores, donde se exige que para la adopción de las medidas cautelares: «...es necesario que concurren en el menor indicios racionales de participación en el delito y que se comprueben además la existencia de riesgo de fuga o de obstrucción a la acción de la justicia por parte del menor»¹¹.

No se podrán adoptar medidas cautelares en caso de comisión de una falta por varios motivos: – por el requisito de homogeneidad que deben reunir las medidas cautelares con las medidas definitivas que se podrían imponer en la sentencia, porque ninguna de las medidas que se puede imponer como medidas cautelares se pueden imponer en las faltas. – Porque se estaría en contra de lo establecido en la sentencia del Tribunal Constitucional de 17-3-98 que recoge la imposibilidad de establecer medidas más graves o de una duración superior, a los menores, a la que correspondería por los mismos hechos si de un adulto se tratara.

La medida cautelar de internamiento sólo podrá solicitarse por hechos delictivos graves, que tengan una cierta repercusión y alarma social¹², y en el caso del internamiento en régimen cerrado será

⁹ Artículo 503, párrafo tercero de la LECrim.: «Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión».

¹⁰ PÉREZ MARTELL, R.: «El proceso del Menor». Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor, Ed. Aranzadi, Navarra, 2002, pág. 272.

¹¹ *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, Imprenta del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2001, pág. 527.

¹² Artículo 28.2 LORRPM.

necesario que el delito, además, se haya cometido con violencia o intimidación en las personas o actuado con grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas¹³, y estos requisitos no concurren en las faltas, que son infracciones menos graves, por lo tanto, se tendrán que observar los mismos requisitos que se exigen para imponer una medida de este tipo en el caso de adoptar una medida cautelar.

Y también iría en contra de lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley que establece que no pueden imponerse medidas privativas de libertad de mayor duración que la que le hubiera correspondido por los mismos hechos si fuera mayor de edad¹⁴.

b) *Periculum in mora*: el riesgo de eludir u obstruir la acción de la justicia por parte del menor¹⁵.

Según la redacción de la Ley, parece que establece dos supuestos para decretar las medidas cautelares, la existencia de indicios racionales de la comisión de un delito o el riesgo de eludir u obstruir la acción de la justicia por parte del menor.

Al ser una conjunción disyuntiva, en una interpretación literal, se podrían adoptar las medidas cautelares cuando se dé un supuesto u otro, y en el segundo caso, podría decretarse la medida si existe riesgo de fuga del menor o de obstrucción a la justicia sin tener en cuenta la gravedad de los hechos, y podría darse esta situación en el caso de comisión de una falta por un menor.

Si consideramos esta interpretación como correcta, el trato del menor en la adopción de medidas cautelares será más grave que en el caso de los adultos, y vulneraría el principio de proporcionalidad¹⁶.

¹³ Artículo 9.2.ª LORRPM.

¹⁴ Artículo 8 LORRPM: «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.

Tampoco podrá exceder la duración de las medidas privativas de libertad contempladas en el artículo 7.1. a), b), c) d) y g), en ningún caso, del tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad que se le hubiera impuesto por el mismo hecho, si el sujeto, de haber sido mayor de edad, hubiera sido declarado responsable de acuerdo con el Código Penal».

¹⁵ Artículo 28.1 LORRPM.

¹⁶ CALATAYUD PÉREZ, E., «Instrucción del procedimiento», *op. cit.*, pág. 150.

Si se dan los dos requisitos, o uno de ellos, el Fiscal podrá solicitar la adopción de la medida que considere oportuna, teniendo en cuenta las circunstancias personales y sociales del menor que concurran¹⁷.

La interpretación correcta es que deben concurrir cumulativamente los dos requisitos: la comisión de un delito y la existencia de riesgo de eludir u obstruir la acción de la justicia¹⁸. Y así se desprende de la Circular de la Fiscalía General del Estado, en la que se exige que concurran en el menor indicios racionales de participación en el delito y se compruebe además la existencia de riesgo de fuga o de obstrucción de la acción de la justicia por parte del menor¹⁹.

La consideración de la gravedad de los hechos, su repercusión, la alarma social provocada, sólo se exigen cuando se trata de adoptar la medida cautelar de internamiento en centro, que es la medida más grave²⁰.

Si el internamiento es en régimen cerrado será indispensable que el delito se haya realizado con violencia o intimidación en las personas o grave riesgo para la vida o integridad física de las mismas, ya que estos son los requisitos que se exigen para imponer la medida de internamiento en régimen cerrado²¹. No se tiene en cuenta la gravedad de los hechos para adoptar las otras medidas cautelares, aunque el Juez, al imponer alguna de estas medidas tendrá en cuenta el interés del menor, sus antecedentes, su historial, las circunstancias del hecho, la alarma social, y también será fundamental el informe del Equipo técnico²².

La adopción de la medida cautelar la solicitará el Ministerio Fiscal cuando existan indicios racionales de la comisión de un delito o el riesgo de eludir u obstruir la acción de la justicia por parte

¹⁷ PÉREZ MARTELL, R., *El proceso del Menor*, op. cit.

¹⁸ CALATAYUD PÉREZ, E., «Instrucción del procedimiento», op. cit., pág. 151.

¹⁹ Memoria de la Fiscalía General del Estado, año 2000, Madrid, 2001, op. cit., pág. 527.

²⁰ MARTÍNEZ PARDO, V. J., «Las medidas cautelares personales en el proceso de menores», en <http://www.uv.es/ripj/8vice.htm>, núm. 8, 2001, pág. 6.

²¹ Artículo 9.2.^a LORRPM.

²² CALATAYUD PÉREZ, E., «Instrucción del procedimiento», op. cit., pág. 151.

del menor, en cualquier momento del procedimiento, y tiene por finalidad, la custodia y defensa del menor expedientado. Esta motivación de las medidas cautelares que le asigna la Ley²³ choca con su regulación similar a la de las medidas cautelares del proceso penal ordinario, y aunque la ley dice que están dirigidas a la custodia y defensa del menor, no se entiende que en 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.

3. COMPETENCIA PARA RESOLVER SOBRE LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

La tiene el Juez de Menores²⁴.

El Juez de Menores no puede acordar de oficio ninguna medida cautelar si no es instada previamente por el Ministerio Fiscal, que es la única parte legitimada para formular la petición de la adopción de medidas cautelares²⁵. El Juez de Menores se convierte en un Juez de garantías para resolver sobre la adopción de las medidas cautelares, restrictivas o limitativas de derechos fundamentales, solicitadas a instancia de parte, por el Ministerio Fiscal, en cualquier momento del procedimiento²⁶.

El Juez no puede adoptar una medida que suponga una mayor restricción de derechos ni por un tiempo superior a la medida solicitada por el Ministerio Fiscal²⁷.

²³ Artículo 28.1 LORRPM.

²⁴ Artículo 28.1 LORRPM.

²⁵ Artículo 28.1 LORRPM.

²⁶ MARTÍN SÁNCHEZ, A.: «El Juez de Menores en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero de Responsabilidad Penal de los Menores», en Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal, VI, 2000, «Ley Orgánica de la Responsabilidad Penal de los Menores», Ministerio de Justicia, Madrid, 2000, págs. 87-88.

²⁷ Artículo 8 LORRPM.

En los casos en los que haya que adoptar una medida cautelar con urgencia fuera de las horas de Audiencia al Público, en las que es competente para adoptarlas el Juez de Menores, el competente será el Juez de Instrucción en funciones de guardia, según lo previsto en el artículo 40.3 del Reglamento 5/1995, de 7 de junio, de Aspectos accesorios de las Actuaciones Judiciales, que regula las guardias, aprobado por acuerdo del CGPJ, y modificado por el Reglamento de 10 de enero de 2001, publicado en el BOE de 12 de enero 2001, admite que el Juez de Instrucción, en funciones de guardia, actuando en sustitución del Juez de Menores, fuera de las horas de audiencia de éste, podrá adoptar medidas cautelares respecto de los menores en el ámbito de la responsabilidad penal de la LORRPM, y, una vez adoptada la medida cautelar, remitirá lo actuado al Juez de Menores, y pondrá a su disposición al menor de que se trate. Este Acuerdo también a previsto un servicio de guardia de los Juzgados de Menores.

La regla general va a ser la sustitución del Juez de Menores por el Juez de Instrucción en funciones de guardia, cuando se vaya a adoptar una medida cautelar fuera de las horas de audiencia del Juzgado de Menores²⁸.

4. TRÁMITE PARA LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

La Ley establece dos procedimientos distintos: uno para la medida cautelar de internamiento y otro para el resto de las medidas.

- Procedimiento general para la adopción de las medidas cautelares:

La adopción de la medida cautelar la solicita el Ministerio Fiscal.

El Ministerio Fiscal podrá solicitar la adopción de medidas cautelares cuando concurren los requisitos establecidos en la Ley para la imposición de las medidas cautelares, en cualquier momento del procedimiento, para la custodia y defensa del menor expedientado²⁹.

²⁸ PÉREZ MARTELL, R., *El Proceso del Menor*, op. cit.

²⁹ Artículo 28 de la LORRPM.

Los requisitos formales que exige la Ley son: oído el letrado del menor, el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, que informarán sobre la naturaleza de la medida cautelar a adoptar, resolverá sobre lo propuesto tomando en especial consideración el interés del menor³⁰. Para la adopción de estas medidas la Ley no exige la celebración de una comparecencia, pero el artículo 28.1 sí que exige la preceptiva audiencia del Letrado del menor, del Equipo Técnico y de la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, y según establece la Circular de la Fiscalía General del Estado, esta audiencia podrá verificarse en trámite escrito³¹.

El principio de proporcionalidad, en relación con la medida cautelar a adoptar supone, que, hay que tener en cuenta las circunstancias personales del menor y la infracción que se le imputa³².

- Procedimiento para la adopción de la medida cautelar de internamiento³³:

Al ser una medida privativa de libertad la Ley ha querido dotar su adopción de mayores garantías. Se ha regulado de forma similar a la medida cautelar de prisión provisional prevista en el artículo 504 bis 2 de la LECrim³⁴.

³⁰ Artículo 28.1 de la LORRPM.

³¹ Circular número 1/2000, relativa a los criterios de aplicación de la LO 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores; en Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid, 2001, pág. 528.

³² PÉREZ MARTELL, R., *El proceso del Menor*, op. cit., pág. 272.

³³ Artículo 28. 2. «Para la adopción de la medida cautelar de internamiento se atenderá a la gravedad de los hechos, su repercusión y la alarma social producida, valorando siempre las circunstancias personales y sociales del menor. El Juez de Menores resolverá sobre la propuesta del Ministerio Fiscal en una comparecencia a la que asistirán también el letrado del menor y el representante del equipo técnico y el de la entidad pública de protección o reforma de menores, los cuales informarán al Juez sobre la conveniencia de la adopción de la medida solicitada, desde la perspectiva del interés del menor y de su situación procesal.

En dicha comparecencia el Ministerio Fiscal y el letrado del menor podrán proponer los medios de prueba que puedan practicarse en el acto o dentro de las veinticuatro horas siguientes».

³⁴ Artículo 504 bis 2. Párrafos primero y segundo: «Desde que el detenido es puesto a disposición del Juez de Instrucción o Tribunal que deba conocer la

Aquí se tiene en cuenta la gravedad de los hechos, su repercusión y la alarma social producida, que no se tiene en cuenta para adoptar las otras medidas, valorando siempre las circunstancias personales y sociales del menor.

Se exige la comparecencia, requisito que no exigía para la adopción de las otras medidas cautelares, del Fiscal, del Letrado del menor y del representante del Equipo Técnico y el de la entidad pública de protección y reforma de menores. Informaran al Juez de Menores sobre la conveniencia de la medida de internamiento solicitada, teniendo en cuenta el interés del menor y su situación personal³⁵. En esta comparecencia el Ministerio Fiscal y el letrado del menor podrán proponer los medios de prueba, que pueden practicarse en el acto o en las veinticuatro horas siguientes a la comparecencia³⁶.

La Ley no determina el plazo para celebrar la comparecencia, que podrá tener lugar en cualquier momento. Ante la falta de previsión por parte de la Ley, la Circular 1/2000 de la Fiscalía General del Estado, establece las pautas a seguir en los casos en los que el menor ha sido detenido por la Policía y puesto a disposición del Fiscal. Si el Fiscal solicita la medida cautelar de internamiento, deberá poner al menor detenido a disposición del Juez de Menores antes de agotar el plazo de cuarenta y ocho horas que establece el artículo 17.5 y deberá solicitar simultáneamente la convocatoria de la comparecencia³⁷.

causa, éste, salvo que decrete su libertad provisional sin fianza, convocará a audiencia, dentro de las setenta y dos horas siguientes, al Ministerio Fiscal, demás partes personadas y al imputado, que deberá estar asistido de letrado por él elegido o designado de oficio. El Ministerio Fiscal y el imputado, asistido de su Letrado, tendrán obligación de comparecer.

En dicha audiencia podrán proponer los medios de prueba que puedan practicarse en el acto o dentro de las veinticuatro horas siguientes, sin rebasar en ningún caso las setenta y dos horas antes indicadas»...

³⁵ LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *La Instrucción del Ministerio Fiscal en el Procedimiento de Menores*, Ed. Comares, Granada, 2002, pág. 165.

³⁶ Artículo 28.2 LORRPM.

³⁷ Circular de la Fiscalía General del Estado Número 1/2000, de 18 de diciembre, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores, en Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid 2001, pág. 528.

Para no establecer reglas más graves para los menores que para los adultos, se tendrá en cuenta el plazo máximo de las 72 horas que se establece para el régimen general de adultos en la LECrim³⁸.

Pero también prevé la Circular 1/2000 de la Fiscalía, que si no se puede celebrar la comparecencia dentro del plazo de las 72 horas, existiendo riesgo de fuga, el Juez por aplicación supletoria del artículo 504 bis 2 y 4 de la LECrim podrá acordar el internamiento del menor mediante auto motivado y la convocatoria de una nueva comparecencia que se celebrará en las siguientes 72 horas³⁹.

No es necesario para conceder la prórroga de la medida de internamiento que se celebre una nueva comparecencia. La Ley sólo exige la presentación del escrito del Fiscal solicitando la prórroga⁴⁰.

La resolución en la que se imponga una medida cautelar revestirá la forma de auto. La Ley no lo establece expresamente así para las medidas cautelares, pero ello se deduce de lo dispuesto en el artículo 23, 3 de la LORRPM⁴¹, donde se establece que el Juez de Menores debe decidir en auto las diligencias restrictivas de derechos fundamentales. El Ministerio Fiscal no podrá practicar por sí mismo diligencias restrictivas de derechos fundamentales, sino que tiene que solicitar al Juzgado que acuerde la práctica de las que sean necesarias para el buen fin de las investigaciones. Esto es aplicable a las medidas cautelares, que se adoptan durante la tramitación del proceso para el buen fin del mismo y suponen la restricción de derechos fundamentales.

En cuanto a la adopción de la prórroga de la medida cautelar de internamiento, establece la Ley claramente, en su artículo 28.3, que el acuerdo de la prórroga se hará en auto motivado, por lo tanto, tam-

³⁸ Artículo 497.1 LECr.

³⁹ Circular 1/2000 de la Fiscalía General del Estado, Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid, 2001, pág. 528.

⁴⁰ Artículo 28.3 LORRPM.

⁴¹ Artículo 23.3 LORRPM: «El Ministerio Fiscal no podrá practicar por sí mismo diligencias restrictivas de derechos fundamentales, sino que habrá de solicitar del Juzgado la práctica de las que sean precisas para el buen fin de las investigaciones. El Juez de Menores resolverá sobre esta petición por auto motivado. La práctica de tales diligencias se documentará en pieza separada».

bién habrá de adoptarse en auto la medida cautelar que luego se prorroga.

Por otra parte, abunda la necesidad de que las medidas cautelares se adopten en auto, lo establecido en los artículos 141⁴² y 518 de la LECrim.⁴³.

En el artículo 28.4 de la Ley se establece que: «Las medidas cautelares se documentarán en el Juzgado de Menores en pieza separada del expediente». Por ello, lo más adecuado es crear un expediente personal del menor donde se guarden todas las piezas separadas dictadas en relación con el caso del menor, para poder seguir de una forma ordenada y adecuada su evolución⁴⁴.

5. DURACIÓN

La Ley establece dos regulaciones distintas, en cuanto a la duración de las medidas, distinguiendo entre las medidas de internamiento y el resto de medidas cautelares.

Con carácter general, el artículo 28.1, in fine dispone: «La medida cautelar podrá mantenerse hasta el momento de la celebración de la audiencia o la sustanciación de los eventuales recursos». En principio, la ley únicamente establece un límite genérico máximo en cuanto a la duración de las medidas cautelares: se pueden mantener hasta la celebración de la audiencia pero no señala los límites mínimos de duración.

⁴² Artículo 141 LECr.: «Las resoluciones de carácter judicial que dicten los Juzgados y Tribunales, se denominarán:

Autos, cuando decidan incidentes que afecten de una manera directa a los procesados, acusadores particulares o actores civiles; cuando decidan la competencia del Juzgado o Tribunal, la procedencia o improcedencia de la recusación, la reposición de alguna providencia, la denegación de la reposición, la prisión y soltura, la admisión o denegación de prueba o del beneficio de pobreza, y, finalmente, los demás que según las leyes deben fundarse...»

⁴³ Artículo 518 LECrim.: «Los autos en que se decrete o deniegue la prisión o excarcelación serán apelables sólo en el efecto devolutivo.

La tramitación se ajustará a lo dispuesto en el título X del libro I de esta Ley».

⁴⁴ CALATAYUD PÉREZ, E., «Instrucción del procedimiento», *op. cit.*, pág. 155.

Sin embargo, la ley establece otra duración cuando se trata de las medidas de internamiento, en el punto tres del artículo 28⁴⁵, de tres meses prorrogable por otros tres. Por lo tanto, la duración máxima de la medida cautelar de internamiento, si se concede la prórroga, es de seis meses. Pero el Juez de Menores también podrá imponer una duración inferior a los tres meses, si lo considera adecuado.

Si transcurrido ese plazo no se ha dictado sentencia, el menor tiene que ser puesto en libertad.

Hay que tener en cuenta que las medidas cautelares de internamiento se impondrán en los casos que se hayan cometido delitos muy graves y graves, y en muchos casos, debido a la complejidad de la causa, será casi imposible haber terminado la instrucción en seis meses. Pero por imperativo legal, transcurrido ese plazo no se puede prorrogar más tiempo la medida de internamiento y no se podrá acudir a la aplicación supletoria de lo dispuesto en el artículo 504.5.º de la LECrim⁴⁶. El menor podrá huir u obstruir la acción de la justicia y no tendrá sentido haber aplicado la medida cautelar. En estos casos ¿podría aplicarse otra medida cautelar de las previstas en el artículo 28 para asegurar la realización de la justicia?

Se produce una discriminación en cuanto a la duración de las medidas cautelares, ya que en el artículo 28.1 se establece una duración ilimitada del resto de las medidas cautelares, en contraposición a la duración, concreta y determinada, de la medida de internamiento. Las otras medidas cautelares se pueden mantener hasta que se dicte sentencia y para ello no es necesario la solicitud de su prórroga.

Estas medidas cautelares que pueden adoptarse, en principio, por delitos de menor gravedad, pueden tener una duración mayor que la medida cautelar de internamiento, que sólo se adoptará en caso de delitos graves o muy graves. Con lo que el menor verá limitados durante más tiempo sus derechos, aunque no sea el derecho de liber-

⁴⁵ Artículo 28.3 LORRPM: «El tiempo máximo de duración de la medida cautelar de internamiento será de tres meses, y podrá prorrogarse, a instancia del Ministerio Fiscal y mediante auto motivado, por otros tres meses como máximo».

⁴⁶ Artículo 504.5.º LECrim.: «Una vez condenado el inculpado, la prisión provisional podrá prolongarse hasta el límite de la mitad de la pena impuesta en la sentencia cuando ésta hubiera sido recurrida».

tad deambulatoria, pero que este derecho puede verse restringido considerablemente si se impone la medida de libertad vigilada.

La medida cautelar se puede revocar durante la tramitación de la causa, cuando cambien las circunstancias que originaron su adopción. El Juez, en cualquier momento puede alzar la medida, si entiende que han cesado los supuestos que la justificaban, sin que sea necesario para que anule esta medida que medie previa solicitud de parte, o la puede sustituir por alguna de las otras medidas cautelares que recoge la ley.

6. MEDIDAS CAUTELARES PREVISTAS EN LA LEY

La Ley prevé⁴⁷ que se puedan adoptar como medidas cautelares, de entre todas las previstas en el artículo 7, las siguientes:

- Internamiento en centro, en el régimen adecuado.
- Libertad vigilada.
- Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo.
- La adopción de medidas cautelares en los casos de exención de la responsabilidad, que regula de forma separada de las reglas generales de las medidas cautelares⁴⁸. Se trata de un número *clausus*, que no permite la adopción de otras medidas distintas.
- La detención⁴⁹. Es una medida cautelar del objeto procesal penal⁵⁰.

A) LA DETENCIÓN

Supone la restricción del derecho fundamental de la libertad. La detención, como medida cautelar, tiene una serie de especialidades,

⁴⁷ Artículo 28.1 LORRPM.

⁴⁸ Artículo 29 LORRPM.

⁴⁹ Artículo 17 LORRPM.

⁵⁰ GIMENO SENDRA, V.; MORENO CATENA, V., y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Leciones de Derecho Procesal Penal*, Ed. Colex, Madrid, 2001, pág. 266.

en el caso de los menores, por razón del sujeto pasivo, y deben observarse una serie de garantías recogidas en la Constitución⁵¹, en las normas internacionales⁵², en la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁵³ y en el artículo 17 de la Ley donde se regula la detención de menores⁵⁴.

⁵¹ Artículos 17 y 24.

⁵² Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, artículo 37. B) «Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda.

a) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia, por medio de correspondencia y de visitas salvo en circunstancias excepcionales.

b) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como el derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un Tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial, y a una pronta decisión sobre dicha acción».

Reglas de Beijing, punto 10: «Cada vez que un menor sea detenido, la detención se notificará inmediatamente a sus padres o su tutor, y cuando no sea posible dicha notificación inmediata, se notificará a los padres o al tutor en el más breve plazo posible.

El juez, funcionario u organismo competente examinará sin demora la posibilidad de poner en libertad al menor.

Sin perjuicio de que se consideran debidamente las circunstancias de cada caso, se establecerán contactos entre los organismos encargados de hacer cumplir la ley y el menor delincuente para proteger la condición jurídica del menor, promover su bienestar y evitar que sufra daño».

La Recomendación R (87) 20, Sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil de 17 de septiembre de 1987 del Comité de Ministros del Consejo de Europa establece como uno de sus fines el evitar en la medida de lo posible la detención preventiva de los menores, y en todo caso, alentar a las autoridades competentes a controlar las condiciones en las que aquella se desarrolla.

⁵³ En los supuestos establecidos en los artículos 489, 490, 492 y 495 de la LECrim.

⁵⁴ Artículo 17 LORPM: «1. Las autoridades y funcionarios que intervengan en la detención de un menor deberán practicarla en la forma que menos perjudique a éste y estarán obligados a informarle, en un lenguaje claro y comprensible y de forma inmediata, de los hechos que se le imputan, de las razo-

Notas características que definen el régimen general de la detención de los menores son:

nes de su detención y de los derechos que le asisten, especialmente los reconocidos en el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como a garantizar el respeto de los mismos. También deberán notificar inmediatamente el hecho de la detención y el lugar de la custodia a los representantes legales del menor y al Ministerio Fiscal. Si el menor detenido fuera extranjero, el hecho de la detención se notificará a las correspondientes autoridades consulares cuando el menor tuviera su residencia habitual fuera de España o cuando así lo solicitaran el propio menor o sus representantes legales.

2. Toda declaración del detenido, se llevará a cabo en presencia de su letrado y de aquellos que ejerzan la patria potestad, tutela o guarda del menor, de hecho o de derecho, salvo que, en este último caso, las circunstancias aconsejen lo contrario. En defecto de estos últimos la declaración se llevará a cabo en presencia del Ministerio Fiscal, representado por persona distinta del instructor del expediente.

3. 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.

4. La detención de un menor por funcionarios de policía no podrá durar más tiempo del estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendientes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, el menor detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición del Ministerio Fiscal. Se aplicará, en su caso, lo dispuesto en el artículo 520 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, atribuyendo la competencia para las resoluciones judiciales previstas en dicho precepto al Juez de Menores.

5. Cuando el detenido sea puesto a disposición del Ministerio Fiscal, éste habrá de resolver, dentro de las cuarenta y ocho horas a partir de la detención, sobre la puesta en libertad del menor, sobre el desistimiento a que se refiere el artículo siguiente, o sobre la incoación del expediente, poniendo a aquél a disposición del Juez de Menores competente e instando del mismo las oportunas medidas cautelares, con arreglo a lo establecido en el artículo 28.

6. El Juez competente para el procedimiento de habeas corpus en relación a un menor será el Juez de Instrucción del lugar en el que se encuentre el menor privado de libertad; si no constare, el del lugar donde se produjo la detención, y, en defecto de los anteriores, el del lugar donde se hayan tenido las últimas noticias sobre el paradero del menor detenido.

Cuando el procedimiento de habeas corpus sea instado por el propio menor, la fuerza pública responsable de la detención lo notificará inmediatamente al Ministerio Fiscal, además de dar curso al procedimiento conforme a la ley orgánica reguladora».

- 1.º Su carácter instrumental. Sólo se debe adoptar cuando sea necesario asegurar la presencia del menor y su puesta a disposición judicial o del Ministerio Fiscal.
- 2.º Es una medida excepcional: Derivado del principio de proporcionalidad, sólo se adoptará en los casos más graves, no procederá decretarla cuando los hechos imputados tengan la calificación de falta, porque perturba el proceso educativo del menor. Y en la Ley el principio general rector para determinar las medidas aplicables a los mismos es el interés del menor, que debe primar sobre cualquier otra consideración.

La detención gubernativa de los menores de dieciocho años, cuando se les suponga autores de un delito, se rige por las normas generales de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (recogidas en los artículos 520, el menor gozará de los derechos establecidos en este artículo y siguientes de esta Ley), con las siguientes particularidades establecidas en la Ley Penal del Menor:

La policía deberá notificar inmediatamente el hecho de la detención y el lugar de la custodia a los representantes legales del menor y al Ministerio Fiscal, según se establece en el artículo 17.1 de la LORRPM, y también se recoge en las normas internacionales, en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores⁵⁵.

Si el menor fuera extranjero y tuviera su residencia habitual fuera de España o lo solicitará así el propio menor o sus representantes legales, también se notificará el hecho de la detención a las correspondientes autoridades consulares⁵⁶.

La notificación inmediata de la detención del menor al Ministerio Fiscal y de sus motivos, es una de las principales diferencias con la detención de adultos y diferencia entre las normas de la LECrim y la LORRPM.

⁵⁵ Reglas de Beijing: «10. Primer contacto.— 10.1. Cada vez que un menor sea detenido, la detención se notificará inmediatamente a sus padres o a su tutor, y cuando no sea posible dicha notificación inmediata, se notificará a los padres o al tutor en el plazo más breve posible».

⁵⁶ Artículo 17.1 LORRPM.

En la LECrim el control jurisdiccional de la legalidad o procedencia de la detención gubernativa se realiza a posteriori, en el momento en que el atestado o el detenido llegan al Juez de Instrucción competente. Según el derecho procesal común la policía no tiene la obligación de notificar inmediatamente al Juez de Instrucción las detenciones de los mayores de edad que realiza.

Los agentes de policía, según lo dispuesto en el artículo 492 de la LECrim, tienen la obligación de detener a quien se suponga autor de un delito, y tras redactar el oportuno atestado⁵⁷, atendiendo a la gravedad de los hechos libremente decidir, dentro del plazo de 72 horas, la libertad del detenido o su puesta a disposición judicial⁵⁸.

La LORRPM dispone que todas las detenciones policiales de menores de edad que se presume que puedan estar implicados en la comisión de un hecho delictivo, sean validadas jurídicamente de inmediato por el Ministerio Fiscal, al que el artículo 6 de la Ley le atribuye la defensa de los derechos que a los menores reconocen las leyes⁵⁹, y el primero de los derechos es el de no soportar una privación de libertad jurídicamente improcedente.

La policía conoce la gravedad y la naturaleza del delito imputado, pero no las consecuencias jurídicas del mismo, que dependerán, en gran medida, de que el Fiscal, atendiendo a la naturaleza y gravedad de los hechos y de las circunstancias personales y sociales del menor, decida unilateralmente la continuación del proceso o el desistimiento.

La LORRPM otorga al Ministerio Fiscal unas enormes facultades de disposición en cuanto a la detención o puesta en libertad del menor, que tiene la contrapartida de que sólo el Fiscal puede valo-

⁵⁷ Artículo 493 LECrim.

⁵⁸ Artículos 17.2 de la Constitución y 520.1 de la LECrim.

⁵⁹ Artículo 6 LORRPM: «De la intervención del Ministerio Fiscal.—Corresponde al Ministerio Fiscal la defensa de los derechos que a los menores reconocen las leyes, así como la vigilancia de las actuaciones que deban efectuarse en su interés y la observancia de las garantías del procedimiento, para lo cual dirigirá personalmente la investigación de los hechos y ordenará que la policía judicial practique las actuaciones necesarias para la comprobación de aquéllos y de la participación del menor en los mismos, impulsando el procedimiento».

rar la procedencia de la detención de un menor en cada caso, de manera que la notificación inmediata al fiscal que exige el artículo 17.1, normalmente verbal y telefónica, no puede quedarse en un acto meramente formal y rituario por el que la policía cumple con la obligación legal de comunicar a la Fiscalía la privación de libertad de un menor de edad, sino que nos hallamos ante la primera barrera que la LORRPM opone a la práctica de una detención injustificada o simplemente improcedente, para lo cual es imprescindible que el comunicante ofrezca al Fiscal los datos que permitan conocer y valorar la pertinencia de la medida, por que, el Fiscal, en ese mismo momento debe acordar la inmediata libertad del detenido, con remisión del atestado policial a la Fiscalía, o su conducción a las dependencias de la Fiscalía, una vez concluyan las actuaciones policiales, y, en todo caso, dentro de las 24 horas de la detención. Esto obliga a las fiscalías a estar las 24 horas de guardia todos los días del año.

La detención deberá durar el tiempo imprescindible. El plazo de la detención gubernativa o policial se establece en 24 horas, como máximo e improrrogable⁶⁰, y debe ser acumulable con el plazo de la detención del Fiscal, que será de otras 24 horas, porque el tiempo máximo de duración de la detención será de 48 horas como establece el artículo 17.5⁶¹. Estas 48 se computan desde el momento de la detención.

El Fiscal no puede limitarse a acusar recibo de la detención, sino que debe decidir sobre la misma, en un sentido u otro, porque si considera que por la escasa gravedad del delito cometido o de las circunstancias personales, familiares o sociales del menor, lo procedente es la inmediata puesta en libertad, lo debe ordenar así al comunicante, sin esperar a que el detenido sea puesto a su disposición.

Los argumentos que apoyan esta postura son los siguientes:

La Constitución, en su artículo 126⁶², La Ley Orgánica del Poder

⁶⁰ Artículo 17.4 LORRPM.

⁶¹ MARTÍN SÁNCHEZ, A., «Instrucción del procedimiento: reglas generales», en *Justicia de Menores: una justicia mayor*, en Manuales de Formación Continua, 9, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pág. 108.

⁶² Artículo 126 de la Constitución: «La Policía Judicial depende de los Jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación

Judicial en su artículo 446⁶³ y el artículo 20 del Real Decreto 769/1987, sobre regulación de la Policía Judicial⁶⁴.

Para el cumplimiento de este mandato, la Instrucción de la Fiscalía General del Estado número 3/1988 ordena a los Fiscales que:

- 1.º Los Fiscales Jefes de las Audiencias respectivas despachen, al menos semanalmente, con los Jefes de las Unidades Orgánicas Provinciales de Policía Judicial, tanto del Cuerpo Nacional de Policía, como de la Guardia Civil, aquellos asuntos que deba conocer el Ministerio Fiscal en virtud de lo dispuesto en el artículo 20 del citado Real Decreto.
- 2.º El Ministerio Fiscal asuma la dirección de las investigaciones correspondientes en los supuestos que sean necesarios.

Estas normas reconocen la dependencia funcional de la Policía Judicial con respecto al Ministerio Fiscal en la averiguación e investigación de los delitos. Esta dependencia se ha visto reforzada en la LORRPM, que en su artículo 6 atribuye al Ministerio Fiscal la dirección personal de la investigación de los hechos y ordenará que la policía judicial practique las actuaciones necesarias para la comprobación de aquéllos y de la participación del menor en los mismos.

La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1989, sobre el Procedimiento Abreviado introducido por la LO 7/1988, de 28 de diciembre, «Consecuencia de esa dirección es que en realidad toda fase de investigación pre-procesal está dominada por el Fiscal, bien a través de su propia iniciativa investigadora, bien a través de la dirección de la investigación policial. Por lo mismo, y al margen de las iniciativas de cada Fiscal, éstos deben utilizar las facultades que el nuevo

del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente en los términos que la Ley establezca».

⁶³ Artículo 446.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: «En las funciones de investigación penal, la Policía Judicial actuará bajo la dirección de los Juzgados y Tribunales y del Ministerio Fiscal».

⁶⁴ Artículo 20 del Real Decreto 769/1987, sobre regulación de la Policía Judicial: atribuye al Ministerio Fiscal la dirección de «las diligencias de investigación criminal formalmente concretadas a un supuesto presuntamente delictivo pero con carácter previo a la apertura de la correspondiente actuación judicial».

artículo 781 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el artículo 20 del Real Decreto citado atribuyen, para promover, coordinar, dirigir y, en cierto moto, controlar jurídicamente (para que los derechos de los ciudadanos y los principios legales de toda investigación sean cumplidos) la investigación policial de los delitos que puedan constituir el objeto procesal de un proceso abreviado».

El procedimiento contra menores delincuentes tiene naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa, rechazando expresamente otras finalidades esenciales del derecho penal de adultos, como la proporcionalidad entre el hecho y la sanción o la intimidación de los destinatarios de la norma, se pretende impedir todo aquello que pudiera tener un efecto contraproducente para el menor. En el derecho penal de menores ha de primar, como elemento determinante del procedimiento y de las medidas que se adopten, el superior interés del menor.

La LORRPM atribuye al Ministerio Fiscal, además de la dirección personal de la investigación de los hechos delictivos que se imputen a menores de edad, la defensa de los derechos de los menores reconocidos en las leyes, así como la vigilancia de las actuaciones que deban efectuarse en su interés.

La detención de los presuntos culpables es imprescindible para la investigación de los delitos que se les imputan, pero en caso de los menores de edad penal, sobre la represión penal de la delincuencia prevalece el inefable interés individual del menor, que debe ser valorado, caso por caso y desde el primer momento, por la autoridad que tiene atribuida la potestad de decidir la entidad exacta del reproche penal que merece el sujeto en cuestión, para lo que atenderá, desde luego, a la gravedad del delito cometido, pero también y principalmente a las circunstancias sociales, familiares y personales del presunto autor de los hechos.

El Ministerio tiene atribuidas grandes facultades de disposición del procedimiento, como se recoge en los artículos 18⁶⁵ y 19⁶⁶ de LORRPM, y resulta lógico que si el Fiscal, por la naturaleza de la

⁶⁵ Artículo 18 LORRPM: Desistimiento de la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar.

⁶⁶ Artículo 19 LORRPM: Sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima.

infracción y las circunstancias personales del autor, considera probable un ulterior desistimiento, se proceda a la inmediata libertad del detenido sin esperar a que sea trasladado a la Fiscalía desde las dependencias policiales.

En el artículo 3.b) de la LO 6/1984 se concede al Ministerio Fiscal legitimación activa, junto al Defensor del Pueblo, para instar el habeas corpus de las personas detenidas por una 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.

Sería absurdo que el fiscal tuviera que recurrir a la vía del habeas corpus para conseguir la inmediata puesta en libertad del menor indebidamente detenido, cuando lo podía haber solicitado de la Policía casi en el momento mismo en que se practicó la detención.

Si al Fiscal se le reconoce la capacidad legal de ordenar a la policía la detención de una persona, mucho más la habrá de tener para ordenar su inmediata puesta en libertad.

La Ley 12/2000, de 28 de diciembre, que modifica la Ley 50/1981, de Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, para adaptarlo a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en su artículo 5, señala que «podrá ordenar el Fiscal la detención preventiva...», y amplía sus facultades a ordenar «la libertad de los detenidos puestos a su disposición con arreglo a la Ley», y esta facultad puesta en relación con la LORRPM, concretamente con el artículo 17.5, que dispone: «cuando el detenido sea puesto a disposición del Ministerio Fiscal, éste habrá de resolver, dentro de las cuarenta y ocho horas a partir de la detención, sobre la puesta en libertad del menor, sobre el desistimiento al que se refiere el artículo siguiente, o sobre la incoación del expediente», podemos llegar a entender que el fiscal puede ordenar la detención libre, pero no ordenar la libertad del detenido hasta que la policía lo haya trasladado físicamente a las dependencias de la Fiscalía con el atestado correspondiente.

Así se ha entendido y se ha hecho en el derecho procesal común, pero esto debe cambiar con respecto a las detenciones de menores, pues sería ir en contra de los principios de la LORRPM, si se sostiene que el Fiscal carece de facultades legales para terminar con la detención improcedente de un menor de edad hasta pasadas las primeras veinticuatro horas y convertir en una formalidad completa-

mente inútil la comunicación inmediata de la detención que la policía debe hacer al Ministerio Fiscal.

En la reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing), en su artículo 10.2 se establece: «El juez, funcionario u organismo competente examinará sin demora la posibilidad de poner en libertad al menor».

- Procedimiento de Habeas corpus.

Este procedimiento se regulará por la Ley Orgánica 6/84, de 24 de mayo, Reguladora del Procedimiento de Hábeas Corpus.

El Habeas Corpus, dentro del procedimiento de menores no tiene mucha utilidad debido al plazo que establece la Ley de poner a disposición judicial al detenido en el plazo de cuarenta y ocho horas desde la detención, y en la comparencia prevista ante el Juez de Menores en el artículo 28.1 de la LORRPM, se revise la regularidad de la privación cautelar de libertad, con lo cual en muchos casos coincidirá el procedimiento de habeas corpus con esta comparencia, y puede ser que en algunos casos se adelante al mismo. Este procedimiento será más útil en los delitos de terrorismo⁶⁷.

El Juez competente para el procedimiento de Hábeas corpus es el Juez de Instrucción, y no el Juez de Menores, del lugar donde se encuentre el menor privado de libertad. Si no consta este lugar, será competente el Juez de Instrucción del lugar donde se produjo la detención, y en defecto de los anteriores, el Juez de Instrucción del lugar donde se hayan tenido las últimas noticias sobre el paradero del menor detenido⁶⁸.

Esta competencia del Juez de Instrucción del lugar donde esté el menor me parece muy acertada, pues salvo que se creasen Juzgados de Menores en todos los partidos judiciales, que garantizaran la rapidez del procedimiento y al tratarse de un procedimiento en el que lo más importante es la prontitud con que se actúe, debe ser el Juez de guardia del lugar donde se encuentre detenido

⁶⁷ LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *op. cit.*

⁶⁸ Artículo 17.6 LORRPM.

el menor, porque el Juzgado de guardia puede actuar a cualquier hora del día⁶⁹.

En este procedimiento de «Hábeas corpus», el Ministerio Fiscal puede tener una doble legitimación: activa (interponer el procedimiento de hábeas corpus) y pasiva (decidir sobre el procedimiento de hábeas corpus interpuesto por otra persona legitimada), en aquellos supuestos en los que el que solicita el «hábeas corpus» ya hubiere sido puesto a su disposición. En este sentido la Circular 1/2000, de 18 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado dispone: «Cuando el menor presente la solicitud de hábeas corpus contra una detención ordenada por el Fiscal, o bien tras haber sido puesto por la policía a disposición de la Fiscalía de Menores y hallándose en consecuencia bajo su directa custodia, el Ministerio Fiscal se convertirá en parte pasiva del procedimiento regulado en la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo⁷⁰.

En este caso el representante del Ministerio Fiscal encargado de la Sección de Menores habrá de cumplir sin demora alguna el deber de comunicación impuesto en el artículo 5 de la Ley Orgánica 6/1984 y se habrá de asignar a otro Fiscal distinto el despacho de los trámites previstos en los artículos 6 (incidente de admisión de la solicitud de hábeas corpus) y 7 (audiencia sobre el fondo de la cuestión)⁷¹.

La duplicidad de representación que esta situación genera resulta sumamente perturbadora para una Institución como es el Ministerio Fiscal, garante de los derechos procesales y que además tiene confiada en la propia Ley Orgánica (art. 3.b), junto con el Defensor del Pueblo, la legitimación activa para promover el procedimiento de garantía, por lo que habrá que extremar la vigilancia y el control de la regularidad de las detenciones interesando de la Policía, tan pronto se reciba la notificación prevista en el artículo 17.1, la remisión de información puntual de los motivos y circunstancias que han llevado a la práctica de la detención e instando la libertad

⁶⁹ MARTÍN SÁNCHEZ, A., «Instrucción del procedimiento: reglas generales», *op. cit.*, págs 108-109.

⁷⁰ Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000, en *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, *op. cit.*, pág. 526

⁷¹ Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000, en *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, *op. cit.*, pág. 527.

si no se estima suficientemente justificado el recurso a la privación de libertad»⁷².

El hábeas corpus ofrece la paradoja de que un cuerpo de funcionarios presidido por el principio de unidad orgánica y funcional como el Ministerio Fiscal (artículo 21.1 Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal) puede estar representado activa y pasivamente dentro de un mismo procedimiento. Pues, en un lado estará el fiscal de menores que validó jurídicamente u ordenó la detención practicada por la policía y en el otro el fiscal del Juzgado de Instrucción a quien haya correspondido conocer de la solicitud de hábeas corpus. En estos casos, difícil será compaginar posiciones jurídicas tan contrapuestas con los principios de unidad y dependencia jerárquica que internamente gobiernan la actuación procesal del Ministerio Fiscal español.

Problemas como estos no fueron advertidos por el legislador, que señala que «cuando el procedimiento de hábeas corpus sea instado por el propio menor, la fuerza pública responsable de la detención lo notificará inmediatamente al Ministerio Fiscal» (artículo 17.6 de la LORRPM), sin perjuicio de ponerlo en conocimiento del juez de instrucción competente (artículo 5 LO 5/1985).

También puede ser el propio fiscal de menores quien inste el habeas corpus ante el juez de instrucción competente, para salvaguardar al menor que, en su opinión, se encuentra en alguno de los supuestos recogidos en el artículo 1. LO 6/1985. Aquí el Ministerio Fiscal sólo intervendrá como parte activa del procedimiento «en defensa de los derechos que a los menores reconocen las leyes» (artículo 6 LORRPM)⁷³.

La detención, que se llevará a efecto en dependencias separadas de las que se utilicen para los mayores de edad (artículo 17.3)⁷⁴, no podrá durar más tiempo del estrictamente necesario para la realiza-

⁷² Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000, en *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, op. cit., pág. 527.

⁷³ LÓPEZ LÓPEZ, M.: «Tratamiento policial de los menores de edad penal. Comentarios prácticos a la Ley Orgánica 5/2000», La Ley, Diario 5366, de 3 de septiembre de 2001, págs. 1224-1226

⁷⁴ Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing): «13.4. Los menores que se encuentren

ción de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, dentro del plazo de 24 horas, el menor detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición del Ministerio Fiscal.

Se establece una excepción a las normas generales de la detención de menores en el caso de los delitos previstos en los artículos 571 a 580 del Código Penal, se aplica lo dispuesto en el artículo 520 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁷⁵, según lo dispuesto en el artículo 17.4 de la Ley, y las competencias para las resoluciones judiciales previstas en este artículo se atribuyen al Juez Central de Menores. En estos casos, la detención de la policía puede durar hasta 72 horas y no 24 como se establece en los demás casos, que puede prorrogarse otras 48 horas, si hay una solicitud de prórroga y se autoriza en las 24 horas siguientes por el Juez Central de Menores, para la puesta a disposición del Fiscal⁷⁶.

Durante la detención los menores recibirán los cuidados, protección y asistencia social, psicológica, médica y física que requie-

en prisión preventiva estarán separados y reclusos en establecimientos distintos o en recintos separados en los establecimientos en que haya detenidos adultos».

⁷⁵ Artículo 520bis LECrim.: «1. Toda persona detenida como presunto partícipe de alguno de los delitos a que se refiere el artículo 384bis será puesta a disposición del Juez competente dentro de las setenta y dos horas siguientes a la detención. No obstante, podrá prolongarse la detención el tiempo necesario para los fines investigadores, hasta un límite máximo de otras cuarenta y ocho horas, siempre que, solicitada tal prórroga mediante comunicación motivada dentro de las primeras cuarenta y ocho horas desde la detención, sea autorizada por el Juez en las veinticuatro horas siguientes. Tanto la autorización cuanto la denegación de la prórroga se adoptarán en resolución motivada.

2. Detenida una persona por los motivos expresados en el número anterior, podrá solicitarse del Juez que decreta su incomunicación, el cual deberá pronunciarse sobre la misma, en resolución motivada, en el plazo de veinticuatro horas. Solicitada la incomunicación, el detenido quedará en todo caso incomunicado sin perjuicio del derecho de defensa que le asiste y de lo establecido en los artículos 520 y 527, hasta que el Juez hubiere dictado la resolución pertinente.

3. Durante la detención, el Juez podrá en todo momento requerir información y conocer, personalmente o mediante delegación en el Juez de Instrucción del partido o demarcación donde se encuentre el detenido, la situación de éste».

⁷⁶ PÉREZ MARTELL, R., *op. cit.*, pág. 283.

ran, habida cuenta de su edad, sexo y características individuales (artículo 17.3)⁷⁷.

La detención la cumplirán los menores en dependencias separadas de los mayores y recibirán los cuidados necesarios⁷⁸. Lo más adecuado es que la detención de menores se lleve a cabo en centros especiales o específicos de menores y no en las comisarías. En materia de detención y medidas cautelares, la Ley 7/2000, introdujo modificaciones en el caso de los delitos de terrorismo, y en estos casos se llevarán a cabo en los establecimientos y con el control del personal especializado de la Audiencia Nacional, según lo dispuesto en la disposición adicional cuarta de esta Ley⁷⁹.

B) MEDIDA CAUTELAR DE INTERNAMIENTO EN CENTRO EN RÉGIMEN ADECUADO

La Ley no define el contenido que tienen que tener las medidas cuando éstas se adoptan como medidas cautelares, por lo que habrá que suponer que tendrán el mismo contenido que si fueran definitivas, aunque, creo, que con ciertas limitaciones derivadas de su propia naturaleza de medidas cautelares, y también deben estar orientadas a la educación del menor.

La LORRPM prevé en su artículo 7 cuatro modalidades de internamiento: el internamiento en régimen cerrado, en régimen semi-

⁷⁷ Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) «13.5. Mientras se encuentren bajo custodia, los menores recibirán cuidados, protección y toda la asistencia (social, educacional, profesional, psicológica, médica y física) que requieran, habida cuenta de su edad, sexo y características individuales».

⁷⁸ Artículo 17.3 LORRPM: «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».

⁷⁹ Disposición adicional cuarta Ley 7/2000 2.d) «L a ejecución de la detención preventiva, de las medidas cautelares de internamiento o de las medidas impuestas en la sentencia se llevará a cabo en los establecimientos y con el control del personal especializado que el Gobierno ponga a disposición de la Audiencia Nacional, en su caso, mediante convenio con las Comunidades Autónomas».

abierto, abierto y terapéutico. Estas cuatro modalidades podrán adoptarse como medidas cautelares.

Las medidas de internamiento son las más graves previstas en la ley.

El Tribunal Constitucional admite esta medida siempre que «guarde la necesaria proporcionalidad con las circunstancias personales del menor y con la infracción que se le imputa. Ha de concebirse como una medida cautelar excepcional, de aplicación subsidiaria, provisional y proporcionada a fines legítimos». También es aceptada por los instrumentos internacionales⁸⁰.

Para adoptar esta medida se atenderá a la gravedad de los hechos, su repercusión y alarma social producida, valorando siempre las circunstancias personales y sociales del menor.

En el caso de adoptar la medida cautelar de internamiento en régimen cerrado, además de concurrir los requisitos generales que establece la Ley para la adopción de las medidas de internamiento, tendrá que tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 9.2, que sólo se podrá decretar esta medida cuando en la comisión de los hechos se haya empleado violencia o intimidación en las personas o se haya actuado con grave riesgo para la vida o la integridad física.

En la Exposición de Motivos de la Ley se recoge que «las medidas de internamiento responden a una mayor peligrosidad, manifestada en la naturaleza peculiarmente grave de los hechos cometidos. El objetivo de la medida es disponer de un ambiente que provea de las condiciones educativas adecuadas para que el menor pueda reorientar aquellas disposiciones o deficiencias que han caracterizado su comportamiento antisocial, cuando para ello sea necesario, al menos de manera temporal, asegurar la estancia del infractor en un régimen físicamente restrictivo de su libertad. La mayor o menor intensidad de tal restricción da lugar a los diversos tipos de internamiento.

⁸⁰ Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 37: «Los Estados Partes velarán por que:

... b) La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que sea posible».

El internamiento, en todo caso, ha de proporcionar un clima de seguridad personal para todos los implicados, profesionales y menores infractores, lo que hace imprescindible que las condiciones de estancia sean las correctas para el normal desarrollo psicológico de los menores».

- Internamiento en régimen cerrado: los menores residen en el centro y desarrollan en él mismo las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio.
- Internamiento en régimen semiabierto: los menores residen en el centro y las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio las realizan fuera.
- Internamiento en régimen abierto: los menores residen en el centro y todas las actividades del proyecto educativo las realizan en los servicios normalizados del entorno.
- Internamiento terapéutico: para los casos en los que los menores padezcan anomalías o alteraciones psíquicas o dependencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas o alteraciones en la percepción que determinen una alteración grave de la conciencia de la realidad, donde se realizará una atención educativa especializada o un tratamiento específico.

La Ley establece que las medidas de internamiento constarán de dos períodos, el primero se lleva a cabo en el centro correspondiente, y el segundo en régimen de libertad vigilada. En el caso de la medida cautelar, al no estar regulado su cumplimiento específicamente en Ley se tendrá que seguir en su ejecución el modelo de la medida definitiva y considerarse, por tanto, dividida en dos períodos. Este es un problema que tendrán que resolver los Jueces de Menores cuando impongan las medidas cautelares.

C) LIBERTAD VIGILADA

Con esta medida se restringe la libertad del menor.

En la medida cautelar de libertad vigilada se podrá adoptar cualquiera de sus contenidos recogidos en el artículo 7 h) de la Ley.

Esta medida consiste en el seguimiento de la persona del menor y de las actividades que realiza por parte de la persona encargada de llevar a cabo o de ejecutar o vigilar la ejecución de esta medida. Tiene que vigilar la asistencia a la escuela, centro de formación profesional o de trabajo a donde deba acudir el menor.

Cuando esta medida se adopta como media cautelar, no existirá el programa de ejecución de la misma, por que todavía no se ha dictado sentencia, y por lo tanto no se habrán establecido unas pautas socioeducativas que el menor debe seguir tal y como establece el artículo 7. h): «El menor sometido a esta medida tiene que seguir las pautas socioeducativas que señale la entidad pública o el profesional encargado de su seguimiento de acuerdo con el programa de intervención elaborado». Pero en la medida cautelar si que se le podrá imponer al menor, la observancia de alguna regla de conducta, de las que, a título de ejemplo, se recogen en el artículo 7 de la LORPM o cualquier otra.

D) CONVIVENCIA CON OTRA PERSONA, FAMILIA O GRUPO EDUCATIVO

Recogida en el artículo 7.1.i) consiste en la convivencia del menor con otra persona, con una familia distinta a la suya o con un grupo educativo, adecuadamente seleccionado para orientar al menor en su proceso de socialización.

Con esta medida se intenta proporcionar al menor un ambiente de socialización positivo, mediante la convivencia con otra persona, con una familia distinta a la suya o con un grupo educativo que cumpla las funciones de la familia.

Se adoptará esta medida cuando la persona o familia con la que conviva el menor ha tenido influencia en el hecho cometido, y con la convivencia con otra persona, familia o grupo educativo se le intenta proporcionar un ambiente favorable a su educación y socialización.

E) MEDIDAS CAUTELARES EN CASO DE EXENCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

Prevé la Ley la adopción de medidas cautelares en los casos de exención de la responsabilidad penal y lo regula de forma independiente al resto de las medidas cautelares, en el artículo 29 de la Ley⁸¹.

El Ministerio Fiscal, cuando en el transcurso de la instrucción de la causa, quede acreditado que el menor se encuentra en situación de enajenación mental u otra circunstancia de las recogidas en los números 1.º, 2.º ó 3.º del artículo 20 del Código penal⁸², actuara como defensor del menor, y dada su situación, se adoptarán las medidas cautelares necesarias para la protección y custodia del menor establecidas en los preceptos civiles que sean aplicables. Estas medidas

⁸¹ Artículo 29 LORPM: « Medidas cautelares en los casos de exención de la responsabilidad.— Si en el transcurso de la instrucción que realice el Ministerio Fiscal quedara suficientemente acreditado que el menor se encuentra en situación de enajenación mental o en cualquiera otra de las circunstancias previstas en los apartados 1.º, 2.º ó 3.º del artículo 20 del Código Penal vigente, se adoptarán las medidas cautelares precisas para la protección y custodia del menor conforme a los preceptos civiles aplicables, instando en su caso las actuaciones para la incapacitación del menor y la constitución de los organismos tutelares conforme a derecho, sin perjuicio todo ello de concluir la instrucción y de efectuar las alegaciones previstas en esta Ley conforme a lo que establecen sus artículos 5.2 y 9, y de solicitar, por los trámites de la misma, en su caso, alguna medida terapéutica adecuada al interés del menor de entre las previstas en esta Ley».

⁸² Artículo 20 del Código Penal: «Están exentos de responsabilidad criminal:

1.º El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiere previsto o debido prever su comisión.

2.º El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

3.º El que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad».

tienen carácter protector. Puede el Ministerio Fiscal instar la incapacitación del menor y la constitución de los organismos tutelares.

Además, el Ministerio Fiscal deberá concluir la instrucción y efectuar las alegaciones previstas en los artículos 5,2 y 9 y solicitar alguna de las medidas terapéuticas, adecuadas al interés del menor, de las previstas en el artículo 7.1 letras d) y e) para estos casos, consistentes en internamiento en centro terapéutico o tratamiento ambulatorio.

La medida de internamiento terapéutico estaría comprendida en la regulación del artículo 28, al ser un régimen del internamiento, y el adecuado para los supuestos contemplados en este artículo.

En estos casos la regulación de la Ley provoca una contradicción, ya que, por una parte, reconoce que los menores en los que concurre una circunstancia eximente de las recogidas en el artículo 20, n.º 1.º, 2.º y 3.º del Código Penal están exentos de responsabilidad penal y prevé el artículo 29 de la Ley que se le apliquen las medidas necesarias de protección y custodia del menor previstas en Código Civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que es adecuado a la situación en la que se encuentra el menor, pero, por otra parte, y aquí está la contradicción, se puede solicitar la aplicación de alguna medida terapéutica adecuada al interés del menor de las previstas en la Ley, que serán las medidas previstas en el artículo 7.1 letras d) y e). Esta regulación es incorrecta porque sigue el modelo establecido en el Código penal cuando concurren las eximentes recogidas en los números 1.º, 2.º y 3.º del artículo 20, y en estos casos, determina el Código, la aplicación de una medida de seguridad adecuada a su incapacidad o a la circunstancia que concorra. Pero en la Ley del menor no se distingue entre penas y medidas de seguridad, sino que solamente contiene medidas educativas que se imponen a los menores responsables. En estos casos los menores no son responsables porque concurre una circunstancia eximente, y no podrán aplicarse las medidas previstas en la LORRPM, aunque éstas tengan carácter terapéutico, porque no son medidas de seguridad. En estos casos, creo que es suficiente con la aplicación de las medidas previstas en la jurisdicción civil⁸³.

⁸³ ORNOSA FERNÁNDEZ, M.^a R., «El Juez de Menores en la fase de instrucción del proceso penal de menores. Relaciones fiscalía-juzgado», en *La respon-*

Hay que tener en cuenta que no siempre se adoptarán estas medidas, ya que la Ley dispone que se puede solicitar la adopción de alguna de estas medidas en interés del menor. Si no se solicitan no se impondrán.

En estos casos, la Circular número 1/2000, de 18 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores, considera comprendida en el ámbito del artículo 29 LORPM la posibilidad de que en estos casos se pueda imponer al menor un tratamiento ambulatorio como medida de naturaleza tuitiva, fundada en el artículo 158.3.º del Código Civil, teniendo en cuenta la eficacia que puede tener en el tratamiento de las enfermedades o deficiencias que puede sufrir el menor y en los casos de drogodependencia. Este tratamiento ambulatorio tendría el carácter de una medida de protección de naturaleza civil y no una medida cautelar aplicable a los menores por que la misma no está prevista que se adopte con este carácter en la Ley⁸⁴.

8. CUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

La Ley dispone que el tiempo de cumplimiento de las medidas cautelares se abonará en su integridad para el cumplimiento de las medidas que se puedan imponer en la misma o en otras causas⁸⁵.

La medida cautelar, su tiempo de cumplimiento, se descuenta íntegramente de la medida o medidas impuestas

sabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2001, pág. 215.

⁸⁴ Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000, en *Memoria de la Fiscalía*, op. cit., pág. 529.

⁸⁵ Artículo 28.5. LORRPM: «El tiempo de cumplimiento de las medidas cautelares se abonará en su integridad para el cumplimiento de las medidas que se puedan imponer en la misma causa o, en su defecto, en otras causas que hayan tenido por objeto hechos anteriores a la adopción de aquéllas. El Juez, a propuesta del Ministerio Fiscal y oídos el letrado del menor y el equipo técnico que informó la medida cautelar, ordenará que se tenga por ejecutada la medida impuesta en aquella parte que estime razonablemente compensada por la medida cautelar».

El tiempo de cumplimiento de las medidas cautelares se abonará en su integridad para el cumplimiento de las medidas que puedan imponerse en la misma causa o, en su defecto, en otras causas que hayan tenido por objeto hechos anteriores a la adopción de aquéllas. El Juez, a propuesta del Ministerio Fiscal y oídos el letrado del menor y el equipo técnico que informó la medida cautelar, ordenará que se tenga por ejecutada la medida impuesta en aquella parte que estime razonablemente compensada por la medida cautelar.

El problema que plantean las medidas cautelares es si la medida definitiva que se adopta o se impone al menor en el juicio es de distinta naturaleza a la medida cautelar adoptada. El caso es más grave si se ha impuesto al menor la medida cautelar de internamiento en régimen cerrado y después, como medida definitiva, no se le imponer una medida de internamiento, en ningún régimen, ¿qué ocurre? El tiempo de internamiento como medida cautelar, que como máximo puede ser de seis meses, se le descuenta del tiempo de cumplimiento de la medida impuesta aunque sea de distinta naturaleza, porque la ley, cuando dispone que el tiempo de cumplimiento de las medidas cautelares se abonará íntegramente para el cumplimiento de las medidas que se puedan imponer en la misma causa, y al no aludir a la naturaleza de las mismas, es decir, al no señalar expresamente que tienen que ser iguales, se podrá compensar con otra medida de forma razonable. El Juez es el que ordena que se tenga por ejecutada la parte de la medida impuesta que estime razonable con la medida cautelar impuesta. El Juez lo ordena, pero la propuesta la realiza el Ministerio Fiscal y se tienen que oír al letrado del menor y al equipo técnico que informó la medida cautelar que se impuso.

Por lo tanto, no es necesario una equivalencia o correspondencia exacta entre medida cautelar y definitiva para considerar ejecutada una parte de la medida definitiva impuesta. Se concede arbitrio al Juez para compensarla, y la propuesta de compensación la tiene que realizar el Ministerio Fiscal. La Ley dice que el Juez la considerará ejecutada en la parte que estime razonable. Lo normal sería que si son medidas de la misma naturaleza, se compensen en la parte ejecutada como medida cautelar, de fecha a fecha o duración exacta (ejemplo: internamiento en régimen cerrado de tres meses y medida de internamiento en régimen cerrado de un año, se descuentan o se consideran cumplidos o ejecutada la medida en tres meses).

Si la medida definitiva impuesta es de distinta naturaleza a la medida cautelar cumplida, el Juez la puede compensar razonablemente.